

Jueces o académicos: ¿A quiénes debemos mirar según nuestro derecho constitucional?*

ANDREW L. KAUFMAN**

Jamás en la historia de la doctrina de Derecho Constitucional de este país, las opiniones de la Academia –al menos casi todas ellas– han diferido tanto de la práctica seguida por los jueces. El propósito de este trabajo es examinar dichas diferencias y obtener algunas conclusiones sobre cuál de los modelos, si aquel del *establishment* judicial o aquel de la Academia, es el que marcha al ritmo del tambor más apropiado.

Comenzaré por expresar mi opinión personal. Según mi punto de vista, el abordaje al Derecho Constitucional desde el *common law*, que ha sido dominante en la actividad judicial desde el principio de la re-

* Publicado originalmente como *Judges or Scholars: To Whom Shall We Look for Our Constitutional Law?*, en *Journal of Legal Education*, nro. 37, p. 184, 1987. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en la revista. Traducido por Daniel A. Levi, estudiante de la Facultad de Derecho, UBA.

** Associate Dean y Charles Stebbins Fairchild Professor of Law, Harvard Law School. Este trabajo fue preparado para su exposición oral, en forma resumida, en un coloquio del 4 de septiembre de 1986, en el 350 aniversario de la Universidad de Harvard. No quise cambiar el estilo de mi trabajo para su publicación, pero, por recomendación del editor, agregué algunas notas para identificar autores y casos que yo específicamente tuve en mente. Ocasionalmente me refiero a escuelas o tipos ideales de pensamiento, sin hacer referencia a los diversos profesionales de cada escuela ni a ningún ejemplo en particular. En todo caso, estimo que las ideas son lo suficientemente familiares como para que no sean necesarias las citas específicas [N. del T.: Toda significación local en el texto que no se encuentre expresamente aclarada se refiere a los Estados Unidos de América].

Le estoy agradecido a Stephen H. Shiffrin, profesor de Derecho de la Escuela de Derecho de UCLA y profesor visitante en la Escuela de Derecho de Harvard en 1986-87, por su cuidadosa crítica.

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

pública, ha servido a los valores institucionales y sustantivos que se encuentran plasmados en la Constitución.¹ Durante los últimos treinta años, dicho vínculo ha caído de manera creciente bajo el ataque de toda una variedad de teóricos académicos que han cuestionado características esenciales del enfoque judicial tradicional, y al mismo tiempo han manifestado desacuerdos entre ellos mismos. Pero sobre todo, el redoble de la crítica es tan fuerte y la influencia de estos profesores sobre toda una generación de estudiantes, abogados y jueces ha sido tan grande que la amenaza al enfoque tradicional es real. Dicho enfoque ha sido una de las contribuciones más importantes a nuestra forma constitucional de Gobierno, y necesita ser defendido, aun cuando discrepásemos –incluso violentamente– con algunos de sus resultados sustantivos particulares.

En un principio, quisiera señalar algunos de los rasgos distintivos que caracterizan a la mayoría de los enfoques académicos de Derecho Constitucional.

I

El rasgo número uno está más implícito que explícito. Exagerando un poco, en muchos de los círculos de Derecho Constitucional, hoy no se puede aspirar a ser considerado seriamente como un académico constitucionalista si uno no aborda las cuestiones de Derecho Constitucional armado de un modelo teórico “superabarcador”, sustancialmente fundado en estudios filosóficos o en teoría política o social.² Este abordaje debería ser contrastado con el modelo judicial del *common law*, que generalmente ha concebido la construcción legal, incluyendo la legislación constitucional, en términos mucho menos grandilocuentes. Ha sido más flexible, más pragmático, más conciliador de opiniones conflictivas, y menos teórico. Por supuesto, con el fin de caracterizar las tendencias

¹ Ver GREY, Thomas, “The Constitution as Scripture”, 37 *Stan. L. Rev.*, 1984, 1; GREENWALT, Kent, “Speech and Crime”, *Am. B. Found. Research J.*, 645, 729 ff., 1980; and SHIFFRIN, Stephen, “The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment”, 78 *Nw. U. L. Rev.* 1212, 1983.
© 1987 by the Association of American Law Schools. Citar como 37 *J. Legal Educ.* 184, 1987.

² Esta conclusión deriva de mis lecturas sobre estudios de Derecho Constitucional moderno. No estoy afirmando que cualquiera vaya a realizar esta lectura tan lejana.

estoy exagerando sus diferencias, pero pienso que es importante entender que son las tendencias teóricas las que generalmente dominan el discurso académico, y las tendencias pragmáticas y conciliadoras, el discurso judicial. De todos modos, para evaluar las tendencias se requiere examinar seguidamente otros dos rasgos distintivos.

II

El rasgo número dos consiste en la tendencia, dentro del debate académico, de partir de la premisa de que el control judicial es una característica no-democrática de nuestro sistema de Gobierno, cuya faceta negativa debe ser reducida si uno, en última instancia, desea justificarlo.

Durante los últimos treinta años, litros de tinta fueron desperdiciados en debates entre académicos sobre este tema. Digo “desperdiciados” porque el debate no tenía ninguna relevancia. Ya desde temprano en la historia de nuestro país, la Suprema Corte, compuesta por jueces que habían tomado parte en la creación de nuestro sistema constitucional de Gobierno, decidieron que ella tenía el poder constitucional de control jurisdiccional. A pesar de tal decisión, las fuerzas estatales, escudadas tras el argumento de la ambigüedad del texto constitucional, rechazaron el poder de la Corte hasta llegar a la Guerra Civil. La derrota militar de las fuerzas estatales terminó así con un argumento que duró tres cuartos de siglo.

Recién ahora el debate ha sido restituido, debido a la fascinación de los intelectuales por los grandes modelos de la teoría política: el control judicial ejercido por jueces con cargos vitalicios no parece encajar fácilmente dentro de las teorías del sistema democrático de Gobierno. Sin embargo, las interpretaciones originales que justifican el control judicial fueron ciertamente apropiadas, por no decir absolutamente requeridas por la Constitución. Habiendo sido ampliamente aceptadas por 150 años, ahora se han vuelto un injerto en nuestra estructura institucional. El cuestionar dicha doctrina sobre la base de la teoría política es algo pernicioso. En ningún lugar la Constitución establece una teoría política en particular –y ciertamente no establece una democracia pura– como guía para la interpretación constitucional. Los artífices de la Constitución fueron, afortunadamente, personas prácticas tratando de conciliar intereses

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

diversos y diferentes teorías, con el objeto de crear un sistema de Gobierno que funcionara, y no teóricos apuntando a pulir detalles para encajar en algún modelo. De hecho, los temores sobre los excesos de una democracia pura fueron prominentes en la convención constituyente y ayudaron a explicar muchas de las complejidades en la estructura del sistema de Gobierno que emergió del documento final. A tal punto podría cuestionarse que el control judicial es en cierta medida antidemocrático, a lo que yo respondería: ¿Y qué? Nada en la Constitución requiere que cada aspecto de nuestro sistema de Gobierno supere un examen de “democracia”.³

III

Un tercer lugar común transitado por una parte sustancial de la comunidad académica es decir que el enfoque de la Suprema Corte, sustancialmente orientado por el *common law*, caso-por-caso, en la interpretación de las partes abiertas de la Constitución –en particular de la Decimocuarta Enmienda–, no es susceptible de superar una justificación por principios.

El ataque al método de elaboración de decisiones de la Suprema Corte proviene tanto desde la extrema derecha como desde la extrema izquierda. Califico como de extrema derecha, para estos fines, a aquellos que creen que existía un sentido intencional para las partes abiertas de las cláusulas constitucionales, y que atacan a la Corte por fracasar aún en la búsqueda de ese sentido en la mayoría de los casos.⁴ Califico como de extrema izquierda a aquellos que aducen, explícita o implícitamente, que la actividad judicial en general es infinitamente manipulable y que

³ Esta afirmación no debe ser tomada como significando que los propósitos democráticos no estuviesen presentes en ninguna parte del documento. Más adelante, argumentaré que las nociones de democracia necesitan de la búsqueda de valores plasmados en las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda.

⁴ V. gr., BORK, Robert, “Styles in Constitutional Theory”, 26 *S. Tex. L. J.* 383, 1985 [en adelante, “Styles in Constitutional Theory”]; MONAGHAN, Henry, “Our Perfect Constitution”, 56 *N. Y. U. L. Rev.* 353, 1981; BERGER, Raoul, *Government by Judiciary*, Cambridge, Mass, 1977; ver también BORK, Robert, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Ind. L. J.* 1, 1971. Utilizo la denominación “extrema derecha” para caracterizar solamente las opiniones en torno a las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda. Sería injusto caracterizar así al profesor Monaghan con respecto a otros temas constitucionales.

esta *manipulabilidad* deja pasar oportunidades que deberían ser aprovechadas para construir una sociedad más justa.⁵ Si bien esta posición está actualmente asociada a la extrema izquierda, con al menos algunos que se alistan a sí mismos bajo el cartel de la escuela de *Estudios Legales Críticos* (*Critical Legal Studies*), no hay razón lógica alguna para que esta posición no pueda ser igualmente adoptada por algún grupo político, con el objetivo de defender su propia noción de lo que constituye una sociedad justa. Está también asociada con aquellos individuos que en los hechos, y no tanto en el discurso, utilizarían el enfoque judicial tradicional para alcanzar metas políticas o sociales personales.

Permítanme pasar primero al ataque proveniente desde la derecha.

Tomo el texto del juez Robert Bork.⁶ Revisando el discurso actual que tanto ha agitado el pensamiento constitucional, él dice que hasta hace poco nunca nadie había sugerido seriamente que los tribunales tuvieran poder para crear y ejecutar, contra la voluntad de la mayoría, “valores que no estuvieran en algún sentido real fundados en la Constitución”. Él encuentra un cambio bastante claro desde una noción reinante, donde la única misión del juez es interpretar la Constitución, a una en donde la tarea principal es la creación de nuevos derechos, una noción del juez como legislador. Él identifica a los nuevos teóricos de este movimiento como filósofos intelectuales que crean sistemas que pretenden instaurar la creatividad judicial, pero que terminan en lo que él llama “nihilismo constitucional”, es decir, en la imposición de los valores personales del juez al resto de la sociedad en nombre del bien público.⁷

El juez Bork sostuvo esta posición en una crítica algo desdeñosa:

El estilo de los filósofos [es] generalmente abstracto, complejo, e incluso intrincado. Difícilmente podría ser de otra manera; descifrar los concep-

⁵ V. gr., BREST, Paul, “The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Scholarship”, *Yale L. J.*, 1981, 90, 1063; PARKER, Richard D., “The Past of Constitutional Theory—And Its Future”, *Ohio St. L. J.*, 1981, 42, 223 (semblanza); ver también TUSHNET, Mark, “Following the Rules Laid Down: A Critique of Imperativism and Neutral Principles”, 96 *Harv. L. Rev.*, 781, 1983; ver también PELLER, Gary, “The Metaphysics of American Law”, 73 *Cal. L. Rev.*, 1151, 1985.

⁶ BORK, “Styles in Constitutional Theory”, nota 4 *supra*.

⁷ Íd. en 384, 385, 387.

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

tos con los cuales los filósofos trabajan, y mostrar sus diversas aplicaciones a los problemas morales, es algo que requiere realizar laboriosos análisis. Esta literatura es tan difícil de leer como debe ser de escribir (...) El academicismo constitucional se ha vuelto mucho más explícito ideológicamente hablando. Esto es inevitable (...) para los teóricos tener que discutir por la imposición de nuevos valores en la sociedad y que esos valores se desprenden de un sistema filosófico que, por definición, la mayoría de nosotros no acepta (...) Como el escritor insiste sobre su omnicomprendivo sistema filosófico, eso parecerá tendencioso y altamente ideológico.⁸

El juez Bork sintetiza en dos oraciones lo que él observa como la diferencia crucial entre la Academia tradicional y la nueva tendencia, contrastando sus diferentes visiones sobre cuáles son las fuentes apropiadas para determinar el sostén legitimante de las libertades constitucionales:

Para Story, Kent, Cooley y Thayer, la fuente era la intención de los forjadores y ratificadores, la que podía discernirse a través del texto, la historia, la estructura, y el precedente. Lo que es importante de aquéllos [que no siguen la intención original como guía] no es tanto que adhieran a la filosofía moral, sino que la filosofía moral desplaza tales fuentes tradicionales como el texto, la historia, y les resta importancia.⁹

Si bien estoy de acuerdo con algo de la crítica, me alejo del juez Bork en el punto crucial en el cual él pasa a dar la receta. Él y los otros que agitan la bandera de la intención original creen que cualquier valor que se encuentra constitucionalizado bajo las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda, especialmente aquellos derechos agrupados bajo el título de "familia", "autonomía" o "privacidad", han sido simplemente camuflados, al contrario de lo que sucede con un derecho tal como, podríamos decir, el derecho de libertad de expresión, que está explícitamente mencionado en la Primera Enmienda. Pero la idea de que, en cualquier caso de libertad de expresión, la Corte se guía de alguna manera por las palabras de la Primera Enmienda es simplemente falsa. Cuando

⁸ Íd. en 391-92, 393.

⁹ Íd. en 394.

en el caso “Fraser”¹⁰, en el último período de sesiones, la Corte defendió la facultad de un colegio público de suspender a un estudiante por hacer alusiones sexuales en un discurso durante una elección estudiantil, allí no hubo nada en la frase “ninguna ley que coarte la libertad de palabra” que indujera una respuesta en uno u otro sentido. El proceso de definir el concepto de “libertad de palabra” y de aquello que constituye una “coartación” (*abridgement*)^{10bis} ha sido construido por la Corte durante los últimos 70 años sobre la base del caso-por-caso, siendo que las palabras de la Primera Enmienda tan sólo brindaban un punto de partida. Me parece un sinsentido decir que el resultado sustantivo del caso “Fraser” estuvo de algún modo determinado, o debió haber sido determinado, por cualquier cosa que tenga a bien llamarse la intención de los forjadores.¹¹

El mismo tipo de análisis podría hacerse respecto de las cláusulas de la Decimocuarta Enmienda, que son aún más abiertas. Toda la discusión acerca de si la interpretación de dichas cláusulas puede ser efectuada por un órgano judicial, a la manera judicial, está algo fuera de lugar. Hacia 1868 la institución del control jurisdiccional estaba ya bastante bien establecida. Por otra parte, quienes proyectaron la Decimocuarta Enmienda tuvieron todas las razones para sospechar de la Suprema Corte y restringir su poder. Aun así, al enfrentarse con la lección del caso “Dred Scott”,¹² deliberadamente decidieron escribir las protecciones constitucionales de libertad individual en los términos más abiertos que se pudieran imaginar –esto es, los derechos y garantías de los ciudadanos nacionales y el derecho al debido proceso y a la protección igualitaria–

¹⁰ Bethel School District Nro. 403 vs. Fraser, 106 S. Ct. 3159, 1986 [N. del T.: 478 U. S., 675, 1986].

^{10bis} [N. del T.: utilizo los términos “libertad de palabra” y “coartación” puesto que así es como se los ha traducido oficialmente en, v. gr., [en línea], <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constes.htm>>].

¹¹ Posiblemente sea desleal para con el juez Bork sugerir que él crea que las intenciones del constituyente determinen la solución de “Fraser”. Sin embargo, lo siguiente nos lleva a hacernos esa idea: “Es necesario establecer la proposición de que las intenciones del constituyente, con respecto a las libertades, son la única premisa legítima de la cual el análisis constitucional debe proceder”, BORK, Robert, *Tradition and Morality in Constitutional Law*, 10, Washington D. C., 1984.

¹² “Dred Scott vs. Sandford”, 19 How. 393, 1857 [N. del T.: 60 U. S. 393, 1857].

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

y envistieron con el poder de hacer cumplir dichas protecciones tanto a la Corte como al Congreso. Cualquier discusión que pueda entablarse acerca de las expectativas que los forjadores y los constituyentes tuvieron en 1789 de que el control judicial tal como lo conocemos hoy no debería ser ejercido, no puede sostenerse respecto de la Decimocuarta Enmienda al tiempo de su adopción. La institución ya estaba bastante bien asentada. Y aunque yo no soy un fervoroso defensor de toda reciente decisión de la Corte sobre la Decimocuarta Enmienda, sí soy un fuerte defensor de su esfuerzo por darles sentido a sus cláusulas. Simplemente, no entiendo cómo algunas personas como el Decano John Ely pueden demostrar, en tanto creen en ello, que la Corte fue pensada para encargarse de dar un contenido sustantivo a la Decimocuarta Enmienda definiendo el contenido de los derechos individuales protegidos, y luego argumentar que, excepto para los derechos procesales, se debe evitar esa tarea puesto que no existe una base de principios sobre la cual la Corte pueda actuar.¹³

Uno de los problemas del debate actual entre aquellos que abrazan las opiniones del juez Bork y aquellos a los que él denomina nuevos teóricos, es que los términos de dicho debate garantizan virtualmente el fracaso de querer atrapar o reconducir las propiedades del juzgamiento; propiedades que han hecho de la actividad de juzgar una característica crucial de nuestro sistema de Gobierno desde su concepción. Los teóricos han contribuido mucho al Derecho, y yo no quisiera ser malentendido como si estuviera haciendo un ataque antiintelectual hacia aquellos que piensan en grandes términos sobre la naturaleza y los fines del Derecho. Pero el juez que está demasiado –y enfatizo el “demasiado”– inmerso en las teorías filosóficas, políticas o sociales, amenaza con un gran peligro a nuestro sistema judicial de Derecho, puesto que la característica más importante de nuestro sistema es que ha sido a lo largo del tiempo demasiado flexible y marcado por el sentido común, como para ser comprendido por una sobreabarcadora y comprensiva teoría política, social o moral.

Pienso que el juez Bork tiene razón en alertar sobre los peligros de mezclar la teoría moral con el Derecho Constitucional, pero su visión personal de lo que la judicatura constitucional significa es fundamental-

¹³ Ver ELY, John H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980. Mi crítica temprana se encuentra en un comentario bibliográfico en 9 Hofstra L. Rev., 1111, 1981.

mente defectuosa. Para él, el puntal que legitima las libertades constitucionales es la intención de los forjadores y los constituyentes, y ella se puede discernir “a través del texto, la historia, la estructura, y los precedentes”.¹⁴ Esa visión está enormemente errada, porque, cuanto más lejos nos dirigimos –con respecto al tiempo y a las cuestiones involucradas– desde la ratificación de la controversial cláusula constitucional, la ayuda que obtenemos de la “intención de los ideólogos y los constituyentes”, aun asumiendo que pueda ser distinguible, se vuelve más y más abstracta, y cada vez menos útil a las decisiones del caso particular. Cuando, por ejemplo, la constitucionalidad del Bank of the United States fue discutida en “McCulloch vs. Maryland”¹⁵ en 1819, la Corte de Marshall, que había transcurrido durante el sistema de Gobierno regido por los artículos de la Confederación, durante los debates que condujeron a la adopción de la Constitución, y durante el debate Jefferson-Hamilton sobre la creación del Bank of the United States en la primera administración de Washington, tuvo una perspectiva de primera mano de los compromisos constitucionales que se habían hecho, y en particular de los luego habituales problemas a los que sería conducido el art. I. El problema estaba tan conectado, en sustancia y tiempo, a los temas que fueron considerados en la preparación de la Constitución que no sería del todo irreal poder observar allí alguna cosa parecida a la intención de los forjadores como algo relevante en la resolución del caso, especialmente si uno entiende el término como significando, no lo que estaba en la mente de los sujetos forjadores y ratificadores, sino la intención tal como fue revelada en el texto por la iluminación de la historia (Por qué el juez Bork considera a los precedentes judiciales subsecuentes como iluminadores de la “intención” es algo que no está claro, a menos que él simplemente entienda que dicha “intención”, tal como se la interpreta en un caso particular, luego debería ser observada en los siguientes).

Ahora bien, cuando nos movemos de un caso como “McCulloch vs. Maryland”, dictado en 1819, a uno más moderno –como aquella decisión de 1985¹⁶ que versó sobre la constitucionalidad de la norma sancionada

¹⁴ BORK, “Styles in Constitutional Theory”, nota 4 *supra*, en 394.

¹⁵ 4 Wheat. 316, 1819 [N. del T.: 1819, 17 U. S. 316, 1986].

¹⁶ “García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority”, 105 S. Ct. p. 1005, 1985 [N. del T.: 469 U. S. 528, 1985].

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

por el Congreso que impuso los requisitos de la *Fair Labor Standards Act* al sistema de transporte municipal operado por la ciudad de San Antonio-, me parece que se pierde la esencia de la labor judicial al decir que aquello que debe motivar las decisiones es el acierto en la búsqueda de la intención de los forjadores y ratificadores de la Constitución. Pienso que el juez Bork se equivoca cuando supone que un estudio cuidadoso de la intención de los constituyentes proveerá repuestas para cuestiones que suceden en contextos que están más allá del dominio imaginativo que hayan podido tener dichos forjadores. En el caso de San Antonio, ambos valores constitucionales en tensión derivan del texto de la Constitución, las diversas facultades otorgadas al Congreso bajo el art. I, sección 8, especialmente el poder sobre el comercio, y la importancia para nuestra estructura constitucional de los Estados como instituciones (siendo que el Congreso, a través de la *Fair Labor Standards Act*, no estaba buscando constreñir el poder regulador de los Estados sobre los individuos, sino regular el tratamiento que los Estados dan a sus propios empleados).¹⁷

Nada en la Constitución resuelve definitivamente el choque entre dos valores constitucionales. Antes de 1985, la Corte había intentado resolver la cuestión en muchas ocasiones distintas y lo había hecho de manera conflictiva. Si bien los constituyentes habían colocado los valores competitivos en el documento, creo que las fuentes apropiadas para resolver el tema descansan en algún lugar distinto a la búsqueda de la intención de los forjadores. La enseñanza reflejada en casos anteriores fue relevante, pero esencialmente lo que la Corte tenía que decir era cuál de los dos valores constitucionales debía prevalecer, teniendo en cuenta los precedentes anteriores, el actual equilibrio institucional entre el Estado y el Gobierno nacional, y los mecanismos existentes para salvaguardar sus intereses legítimos. Lo que fue crucial fue el sentido que los jueces tenían de las necesidades de las diferentes partes del sistema de Gobierno, tal como lo informaba la historia constitucional de nuestro sistema. Y los elementos de decisión fueron diferentes de aquellos utilizados por el Congreso al extender la *Fair Labor Standards Act* a los empleados es-

¹⁷ Aunque véase MICHELMAN, Frank, "States Rights and States Roles", 86 Yale L. J., 1165, 1977, y TRIBE, Laurence, "Unraveling National League of Cities", 90 Harv. L. Rev. 1065, 1977.

tatales, puesto que la perspectiva de la Corte está más extendida en el tiempo y es más institucional, mientras que la perspectiva del Congreso tiende a ser más coyuntural y a estar orientada a la resolución de problemas.

Al exponer el tema de esta manera, no parecerá sorprendente que los jueces individualmente debieron tener diferentes opiniones acerca de la fuerza de los valores constitucionales en juego y que la Corte debió terminar ciertamente dividida. Yo creo que en un sentido constitucional ambas posiciones eran razonables y que no había una clara respuesta "correcta".¹⁸ El sentido personal de los jueces sobre la jerarquía de los valores institucionales, especialmente en tanto aquellos valores estaban equilibrados en este caso en particular, determinó sus votos -como debía ser-. Nosotros les pagamos para que ellos equilibren dichos valores, y no tengo ningún problema en afirmar que algo de esa subjetividad, algo de esa mirada a los valores personales, está envuelta en la elección final entre los valores constitucionales en pugna. Cualquier decisión emitida por cualquier ser humano entre valores constitucionales, involucra elementos subjetivos.

La pregunta para un juez será siempre cuánta subjetividad, y eso es determinado por cuántos factores no-subjetivos -lo externo- limitan primeramente los parámetros de decisión y luego ingresan en la solución escogida. Según mi punto de vista, mientras que por supuesto existen diferencias entre diferentes jueces en diferentes situaciones, los factores no-subjetivos, a los cuales me referiré enseguida, siempre han jugado un rol importante; uno que es subestimado por muchos, por no decir casi todos los teóricos académicos de Derecho Constitucional. Pero más allá de la mezcla de factores subjetivos y no-subjetivos, me parece demasiado evidente que, aparte de identificar los valores constitucionales básicos que se encuentran en tensión, la "intención de los constituyentes", tal como se la piensa, relativamente puede ayudarnos a decidir el caso de los transportes de San Antonio.

¹⁸ Aunque véase Martha Field, "'García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority': The Demise of a Misguised Doctrine", 99 Harv. L. Rev., 84, 1985 (*García* "correcta"); y William van Alstyne, "The Second Death of Federalism", 83 Mich. L. Rev. 1709 (*García* "incorrecta").

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

IV

Ahora pasaré al ataque hacia la Corte proveniente desde la extrema izquierda y desde otras personas que simplemente utilizarían el enfoque judicial tradicional para alcanzar fines personales. Estos grupos comparten la mirada del decano Ely, pero desde una perspectiva totalmente diferente. El hecho de que el decano Ely no haya encontrado una manera de darle un contenido basado en principios a las cláusulas abiertas de la Constitución, lo condujeron a restringir la aplicación de dichas cláusulas a lo que él llamó valores orientados al proceso (*process-oriented values*). Otros, en cambio, procediendo más o menos con la premisa de la *manipulabilidad* extrema de la doctrina judicial, dirían que la Corte debería utilizar la apertura de la Decimocuarta Enmienda particularmente para generar un cambio social a gran escala.¹⁹ La Corte, entonces, está sujeta a un ataque por su fracaso en seguir esta receta. De hecho, en tanto la crítica particular es acompañada generalmente por una fuerte crítica dirigida hacia todo el Gobierno por su fracaso en lograr la justicia social, el desempeño de la Corte es visto no tanto como fracasando en la solución de la injusticia social, sino más bien como en complicidad con ese fracaso.

Para poder medir la fuerza de este ataque, es necesario tener en cuenta la visión tradicional, ortodoxa, de que elaborar decisiones judiciales en casos constitucionales no es lo mismo que legislar y de que ello es así tanto en los casos de la Decimocuarta Enmienda como en cualquier otra área. Para poder realizar la medición, es necesario tener un fuerte sentido acerca de la manera en que los jueces deciden los casos. ¿Por qué la mayoría de los jueces aduce que existen restricciones que operan aun en los casos más difíciles? Porque, sugiero, eso es cierto, y ha sido así por mucho tiempo. No estoy sugiriendo el viejo argumento espantapájaros de que los jueces no “hacen” la ley. Por supuesto que la hacen, pero la mayoría de los jueces no ha creído ni ha actuado como si tuviera vía libre para hacerlo. Me doy cuenta que es más fácil proponer que probar esta afirmación; pero la tarea de haber leído y enseñado casos, y haber leído y enseñado los escritos de jueces, por 35 años, como estudiante, profesional, y profesor, me ha dejado la firme

¹⁹ Ver nota 5 *supra*.

convicción de que mi afirmación es precisa, al menos en lo que concierne a nuestra historia hasta 1987.

Los críticos del método judicial, que desentraña derechos protegidos bajo las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda, han identificado toda una cantidad de posibles fuentes del Derecho ajenas al juez: el texto, la historia, la estructura, la costumbre, el consenso –o, en términos que yo prefiero, valores sociales dominantes–, principios neutrales, el Derecho natural, la razón, y “la proyección de progreso”. El más fuerte crítico de estas posibles fuentes del Derecho ha sido el decano Ely, quien ha mostrado las fallas de aquellas teorías que utilizan cualquiera de esos factores como guías de decisión.²⁰ Pero ni él ni los otros críticos han apreciado lo suficiente la manera sutil en que muchos de estos factores, tomados en su conjunto, operan para definir las cuestiones y los parámetros de una posible decisión en la mayoría de los casos, incluyendo aquellos contemplados bajo las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda.

En el intento de dar sentido a dichas cláusulas, los jueces se apoyan en el texto de la Decimocuarta Enmienda –entendido dentro del contexto histórico de su aprobación– y en más de 100 años de interpretación de dicho texto, en tanto buscan concienzudamente los valores dominantes más duraderos de la comunidad que puedan superar el test de los derechos fundamentales, y de los derechos y garantías protegidos por la Decimocuarta Enmienda, al mismo tiempo que evitan imponer su sistema personal de valores. El tribunal comienza con un texto constitucional aprobado contra un trasfondo de expectativas inmediatas. A medida que el tiempo transcurre, el texto es aplicado a situaciones análogas, y se escriben opiniones, dando razones y explicando la aplicación del texto a situaciones fácticas particulares. El texto original termina infundido de las subsecuentes interpretaciones, para formar una compleja red de significado constitucional que opera limitando el rango posible de futuras decisiones. A fin de asegurarlo, ocasionalmente se realizan marchas y contramarchas; no obstante, la red previa de significado tiende a restringir actitudes revisionistas por parte de los jueces que puedan sentirse que están escribiendo sobre una hoja en blanco. Raramente un tribunal im-

²⁰ Ver Ely, nota 13 *supra*.

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

plementa, de una sola vez, una revisión al por mayor, de grandes áreas de una determinada doctrina, sin el debido cuidado.

Pero claro que toda esta discusión simplemente afirma lo que todo el mundo conoce: que existe un rango de posibles decisiones dentro del cual el juez hará su elección, y que también existe la posibilidad de cambiar elecciones previamente hechas. Aun en el último caso, sin embargo, un nuevo curso de decisión es siempre virtual y generalmente seguido en nombre de una combinación de valores plasmados en el texto y de otras corrientes de doctrina constitucional que ahora piensan en apelar de modo más relevante a la situación actual que a la doctrina desechada. Por supuesto que la decisión del juez es personal, pero él o ella trabajan sustancialmente con –si así lo fuesen– materiales externos. El ejemplo anterior del caso de los transportes de San Antonio es una ilustración de la revisión de una elección previamente hecha, sobre la base de una percepción diferente del peso relativo de los valores constitucionales en juego.²¹ La acción de la Suprema Corte en “Brown vs. Board”²² es otra demostración. La segregación había sido “mala” en un sentido moral por un largo tiempo. Sin embargo, no se convirtió en constitucionalmente “mala” hasta que dicho sentido de injusticia fue suficientemente reconocido por el cuerpo político de la Corte habilitado para actuar. La reinterpretación de la Decimocuarta Enmienda hecha por la Corte estuvo basada en una nueva percepción de las consecuencias de la segregación en el siglo XX, al punto que llevaron a Estados Unidos a infundir un nuevo significado a los términos de la cláusula de protección igualitaria. En cada uno de los casos, entiendo que existía un cambio en el contexto social, económico o político que condujo a la Corte a una nueva percepción. Un juez o tribunal que actúa sobre la base de esta nueva percepción y que elige a partir de ella es, por supuesto, lo que yo he llamado el rango de una razonable elección constitucional. Si bien en la mayoría de los casos el rango es relativamente estrecho, en algunos casos la elección será crucial para el funcionamiento del Gobierno y para la forma en que los individuos viven sus vidas.

²¹ “García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority”, nota 16 *supra*, revirtiendo “National League of Cities vs. Uesery”, 426 U. S. 833, 1976.

²² “Brown vs. Board of Education”, 347 U. S. 483, 1954.

Por otra parte, cualquier esfuerzo por describir el proceso de decisión y la influencia de los factores externos está destinado a ser penosamente generalizador y a ser acusado de servir únicamente para enmascarar la propia subjetividad. Creo que nadie ha hecho algo demasiado bueno, en el intento de describir el proceso de decisión en casos difíciles, aparte de Cardozo, quien hace 65 años dijo: "La historia o la costumbre, o la utilidad social, o cierto sentido vinculante de justicia, o a veces tal vez una semiintuitiva aprehensión del espíritu invasor de nuestro Derecho, aparecerá al rescate del juez ansioso y le dirá adónde ir".²³ Él puso énfasis en los factores externos, en otros valores que las personas ostentan a lo largo del tiempo. Para bien o para mal –y yo pienso que, mirando el resultado, ha sido para bien– la mayoría de los jueces, la mayoría de las veces, ha intentado interpretar la Constitución por alrededor de 200 años sobre la base de tal perspectiva. De cualquier manera, yo creo que ése ha sido su mandato constitucional. Así, concluyo en que no hay razón para reinterpretar la noción del control jurisdiccional a través de una inútil o engañosa búsqueda de la intención original; ni hay razón para encorsetar la Constitución en una *omnicomprensiva* teoría política o filosófica. Lo que tenemos es una institución que, a la corta o a la larga, nos ha servido –con todos sus "errores"– bastante bien. Ella mantiene un tenso equilibrio entre la voluntad popular y los valores de largo plazo; un equilibrio que es amenazado por la *sobreintelectualización*. La institución no necesita una reparación intelectual. Ella no está dañada.

V

Las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda presentan el problema de la interpretación constitucional en su fase más compleja. Los valores que ellas protegen están descritos en términos mucho más generales que aquellos que se utilizan para describir valores protegidos en otras cláusulas de la Constitución. Pero la Corte se ha propuesto especificarlos, y lo ha hecho por más de 100 años. Permítaseme examinar "Roe vs. Wade"²⁴ como el caso de prueba. Uno no puede escribir hoy

²³ CARDOZO, Benjamin N., "The Nature of the Judicial Process", 43 New Heaven, 1921.

²⁴ 410 U. S. 113, 1973.

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

sobre teoría constitucional sin hacer mención al *Caso del aborto*. En cierto sentido, resulta desafortunado basar la visión personal que se tiene del Derecho Constitucional en el caso constitucional más difícil del siglo. Sin embargo, la dificultad que presenta este caso es el máximo desafío al compromiso personal que uno pueda tener con un enfoque particular de la jurisdicción constitucional, y en ese sentido el *Caso del aborto* ilustra los puntos que estoy tratando de marcar.

Para mí, el caso puede ser comprendido de una mejor manera comenzando desde un punto diferente del que la mayoría de los análisis parte. Quisiera empezar con la situación cercana al período completo de embarazo, con un feto de 8 meses y medio, o pasado el período normal, con uno de 9 meses y medio, al cual se pretende abortar por medio de un médico estatal, en un hospital público, y, en virtud de los riesgos que corre la salud de la madre, por un método que mate (*kill*) al feto. Asuman que la regulación estatal concerniente al aborto ha sido recientemente declarada inconstitucional, de modo que no existe autorización legal alguna que permita la interferencia estatal, y que por tanto la demanda a favor del feto interpuesta por el padre como representante se encuentra enmarcada bajo la Decimocuarta Enmienda.

Desde mi punto de vista, al margen de lo que la Corte hubiese resuelto en "*Roe vs. Wade*", existía una legitimidad sustancial –en el reconocimiento legal creciente otorgado a los derechos de los fetos en el Derecho de propiedad y de daños– como para sostener que, hasta cierto punto, el feto debería ser considerado como una persona en los términos de la Decimocuarta Enmienda. El nacimiento con vida no es en absoluto una condición *sine qua non*. Las corporaciones, a las que se les reconoció la protección constitucional de "personas" hace 100 años,²⁵ no cabe duda de que no han gozado de un "nacimiento con vida". Otorgar protección constitucional al feto puede ser visto como parte de la amplia propuesta tendiente a incrementar la protección constitucional a favor de toda una variedad de "gentes" que han sido tradicionalmente desfavorecidas en lo que hace al reconocimiento de su status legal en nuestra sociedad. Hablo aquí por lo menos de las mujeres, los menores, y los extranjeros. Por supuesto que hay enormes diferencias entre todos estos grupos, pero

²⁵ Ver "*Santa Clara County vs. Southern Pac. R. Co.*", 118 U. S. 394, 396, 1886.

el interés en la vida de un feto de 8 meses y medio o 9 meses y medio, sin duda debería pesar fuertemente en favor del reconocimiento de su status constitucional.

Me parece que resulta de utilidad observar la cuestión del derecho constitucional de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, en el contexto del caso que presenté. En un sentido algo perverso, veo que la búsqueda de un derecho constitucional de la mujer se muestra más fuerte si uno reconoce el status constitucional del feto, con al menos cierto grado de desarrollo. El argumento de que la elección de una mujer de someterse a un aborto tiene status constitucional requería dar un enorme salto sobre lo que había sido decidido hasta allí. Una nueva concepción de la libertad, de la libertad de tomar las propias decisiones en cuestiones de autonomía, vida personal y planificación familiar, libre de toda interferencia gubernamental, debió ser reconocida para hacer prevalecer el argumento constitucional a favor de las mujeres. Más aún, el argumento debió ser vinculado con un apropiado alto grado de escrutinio de la legislación que regulase a las mujeres únicamente, a partir de un estándar que debió derivarse del emergente reconocimiento de los tribunales de que el efecto de la larga dominación masculina, en la fijación de las políticas gubernamentales, ha generado patrones estereotipados de pensamiento acerca de los roles de la mujer en la sociedad. Pero el argumento a favor del derecho al aborto, que descansa sobre el fenómeno moderno de la creciente preocupación judicial por los grupos desatendidos de nuestra sociedad –mujeres, menores, y extranjeros–, se debilita si pretende excluir al feto. Para el caso, el mismo argumento que permite sostener el status constitucional de la elección de la mujer de someterse a un aborto es el que también permite sostener el reconocimiento del status constitucional del feto.

Habiendo sostenido que algún status constitucional para el feto debió haber sido reconocido, estoy considerando aquí solamente la cuestión de si algún status constitucional para las mujeres también debiese ser reconocido. No estoy considerando en este punto cómo deberían ser armonizados dichos intereses si los derechos constitucionales fueran reconocidos a favor de ambos casos. El argumento para reconocer un derecho constitucional a las mujeres con respecto a la decisión de abortar, es más complicado que aquel a favor de los fetos, para los cuales puede esgri-

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

mirse un fuerte argumento desde el texto mismo del documento constitucional; un argumento que cierra simplemente insertando al feto dentro de la definición del término “persona”.

El argumento a favor del derecho de las mujeres de abortar no puede vincularse tan fácilmente con el texto constitucional. Desde mi punto de vista, el argumento más poderoso comienza con una teoría de la interpretación constitucional que se retrotrae a los albores de nuestra historia constitucional. El argumento –que sólo puede esbozarse brevemente aquí– comienza con el reconocimiento, en la Novena Enmienda, de la existencia de otros derechos constitucionales que no están explícitamente enumerados en la Constitución; continúa luego con las muchas declaraciones expresadas en las decisiones tempranas de la Suprema Corte –incluyendo declaraciones hechas por los primeros teóricos constitucionalistas importantes, como Marshall, Johnson y Story, acerca de la existencia de derechos naturales o fundamentales de las personas,²⁶ aunque los mismos no estuvieran explícitamente enumerados en la Constitución–; toma nota del catálogo de dichos derechos fundamentales –en tanto se encuentran protegidos por la cláusula de derechos y garantías del Art. IV–, expresado en la opinión temprana de Justice Washington en “*Corfield vs. Coryell*”;²⁷ pone especial importancia en el peso depositado sobre

²⁶ V. gr., “*Calder vs. Bull*”, 3 Dall. 386, 1798 (Chase, J.); “*Fletcher vs. Peck*”, 6 Cranch 87, 143, 1810 (Marshall, C. J., y Johnson, J.); y “*Terret vs. Taylor*”, 9 Cranch 43, 1815 (Story, J.).

²⁷ 6 F. Cas. 546 (C. C. E. D. Pa. 1823) (Nº 3230). El lenguaje utilizado por el Justice Washington para describir los principios fundamentales protegidos por el Art. IV es bastante trascendente: “Enumerar cuáles son estos principios fundamentales, tal vez sea más tedioso que dificultoso. Ellos, de todos modos, deberían estar todos comprendidos bajo los siguientes títulos generales: Protección del Gobierno; el goce de la vida y la libertad, con el derecho de adquirir y disponer de la propiedad de toda clase, y de perseguir y obtener felicidad y seguridad; sujeto no obstante a aquellos límites que el gobierno justificadamente prescriba para el bien general del conjunto. El derecho del ciudadano de un Estado de transitar a través de, o de residir en, cualquier otro Estado, con propósitos de comercio, agricultura, ejercicio de la profesión, o de cualquier otro tipo; de interponer la acción de *habeas corpus*; de entablar o mantener reclamos de cualquier tipo ante las cortes estatales; de usar y disponer de su propiedad, ya sea real o personal; y la posibilidad de excepcionarse de afrontar tributos o impuestos más altos que aquellos que pagan los demás ciudadanos del Estado; pueden ser mencionados como algunos de los particulares

dicho catálogo en los debates acerca del lenguaje de la Decimocuarta Enmienda, y luego apunta a la creación de derechos individuales por la Suprema Corte, a partir de la interpretación de dichas cláusulas en los últimos 119 años.

La teoría constitucional a la cual he vinculado la defensa del reconocimiento del derecho de la mujer al aborto bajo ciertas circunstancias es la teoría mediante la cual la Suprema Corte ha interpretado la Decimocuarta Enmienda desde su sanción. El argumento de que dicha Enmienda debe ser limitada a las circunstancias que motivaron su aprobación –los sucesos ligados a la Guerra Civil–, nunca fue aceptado por la Suprema Corte. De hecho, la aplicabilidad de la mayoría de las cláusulas del *Bill of Rights* contra los Estados –por no mencionar la protección de los derechos de las corporaciones– debe su existencia al rechazo de aquel argumento. Es, en mi opinión, un accidente histórico que llevó a todo este desarrollo a situarse debajo de la cláusula del debido proceso y, hasta cierto punto, debajo de la cláusula de protección igualitaria, en lugar de ubicarse debajo de los derechos y garantías de la Decimocuarta Enmienda, cuyo carácter sustantivo es bastante explícito, proveyendo, así, que “ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”.^{27bis} Ese lenguaje deliberadamente amplio, sin dudas justifica, por no decir que requiere, la tarea de creación de derechos que la Suprema Corte ha perseguido, consistentemente, en su interpretación de la Decimocuarta Enmienda.

Extender un vínculo con la teoría constitucional establecida, que justifica el surgimiento de derechos individuales de las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda, es sólo la fase preliminar. La tarea más difícil es construir un argumento persuasivo para el reconocimiento de este derecho constitucional particular –el derecho de la mujer de elegir someterse a un aborto, al menos ante ciertas circunstancias–. Anteriormente, he intentado mostrar que un argumento persuasivo puede esgrir-

derechos y garantías de los ciudadanos, que están claramente contenidos en la descripción general de derechos considerados fundamentales: a los cuales deben sumarse los derechos electorales, tal como están regulados y establecidos por las leyes o constituciones del Estado en el cual son ejercidos”.

^{27bis} [N. del T.: ver aclaración en nota 10bis *supra*].

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

mirse en favor de un status constitucional para el feto. Lo hice de un modo algo abstracto, es decir, construí el argumento en favor del feto independientemente de los argumentos en favor del status constitucional de los derechos de la mujer. Lo hice de ese modo, basado en la teoría de que uno tiene que comenzar en alguna parte, aunque haya calificado mi posición afirmando que, para mí, el argumento en favor del status constitucional del feto era más persuasivo, “cuando existe al menos cierto grado” de desarrollo. Cuando pasamos al status constitucional de la mujer, pienso que resulta difícil sostener un argumento en su favor aun de modo abstracto. Uno debe tomar en cuenta el hecho de que el aborto termina con la posibilidad de un “nacimiento con vida” (cuando hablo de “aborto” estoy excluyendo métodos de interrupción del embarazo que culminan en un nacimiento con vida). Así, el dilema que se presentó en “Roe” fue si un derecho personal de la mujer embarazada podía ser constitucionalizado, en cualquier circunstancia, dadas las consecuencias.

Antes de pasar al preciso argumento doctrinal a favor de la decisión tomada en “Roe”, necesitamos enfrentar la cuestión de las fuentes del Derecho apropiadas a ser consultadas por la Corte. Hace un momento expresé mi creencia acerca de que la construcción de una doctrina deviene más importante, en relación con el texto en su redacción original, cuanto más nos alejamos cronológicamente en el tiempo desde la adopción de dicho texto. De ese modo, los precedentes y la analogía a dichos precedentes han sido importantes muestras de la creación de derechos individuales. Pero también estuvo presente desde el comienzo, la idea –que yo creo fue plasmada en las cláusulas abiertas de la Decimocuarta Enmienda– de que una de las tareas de la Corte era la de preservar las libertades fundamentales de las personas de la injerencia del Gobierno, incluyendo aquellas libertades individuales fundamentales no enumeradas expresamente en el documento constitucional. Es trabajo de la Corte identificar, cautelosa y cuidadosamente, aquellos valores que han sido establecidos como esenciales en nuestra sociedad en particular, los valores que el decano Ely cataloga como “valores de consenso” pero que yo prefiero llamar “valores duraderos dominantes”.

Éste es el punto crítico en donde muchos fracasan al interpretar el rol de la Corte bajo la Decimocuarta Enmienda. Los argumentos a favor del control jurisdiccional pueden ser aceptados, el lenguaje amplio de

la Decimocuarta Enmienda es reconocido –como debe ser–, pero cuando las consecuencias son percibidas en términos de la enunciación por parte de la Corte de valores duraderos dominantes, entonces se empieza a hablar de los jueces como legisladores y de la naturaleza antidemocrática del control judicial, y todo se vuelve estridente. A lo que los críticos temen, por supuesto, es a los nueve jueces no electos de la Suprema Corte desbordando tal inmenso poder. Si el presidente hace estragos, al menos se habrá tratado de una sola persona...

La razonabilidad de dichos temores debe ser reconocida. Pero en mi opinión, el hecho es que el control judicial ha sido aceptado desde comienzos del siglo XIX, y justamente, a la vista de dicho control judicial, es que fue especialmente adoptado el lenguaje genérico de la Decimocuarta Enmienda. La Nación otorgó un enorme poder a la magistratura, y la pregunta es cómo dicho poder debería ser ejercido. Como yo lo veo, si los jueces dicen que el poder es demasiado grande para ser ejercido, no están desempeñando sus funciones. Para bien o para mal, el curso de la historia nos ha traído hasta los '80 con una magistratura que tiene la obligación de interpretar la Decimocuarta Enmienda. Pero la posesión de ese poder demanda un gran cuidado en su ejercicio, cuidar que no se traspasen sus límites y que no se defraude la confianza de aquellos que tenían expectativas en su ejercicio.

De esta manera, pienso que resulta crucial que los jueces, al ejercitar el poder de interpretar la Decimocuarta Enmienda, definiendo el contenido de sus libertades, tengan siempre en mente –como creo que tradicionalmente lo han tenido– que ellos no son libres de importar su sistema personal de valores al texto constitucional, cuando se trata de dilucidar qué valores sustanciales se encuentran plasmados en la Decimocuarta Enmienda. Cuando hay que definir si un reclamo de derechos individuales en particular debería ser constitucionalizado, la consideración que hacen los jueces sobre los aspectos de la decisión que mira a los valores sociales duraderos dominantes debería tomar en cuenta críticamente que tanto el conflicto de valores como el contexto existen. Ellos deberían evitar constitucionalizar el sistema de valores de un segmento pequeño de la sociedad. Esta limitación se ve justamente ilustrada en el proceso por el cual se alcanzó la actual solución a los casos sobre pena de muerte. La Corte, impulsada por una creciente percepción de que los Estados

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

Unidos del siglo XX habían rechazado la acción de quitar la vida como respuesta apropiada al crimen, avanzó a través de una serie de casos hasta llegar al último en el cual se anunciaría dicha doctrina.²⁸ Mientras tanto, sin embargo, las legislaturas de muchos Estados se habían pronunciado en contra, al restablecer la pena de muerte. Fue así, que la mayoría de la Corte terminó concluyendo que la definición impeditiva anterior había sido prematura.²⁹ Ésa fue una reacción razonable, puesto que la acción de muchas legislaturas es ciertamente un lugar apropiado para buscar la expresión de valores sociales; no es necesariamente el factor determinante, pero sí uno importante.

Otro ejemplo de una situación donde la Corte encontró necesario decidir si un nuevo reclamo de derechos constitucionales debería ser reconocido ocurrió en el caso “*Bowers vs. Hardwick*”³⁰ durante el último período de sesiones. Si la Corte iba a resolver, como la mayoría pensó que debía hacerlo, que existía una libertad fundamental para los adultos homosexuales de practicar la sodomía en privado,³¹ encontramos que la tarea de la Corte consistía nuevamente en determinar si la conducta había adquirido una aceptación social duradera, como libertad fundamental, para ser reconocida. Para la Corte siempre es difícil establecer la cuestión tan explícitamente, puesto que fuera de la actividad legislativa resulta dificultoso dar con evidencia relevante sobre la existencia de valores sociales. No obstante, yo creo que aquella determinación era lo que esencialmente la Corte estaba haciendo –y en ese sentido, apropiadamente– cuando expuso la extensa historia de la legislación sobre prohibición de la sodomía, la completa prohibición en todos los Estados hacia 1961, y la persistente prohibición existente en casi la mitad de los Estados al día de hoy.³² Eso es también lo que los disidentes estaban haciendo, cuando

²⁸ Ver v. gr., “*Witherspoon vs. Illinois*”, 391 U. S 510, 1986; “*Furman vs. Georgia*”, 408 U. S. 238, 1972.

²⁹ “*Gregg vs. Georgia*”, 428 U. S. 153, 1976.

³⁰ 106 S. Ct. 2841, 1986 [N. del T.: 478 U. S. 186, 1986].

³¹ Advierto que la naturaleza del reclamo podría ser expresada de manera diferente, v. gr., como un derecho constitucional de los adultos libres de realizar prácticas sexuales privadas sin interferencia del gobierno. No pienso que, al menos en un caso apropiado que presente un cuadro de la cuestión, el problema de “*Bowers*” deba hacerse pasar por una descripción del derecho en cuestión en términos tan generales, tan abstractos.

³² Ver “*Bowers vs. Hardwick*”, nota 30 *supra*, en 2844-45 y nn. 5-7.

manifestaban el movimiento de despenalización y cuando enfatizaban en los aspectos privados de la cuestión como algo distinto a la conducta particular que se encontraba en discusión.³³

El fallo “Bowers vs. Hardwick” puede ser bien entendido como un reflejo del criterio de la Corte de que los cambios de valores en nuestra sociedad, a lo largo de los últimos veinticinco años, no habían generado un cambio lo suficientemente duradero como para que el derecho de los adultos que consienten la sodomía en privado debiera ser reconocido con status constitucional. No obstante, la despenalización no es equivalente a una declaración de derechos. La decisión debe ser leída como que, si bien existió el reconocimiento de la validez constitucional de la prohibición de dicha conducta, también existía un rango amplio de falta de aceptación y oposición a que el nuevo derecho hubiese estado lo suficientemente establecido como para ser reconocido. No era suficiente decir que, en comparación al aborto, el perjuicio establecido por la legislatura era tanto más grande en los casos de aborto que en el caso de los derechos de los homosexuales, que ocurrió *a fortiori* de aquellos. Ése no es el enfoque correcto. La Corte, primero, debe ser capaz de reconocer el status constitucional del derecho reclamado, y en la visión de la Corte, y en la mía también, ello aparecía más endeble para el derecho reclamado por los homosexuales en 1986 que para el derecho al aborto, reclamado en al menos algunos casos hacia 1973. Con el tiempo, esto cambiará, y la Corte deberá tener la mente abierta acerca de la posibilidad de cambio,^{33bis} pero debe tomar tiempo para un nuevo derecho lograr el status constitucional, y los proponentes del nuevo derecho en “Hardwick” estaban tratando de cortar ese camino demasiado rápido (yo, de todas maneras, deploro el lenguaje utilizado en “Hardwick” que podría ser leído como ciertamente hostil para la teoría de los derechos fundamentales expresada en este trabajo).

Habiendo discutido los factores apropiados a ser considerados, ahora podemos analizar cuál debería ser la base correcta para la solución constitucional de la Corte en “Roe”. Tan lejos como a la historia doctrinal con-

³³ Ver, v. gr., íd. en 2848-56 (Blackmun, J. en disidencia).

^{33bis} [N. del T.: Para la evolución en este tema, véase “Lawrence vs. Texas” (02-102), 539 U. S. 558, 2003, revirtiendo “Bowers vs. Hardwick”].

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

cierne, los avances que la Corte ha hecho en el reconocimiento de la libertad individual respecto de la posibilidad de que cada cual tome sus propias decisiones en cuestiones relativas a su vida personal, estilo de vida y planificación familiar, sin tener que soportar la interferencia sustancial del Gobierno,³⁴ y el mayor grado de escrutinio de la legislación que regula a las mujeres únicamente,³⁵ acarrearón en cierto modo el argumento a favor del aborto. Pero aunque el razonamiento a favor del resultado en "Roe" sea asistido por estos vínculos con doctrinas existentes, éstas no se enfrentan con el poderoso efecto del interés contrapuesto del feto.

La cuestión crucial a decidir en "Roe" –una vez que uno percibe que existe un interés relevante de la mujer involucrada en decidir si le será permitido tener control sobre los usos que ella le dé a su propio cuerpo, libre de la intervención del Gobierno– es si dicho interés debería ser constitucionalizado, cuando el resultado consiste en impedir el nacimiento de un embrión existente. ¿Cuál es la justificación para constitucionalizar dicho interés? Careciendo de un soporte específico en el contexto literal de la Enmienda o en los precedentes, ¿podemos encontrar algo que pueda ser aceptado como un valor social duradero por el cual tal libertad deba ser reconocida?

El argumento existente podría comenzar en el extremo opuesto al espectro biológico del ejemplo del feto –cercano al período total de embarazo, o una vez transcurrido dicho término–, con el cual empecé mi consideración sobre el status constitucional del feto. Asumamos que estamos tomando en cuenta la situación de un feto media hora después de la concepción, cuando la concepción resulta de una violación y donde el embarazo pondría en peligro la vida de la madre. Casi todas las leyes estatales que hacia 1973 prohibían el aborto, lo permitían en tal situación.³⁶

³⁴ La referencia se extiende a lo largo de casos que van desde al menos "Pierce vs. Society of Sisters", 268 U. S. 510, 1925, pasando por "Griswold vs. Connecticut", 381 U. S. 479, 1965 y "Eisenstadt vs. Baird", 405 U. S. 438, 1972.

³⁵ Ver "Reed vs. Reed", 404 U. S. 71, 1971, que presagió el explícito alto grado de escrutinio.

³⁶ Ver "Roe vs. Wade", nota 24 *supra*, en 117-8 y n. 2. Es verdad que el aborto habría sido permitido en dicha situación en casi todos los Estados, dada la amenaza a la vida de la madre. El período temprano de embarazo y la causa del embarazo habrían sido razones adicionales sólo en una minoría –aunque en una creciente minoridad– de jurisdicciones. Yo agragué esos hechos para producir un caso *a fortiori*.

Ciertamente, uno no puede contradecir que existe un derecho constitucional con respecto a toda conducta que no se ejecute criminalmente. Sin embargo, con respecto a la caldeada área del aborto, el hecho de que aun aquellas jurisdicciones que decidieron prohibir los abortos hayan dejado abierta la situación que he descripto recién, y el hecho de que más y más Estados estén perdiendo las restricciones al aborto, sugiere fuertemente una creencia general de que existía un rango de situaciones, dependiendo del grado de peligro que corre la madre, del avance del embarazo, y de la causa de dicho embarazo, en las cuales la libertad de la madre de decidir someterse a un aborto debería ser reconocida. Otra manera de llegar a esta conclusión es decir que había un reconocimiento general de que la unión de las células por sí sola no creaba el status constitucional que supedita el derecho de las mujeres.³⁷ Si uno adhiere a esta visión generalmente adoptada, sobre el argumento doctrinal a favor del reconocimiento de cierta libertad constitucional de las mujeres con respecto a lo que deberían hacer con sus propios cuerpos –sin la interferencia del Gobierno–, uno tiene en forma esquelética la base para el reconocimiento de un derecho constitucional.

Es importante subrayar el argumento de que es la autonomía de las mujeres lo que se encuentra en juego. No obstante el mayor status de las mujeres en este país y demográficamente hablando, pienso que en el instinto de la Suprema Corte, en casos de protección igualitaria, aquel tratamiento diferencial a las mujeres en las clasificaciones gubernamentales requiere de un escrutinio más agudo que el que usualmente se escucha. La historia del constante tratamiento desigual en el contexto de los estereotipos sociales, que ha guiado mucha de la legislación en este país desde sus comienzos, debe ser tomada en cuenta, no sólo en el requerimiento de tratamiento igualitario de la cláusula de protección igualitaria, sino también, en mi opinión, en el reconocimiento de otros derechos sustantivos bajo la Decimocuarta Enmienda. El argumento constitucional a favor del derecho de la mujer al aborto, por lo tanto, combina

³⁷ No estoy aduciendo que la actividad legislativa estatal justifica todo lo que fue decidido, o todo lo que debió haber sido decidido, en “Roe”. Al menos, no es así en mi opinión. La situación legislativa debe ser combinada con los argumentos que llevan a justificar la constitucionalización de un derecho al aborto en cualquier situación que no involucre la amenaza a la vida de la madre.

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

hilos de decisión que se trenzan alrededor de decisiones previas de la Corte, que reconocen derechos de libertad individual en el campo de la planificación familiar, con especiales consideraciones de la necesidad de proteger los derechos de las mujeres, especialmente en esta área, dado el peligro de que la legislación que restringe la libertad de las mujeres termine reflejando viejos modos estereotipados de pensamiento. Ése es, al menos, el argumento para reconocer algún Derecho Constitucional a las mujeres en lo que hace a la elección del aborto.

No he brindado una elaboración a escala completa del argumento a favor del reconocimiento de cierto status constitucional al derecho de la mujer de decidir un aborto, pero pienso que he indicado suficientemente los que yo veo como los aspectos más importantes del argumento. Mucho descansa en la exactitud de la percepción de una visión social general que apoya el derecho de la mujer de elegir en al menos ciertas situaciones. Yo no soy uno de los que cree en establecer derechos constitucionales a partir de técnicas basadas en encuestas, porque, como sabemos, las opiniones cambian rápidamente; mucho depende de la forma en que una pregunta es hecha, de cuánta información posee quien responde, y de toda una variedad de otros problemas que tornan sospechosa la exactitud de la encuesta. No obstante, las sustanciales y consistentes mayorías, mostradas por las encuestas durante muchos años, a favor del reconocimiento de alguna libertad de elección, sugieren que, a cierto nivel básico de valores descubiertos, la Corte no se encuentra fuera de la línea, al menos con respecto a aquella parte de su opinión que trata con el primer trimestre de embarazo.

Una pregunta que necesita ser encarada hoy, es si el resurgimiento del sentimiento antiabortista, que se volvió evidente en los años posteriores a "Roe", sugiere que la Corte deba revertir su doctrina tal como lo hizo en los *Casos de pena de muerte*. Yo sugeriría que se debe requerir una demostración aún mayor de un nuevo valor duradero dominante, para dar vuelta una decisión que reconoce un derecho constitucional y dejar de reconocerlo. Es más, la existencia de determinada oposición, por sí sola, no sería tampoco suficiente; de otro modo, dicha oposición hubiese requerido la potencia de "Brown vs. Board". No obstante, la cuestión aquí es diferente debido a la fuerza del interés contrario. En el caso de la libertad de los blancos de poder discriminar, no importa si

la misma es abolida para hacer lugar a un reclamo de libertad de asociación; simplemente, ese caso no es comparable en fuerza con el interés del feto de nacer con vida. El trabajo de la Corte, al reconsiderar el reconocimiento del derecho constitucional de la mujer, en pos de oponerse al mismo, consiste tan sólo en revisar las justificaciones alegadas oportunamente a favor del derecho y ver si la percepción de la Corte, en cuanto al reconocimiento general de la libertad reclamada, sigue estando justificada.

Debería quedar claro a esta altura que yo pienso que los reclamos constitucionales a favor del feto y a favor de las mujeres, en relación con la decisión de abortar, están vinculados, y que la clase de argumento que sostiene el reconocimiento de un status constitucional para uno lo sostiene también para el otro. Como ya lo he manifestado, también pienso que es mucho más difícil para el argumento proaborto prevalecer si aquellos que afirman el derecho denegaran al mismo tiempo todo status constitucional al feto. Que la Corte haya reconocido un derecho constitucional para las mujeres sin un correspondiente derecho para el feto constituye, en mi opinión, una falla sustancial en la decisión de la Corte. De hecho, lo que los comentaristas han encontrado como algo curioso y problemático en "Roe vs. Wade" –la solución cuasi-legislativa basada en los trimestres de embarazo–, parece mucho menos problemático cuando es visto como el intento de equilibrar derechos constitucionales enfrentados. Entonces, la intención de ajustar intereses –que se parece bastante a la solución de la Corte– luce más acorde a un montón de soluciones judiciales, con la salvedad de que usualmente un equilibrio complejo de este tipo es alcanzado luego de una larga serie de casos y no en una sola opinión. Incluso, si la Suprema Corte había llegado a la conclusión de que no sólo uno sino dos derechos constitucionales se encontraban involucrados en el *Caso del aborto*, podría haberse focalizado mejor y más precisamente en las razones que la llevaron a reconocer los derechos constitucionales que en cuál debería ser la armonía exacta de esos dos derechos. Esa perspectiva diferente lo llevaría a uno a concluir en que el equilibrio alcanzado por la Corte para períodos de tiempo particulares, especialmente el balance alcanzado para el segundo trimestre, es errado, sin que ello signifique que dicha conclusión en algún modo conceda

JUECES O ACADÉMICOS: ¿A QUIÉNES DEBEMOS MIRAR SEGÚN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL?

ANDREW L. KAUFMAN

toda la justificación a favor del reconocimiento de un derecho constitucional de las mujeres para el aborto.

El principal argumento alternativo a la teoría de los dos-derechos-constitucionales, que yo he propuesto para su consideración, es la teoría del ningún-derecho-constitucional. El argumento consiste en que no hay una clara visión dominante que se haya podido imponer por sí misma, y que el problema debe ser resuelto dentro de las más diversas legislaturas estatales como un asunto político. Algunos proponentes, aunque no todos, agregarían que ellos pueden sostener su posición desde una presunta competencia legislativa para regular derechos, en ausencia de un derecho constitucional establecido (están también aquellos que apelan a la teoría del ningún-derecho-constitucional, puesto que de ese modo obtienen una visión mucho más limitada del rol de la Corte en los casos de la Decimocuarta Enmienda de la que yo mostré aquí; aunque ya he expuesto dichas opiniones anteriormente). Debo confesar que la elección entre la visión del ningún-derecho-constitucional y la visión de los dos-derechos-constitucionales es bastante difícil. Es lo angustiante de la elección con respecto al caso del aborto lo que me lleva a inclinarme por la visión de los dos-derechos-constitucionales. Es la angustia –que parece ser una descripción bastante común de la decisión para la mayoría de las personas–; la angustia que reconoce la naturaleza extraordinaria de lo que se encuentra en juego, junto con mi percepción acerca de la visión general de la fuerza de los intereses contendientes, lo que confirma mi inclinación hacia que, en circunstancias particulares, cada uno de los valores contendientes debería ser reconocido como poseyendo un status constitucional por sí mismo, aun cuando fuera en contra del otro. Un status constitucional como tal preservará a los intereses en juego de la posibilidad de una negación total de alguno de los valores, en el caso de una solución legislativa, que es siempre el producto del paroxismo pasional.

He discutido el caso del aborto de manera tan extensa porque pienso que cualquiera que exprese sus opiniones acerca de la manera en la cual las decisiones constitucionales deben ser tomadas necesita probarlas contra el caso más difícil de todos. Pero no quisiera que la extensión de la discusión del caso particular eclipsara el punto principal que quisiera proponer: que el método judicial tradicional de interpretación constitucional es viable y debería ser acatado de un modo que instruyera al juez

a focalizar en factores distintos a sus valores personales. Debo enfatizar, sin embargo, que en los casos más importantes, el juez concienzudo tendrá un rango amplio de posiciones constitucionales razonables, que las diferencias en filosofía judicial, especialmente aquellas relacionadas con la competencia institucional, y las de opinión acerca de la importancia y dominación en nuestra sociedad de valores constitucionales particulares, marcarán una diferencia en la eventual decisión del fallo adecuado. No encuentro esto como algo del todo molesto, especialmente cuando estamos hablando de la Suprema Corte; una Corte de nueve jueces que normalmente representa un espectro de visiones y experiencias que, cuando la institución funciona de forma óptima, contribuyen a decisiones mejor fundadas.