

Autoridad Judicial, Igualitarismo y las Demandas de Justicia.

Marcio S. Grandchamp

En el libro *Constitución y Conflicto*¹ Robert Burt establece una teoría de la autoridad judicial y del proceso de toma de decisiones Constitucional. La teoría rechaza la supremacía judicial como un principio organizador de gobierno, y aboga por su reemplazo en Estados Unidos, por una concepción de igualdad institucional entre las tres ramas. Como explicaré a continuación, la teoría también requiere de los jueces que emitan las sentencias a partir de un conjunto particular de intereses cuando se trata de casos constitucionales que son altamente divisivos. Al menos dos elementos del igualitarismo lo separan de otros esfuerzos recientes que hablan en contra de la supremacía judicial. El primero se refiere a la naturaleza del argumento del libro. El profesor Burt no fundamenta el rechazo a la supremacía judicial en la supuesta capacidad limitada de la Suprema Corte,² su falta de legitimidad política,³ ni en las funciones ideológicas que el arreglo institucional pueda haber formado.⁴ En cambio, su argumento se basa en el valor del igualitarismo como virtud del sistema político y en la conexión fundamental de tal valor con la historia de los Estados Unidos. Una segunda distinción importante es que el igualitarismo no propone un modelo de supremacía legislativa. En cambio, ve a la Corte, al Congreso y a la Presidencia como parte de un mecanismo nacional de resolución de conflictos y construcción de significado Constitucional.

En el presente artículo, presento un reporte del igualitarismo tal como lo ve el Profesor Burt en la sección I, y luego, en la sección II, discuto algunos de los temas más importantes en su tratamiento del papel de la Suprema Corte en una democracia constitucional. Mi

¹ Burt, Robert. *The Constitution in Conflict*. Harvard University Press, 1992. (Traducción al español por la Universidad de Buenos Aires, "Constitución y Conflicto", Junio 2000). Traducción del artículo "Autoridad Judicial, Igualitarismo y las demandas de Justicia" por Marisol Ruiz.

² Véase, Vermeule, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Harvard University Press, 2006.

³ Véase, Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

⁴ Véase, Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

objetivo aquí no es tanto proveer un juicio definitivo respecto a los méritos de la teoría, sino indicar las posibles dificultades normativas que aún necesita enfrentar.

I. Autoridad Igualitaria

El libro *Constitución y Conflicto* está dividido en tres partes. En la primera, el profesor Burt discute la legitimidad histórica del principio de autoridad igualitaria entre las ramas de gobierno y aboga por la adopción de un conjunto de intereses igualitarios en la revisión judicial. El argumento involucra dos puntos principales. Primero, argumenta que los fundamentos de un principio de igualdad política probablemente surgieron del permanente interés de los Fundadores por evadir un conflicto social y así fue como fueron inscritos, al menos implícitamente, en la Constitución misma.⁵ Segundo, habla de una preocupación que estructura y últimamente, da sentido a un cúmulo de instituciones políticas de autoridad igualitaria que se puede derivar al examinar las acciones y palabras de Lincoln, antes y durante de la Guerra Civil. Habiendo establecido las credenciales históricas para la autoridad igualitaria, el Profesor Burt dedica la segunda parte de su libro a un recuento de la historia de la revisión judicial en los Estados Unidos. La sección está diseñada para demostrar cómo es que surgió la supremacía judicial y se convirtió predominante en la práctica de la revisión constitucional. La tercera parte del libro toma los casos de *Brown vs. La Junta Escolar* y *Brown II* como un punto de partida para elaborar un modelo igualitario de toma de decisiones constitucional por la Suprema Corte. Discute como el igualitarismo puede haber producido mejores decisiones de haber sido aplicado en algunos casos claves en la segunda mitad del Siglo XX, y qué técnicas concretas pudo haber aplicado.

⁵ " [Nos] es imposible comprender la idea que los fundadores tenían respecto a la Constitución a menos de que notemos la importancia y permanencia del miedo que tenían ante la posibilidad de conflicto civil. (...) Este miedo—ya sea real o no—estuvo tan íntimamente inscrito en los intersticios de la Constitución que ha influenciado permanentemente (tal vez de manera subliminal) las decisiones de los Jueces de la Suprema Corte que han sido por sí mismos los custodios especiales de la integridad del documento." *supra* n.1 en 44

En las siguientes páginas, describo el argumento de las secciones I y III del libro. Dada la naturaleza de mi análisis en la sección II y las restricciones formales de este artículo, omitiremos una descripción de la sección II del libro.⁶

La tarea de la teoría

De acuerdo al Profesor Burt, gran parte del trabajo que habla de la Teoría Constitucional en los Estados Unidos ha estado equivocadamente enfocado en el asunto de la legitimidad de la Corte. Opiniones jurisprudentes profundamente distintas, desde la visión original de Robert Bork, hasta la visión interpretativa de Ronald Dworkin, se han enfocado en una única pregunta central: “Cuando la Suprema Corte interpreta la Constitución, ¿cómo puede asegurar que su interpretación es irreprochablemente legítima?” Privilegiar esta pregunta, sin embargo, tiene un precio: da por sentado la existencia de una supremacía judicial, y por lo tanto, pierde no sólo dirección normativa potencial, sino también habilidades descriptivas. El Profesor Burt ejemplifica este punto discutiendo el análisis de Bickel sobre el caso de *Brown vs. La Junta Escolar*. Bickel rompe con la opinión convencional del caso al afirmar que la legitimidad de la decisión de la Corte siempre se proyecta ante el futuro.⁷ En sus famosas palabras, “los principios de la Corte necesitan obtener consentimiento, no necesariamente tenerlo.”⁸ Ahí el mérito de Bickel, haber llevado la pregunta central de la teoría constitucional lejos del objetivo de asegurar legitimidad mediante la adopción de un método interpretativo. Propiamente entendida, explica el Profesor Burt, la teoría constitucional debe ocuparse de una pregunta diferente, mucho más involucrada en el proceso de toma de decisiones que en la interpretación y legitimidad: “¿Cómo puede la Suprema Corte emitir fallos sobre disputas constitucionales a pesar de su cuestionable legitimidad para hacerlo?”⁹

⁶ Creo, sin embargo, que un reporte comprensivo de los méritos del libro no puede dispensar del análisis histórico que se desarrolla en esta sección.

⁷ "Es decir, convendría que la Corte declare únicamente como leyes aquellos principios como voluntad—con el tiempo, pero en el futuro inmediatamente cercano—ganan consentimiento general." Cita id. En 22-23.

⁸ Id. en 22.

⁹ Id. En 11.

Por enfocarse en el asunto de la legitimidad, las teorías convencionales no pueden propiamente justificar las decisiones de *Brown* y *Brown II*. En gran medida, esto se debe a su inhabilidad de capturar la “incertidumbre” al momento de la primera decisión.

“La repugnancia moral de la segregación racial, y la consecuente exactitud de *Brown*, se han convertido a la fecha en un artículo de fe en nuestra forma de gobierno. Pero no siempre fue así—y ciertamente no lo fue en 1954 cuando los Jueces lidiaron con este asunto. Algunos podrán recurrir a la idea de que la historia subsecuente validó el fallo de la Corte—señalando que los Jueces pronosticaron correctamente el futuro al condenar la segregación racial. Pero este tipo de validación *post hoc* no brinda mucha dirección a los Jueces mismos cuando se les presenta un caso sumamente controversial en la Corte.”¹⁰

Tanto los críticos, como los simpatizantes de la primera decisión, tienden a ignorar las circunstancias que los rodean y por lo tanto, dejan pasar aspectos cruciales respecto a la responsabilidad de los Jueces en ese momento. En el caso de *Brown*, el fallo contra la segregación pudo haber sido percibido por gran parte de la población blanca del sur, como una imposición federal que simplemente ignoraba sus evaluaciones subjetivas. En las palabras del Juez Jackson, la dificultad principal de *Brown* fue si “la abolición real de la segregación, [sería] acelerada o retardada, por lo que muchos pueden considerarla como un uso despiadado del poder judicial.”¹¹

La opinión popular también fracasa en adaptar esta idea a *Brown II*, en donde la Suprema Corte se rehúsa a exigir la aplicación inmediata del derecho constitucional a una educación sin segregación que había previamente reconocido. Debido a que las teorías convencionales ocultan el papel de la Suprema Corte en producir consenso, sólo pueden ver este caso como un retroceso respecto al primer fallo. Tienden a verlo como una “decisión política sin principios,” a diferencia del fallo de 1954 basado en principios.

“Los críticos, en ese entonces y hasta la fecha, argumentan que si la decisión de *Brown I* en 1954 fue una interpretación correcta de la Constitución, entonces no debería existir una razón legítima para retardar la aplicación de los derechos constitucionales de los estudiantes negros. En 1955, sin embargo, la Corte anunció que el retraso—“en cualquier velocidad deliberada”—era permisible. La perspectiva tradicional, en aquel entonces y ahora, establece que *Brown II* era únicamente una táctica “política”—un menoscabo ilegítimo de principio por la

¹⁰ Id. en 16.

¹¹ Id. 17-18.

Corte, y sin embargo, uno comprensible y tal vez (o tal vez no) sabio. Bickel tenía una opinión diferente.”¹²

Bickel, sin embargo, nos permite ver el caso de *Brown II*, independientemente de que uno este de acuerdo o no, como uno resultado del ejercicio propio de la autoridad judicial.

“En el caso de *Brown I* la Corte vaciló en el fallo previo del conflicto racial que había sido impuesto por las legislaturas del sur; y en *Brown II*, la Corte se rehusó a imponer su propia resolución autoritaria. De esta manera, entonces, la Corte dramáticamente implicó el hecho de que, primero, las leyes de segregación racial eran imposiciones ilegítimas porque habían esclavizado dolosamente a los antagonistas negros; y segundo, que no había resolución legítima que podría imponerse a cualquier antagonista, que la legitimidad sólo procede de un "acuerdo general" de tanto blancos como negros, y que la lucha por este caso debía proceder, guiada y provocada por los jueces locales federales, 'con deliberada velocidad'."

Para el Profesor Burt, esto indicaba que “las cortes no deben involucrarse en la resolución autoritativa de disputas constitucionales; las cortes participan propiamente, e incluso provocan tales disputas, pero no las resuelven independientemente y conclusivamente.”¹³

El principal desacuerdo del Profesor Burt con Bickel es que este último argumenta que las instituciones mayoritarias son excepcionales en los Estados Unidos. Para él, esto es de hecho, un elemento principal del panorama institucional.¹⁴ Por consiguiente, entendemos el análisis histórico que desarrolla en las secciones I y II del libro.

“Bickel comienza su libro afirmando que debido a que la revisión judicial es una ‘fuerza mayoritaria,’ resulta una ‘institución aberrante en la democracia Americana.’ Esta premisa, aunada a su visión de América como prácticamente unida, lo llevo a ver el caso *Brown*, y al imperativo subyacente por intervención judicial que surgió de la naturaleza de la disputa respecto a segregación racial, como eventos aberrantes en la experiencia Americana. Pero estaba equivocado: *Brown* representó un problema recurrente y prototípico para la democracia Americana. El problema no era el conflicto racial como tal, sino más fundamentalmente, lo que significaba el conflicto racial.”¹⁵

La Fundación

Como se mencionó anteriormente, el libro *Constitución y Conflicto* establece por una parte, las fundaciones históricas del igualitarismo en torno a la discusión sobre cómo las

¹² Id. en 20.

¹³ Id en 38.

¹⁴ "Debemos entender que la Guerra Civil significó el fracaso de las ambiciones de los fundadores, desde su perspectiva, por comprender el problema de organización social. El hecho es que los fundadores se sentían atormentados por el prospecto de una guerra civil—no necesariamente entre el Norte y el Sur, sino en general—y diseñaron la Constitución presisamente para evadirla, basada en su análisis de las causas de la guerra civil en todas las relaciones sociales." Id. En 38-39.

¹⁵ Id. en 40.

preocupaciones de los fundadores ante un conflicto civil moldearon su visión de la autoridad, y el ejemplo del igualitarismo de Lincoln por el otro.

En lo que concierne a los fundadores, su perspectiva respecto a la autoridad política estaba íntimamente conectada a sus preocupaciones respecto al conflicto social: “Los fundadores estaba atormentados por el prospecto de una guerra civil (...) y diseñaron la Constitución fundamentalmente para evadir este escenario, basándose en su análisis de las causas de la guerra civil en todas sus relaciones sociales.”¹⁶ El miedo a las mayorías opresivas se expresó concretamente en la idea de los fundadores de la *unanimidad política* y de su entendimiento de cómo este ideal debía ser logrado democráticamente.¹⁷ “Los fundadores no concibieron un papel especial para la rama judicial en su búsqueda por [este ideal]. En cambio, su concepción general respecto a la autoridad institucional, tanto en la estructura federal como a nivel estatal, estaba dirigida a esta meta.”¹⁸ Aunque la defensa de Hamilton sobre la supremacía judicial eventualmente sería predominante en los Estados Unidos, definitivamente no era la única visión de los Fundadores respecto a la autoridad política. La perspectiva de Madison difería en este tema y sus posturas, especialmente como las desarrolló en el *Federalista 51*, se discuten extensamente en *Constitución y Conflicto*.¹⁹

“La perspectiva de Madison establece que la Constitución había 'forzado de tal manera la estructura interior del gobierno, que sus distintas partes constituyentes podrían, por relaciones mutuas, ser el método de mantenerse el uno al otro en sus lugares adecuados.' La técnica fundamental que Madison identificó para éste

¹⁶ Id. En 48.

¹⁷ “La oposición [de los fundadores] a la democracia mayoritaria, generalmente estaba fundada en la creencia de que todo conflicto social era una disputa polarizada, con el ganador siempre terminando por oprimir al perdedor. La solución que optaron por utilizar, en su oposición por utilizar partidos organizados, fue la de buscar unanimidad política. Este objetivo no fue simplemente retórico para los fundadores, y significó mucho más que simple renuencia. Para ellos, la unanimidad verdadera—no únicamente simbólica o ceremonial—era el objetivo. Sabemos claro, que la unanimidad como regla formal de votación es un requisito paradójicamente incapacitante para el proceso social de toma de decisiones. La unanimidad verdadera es, sin embargo, la única regla de votación que continuamente reivindica los principios democráticos de igualdad y autodeterminación.” Id en 46.

¹⁸ Sin embargo, continua, “En nuestro tiempo, todo elemento institucional en este esquema entrelazado, excepto por el judicial federal, si ha visto mucho más vulnerable al conflicto partidista que lo que los fundadores imaginaron (o hubieran jamás aprobado). De acuerdo a esto, es posible decir que la tarea de aminorar y trascender el conflicto partidista por el que los fundadores diseñaron el marco entero, se ha enfocado, por un proceso de eliminación, en el poder judicial. Dicho de otro modo, mientras que el diseño institucional general estuviera dirigido a la unanimidad y fuera relevante para resolver contradicciones identificables en la teoría democrática, el judicial federal es el único elemento de este marco que permanece apto para implementar su solución en nuestra representación.” Id. En 46.

¹⁹ Véase Id. En 40-48.

propósito fue la división de la autoridad para poder brindar 'intereses rivales y opuestos' a través de la estructura gubernamental."²⁰

Bajo la lectura del Profesor Burt, la perspectiva de Madison vincula las preocupaciones de los fundadores frente al conflicto con una concepción de un diseño institucional que establece que privilegiar al poder judicial depende de la distribución de poderes y una estructura de balances y cheques partiendo de un mecanismo para asegurar que únicamente la "verdadera unanimidad" adquiera estatus constitucional. Su argumento no es que la visión de Madison expresa de la mejor manera las intenciones de los fundadores. El punto fundamental es, más bien, que el recuento de Madison del funcionamiento del gobierno brinda un modelo de organización institucional basado en autoridad igualitaria, y permanece, al igual que Hamilton en *Federalista 78*, como una interpretación legítima de la supremacía judicial.²¹

Lincoln

De acuerdo al Profesor Burt, el distintivo de las acciones de Lincoln como estadista fue su compromiso a una concepción igualitaria del significado de la República. El igualitarismo, en este sentido, no sólo significa igualdad de derechos entre blancos y negros, sino de manera más fundamental, significa la igual preocupación con la cual la autoridad política debe dirigirse a todos los miembros de la comunidad política. Ésta representaba una perspectiva profundamente anti-mayoritaria, y expresaba una búsqueda continua por consentimiento mutuo y con el fin de evitar la coerción en la resolución de conflictos sociales. La presidencia de Lincoln, por lo tanto, estuvo marcada no únicamente por su determinación de liberar a los esclavos, sino también por su deseo de no ser "culpable de despotismo en el servicio de igualdad."²² Una y otra vez, e incluso como comandante en jefe, Lincoln expresaba en sus palabras y acciones este particular interés.

²⁰ Id. at 60.

²¹ Id. En 79.

²² Id en 85.

Desde sus debates con Stephen Douglas en la campaña senatorial de 1838,²³ su discurso inaugural en 1861,²⁴ al discurso del "Congreso Dividido,"²⁵ y sus actitudes a lo largo de la guerra,²⁶ muchos de los episodios clave en la carrera política de Lincoln se interpretan como la expresión de su compromiso con una visión de una comunidad política basada en el consenso mutuo y en donde la coerción jugaría un papel muy limitado. La secesión, desde esta perspectiva, era una agresión en contra de una unidad política comprometida a tratar sus miembros como iguales y resolver sus disputas dentro de un marco institucional conductor de ese consenso mutuo. Como tal, representaba una agresión a las ideas mismas de igualdad y reciprocidad que La Unión personificaba.

"Muchos de los ciudadanos del norte construyeron la secesión como un ataque en contra de la Unión, pero Lincoln no lo veía en este modo abstractamente cosificado y definido. Desde su punto de vista, la secesión era una agresión en contra de la relación política de igualdad y reciprocidad que la Unión significaba. La secesión, representaba una violación de los compromisos previos de respeto mutuo por el estatus de igualdad consolidado en la Unión, al igual que la demanda sureña inicial por expansión territorial de la esclavitud. La secesión representó una herramienta ilegítima en un conflicto político entre iguales, tanto como lo harían imposiciones forzadas."²⁷

²³ De acuerdo al Profesor Burt, "la esencia de la oposición de Lincoln al gobierno de la mayoría fue expresado en los debates a la elección de Senadores en Illinois contra Stephen Douglas." Lo cita: "La doctrina de auto-gobierno es correcta—absolutamente y eternamente correcta, pero no tiene justa aplicación como aquí se intenta. O tal vez debería decir que depende de si tiene tal aplicación el hecho de si el negro es o no un hombre. Si no es un hombre, en ese caso, aquel que sí es un hombre puede, a manera de auto-gobierno, hacer lo que le plazca con él. Pero si el negro es un hombre, ¿que no está en la completa destrucción del auto-gobierno decir que él no tiene derecho a auto-gobernarse? Cuando el hombre blanco se gobierna a sí mismo, eso es auto-gobierno; pero cuando se gobierna a sí mismo y también gobierna a otro hombre, eso es más que auto-gobierno—eso es despotismo. Si el negro es un hombre, entonces mi fe me enseña que "todos los hombres son creados iguales;" y que no puede ser moralmente correcto hacer de un hombre el esclavo de otro. (...) ningún hombre es lo suficientemente bueno como para gobernar a otro hombre, sin el consentimiento de éste. Digo esto como un principio regidor—el ancla del republicanismo americano." Y concluye que hay "sugerencias de anarquía en esta receta, una connotación de individualismo con sentimientos comunales constantes. Desde el inicio de su vida política, Lincoln estaba consciente de estas implicaciones. En su primer discurso ante el Springfield Lyceum en 1838, Lincoln advirtió sobre las amenazas de dos direcciones que podrían destruir el apego de la gente" y "alienar sus afectos del gobierno." Id. 81-82.

²⁴ "Se puede trazar una conexión directa de su discurso en 1838 al de su inauguración en 1861 con "la esencia de anarquía" la cual, él identificaba como "la idea central de secesión." Id. en 20. En su discurso de inauguración, Lincoln también buscó maneras de consolidar "el apego de la gente" y de remediar la "alienación de sus afectos del gobierno." Finalizó su discurso inaugural con una invocación espiritual similar; "Las cuerdas místicas de la memoria, extendidas desde cada campo de batalla y tumba de un patriota a cada corazón que vive y cada hogar dentro de esta amplia tierra, acrecentarán el coro de la Unión, como ciertamente serán tocados por los mejores ángeles de nuestra naturaleza." Id. en 83.

²⁵ En este discurso, "Lincoln ofreció esta garantía para demostrar que honraba las demandas de los estados del Sur por igualdad, tal y como él esperaba que ellos respetaran sus propias demandas. Este compromiso de reciprocidad determinó el hecho de que él no incurriría en ningún acto unilateral de imposición en contra de ellos mientras que los estados del Sur cesaran su agresión hacia él, tal como lo representaba la extensión sin consenso de la esclavitud a los territorios." Id. en 87.

²⁶ Id. en 88.

²⁷ Id. en 88.

Esta perspectiva validaría el uso de la fuerza en contra del Sur. Pero también establecería sus límites. La fuerza no debía ser utilizada para ejecutar la posibilidad de consentimiento mutuo, igualdad y respeto que habían estructurado a la Unión como iniciativa política.²⁸

“Lincoln nunca se retractó de su dedicación a la persuasión y su aversión a la imposición coercitiva, incluso mientras presidía la guerra más destructiva del país. Esta es una paradoja considerable; pero resulta de las implicaciones paradójicas del compromiso de Lincoln a la igualdad y el consentimiento mutuo en todas las relaciones políticas. Este compromiso excluye toda ocasión de coerción, excepto si se utiliza como respuesta defensiva a el uso unilateral de la fuerza por parte de otros. Esta respuesta puede ser verdad frente al principio de igualdad y consentimiento mutuo si la coerción defensiva esta dirigida no a la subyugación del agresor original, pero únicamente dirigida a la restauración de una relación igualitaria, y de consentimiento mutuo. (...) La verdadera medida de la grandeza de Lincoln, como estadista y como pensador político, fue la rigurosa consistencia en sus esfuerzos por conseguir esta meta aun cuando fue comandante en jefe de la armada de la Unión.”²⁹

Debido a que sus actitudes personificaban una concepción del propósito y los límites de una autoridad política, trascendían el estatus de las virtudes de un estadista. El Profesor Burt creía que en su lucha "por la eliminación de la esclavitud de los negros sin la subyugación del propietario blanco," Lincoln de hecho "brindaba un modelo para el papel de la autoridad política generalmente, y de autoridad judicial específicamente, en el combate a la tiranía mayoritaria."³⁰

²⁸ De acuerdo al Profesor Burt, el igualitarismo político de Lincoln habría informado su postura frente a la esclavitud y su compromiso al abolicionismo: "Lincoln creía en el principio de igualdad, y aborrecía la esclavitud. Pero estas actitudes morales no lo hicieron abolicionista; no eran suficientes para él para contrarrestar su obligación por el respeto y la igualdad de los blancos del sur. Desde el punto de vista de Lincoln, esta era una obligación enmarcada en los orígenes de la Unión y sellada en la carga compartida del Norte y del Sur por defender esa relación política en contra de adversarios extranjeros y de sostenerla entre ellos. Antes de la guerra, y aún cuando firmó la Proclamación de Emancipación, Lincoln no tenía el mismo sentido de obligación frente a los esclavos negros. (...) el cambio en la visión de Lincoln, y la transformación de la emancipación de una subsidiaria a una guerra independiente se dio como consecuencia de la proclamación de la Emancipación: "que los esclavos libres se unan a Lincoln a pelear y luchar por la Unión." Id. en 93-94. A su vez, Lincoln "veía tanto la esclavitud sureña, como el Compromiso de Missouri, como acuerdos en el mundo como él lo había encontrado. A pesar de que podría no estar de acuerdo con estos arreglos, aceptaba que había otros que los apoyaban y que la conjunción de sus compromisos a la igualdad y consentimiento requerían de él que trabajara en el marco de estos acuerdos a menos que fueran modificados en las bases de consentimiento mutuo." Id. en 86.

²⁹ Id. at 85.

³⁰ El esfuerzo central en la carrera de Lincoln era el de contener, y llegar a la eliminación de la esclavitud de los negros sin subyugar al propietario blanco. Lincoln falló en este esfuerzo, pero en la lucha, logró brindar un modelo para el papel de la autoridad política en general, y de la autoridad judicial específicamente, en el combate de la tiranía mayoritaria." Id. en 77.

El modelo Madison-Lincoln

Madison y Lincoln estaban de acuerdo. La concepción del primero respecto al balance institucional brinda un "marco práctico" para la realización del ideal igualitario de Lincoln. De ahí que la teoría del Profesor Burt esté doblemente informada por una noción de igualdad. Por una parte, la igualdad denota una distribución balanceada de la autoridad entre el Congreso, la Presidencia, y la Suprema Corte. Por la otra, la igualdad, entendida en términos de respeto y de preocupación por el consentimiento mutuo descrito previamente, es un principio que orienta a los oficiales de gobierno en el ejercicio de esa autoridad:

"Hay una conexión fundamental entre el concepto relacional de Lincoln respecto a la igualdad, y el pensamiento político de Madison. La concepción de Madison respecto al diseño apropiado de las instituciones políticas federales se relaciona directamente al entendimiento práctico de Lincoln a la fuente de la obligación entre él (y por extensión del Norte) y los soldados negros y las obligaciones que se le debían a la Unión por parte del Sur blanco. El respeto vívido por la igualdad de los negros surgió en Lincoln, únicamente en su experiencia directa en la iniciativa común con los negros, esto es en efecto, una validación práctica del entendimiento de Madison respecto a las implicaciones interactivas de la estructura institucional de la Constitución. Al trazar la línea entre el pensamiento de Madison, y la concepción de Lincoln de una fuerza vinculante de su relación política tanto con los esclavos negros, como con los blancos sureños, podemos entrever las razones por las que ambos, Lincoln y Madison, rechazaban la idea de la supremacía judicial en la interpretación constitucional. Madison veía la interacción institucional como un medio para transformar las disputas políticas de faccionalismos ensimismados a la búsqueda de una visión unificadora de la virtud pública. De acuerdo a su concepción, el respeto por la igualdad mutua no precedía a las relaciones políticas sino que se desarrollaba dentro del proceso interactivo en el que rivales hostiles se encuentran como compañeros ciudadanos recíprocamente conectados. El objetivo de Madison no era el de ignorar o no respetar las pasiones subjetivas de los litigantes, sino de transformar sus perspectivas al traer sus conflictos a los foros nacionales.³¹

Dentro de esta estructura, los conflictos sociales podrían ser resueltos a largo plazo y mediante el involucramiento de distintos actores institucionales.³²

"En este amplio perímetro para las disputas políticas, Madison se imaginaba que un tipo de mentalidad dispuesta al respeto mutuo, surgiría de manera natural—la condición necesaria para honrar el principio de igualdad. Pero la intensidad de Madison no era la de desplazar el conflicto de intereses al crear una especie de estructura institucional—como él lo dijo, "un poder totalmente independiente de

³¹ Id. en 96.

³² En este sentido, la crítica de Lincoln ante la desición de la Suprema Corte en el caso *Dredd Scott* "apoya la concepción de Madison respecto a que la interpretación constitucional no es únicamente tarea de la Suprema Corte sino que debe *llevarse a cabo a largo plazo e involucrar distintos participantes institucionales* y que ningún asunto de importancia interpretativa sería decidido hasta que, parafraseando a Lincoln, la resolución haya sido "afirmada y re-afirmada durante el transcurso de los años." Id. en 99, énfasis añadido.

su pueblo"—que estaría imparcialmente ubicado fuera del conflicto. Madison en cambio, se refería a la creación de instituciones políticas en donde el conflicto de intereses pudiera verse reflejado, pero que también estuviera lo suficientemente difuso como para promover la armonización. El rechazo enfático de Lincoln a la legitimidad de la secesión recaía en un compromiso similar al marco institucional como un instrumento necesario para lograr el principio de igualdad."³³

Supremacía Judicial

A pesar de las raíces igualitarias identificadas en la primera sección de *Constitución y Conflicto*, la supremacía judicial se convirtió en el principio de organización predominante en la historia de la Suprema Corte. La narrativa del Profesor Burt respecto al conflicto y el proceso de toma de decisiones constitucional desde la República temprana hasta finales del siglo XX en la sección II del libro, esta diseñada para ejemplificar cómo la Corte llegó a "[adoptar] una concepción de supremacía judicial, en un alcance mucho más extenso después de la Guerra Civil, que era antitética a la concepción igualitaria de las relaciones políticas tal como Lincoln imaginaba y tal como Madison concebía la estructura de relaciones institucionales."³⁴

Igualitarianismo en la práctica

Habiendo establecido las bases históricas de esta teoría, y habiendo discutido el surgimiento de la supremacía judicial como el principio organizacional de la política constitucional en los Estados Unidos, el Profesor Burt se enfoca en las implicaciones del igualitarianismo formulando la pregunta: "¿Cómo puede la Suprema Corte apropiadamente adjudicar disputas constitucionales, a pesar de la cuestionable legitimidad que tiene para hacerlo?"³⁵

³³ Id. en 96-97. " Tanto para Madison, como para Lincoln, el rechazo de cualquier forma externa de control social es lo que fundamentalmente distingue su versión del igualitarianismo, de versiones modernas que establecen una concepción fija de la igualdad que puede ser aplicada autoritariamente por un sujeto calculador "ilustrado" u "objetivo". En las versiones modernas, ya sea que el igualitarianismo es formulado en un tipo de contrato pre-social (como en el caso de John Rawls) o a través de un calculo utilitario (como en el caso de Jeremy Bentham y los econométricos modernos), la formulación depende de la existencia de un observador que puede ubicarse fuera de las relaciones sociales y calibrar imparcialmente porciones iguales de los recursos sociales en disputa." Id. en 97.

³⁴ Id. en 100.

³⁵ Id. en 11.

Aquí, de nuevo *Brown I* y *II* juegan un papel fundamental. Si se analizan juntos, ejemplifican la clase de proceso de toma de decisiones judicial que encaja con la visión de Madison de anti-supremacía, y con las virtudes políticas de Lincoln respecto al igualitarismo. Frente al “prospecto de violencia civil,” los jueces de *Brown* “intervinieron” pero, es importante notar que “no intentaron imponer una solución inmediata y definitiva para los litigantes.”³⁶ Es cierto que determinaron que las leyes de segregación escolar eran inconstitucionales, pero no utilizaron su poder para subyugar a los estados del sur. Lo que se percibe convencionalmente como una elección política sin principios en *Brown II*, el Profesor Burt lo entiende como la encarnación de un principio de no subyugación, en el que la renuencia de la Corte por exigir una de-segregación inmediata significaba su voluntad para no excluir de su consideración las opiniones subjetivas de los estados del sur:

“[La] Corte en *Brown* iluminó la legalidad de las disputas políticas ordinarias en esta sociedad—que se conducen en un contexto de mutuo respeto por la igualdad de estatus y sus resoluciones dependen de la persuasión, sin importar el aparente formato electoral que la voluntad de la mayoría se impondrá en una minoría en desacuerdo. La “Política” entonces, se convierte en “ley”—y la resolución de disputas políticas se convierte legítima. Siguiendo este criterio, ninguna imposición coercitiva—por los negros contra los blancos o por un juez en representación de los negros—podría en si misma obtener legitimidad. La coerción judicial que invalida las leyes ilegítimas significaba propiamente que no se había llegado a una resolución legal respecto a la disputa política entre blancos y negros; pero la coerción judicial, para permanecer legítima en si misma, no debe hacer más que esto.”³⁷

El Profesor Burt distingue dos posturas dentro de la Corte. Por un lado, el Juez Frankfurter, y otros jueces de “mentalidades similares” creían que los “requisitos de razonamiento” reflejaban distintivamente un “credo americano.”³⁸ Desde su perspectiva, la Suprema

³⁶ “[Al igual que] sus predecesores, desde McCullough hasta Debs, el prospecto de violencia civil empujó a los jueces hacia una intervención activa. Sin embargo, a diferencia de sus predecesores, los jueces de *Brown* no intentaron imponer una resolución inmediata y definitiva, esta fue la importancia de la decisión de la Corte en el caso de *Brown II* al limitar la aplicación inmediata de los principios emitidos en *Brown I*.” Id. en 275.

³⁷ Id. en 283. De esta manera, el profesor Burt encuentra un paralelo entre las decisiones de la Corte y las acciones de Lincoln: el discurso inaugural de Lincoln.” Id. en 284-5.

³⁸ “Para Frankfurter y muchos otros jueces de la misma mentalidad [en la Corte de *Brown*], el credo Americano era la encarnación de los requisitos de la razón—no necesariamente porque los ideales de dignidad individual, igualdad, y derechos inalienables fueran verdades absolutas y atemporales, sino porque estos ideales eran el “etos social, el credo político” tomado de hecho como Myrdal lo explica por “Estadounidenses de todos los orígenes nacionales, raciales, clase, región, credo y color.” El problema con las relaciones de raza era, de acuerdo a esto, que los estadounidenses generalmente, y los sureños blancos en particular, no habían entendido y aceptado aún lo que ya creían. Desde esta perspectiva, el problema de la raza en Estados Unidos,

Corte ofreció medios constitucionales para la "indagación razonada" en la cuestión de la raza.³⁹ Por otro lado, el Juez Jackson veía este asunto de manera diferente,⁴⁰ lo veía como un dilema entre dos posturas inconmensurables. Pero a pesar de que "el camino de Jackson" era significativamente diferente a la justificación de Frankfurter, "llegaba a la misma conclusión."⁴¹

"Para privar a los blancos del sur de su reclamo por un estatus jerárquicamente superior, la corte estaba *obligada*—como Jackson claramente lo veía—a denegar el caso *Plessy*. Sin embargo, también en la opinión de Jackson, para no darles un estatus superior a los negros del sur, y para tratarlos como iguales pero no más que iguales que los blancos del sur, la Corte no puede hacer nada más que denegar a *Plessy*."⁴²

La importancia de la unanimidad en la opinión de la Corte, tan valorada por el igualitarismo, es otra huella de *Brown*, y permaneció relevante en una serie de otras decisiones en el periodo entre *Brown I* y *II*.

"Lo que sea que haya llevado a la Corte de su división inicial a la final unanimidad en *Brown*, (...) queda claro que todos los Jueces vieron esta unanimidad como un logro de importancia crítica, que debería mantenerse en las respuestas subsecuentes a los casos de segregación. (...) [En la medida] en que fueron lidiando con la segregación racial en distintos contextos—prácticas electorales en el sur, facilidad de transportación interestatal, relaciones laborales, ejecución de acuerdos residenciales restrictivos, así como instituciones educativas de nivel postgrado—los Jueces conscientemente lucharon por evadir desacuerdos abiertos

sería resuelto si los estadounidenses en general, y los sureños blancos en particular, se comprometieran a un proceso de indagación guiado por la razón respecto a sus propias creencias." Id. En 275.

³⁹ "Una razón clara para este tipo de razonamiento se da de la premisa que Myrdal estableció y que Frankfurter compartía. Si el conflicto racial—como cualquier otro conflicto Estadounidense—podría ser potencialmente resuelto por indagación razonada, entonces deben de encontrarse medios institucionales para promover y sustentar tal indagación con y entre los antagonistas. Las instituciones mayoritarias habían logrado este objetivo para el conflicto-labor, aunque intervenciones judiciales del tipo *Lochner* habían constantemente obstruido y casi derrotado esta empresa. Pero las instituciones mayoritarias no pudieron lograr esto para el conflicto racial, no sólo porque la comunidad negra estaba excluida de participar, sino porque, como consecuencia de esta larga exclusión sistemática antes y después de la época de esclavitud, los antagonistas raciales sureños nunca habían utilizado siquiera practicas rudimentarias de argumentación razonada [a diferencia de los antagonistas del labor]. (...) Siguiendo esto, la tarea de la Corte era la de brindar una herramienta institucional para inducir a los antagonistas raciales a utilizar la indagación razonada. De esta manera, podrían ser guiados a la aceptación de los valores e intereses en común, y basados en este entendimiento, llegar a un punto medio en los asuntos que previamente habían causado tantas divisiones entre ellos. Si las instituciones mayoritarias no estaban disponibles o no funcionaban para este propósito, las instituciones judiciales atraían la atención de manera invitadora." Id. En 275-6.

⁴⁰ "Estaba la otra opinión, expresada claramente por Robert Jackson y también por Hugo Black: la opinión que las conjeturas subyugativas permanecían sumamente arraigadas y que no había terreno común; que no existía ningún compromiso compartido a un sólo credo estadounidense que estuviera accesible durante el persistente conflicto entre los blancos y negros del sur." Id en 276.

⁴¹ Id en 281.

⁴² Id en 280-1.

entre ellos que pudieran tanto exacerbar como reflejar el conflicto racial reflejado en los casos mismos.”⁴³

Para el Profesor Burt, la importancia de la unanimidad también se ve expresada en el caso de *Cooper vs. Aaron* (1958), un caso llevado a la Corte después de resistencia local a la desegregación de las escuelas liderada por el Presidente para mandar tropas federales a Little Rock, AK. A pesar del fuerte lenguaje de la Corte en apoyo a la supremacía judicial y el respeto por su decisión de 1954, el caso se presenta fundamentalmente como un “testimonio de la incertidumbre que rodeaba al caso de *Brown*” en aquel tiempo, y el reconocimiento de los jueces por la necesidad de ampliar el “acuerdo a su iniciativa,” para poder mantener legitimidad.⁴⁴

El carácter ejemplar de las decisiones tomadas en el caso *Brown*, también marca las dinámicas entre la Corte y el Congreso en los años subsecuentes. Los jueces esperaban que las otras ramas de gobierno respondieran afirmativamente a la decisión, y creyeron que “nada podría seguirle a la decisión del caso *Brown* a menos que hubiera apoyo voluntario por parte del Presidente y del Congreso.”⁴⁵

“La Corte propiamente decidió en el caso *Brown* que debido a que las leyes de segregación racial imponían subyugación, violaban el principio de igualdad democrática y eran por lo tanto ilegítimas. La Corte no podía hacer nada más, sin embargo, en principio o en práctica que legitimar las leyes estatales; no podía imponer autoritariamente una relación legítima y recíproca de igualdad reconocida. Una relación de esta naturaleza, tendría que verse trabajada, entre otros lugares, en el intercambio del debate en el Congreso.”⁴⁶

Sólo fue hasta 1963, que el Congreso estuvo preparado para tomar acción. Y esto, de acuerdo al Profesor Burt, se dio en parte al retraso de la decisión de la Corte en una serie

⁴³ Id. en 292. Y continua: “ La lucha de los jueces por unanimidad explica por qué *Brown II*, en particular, es tan difícil de descifrar, porque era una amalgama de opiniones en conflicto entre los Jueces mismos, unidas únicamente por su compromiso mutuo a llegar a acuerdos entre ellos.” Id. ibídem.

⁴⁴ “En su controversial opinión, La Corte indirectamente testificó ante el estatus incierto de *Brown*. (...) La lección que los jueces aplicaron en realidad fue diferente de su insistencia por el argumento incambiable del mando. La lección fue que lograron establecer su autoridad al continuamente solicitar el acuerdo posible más amplio para su iniciativa—incluyendo, pero sin limitar a los nuevos Jueces (...) que no habían previamente coincidido en *Brown*. *Cooper v. Brown* fue en este sentido, una continuación del esfuerzo de los jueces por actuar únicamente en la base de acuerdo unánime entre ellos en los casos de segregación racial.” Id. En 290.

⁴⁵ Id. en 293.

⁴⁶ Id. en 303.

de casos de “sentados” que se decidieron únicamente después de que se hizo efectiva la Ley de Derechos Civiles:⁴⁷

“Si la mayoría de la Corte se hubiera reunido y hubieran hablado antes, la aplicación de esta ley hubiera sido virtualmente inconcebible. El decreto constitucional aparentemente hubiera resuelto el problema de la aceptación de discriminación pública—lo suficiente como para que otros Senadores abandonaran la difícil tarea de retar y arriesgar la represalia legislativa de los sureños poderosos y bien posicionados, quienes por antigüedad tenían el control de la mayoría de los comités del Senado.”⁴⁸

Por consiguiente, la Ley de Derechos Civiles de 1964 fue un elemento crucial para mantener la legitimidad de la Corte en el caso *Brown*. “De no haber sido aprobada,” el Profesor Burt argumenta:

“[la autoridad misma de la Corte] se habría visto mermada—irónicamente, por su propia acción autoritaria para vindicar el principio de igualdad al invalidar la discriminación racial en las leyes de traspaso estatales. La Corte habría perdido autoridad si la Ley de Derechos Civiles de 1964 no hubiera sido aprobada, porque la Ley ratifica lo correcto que fue el fallo de la Corte en *Brown I.* (...) La cuestión de legitimación era evidente en la respuesta de los blancos sureños a la aplicación de la Ley de 1964. A diferencia de su reacción ante el fallo en el caso de *Brown*, no hubo una “resistencia masiva” a la prohibición del Congreso de la segregación en establecimientos públicos; hubo una inmediata aceptación en la mayoría de los estados del sur (...) Por consiguiente, la condenación de segregación racial en la Ley de Derechos Civiles de 1964, brindó legitimidad al fallo de la Suprema Corte en el caso *Brown vs. Junta Escolar* de una manera que la Corte nunca hubiera podido conseguir en la base de su propia autoridad únicamente.”⁴⁹

Desde esta perspectiva, *Brown* y la Ley de Derechos Civiles se convirtieron en episodios mutuamente reafirmantes de una relación construida en la premisa que decía que ninguna “derrota aplastadora” se impondría en el Sur. De esta manera, ellos “[justificaron] la esperanza que James Madison había invertido en las instituciones representativas.”⁵⁰

*

⁴⁷ “ El movimiento de los derechos civiles para ese entonces ya contaba con aceptación pública, siendo su demanda más reconocida aquella que llamaban demostraciones de “sentados” a lo largo del Sur que llevaban a cabo en restaurantes y lugares de entretenimiento que aún practicaban la segregación racial. La Corte estuvo involucrada en este asunto en algunos casos de litigio por convicciones estatales de traspaso; el principal argumento constitucional de los manifestantes era que la aplicación de leyes de traspaso para proteger motivos discriminatorios de los dueños de los establecimientos era una acción prohibida por el Estado, tal como la aplicación judicial de acuerdos residenciales restrictivos con fundamentos raciales, prohibidos por la Suprema Corte en 1948. El primer caso de “sentados” que levantó este argumento llegó a la corte en 1962; pero la Corte pospuso la decisión y el caso se reabrió en octubre 1963, con casos similares en otros estados del sur.” Id. En 297.

⁴⁸ Id. en 300.

⁴⁹ Id. en 300-1.

⁵⁰ Id en 309.

El modelo de comportamiento judicial propuesto por el igualitarismo involucra una preocupación particular por el respeto de “evaluaciones subjetivas” de los partidos y el agrandamiento del acuerdo respecto a la decisión de la Corte. Espera de los Jueces que declaren la inconstitucionalidad de los estatutos estatales y federales, pero al mismo tiempo evita imponer consecuencias a los vencidos. También requiere que la Corte se comporte para que el Congreso participe en la construcción de soluciones constitucionales e idealmente, legitime las decisiones de la Corte.⁵¹ Está diseñado para evadir el peligro de entrar en “políticas maniqueas” en las que “los adversarios están renuentes a reconocer hasta la posibilidad de terreno común,” y por esta razón “no pueden imaginarse una relación de mutuo respeto.”⁵²

El Profesor Burt también describe algunas “técnicas para casos decisivos” que pudieron haber sido utilizados para que la intervención de la Corte en conflictos sociales “asegurara que ningún combatiente prevalezca conclusivamente sobre el otro.”⁵³ Entre éstas técnicas se encuentran “retener la sentencia de decisiones sustanciales” el uso de “exagerada vaguedad ;”⁵⁴ el uso de “construcciones estrechas y rigurosas de estatutos,” requerir que la autoridad legislativa sea específica en asuntos controversiales;⁵⁵ y “escrutinio constitucional a medias.”⁵⁶ A pesar de que algunas de las técnicas prescritas fueron inicialmente propuestas por Alexander Bickel para “encontrar un punto medio entre principio y conveniencia:”

“El razonamiento detrás del carácter limitado de estas intervenciones no es (..) el de calmar los miedos judiciales (...) Estas limitaciones necesariamente responden a la justificación basada en principios de la acción judicial para remediar las desigualdades sin crear nuevas desigualdades impuestas judicialmente. El

⁵¹ Id en 310.

⁵² “La Corte no fue exitosa—y no podría haberlo sido—en contener el conflicto debido a la sombra de Madison en nuestra estructura constitucional, y por los poderes competitivos, traslapados e interdependientes conferidos en nuestras instituciones gubernamentales. La soberbia crónica de la Corte, que su comando constitucional debería ser la última palabra en asuntos fundamentalmente disputados, por lo tanto, tropieza recurrentemente sobre el orden implícitamente establecido por la misma Constitución.”³⁵³. Para conocer más sobre el interés de Burt en la preponderancia de este tipo de política perversa en Iso Estados Unidos, véase Id. 353-358.

⁵³ Id. En 359.

⁵⁴ Véase Id. En 359 (Bickel).

⁵⁵ Id. en 362.

⁵⁶ Id. En 362-7.

principio de igualdad requiere de ciertas intervenciones judiciales que sean particulares, contextualmente circunscritas, y ofrecidas a manera tentativa, al contrario del estilo moralista y filosófico de la corriente interpretativa, o la rendición agnóstica a la voluntad de la mayoría.”⁵⁷

II. Justicia

Hay mucho que decir respecto a la tesis histórica e interpretativa que se encuentra en *Constitución y Conflicto*. De hecho, gran parte del atractivo normativo del igualitarismo resulta de qué tan convincente esas tesis prueban ser. Incluye la descripción de las preocupaciones de los fundadores y su legado institucional, la interpretación de las acciones de Lincoln como evidencia de una preocupación por el igualitarismo, la interpretación de decisiones como *Brown*, y muchas otras ideas que se presentan en el libro. En este trabajo, sin embargo, discutiré el igualitarismo desde una perspectiva distinta. En lugar de evaluar el mérito de estas tesis, me enfocaré en el modelo del proceso de toma de decisiones judicial propuesto por el igualitarismo y discutiré lo que considero son sus limitaciones inherentes como ideal político. Así, comienzo con la siguiente pregunta: *¿Es acaso la autoridad igualitaria compatible con una concepción de justicia en una democracia constitucional?*

Para poder responder esta pregunta, propongo distinguir dos argumentos centrales dentro de la corriente del igualitarismo. Tenemos por un lado, el rechazo institucional de la supremacía judicial, y por el otro, una perspectiva del proceso de toma de decisiones judicial que dirige al juez a licenciar sus funciones. A pesar de que están fundamentalmente conectadas en la teoría igualitaria, (el rechazo de la supremacía institucional informa las preocupaciones que un juez debe tener al sentenciar casos constitucionales), distinguirlas nos ayudará a entender mejor cómo el igualitarismo puede entrar en conflicto con la justicia. El problema tiene que ver, creo yo, no tanto con el rechazo institucional de la supremacía judicial. La eliminación de la supremacía judicial no es incompatible con la búsqueda de justicia en un estado constitucional. Primero, si

⁵⁷ Id. at 367-8.

consideramos el sistema legal como un todo, la sustitución de la supremacía judicial podría, en principio, arriesgar la protección de derechos anti-mayoritarios—pero si eso es de hecho el caso, depende de los particulares del contexto institucional en el que esos derechos sean ejecutados. El diseño institucional es esencial aquí debido a la posibilidad de la adopción de controles no mayoritarios sobre el significado de enmiendas de leyes constitucionales (aún cuando aquellos controles no sean judiciales, o lo sean pero no sean de carácter final). Segundo, desde el punto de vista del Juez, la supremacía parlamentaria (o un arreglo institucional alternativo sin supremacía judicial) no necesariamente debe significar restricción a la habilidad del juez de decidir en casos conforme a [lo que el juez entiende como] las demandas de justicia constitucional. El hecho de si su interpretación tendrá una fuerza obligatoria sobre decisiones subsecuentes o sobre otras cortes, y si será revisado y revertido por otro órgano de gobierno, son asuntos que no podrá determinar. Pero siempre que su responsabilidad como juez involucre la aplicación de la ley constitucional a casos particulares, un cambio en el estatus de autoridad judicial no necesariamente implica restricciones en su habilidad para aplicar justicia constitucional. Pero cuando regresamos al segundo componente del igualitarismo, las cosas no son tan claras. Necesitamos primero entender como el ejemplo linconiano se traduce en una serie de deberes para el juez. Propongo cuatro interpretaciones posibles. En todas ellas, el juez debe continuamente revisar los límites entre lo que está y no está dentro de su poder para decidir. Entonces, si enfatizamos el aspecto institucional del igualitarismo, podemos concluir que las demandas del proceso de toma de decisiones constitucional por parte de las cortes, al menos en casos sumamente controversiales, debe estar guiado por una preocupación por evadir que la decisión pronostique alguna acción por parte del Congreso. Un entendimiento distinto, mucho más enfocado en el elemento igualitario de la teoría, puede requerir que los jueces decidan casos constitucionales de una manera que nunca se pierdan de vista “las evaluaciones subjetivas de ambas partes”. Una tercera manera de interpretar el igualitarismo puede instruir al juez a tomar en cuenta la

tendencia de polarización política y decidir el caso de una manera que no la agrave. Una cuarta lectura puede requerir del juez que restrinja sus fallos a declaraciones en vez de órdenes.⁵⁸ Todas estas son fácilmente identificables en el libro. Evitar decisiones que predigan acciones del Congreso, preservar las evaluaciones subjetivas de las partes, mitigar la polarización política, y restringir decisiones a declaraciones—apuntan a una justificación política particular, pero todas comparten la misma dificultad. Porque establecen demandas en la sentencia del juez, y pueden entrar en conflicto con su entendimiento de lo que la justicia constitucional necesita en cada caso. El igualitarismo forma y limita la concepción de justicia constitucional con la que puede coexistir. En efecto, *Brown II* ilustra este punto. Uno no necesita verlo como una “decisión política sin principios” para creer que se quedó corta para satisfacer las demandas de justicia establecidas en la Constitución. Aún si lo vemos como un esfuerzo de igualitarismo, es posible percibirlo como inconsistente con lo que la sentencia anterior en *Brown I* requería en términos de justicia. Este problema parece atravesar a todas estas cuatro fórmulas de igualitarismo. Qué tan incompatible son las demandas de la teoría frente a los requisitos de justicia, sólo podrá ser comprendido en casos particulares—pero la posibilidad de conflicto siempre estará ahí.

A menos, claro, que el igualitarismo mismo se describa como parte de la justicia. El Profesor Burt, parece acercarse mucho a este argumento cuando vincula su teoría de autoridad judicial con una defensa de igualdad entre los grupos cuyas opiniones están en conflicto: de manera más precisa, cuando afirma que el deber judicial no debe ignorar las “evaluaciones subjetivas” de ninguna de las dos partes. Es difícil entender, sin embargo, cómo podría tal deber ser exitosamente postulado sin distorsionar el significado de igualdad o abandonar la imagen tradicional de las sentencias constitucionales. Se entiende tradicionalmente por igualdad ante la ley, como el derecho de llevar un caso a la Corte.

⁵⁸ Tal vez una interpretación justa del igualitarismo exige que un juez tome en cuenta todas estas limitaciones. Pero entonces, deberíamos agregar a los problemas que identifiqué, la posibilidad de que éstas demandas sean contradictorias las unas con las otras.

Implica una idea de justicia en el proceso legal, la habilidad de dos partes en conflicto de informar al juez los hechos y expresar sus demandas. Por lo tanto, asegurar que la igualdad implica un deber por parte del juez a no ignorar los puntos de vista de ambas partes significa que no debe violar las garantías previamente descritas, o significa algo diferente, y en dado caso, necesita de una justificación política más elaborada. Para poder brindar esta justificación política, la teoría igualitaria parece depender de una concepción de asociación política, que se desarrolla en referencia a la Guerra Civil. La actitud receptiva de Lincoln a negociar durante la Guerra y sus palabras respecto a no humillar a los vencidos, se interpretan en el libro para expresar respeto por la igualdad de los sureños blancos como miembros de la comunidad política de los Estados Unidos. No está claro el hecho de que ésta preocupación sea la mejor explicación para sus palabras y acciones, sino que por ejemplo, su preocupación por evitar más costos de guerra, consolidar la victoria de la Unión, anticipar la necesidad de colaborar una vez que los rebeldes sean derrotados, e incluso más puntualmente, evitar la desintegración territorial.⁵⁹ Si alguna de estas razones ofrecen una mejor explicación para las acciones de Lincoln, el caso del igualitarismo como justicia se vería considerablemente debilitado. Si, por otra parte, nos abstraemos de esta noción histórica y admitimos que la membresía a una comunidad política implica esta fuerte concepción de igualdad como el derecho a “que las evaluaciones subjetivas de uno no se vean ignoradas,” tendríamos entonces que romper con la visión tradicional de la sentencia como *reproducir lo que la ley dice* y reemplazarla por *manejar conflictos hasta el punto en que todos estén convencidos*. Esto a su vez, podría depender de cambios futuros en nuestro entendimiento respecto al valor y la centralidad de las “evaluaciones subjetivas.” Al final, estaríamos lejos de cualquier entendimiento, no sólo de las sentencias constitucionales como han sido practicadas y justificadas, sino también, lejos de un entendimiento de la justicia política.

59

Si alejamos el enfoque de la protección a las evaluaciones subjetivas de las partes, nos encontramos con un problema diferente. Consideremos, por ejemplo, dejar espacio para acción del Congreso y restringir las decisiones a declaraciones sobre la constitucionalidad de los estatutos. Ambas directrices parecen ser expresiones apropiadas de los intereses igualitarios; como he mencionado anteriormente, también personifican la posibilidad de conflicto con los requisitos de justicia; y ambos hacen un llamado a una justificación, que seguramente no es una concepción de justicia, sino en el entendimiento de la relación entre instituciones políticas y auto gobierno. Aquí, sin embargo, el Profesor Burt defiende explícitamente, que la mejor propuesta parece ser la concepción que ubica a las instituciones mayoritarias en el centro, en vez de un escenario institucional balanceado.

Dadas las dificultades señaladas anteriormente, parece que el mejor entendimiento de las implicaciones del igualitarismo en el proceso de toma de decisiones constitucional, sería que los jueces decidan controversias constitucionales de manera que mitiguen la tendencia a la polarización en la política. Esta postura involucra tanto la percepción negativa de la polarización (como algo que trabaja en detrimento a la política y al auto gobierno) como en una creencia en el poder de la Corte para agravar (o resolver) este problema. El Profesor Burt hace un argumento para ambas ideas. Pero aún tenemos otro problema. El igualitarismo no es meramente una versión particular de prudencia o de practicismo judicial: el igualitarismo no es una mera disposición a tomar en cuenta los potenciales efectos de una decisión. Se presenta en una forma teórica e implica que los jueces, al menos en un conjunto específico de casos, deben de conformarse a sus requisitos. Para poder asumir esta postura igualitaria, un juez sigue necesitando una versión de sus responsabilidades que no sólo incluya el deber de evitar la polarización política, sino que también le dé un lugar central. Sin importar lo dañino y diseminado del problema, no recae en el hecho (o siquiera en el establecimiento de una relación causal entre el problema y las decisiones de la Corte) de que este es *su* problema. Además, este

asunto de justificación sólo se ve exacerbado cuando necesita de un fallo que no logra satisfacer las demandas de justicia en un caso concreto.

Parece que sin importar cómo abordemos las demandas del igualitarismo, estamos destinados a enfrentar dos problemas: por un lado, no podemos encontrar una definición de deberes judiciales que escape del conflicto de los requisitos de justicia en un estado constitucional; por el otro, cualquier entendimiento de lo que éstos requisitos impliquen está destinado a revelar las dificultades en términos de justificación. Estos dos problemas parecen surgir del modelo del proceso de toma de decisiones judicial propuesto en el libro, en vez de surgir de cualquier rechazo institucional de supremacía judicial.