

# Apuntes sobre el desarrollo de la jurisprudencia constitucional aplicable a los derechos fundamentales en los E.E.U.U.

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Abogado. Profesor de derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1 A modo de introducción: el progresivo proceso de incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución norteamericana.

Aún cuando formalmente existan importantes diferencias entre la configuración de los mecanismos previstos para la protección de los derechos fundamentales en los Estados Unidos y el tratamiento que se le ha dado a este mismo tema en Europa, hoy

resulta imposible negar la enorme influencia que han tenido y tienen algunas construcciones jurisprudenciales elaboradas en esta materia por la judicatura norteamericana. Y sobre todo aquellas desarrolladas por su Tribunal Supremo en las labores de tutela de derechos fundamentales efectuada en diversos países del orbe. La intención entonces es aquí la de realizar un rápido acercamiento a algunos de los principales aportes hechos sobre el particular, necesaria fundamentalmente a los vinculados a los derechos de privacidad e igualdad<sup>(1)</sup>.

- (1) Ello no obsta para reconocer la significativa importancia de las construcciones elaboradas por el Tribunal Supremo en materias como aquellas incluidas dentro de las libertades informativas (expresión, prensa, etc.) o las vinculadas al ejercicio de la libertad religiosa, temas que rebasan los alcances previstos para el presente trabajo, pero sobre los cuales seguramente hablaremos en posteriores ocasiones. Por otro lado, aprovechamos este momento para efectuar algunas advertencias iniciales que consideramos de gran relevancia sobre los alcances reconocidos a los Derechos Fundamentales en los Estados Unidos de América: en primer lugar, es importante resaltar cómo su sistema de Derechos Fundamentales no solamente abarca el mínimo de derechos establecidos o recogidos por la Constitución Federal, sino que también incluye lo previsto en las Constituciones de los diferentes estados miembros (y es que los efectos del federalismo en la configuración de los Derechos Fundamentales en los Estados Unidos de América es un tema cuya complejidad y significación ameritan de por sí la elaboración de varios trabajos específicos al respecto). En este mismo sentido opina, entre otros, ROSENFELD, Michel. *El nacimiento y la evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*. En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. No. 18/19. Valencia, 1997. p.73 y ss. Pero por si esta advertencia no tuviese suficiente entidad, debemos efectuar aquí otra anotación sobre otro importante aspecto en el estudio de los Derechos Fundamentales dentro del ordenamiento jurídico norteamericano. Y es que al asumir una perspectiva en la cual los poderes públicos se dedican más bien a obstaculizar la vigencia de los Derechos Fundamentales (y no a promover la plena eficacia de los mismos), unidos al tradicional espíritu individualista que impregna buena parte del pensamiento jurídico y político estadounidense, trae como consecuencia una tendencia a privilegiar los denominados “derechos negativos” (aquellos que para regir plenamente requieren de una actitud abstencionista de los poderes públicos) frente a los comúnmente llamados “derechos positivos”, los cuales demandan una decidida actuación de los poderes públicos para poder ejercitarse (es más, los pocos derechos “positivos” recogidos en el texto de la Constitución norteamericana suelen más bien funcionar como elementos destinados a salvaguardar la eficacia de algunos derechos “negativos”. Prueba de ellos es por ejemplo lo que ocurre en el derecho “positivo” de asistencia de abogado para los acusados de un delito, derecho recogido en la Sexta Enmienda cuya tal vez más importante implicancia ha sido la de preservar la vigencia del derecho “negativo” a no ser privado de la libertad sin una prueba convincente de haberse cometido un delito). Lo expuesto va a tener directas repercusiones en el tratamiento de los derechos habitualmente calificados como económicos o sociales, derechos que mayoritariamente (sino unánimemente) serían clasificados como “positivos”: no es la Constitución federal, sino la normatividad elaborada por el Congreso la encargada de abordar y regular estos derechos, lo cual, además de restarles relevancia jurídica, los hace más vulnerables al riesgo de desafortunadas o malintencionadas modificaciones con un carácter más bien coyuntural. Dos interesantes comentarios sobre este último

Y es que si bien hoy ya nadie discute la gran relevancia que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico norteamericano, también es necesario anotar cómo el reconocimiento de dicho importante rol es esencialmente consecuencia de una progresiva evolución en la cual han alcanzado enorme significación los aportes hechos por varias de las Enmiendas efectuadas al texto original de la Constitución de 1787, así como la valiosísima labor jurisprudencial de su Tribunal Supremo, a pesar de las marchas y contramarchas que dicha institución haya podido tener en el desarrollo de estas tareas.

Como es por todos conocido, el texto original de 1787, muy a despecho de una evidente preocupación por evitar que el accionar de los poderes públicos pudiese afectar la plena vigencia de determinados derechos y libertades de carácter más bien individual, no incluía catálogo o una relación sistemáticamente configurada de derechos fundamentales<sup>(2)</sup>. Se apostaba en aquel entonces esencialmente por una protección de los derechos ciudadanos (y sobre todo los de las minorías) dentro de una Constitución que algunos han denominado “estructural”, sustentada en el federalismo y la separación de poderes<sup>(3)</sup>, opción que a su vez era

consecuencia de importantes consideraciones de carácter filosófico e histórico<sup>(4)</sup>.

La incorporación de los diferentes derechos a la Constitución norteamericana fue entonces progresiva, teniendo como un momento inicial el de la aprobación del *Bill of Rights* (1791), o puesta en vigencia de las primeras diez enmiendas efectuadas al texto constitucional original. Gracias a estas diez enmiendas se dará entonces rango constitucional a algunos derechos de carácter individual<sup>(5)</sup>, y además, se declarará que la relevancia de otros derechos no enumerados no debe ser menospreciada<sup>(6)</sup>. Cabe anotar como todas dichas enmiendas solamente comprometían a la Federación más no a los Estados miembros de la misma, palpable demostración de la débil situación de la Federación frente a la de los Estados que la integraban, situación que recién comenzaría a cambiar luego de concluida la guerra civil de mediados del siglo XIX.

Es justamente luego de la abolición de la esclavitud y el posterior inicio y conclusión de la cruenta guerra civil el momento en el cual, ingresamos a una segunda etapa en el tratamiento de la materia que ahora venimos analizando. La inclusión de las Enmiendas XIII, XIV

tema, y que además coinciden plenamente con lo que acabamos de manifestar, los encontramos en ROSENFELD, Michel. Op.cit.; p.76; y HENKIN, Louis. *Rights: American and Human*. En: *Columbia Law Review*. No. 79. 1979. p.405 y ss. (especialmente p.419).

- (2) El texto original de 1787 apuntaba más bien a establecer un conjunto de restricciones al accionar de la Federación y/o el de los Estados que la componen, restricciones cuyo objetivo final parecería ser el de preservar la plena vigencia de lo que actualmente podríamos considerar como algunos derechos fundamentales. En esa línea estaba por ejemplo, lo dispuesto en las secciones novena y décima del artículo primero del texto en comento, al prohibir conductas como la suspensión del *habeas corpus* (salvo en casos de rebelión o invasión), la aprobación de leyes que menoscaben las obligaciones contractuales o la condena mediante normas de carácter retroactivo.

Con indicaciones como éstas, unidas a los parámetros propios de una Constitución “estructural” (ver al respecto nuestra nota tres) se habría creído dejar suficientemente protegida la vigencia de todos los derechos (o por lo menos, como insinúan algunos, establecer un escenario tuitivo mínimo mientras no hubiese consenso entre los estados miembros de la Unión en asumir como propia una Declaración de Derechos consensualmente admitida por todos, tarea que finalmente recién pudo efectuarse en 1791).

- (3) La finalidad de este modelo “estructural” era muy clara: con el federalismo y la separación de poderes se buscaba evitar la concentración del poder en una o pocas manos, situación que podría resultar altamente riesgosa para el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos.
- (4) Y es que no podemos dejar de apreciar cómo el texto de 1787 no podía desligarse del contexto histórico en el cual se configura: muchos de sus artículos tienen su origen en la normatividad prevista para el escenario de una Confederación o Liga de Estados, propuesta bastante diferente a la del actual Estado Federal norteamericano. Por otro lado, inspirados en el pensamiento de Locke, todo indica que los constituyentes de 1787 asumían que los derechos que tiene cada persona son inherentes a éste por el solo hecho de serlo (las diferencias con posturas tendientes a considerar a los derechos como el resultado de concesiones o conquistas arrancadas a un Estado -posiciones más vinculadas con la evolución histórica de este tema en Europa Occidental- es pues evidente). Si tomamos además en cuenta cómo las constituciones estadales ya recogían en su seno a varios derechos que hoy llamaríamos fundamentales, todo lo expuesto explicaría entonces el silencio de la Constitución Federal de 1787 en este tema. Ahora bien, justo es reconocer cómo en los mismos Estados Unidos son pocos los autores que consideran que en la misma discusión constituyente de 1787 se había hecho evidente la necesidad de incorporar una serie de derechos al texto constitucional, pero frente a la falta de consenso existente en la determinación de cuáles serían los derechos a reconocer, prefirió dejarse este tema para un momento posterior. Este es el sentido en el que opina, por ejemplo, ROSENFELD, Michel. Op.cit.; p.75.
- (5) A ello apunta el contenido de las ocho primeras enmiendas a la Constitución norteamericana, enmiendas vigentes desde 1791.
- (6) Es éste el tenor de la Novena Enmienda, o enmienda de los derechos no enumerados. En líneas generales, el Tribunal Supremo norteamericano ha procurado hacer un cuidadoso uso de esta enmienda en sus fallos, a pesar de que una comprensión más bien general y abstracta de la misma hubiese podido ser alegada como justificante de muchas de sus interpretaciones.

y XV, permitirá el reconocimiento a nivel constitucional de los derechos de igualdad, y el inicio de lo que se ha denominado la “nacionalización” de algunos derechos fundamentales<sup>(7)</sup>. Sin embargo e independientemente de estos importantes aportes, así como de otros posteriores consignados en las 27 enmiendas que ha sufrido el texto original de la constitución de los EEUU desde 1787 hasta la actualidad<sup>(8)</sup>, la determinación de los alcances hoy reconocidos a los diferentes derechos recogidos por el ordenamiento jurídico norteamericano no hubiese sido posible si no se toma en cuenta el significativo aporte efectuado al respecto por la *judicial review*, tema sobre el cual pasaremos a realizar un breve comentario.

## 2 La *judicial review* y su trascendental aporte en las labores de promoción y tutela de los derechos fundamentales en los Estados Unidos de Norteamérica.

Uno de los temas que luego de leer el texto de la Constitución de los EEUU queda aparentemente sin ser precisado es el de cual sería la instancia a la que le corresponde desempeñar el papel de supremo intérprete de dichos preceptos<sup>(9)</sup>. Ahora bien, desde 1803, y luego de la célebre sentencia *Marbury vs. Madison*, el Tribunal Supremo de ese país se ha reservado para sí tan delicada labor<sup>(10)</sup>, haciendo así caso omiso a algunos cuestionamientos referidos a su aparente falta de

- (7) Durante los primeros setenta y cinco años de su existencia, el Tribunal Supremo norteamericano consideraba que los diferentes derechos recogidos por su texto constitucional en aquel entonces únicamente obligaban a la Federación, más no a los Estados, síntoma de la inicial debilidad institucional de la Federación frente a dichos estados (en este sentido podemos encontrar fallos como *Barron vs. Baltimore*, sentencia emitida en 1833). Es recién con la aprobación de las Enmiendas décimo tercera (1865), décimo cuarta (1868) y décimo quinta (1879) que desde el mismo texto constitucional se apuntala la exigencia de que también los estados federados cumplan y hagan cumplir sus preceptos. Es a este cambio de postura al cual se suele conocer con el nombre de “proceso de nacionalización de los derechos fundamentales”.
- (8) Desde 1787 hasta la actualidad la Constitución estadounidense ha sufrido hasta veintisiete enmiendas, dos de ellas hoy carentes de sentido por estar vinculadas a las otrora existentes restricciones al consumo de alcohol. En lo referente al mayor desarrollo y tutela de los derechos fundamentales, lo más destacable -aparte de todo lo que haremos mención a lo largo del presente trabajo- ha sido el reconocimiento del derecho a voto a la mujer (Enmienda XIX, de 1920) y a los mayores de dieciocho años (Enmienda XXVI, de 1971).
- (9) Indudablemente vinculado a este tema está el de establecer bajo qué criterios se efectuará la interpretación que el Tribunal Supremo había asumido como de su propia competencia. La polémica sobre el particular aparece por vez primera en el caso *Calder vs. Bull* (1798). En este proceso se darán dos claras posturas al respecto: una de ellas, esbozada por el juez Chase, y tremendamente influenciada por el pensamiento de John Locke, apuntaba que la Constitución estadounidense es un contrato social que debe adoptar principios del Derecho Natural, principios evidentes y susceptibles de ser alcanzados a través de la razón. Es más, si el texto constitucional fuese contrario a esos principios, el juez debería dejar de lado a la Constitución y respetar lo previsto por aquellos principios. Una ley podía entonces no ser válida a pesar de resultar formalmente constitucional, si es que violaba una de estas pautas de Derecho Natural. Frente a este razonamiento con un fuerte sustento ius naturalista se alza otro, que fuera el mayoritario en este proceso. Para los defensores de esta segunda perspectiva, liderados por el juez Iredell, el presupuesto central para acreditar la validez de una ley es su conformidad con lo dispuesto por la Constitución. Las invocaciones a la existencia de un supuesto Derecho Natural carecerían entonces de toda relevancia.
- Ahora bien, muchas veces ocurre que el texto constitucional recoge una redacción ambigua o equívoca. Frente a estas situaciones, dos han sido fundamentalmente las posturas existentes al respecto para fijar cuál sería el rol del juzgador en estos casos. Estamos pues en el terreno de la polémica entre interpretativistas y no interpretativistas, también íntimamente relacionada con las respuestas dadas a la supuesta falta de legitimidad democrática en el desarrollo de labores jurisdiccionales como aquellas a las cuales venimos haciendo aquí referencia.
- Para los autores con una postura interpretativista -posición doctrinal que tuvo en Robert Bork a uno de sus principales promotores y difusores- la labor del juez en estos casos únicamente tiene sentido si se ciñe a los límites establecidos en su momento por los padres fundadores de la Patria. Si el límite en cuestión no existe o no está claramente determinado, el juzgador deberá ceñirse a lo prescrito en la ley del Congreso. Quienes defienden una postura no interpretativista (el otrora juez del Tribunal Supremo Brennan es un buen representante de esta posición doctrinaria) señalarán más bien que a los jueces les corresponde adaptar o interpretar los preceptos constitucionales -los cuales por naturaleza son de carácter general- de acuerdo con los criterios propios de cada época concreta.
- (10) Es justo sin embargo señalar, como bien apuntan algunos autores, que si bien éste había sido el sentido de la actuación del Tribunal Supremo norteamericano desde 1803, es recién en el caso *Cooper vs. Aaron* (1958) en el cual la Corte Suprema de dicho país declara explícitamente por primera vez que es ella misma la intérprete final y suprema de su texto constitucional. Es en este sentido que opinan autores como BARKER, Robert. *El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*. En: AAVV. *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p.288.
- Por otro lado, es mucho y muy interesante lo que se ha escrito sobre *Marbury vs. Madison*, ya sea acerca de los alcances del fallo o del contexto político social en el cual éste fue elaborado. Sin ánimo de efectuar una exhaustiva enumeración de la bibliografía existente al respecto, nos contentamos con mencionar lo expuesto por PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución Americana*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1965. p.191 y ss.; FURNISH, Dale. *La “Revisión Judicial” de la constitucionalidad de las leyes en*

legitimidad para ejercer esta tarea<sup>(11)</sup>. Es más, podemos decir que este rol le ha sido mayoritariamente reconocido por la ciudadanía y los demás poderes públicos, lo cual ha conferido a este alto Tribunal una responsabilidad trascendental en la configuración y delimitación de los diferentes derechos fundamentales recogidos por el ordenamiento jurídico norteamericano.

Es justo señalar sin embargo que en el desarrollo de esta tarea la labor del Tribunal Supremo de los EEUU ha sufrido marchas y contramarchas, existiendo incluso épocas en las cuales parece bastante discutible considerar que la preocupación central de esta instancia judicial era la de la defensa de los derechos fundamentales<sup>(12)</sup>. A pesar de ello, algunas de las construcciones más relevantes hechas a nivel mundial con esta finalidad son responsabilidad de dicho Tribunal. Procedamos entonces a efectuar siquiera un breve análisis sobre algunas de ellas, sobre todo de aquellas vinculadas a la configuración del derecho a la privacidad y las

diferentes implicancias contenidas en los llamados derechos de igualdad.

### **3 El uso del aspecto sustantivo del *due process of law* en la configuración de derechos no explícitamente recogidos en el texto constitucional norteamericano.**

La preocupación por reconocer a la dignidad humana como elemento fundamental dentro de su sistema de derechos es una preocupación recurrente en todos los Estados Democráticos contemporáneos. El caso norteamericano no es precisamente una excepción a esa regla, sino todo lo contrario. Es más, esta es una línea de pensamiento y acción que claramente puede inferirse de varios de los preceptos actualmente son parte de la Constitución norteamericana vigente. Sin embargo, resulta difícil soslayar como ha sido más bien el uso de la cláusula del *due process of law* o “debido proceso legal” de la

*los Estados Unidos*. En: QUIROGA LEÓN, Anibal (compilador). *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p.65 y ss. (especialmente p.84-90); y FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984. p.19 y ss.

- (11) Hacemos aquí referencia a lo que algunos han denominado “la dificultad antimayoritaria”, concepto mediante el cual se alude a la capacidad que tienen los jueces norteamericanos para en los hechos invalidar una ley, a pesar del criterio discrepante de un Congreso supuestamente representativo de la pluralidad de opciones y opiniones existentes en una sociedad determinada. Frente a este tipo de especulaciones y preocupaciones, la mayor parte de la doctrina estadounidense no tiene hoy reparos en reconocer que su Constitución, y especialmente en el tema de los Derechos Fundamentales, puede tener una connotación antimayoritaria para así proteger los derechos de las minorías frente al posible abuso de quienes coyunturalmente son más numerosos.
- (12) Este es el tema analizado por BIANCHI, Alberto en sus libros *El control de la constitucionalidad y La Corte Suprema de los Estados Unidos, Jurisdicción y procedimientos*. El especial mérito de dichos trabajos está en el haber sido elaborado por un jurista con una formación de carácter europeo-occidental, y por ello, resulta específicamente claro cuando establece las posibles semejanzas y diferencias existentes al respecto.

Siguiendo las pautas del análisis efectuado por dicho autor, podemos en líneas generales encontrar ciertas tendencias dentro de la labor de la Corte Suprema Norteamericana, siendo posible distinguir un primer momento de instalación y falta de un peso específico propio (desde su fundación hasta la llegada de John Marshall a la Presidencia de esta institución); un segundo momento, lo que se ha dado en llamar la Era Marshall (entre 1801 -y más propiamente 1803 con *Marbury vs. Madison-* y 1835); época en la cual el Tribunal asumió una actitud decidida y casi beligerante destinada a fortalecer las atribuciones de la Federación y las suyas propias.

A esta época siguió una larga etapa en la cual la preocupación central del Tribunal estuvo centrada en defender a ultranza el ejercicio de derechos y libertades de carácter individual y con un claro contenido económico (propiedad, libertad de empresa, libertad de comercio, por poner solamente unos ejemplos). El ímpetu puesto en estas labores tuitivas llegó en algunas ocasiones incluso a ir en desmedro de la vigencia de otros derechos, como ya lo demostrase premonitoriamente el tristemente célebre caso *Dred Scott*, tendencia que se confirmase con múltiples fallos emitidos por la Suprema Corte a principios de este siglo.

Es recién con los importantes cambios sociales ocurridos durante la gestión presidencial de Franklin D. Roosevelt, y al parecer, de la mano con las propuestas de éste destinadas a modificar la composición del Alto Tribunal, que comienzan a darse significativas modificaciones en los criterios aplicados hasta ese momento por los magistrados del Supremo, postura de cambio que finalmente logrará consolidarse durante la gestión del *Chief Justice* Earl Warren, época en la cual el Tribunal Supremo asume una postura realmente comprometida con la protección de los derechos fundamentales, pudiéndosele incluso achacar algunos excesos en este sentido.

Algo de esta actitud comprometida se mantiene durante algunos años, pero lo cierto es que con la llegada del juez Rehnquist y el ingreso a la Corte de miembros elegidos por los presidentes republicanos Reagan y Bush, muchos hoy hablan de moderación y otros de retroceso en la actitud actualmente asumida por la Suprema Corte Norteamericana en la tutela de los derechos ciudadanos. Esta -esperamos ilustrativa- revisión de lo que ha sido en líneas generales la labor del Tribunal Supremo estadounidense nos permite comprobar, siquiera superficialmente, cómo esta instancia jurisdiccional ha estado históricamente sometida a una serie de marchas y contramarchas en su quehacer tuitivo, salvo mejor parecer.

Décimo Cuarta Enmienda (y sobre todo, la utilización del aspecto sustantivo de la misma<sup>(13)</sup>) el que ha hecho posible un significativo avance en ese sentido, permitiendo, entre otras cosas, la configuración de derechos que en principio no estaban explícitamente reconocidos en el texto constitucional de aquel país; como es el caso del derecho a la privacidad.

Una primera lectura de lo dispuesto por la Décimo Cuarta Enmienda, la cual es concluyente al afirmar que “(...) ningún Estado podrá (...) privar a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”, pareciera más bien remitirnos a una connotación estrictamente procedimental, en la línea de que no es posible despojar a alguien de derechos tan importantes como los ya antes reseñados sin cumplir antes con ciertos condicionamientos de procedimiento previamente establecidos. Sin embargo, ya desde fines de siglo pasado e inicios del presente<sup>(14)</sup>, la Corte Suprema norteamericana decidió que el “debido proceso legal” abarca bastante más que la exigencia de procesos justos y razonables, sino que implica también el reconocimiento de la existencia de derechos sustantivos cuya relevancia no puede ser dejada de lado mediante ningún proceso sin importar la corrección formal con la cual se desenvuelva dicho proceso<sup>(15)</sup>. Había aparecido entonces la denominada dimensión sustantiva del *due process of law*, la cual

-ya desde la llamada era Lochner (1905-1934)- pronto fue empleada no solamente en temas circunscritos a la protección o el desarrollo de ciertas libertades económicas<sup>(16)</sup>.

La utilización de esta comprensión de la Décimo Cuarta Enmienda había sido algo dejada de lado a fines de los años treinta, pero es desde mediados de la década de los sesenta que disfruta de un importante relanzamiento al ser empleada para encontrar un adecuado equilibrio entre los derechos de la sociedad y el Estado a legislar sobre la moralidad y el derecho de cada individuo a tomar decisiones importantes sobre su propia vida sin injerencia externa<sup>(17)</sup>. Este moderno y hasta hoy polémico uso de la perspectiva sustantiva del debido proceso tiene su primera expresión en el conocido fallo que acompaña al caso Griswold vs. Connecticut (1965). Allí el Tribunal Supremo norteamericano deduce la existencia de un derecho constitucional a la privacidad, derecho cuya violación justificará el que declare inconstitucional una ley del Estado de Connecticut de 1860, que prohibía usar o recomendar uso de anticonceptivos incluso a parejas casadas.

Este caso en particular tenía una especial complejidad, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, si bien ya a nivel doctrinario se había reconocido la existencia de un derecho a la privacidad<sup>(18)</sup>, lo cierto es que el texto constitucional no

(13) Algunos autores norteamericanos reconocen incluso hasta tres dimensiones al *Due Process of Law*. El primero de esos aspectos sería más bien estrictamente procesal, vinculado con que quienes son parte de un proceso gocen de las mismas oportunidades para acceder con sus pretensiones a la autoridad competente para resolver, ser notificados de todas las diligencias y resoluciones que se emitan dentro de dicho proceso, poder presentar las alegaciones pertinentes para dilucidar mejor la controversia existente, tener derecho a un juzgador imparcial, etc.

Independientemente de este aspecto, el más frecuentemente conocido fuera de los Estados Unidos de Norteamérica, existiría también una dimensión del *Due Process of Law* que se relaciona con la protección de algunos derechos sustantivos, los cuales no podrán ser negados o abandonados en ningún proceso (la llamada “dimensión sustantiva” de esta institución). Finalmente, el *Due Process of Law* funcionaría como un canal o mecanismo que haría posible la aplicación de los derechos de la Declaración de Derechos (o *Bill of Rights*) a los Estados (la garantía del debido proceso legal a los Estados).

Recordemos cómo en otro apartado de este texto habíamos anotado que la aplicación de los derechos contenidos en el *Bill of Rights* solamente comprometía en principio a la Federación. Ahora bien, es gracias al uso del *Due Process of Law*, cláusula a la cual se asumen “incorporados” estos derechos, que los mismos además comienzan a condicionar la actuación de los Estados (en este sentido tenemos fallos como *Barron vs. Baltimore* (1833), *Chicago, Burlington & Quincy R.R. vs. Chicago* (1897), *Gitlow vs. New York* (1925), *Cantwell vs. Connecticut* (1940) o *Everson vs. Board of Education* (1947)). Una completa explicación de este tema la encontramos en BARKER, Robert. Op.cit.: p.292 y ss.

(14) En este sentido conviene revisar algunos casos como *Allgeyer vs. Louisiana* (1897), y muy especialmente *Lochner vs. New York* (1905).

(15) Detrás de esta toma de posición está, como bien señala Rosenfeld, la constatación de que el debido proceso debe en último término sustentarse en ciertos valores fundamentales, así como en una concepción sustantiva de la persona y de la relación entre el individuo y la sociedad. Ver al respecto ROSENFELD, Michel. Op.cit.: p.87.

(16) Buenos ejemplos sobre el particular son los casos *Pierce vs. Society of Sisters* (1925) o *Meyer vs. Nebraska* (1923). En ambos casos el Tribunal Supremo norteamericano reconoció que el *Due Process of Law* también incluía al derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos.

(17) Es de similar criterio, ROSENFELD, Michel. Op.cit.: p.87.

(18) Como es de público conocimiento, la primera referencia doctrinaria a un derecho a la privacidad la encontramos en el célebre artículo

realizaba referencia alguna al respecto, lo cual obligaba a efectuar una construcción jurisprudencial destinada a justificar el reconocimiento constitucional (o en términos más cercanos a una denominación más bien de corte europeo su reconocimiento como derecho fundamental) de este derecho. Pero por otro lado, también existían algunos problemas de comprensión sobre quien o quienes cuentan con la legitimación activa suficiente para accionar frente a la supuesta vulneración de un derecho fundamental, aún cuando finalmente se encontró una fórmula mediante la cual los demandantes en este proceso estuvieron plenamente legitimados<sup>(19)</sup>.

Y el tema de la construcción jurisprudencial del derecho constitucional a la privacidad es sin embargo el que más nos interesa para efectos del presente trabajo. El Tribunal procede entonces a deducir este derecho tanto de diversos preceptos constitucionales (las cinco primeras enmiendas, las cuales incluyen referencias a diferentes aspectos de la privacidad) como la Novena Enmienda (la cláusula de derechos no enumerados), y lo hace aplicable no solamente contra la Federación sino contra los Estados miembros al considerarlo incluido dentro del aspecto sustantivo del *due process of law*, al igual que lo hiciera en su momento en *Meyer vs. Nebraska* y *Pierce vs. Society of Sisters* frente al derecho de los padres a escoger la educación que consideren mejor para sus hijos<sup>(20)</sup>.

La fórmula adoptada es inteligente e ingeniosa, aún cuando en nuestra opinión construir un concepto general de privacidad en base a aspectos de la misma que parcialmente protegía algunas facetas de este derecho es, por decir lo menos, una postura con un sustento bastante discutible. Es tal vez en parte por ello, pero también en función a los “riesgos” que podría generar la aplicación de una noción general de privacidad (su extensión a supuestos tan dedicados

como el de la homosexualidad, por ejemplo) que el Tribunal en su fallo buscó tomar múltiples precauciones para evitar se use en forma más abstracta y general la formulación que acababan de efectuar.

Ahora bien, y a pesar de los cuidados y reparos puestos por el alto Tribunal para que lo resuelto en *Griswold* sirva como parámetro destinado a facilitar una postura más condescendiente de la judicatura frente a otros supuestos, lo cierto es que el derecho a la privacidad constitucionalizado en 1965 fue luego extendido a situaciones como las abordadas en *Eisenstadt vs. Baird* (proceso resuelto en 1972 y en cuya sentencia el Tribunal Supremo aclara que la privacidad no se limita a la pareja matrimonial, sino que existe un derecho de cada persona -independientemente de su estado civil- de decidir si trae o no hijos al mundo, decisión en la cual el Estado no puede intervenir) en el famoso caso *Roe vs. Wade* (1973), en donde en un muy polémico fallo la Suprema Corte norteamericana señalará que el derecho constitucional a la privacidad incluye también, entre otros aspectos, al derecho que tiene cualquier mujer a abortar por lo menos durante el primer trimestre de su embarazo.

La relevancia del tema abordado en *Roe vs. Wade* y la polémica que generó la sentencia emitida en este caso nos obliga siquiera a efectuar una breve mención sobre la argumentación empleada por el Tribunal Supremo norteamericano al respecto. En su fallo, dicha instancia jurisdiccional busca en primer término eludir el efectuar definiciones sobre cuando comienza la vida, o pronunciarse sobre si el feto antes del nacimiento ya cuenta con derechos fundamentales, aún cuando no resulta difícil inferir cuál es su posición en estos temas si tomamos en cuenta que califica al feto como “una vida potencial”, o no otorga mayor nivel de protección ante todo lo que pueda suceder antes del nacimiento (argumento en base al cual sustentará luego su negativa a atribuirle el derecho a un debido proceso a los fetos).

de WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis. *The right of privacy*. En: *Harvard Law Review*. Volumen IV, No.5, del 15 de diciembre de 1890 (y más específicamente, entre las p.193-219). Este trabajo ha sido nuevamente editado en innumerables ocasiones y además traducido a los más diversos idiomas.

(19) Y es que tal como está planteado ese tema en los Estados Unidos de Norteamérica, únicamente se encontraría legitimado para accionar quien alega ser víctima de la violación de un derecho fundamental. Cabe recordar entonces como en *Griswold* quienes demandaban la actuación de la judicatura eran los profesionales de la salud que habían informado a varios ciudadanos sobre el uso de anticonceptivos, y no las personas receptoras de dichas informaciones, los llamados en principio a ser considerados como las víctimas de una posible violación de su derecho a la privacidad. Ahora bien, también es cierto como, excepcionalmente, se admite en los EEUU que si una persona sufre un daño en función al derecho constitucional de una tercera parte, y este derecho es imposible o improbable que pueda ser protegido por sus verdaderos titulares, sea esa persona quien accione buscando la tutela del derecho constitucional o fundamental supuestamente vulnerado. Es a esta última posibilidad a la cual se acogen finalmente *Griswold* y *Buxton* para poder seguir el presente proceso reclamando la protección de los derechos de las parejas involucradas y no los suyos propios.

(20) Ver la respecto lo señalado en la nota 16 del presente trabajo.

Luego de descartar que estamos ante un conflicto de derechos de igual magnitud, y dejar únicamente en pie el derecho a la privacidad (de poder hacer y decidir discrecionalmente) de la mujer embarazada, la Corte pasará a señalar que dicho derecho no es absoluto, sino que admite límites, los cuales deben ser necesarios (o imperiosos) y solamente podrán ser empleados como última alternativa posible. Pasará entonces a analizar si los objetivos buscados por el estado de Texas con su postura restrictiva del aborto -la protección de la salud de la mujer y la tutela de la vida potencial del feto- pueden ser considerados como intereses legítimos que justifiquen limitaciones en el ejercicio del derecho a la privacidad ya antes reconocido a la mujer embarazada. Después de admitir que efectivamente los objetivos aquí recientemente reseñados pueden ser considerados límites al derecho a la privacidad en este caso, el Tribunal Supremo norteamericano asumirá finalmente una postura de progresiva restricción de la libertad de acción de la mujer embarazada en la medida que el proceso de gestación va llegando a su fin<sup>(21)</sup>, y declara inconstitucional la ley del estado de Texas que prácticamente impedía a las mujeres el abortar cuando ellas lo creyesen conveniente.

Pocas decisiones del Tribunal Supremo norteamericano han sido tan criticadas como la de *Roe vs. Wade*, siendo una de los cuestionamientos más recurrentes el de no haber acudido a la novena enmienda para resolver este caso, e insistido más bien en emplear un concepto de privacidad basado a su vez en el *due process of law*<sup>(22)</sup>. Lo cierto es que a pesar de estos cuestionamientos, el Tribunal Supremo ha mantenido vigentes las bases de su razonamiento en *Roe vs. Wade*, aún cuando ha admitido la inclusión de determinadas precisiones sobre el particular, las cuales no solamente

han dado más poder a los Estados Federados en la regulación del aborto, sino que en opinión de algunos prácticamente han vaciado de contenido a lo inicialmente prescrito por los jueces al respecto.

---

“Llama la atención (...) la débil  
protección prevista en los EEUU  
para aquellos derechos  
comúnmente conocidos como  
'derechos sociales' (...)”

---

Esto es lo que ha ocurrido de la mano de lo resuelto en *Pennsylvania vs. Casey* (1992), caso en el cual los votos de los magistrados O'Connor, Kennedy y Souter tienen además el mérito de establecer con claridad cuales deben ser los criterios a seguir para poder abandonar una línea jurisprudencial ya establecida por el Tribunal Supremo criterios cuyo conocimiento indudablemente reviste gran importancia e interés<sup>(23)</sup>.

Por otro lado, y luego de *Roe vs. Wade*, la Suprema Corte norteamericana se ha mantenido firme en la idea de evitar se intente extender su comprensión del derecho a la privacidad a otras situaciones, entre las cuales se encuentran las relaciones homosexuales voluntarias efectuadas en la intimidad del hogar (*Bowers vs. Hardwick* -1986- y sobre todo, el reciente *Washington vs. Glucksberg* -1997-). Esta tendencia a una comprensión mas bien restringida de la privacidad es para algunos consecuencia lógica de las posturas ideológicas de los actuales miembros de la Corte, quienes llegaron a sus

(21) El Tribunal concluirá entonces señalando que durante los primeros tres meses del embarazo el Estado carece de objetivos imperiosos para impedir un aborto, pudiendo la madre entonces practicárselo cuando le parezca conveniente. Por otro lado, si el feto ya se encuentra en el segundo trimestre de su gestación, aquí tampoco el Estado puede impedir el ejercicio del “derecho al aborto”, aunque está en capacidad de limitar dicho ejercicio en mérito a consideraciones de salud. Finalmente, si el feto se encuentra en su último trimestre de gestación, el Estado podrá incluso prohibir el aborto, salvo que la salud de la mujer se perjudique con el embarazo.

(22) Sin embargo, en este punto creemos que la invocación a la novena enmienda nos pone frente al problema, ya existente en casos como *Griswold*, sobre si aquí estamos o no frente a una tradición dentro de la sociedad norteamericana, límite habitualmente exigido para evitar que la invocación a la Novena Enmienda se convierta en un fácil expediente para poder justificar casi cualquier cosa. Independientemente de las grandes dificultades existentes para definir qué vamos a entender como tradición en este caso concreto, lo cierto es que un siquiera somero análisis de la historia norteamericana no nos proporciona elementos suficientes para poder considerar que ha existido una actitud constante en materia de aborto. Las bases sobre las cuales se sustenta la invocación del uso de la Novena Enmienda en este proceso serían entonces bastante más fácilmente vulnerables, salvo mejor parecer.

(23) Los criterios considerados como válidos para el abandono de un precedente serían entonces los siguientes:

- a) Si el precedente establecido en su momento por el Tribunal Supremo no es actualmente aplicado a los Tribunales inferiores;
- b) Si el precedente, a pesar de ser aplicado, está aislado o desvinculado del resto de la jurisprudencia relacionada al tema abordado por dicho precedente;
- c) Si el precedente se basó en un error de interpretación legal o en un error en los hechos.

En el análisis específico hecho a *Pennsylvania vs. Casey* se constató que *Roe vs. Wade* no había caído en ninguno de esos tres supuestos, por lo cual se mantuvo su validez, aunque para muchos ese reconocimiento ha sido más formal que real.

cargos mayoritariamente nombrados por los gobiernos republicanos de Ronald Reagan y George Bush, aún cuando es también cierto que los pronunciamientos efectuados por algunos magistrados en *Washington vs. Glucksberg*, pero sobre todo en *Pennsylvania vs. Casey* dan suficientes elementos para presumir lo contrario o por lo menos, relativizar la validez de esta apreciación<sup>(24)</sup>. Sea cual fuese el fundamento de este cambio, lo cierto es que incluso los análisis más objetivos existentes al respecto no pueden negar que actualmente se vive en los EEUU un momento bastante expectante sobre el particular, el cual puede llevarnos a conclusiones cuyos alcances nos resultan hoy bastante inciertos.

#### 4 El tratamiento jurisprudencial otorgado a los derechos de igualdad.

##### 4.1 Un primer acercamiento al estado actual de la cuestión y a las técnicas empleadas para afrontar estos temas.

En la actualidad, la Constitución norteamericana contiene hasta siete referencias explícitas a los denominados derechos de igualdad, aunque la mayoría de ellas son muy específicas y tienen un alcance muy limitado<sup>(25)</sup>. El tratamiento más amplio e importante sobre esta materia se encuentra indudablemente en la anteriormente citada enmienda catorce, enmienda adoptada en 1868. Allí independientemente de la referencia al *due process of law* que ya hemos analizado, se señala además que “(...) ningún Estado (...) podrá negarle a persona alguna que se encuentre dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes (*equal protection of the law*)” (el paréntesis es nuestro).

El sentido inicial que se le concedió a esta norma estaba estrictamente vinculado a la protección frente a tratos discriminatorios sustentados en criterios raciales, y más especialmente, para hacer frente a los abusos que ya comenzaban a efectuarse en contra de la población

negra recientemente emancipada<sup>(26)</sup>. Sin embargo, resulta justo señalar como este objetivo de carácter tuitivo estuvo durante muchos años muy lejos de ser alcanzado, pues en base a una peculiar comprensión de la *equal protection of the law* se permitió la consagración de la -por decir lo menos- discutible doctrina de “separados pero iguales” recogida en el famoso caso *Plessy vs. Ferguson* (1896). Gracias a este fallo, el Tribunal Supremo convalidó la constitucionalidad de una ley del estado de Louisiana que contenía la segregación racial de los pasajeros de los ferrocarriles, aduciendo la existencia de una igualdad en términos legales que en realidad apañaba una enorme desigualdad social. Este desafortunado pronunciamiento de la Suprema Corte norteamericana tuvo además el triste mérito de convertirse en uno de los sustentos de una sistemática política de recorte en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales de amplios sectores sociales, fundamentalmente los compuestos por ciudadanos de raza negra.

Aun cuando fueron muchos los años vividos bajo estos parámetros tan abiertamente equivocados, afortunadamente esto comenzó a cambiar. Ya en la década de 1940 el Tribunal Supremo comienza a construir algunos criterios en base a los cuales definirá cuando considera estar frente a comportamientos discriminatorios. Se efectuará entonces, una prueba “neutra” en relación a los valores políticos usados por el legislador a la hora de intentar resolver un problema concreto, analizando si existe alguna relación entre la clasificación efectuada por la ley y el objetivo del legislador: si la clasificación empleada en la ley tiene un vínculo racional con el objetivo del legislador, la ley sometida al análisis del Tribunal será considerada constitucional.

De allí en adelante se llega entonces progresivamente a un escenario cuyos rasgos básicos actualmente serían los siguientes:

a) El reconocimiento que mediante la *equal protection of the law* (igual protección de la ley) no se

(24) Los jueces O'Connor, Kennedy y Souter, nombrados por presidentes republicanos y considerados como el sector más conservador de la Corte, votaron a favor de mantener a *Roe vs. Wade* como un precedente a aplicarse en *Pennsylvania vs. Casey*. Por otro lado, una revisión de la sentencia emitida en *Washington vs. Glucksberg* nos demostraría la existencia de al menos cinco jueces del Tribunal Supremo estadounidense proclives a no cuestionar ciertas formas de suicidio asistido, aún cuando muestran su discrepancia con el camino planteado en este caso como alternativa para materializar este tipo de acciones.

(25) Referencias de este tipo son las que encontramos en las secciones octava y novena del artículo 1 y segunda del artículo 4; primera de la décimo quinta enmienda; primera de la décimo novena enmienda; y primera de la vigésimo sexta enmienda de la Constitución norteamericana actualmente vigente. Es de similar criterio BARKER, Robert. Op.cit.; p.308.

(26) Jurisprudencia emitida desde 1873 así parece demostrarlo, aunque también hubo fallos como *Yick Wo vs. Hopkins* (1886), cuya redacción apuntalaría a una comprensión bastante más amplia de aquella que venía dándosele a dicho precepto constitucional.



garantizan contenidos sustantivos, sino que su objetivo es más bien el de evitar la arbitrariedad o la irracionalidad en el momento en el cual se establezcan clasificaciones<sup>(27)</sup> (y por ende, posibles distinciones) entre las diversas personas<sup>(28)</sup>;

b) La constatación de que alguna actividad estatal produce efectos distintos en las personas no acarrea necesariamente la existencia de una violación de la *equal protection of the law*. Deberá acreditarse también que la motivación y el efecto de la acción estatal tienen causas o consecuencias (según sea el caso al cual nos enfrentamos) de carácter discriminatorio<sup>(29)</sup>;

c) La evaluación de las clasificaciones impugnadas ante la judicatura estará a cargo del Tribunal Supremo de los EEUU, el cual por ello ha desarrollado hasta tres niveles de análisis o escrutinio. El menos riguroso de estos escrutinios es el denominado “escrutinio mínimo”. De acuerdo con este “escrutinio mínimo”, usado sobre todo en materia económica, basta con que una ley tenga objetivo legítimo y que los medios empleados para alcanzar dicho objetivo no sean disparatados o inadecuados para que la ley en cuestión sea considerada constitucional.

Con un menor margen de discrecionalidad admitido a favor de la actuación estatal está el “escrutinio intermedio”, desarrollado desde los años setenta fundamentalmente en casos de discriminación por razones de género<sup>(30)</sup>. Lo requerido en estos asuntos para encontrarnos ante una situación de constitucionalidad incuestionable es que exista una relación sustancial entre la clasificación empleada y un interés estatal (el objetivo de la ley) realmente importante.

Finalmente, la evaluación más rigurosa es aquella efectuada frente al establecimiento legal de clasificaciones o categorías consideradas constitucionalmente sospechosas (razas, religión, etnia,

relación entre nacionales y extranjeros en el tema del empleo o distinciones entre hijos matrimoniales y no-matrimoniales). Nos encontramos aquí frente al ejercicio del “escrutinio estricto”, ante el cual los jueces deberán efectuar un puntilloso análisis destinado a acreditar si: a) el Estado tiene una razón imperiosa para imponer la ley; b) la categoría o clasificación utilizada debe ser indispensable para conseguir los objetivos buscados. Este es el criterio que, utilizado por primera vez en *Korematsu vs. EEUU* (1924), se ha empleado en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre cuestiones raciales, dando origen a algunos de los fallos más importantes elaborados por esta institución, fallos entre los cuales destaca nítidamente debido a sus repercusiones jurídicas, políticas y sociales el emitido por la Corte Warren en el caso *Brown vs. Board of Education* (1954)<sup>(31)</sup>.

#### 4.2 Análisis crítico sobre los alcances de la técnica del escrutinio.

Sin que con ello se entienda que estamos intentando descalificar lo que indudablemente es una de las labores jurisprudenciales más ricas y creativas en todo el orbe, no podemos aquí dejar de expresar nuestras reservas con la aplicación de una técnica como la de los escrutinios mínimos, intermedios y estrictos, técnica cuyas dificultades, según nuestro modesto parecer, saltan a la vista.

Y es que en primer lugar, la aplicación de estos criterios no responde a parámetros plenamente objetivos. Esta constatación, la cual viene acompañada de un siempre beneficioso reconocimiento de un mayor margen de discrecionalidad en la actuación judicial, tiene como contraparte el riesgo de poder recurrir a los diferentes escrutinios en forma inconsistente y casi caprichosa, con las evidentes desventajas que ello

(27) Cuando hablamos de clasificaciones nos referimos a aquellos temas escogidos como parámetro para el establecimiento de una(s) regulación(es) específica(s) sobre el particular. Se harían clasificaciones entonces en materias como las de raza, género, etc. De acuerdo con el Tribunal Supremo norteamericano, clasificaciones hechas en base a diferencias de raza, origen étnico o nacional, filiación religiosa o condición de hijos legítimos o no, son consideradas sospechosas de violación de igualdad ante la ley. y por ello, son sometidas al escrutinio estricto.

(28) En este sentido, ver el fallo *San Antonio Independent School Dist. vs. Rodríguez* (1973).

(29) Ver al respecto la sentencia emitida por el Tribunal Supremo en el caso *Washington vs. Davis* (1976).

(30) Fue el criterio empleado para resolver casos como *Fronteiro vs. Richardson* (1973).

(31) Con *Brown vs. Board of Education*, el Tribunal Supremo estadounidense abandona la cuestionable postura asumida en *Plessy vs. Ferguson*, quitándole legitimidad constitucional a las situaciones de segregación en materia educativa consagradas en base a ese pronunciamiento. A este fallo siguieron luego otros destinados a suprimir la discriminación racial en ese momento también existente en otros ámbitos (administración de justicia, transporte público, etc). Se inició así un proceso de cambios que concluyó con la dación por el Congreso norteamericano de la Ley de Derechos Civiles de 1964.

Ahora bien, es importante resaltar cómo la especial configuración del derecho a la igualdad, obtenido frente a los estados y no en función de los ciudadanos, obligó que en algún caso no se canalizara la solución de estas controversias a través de la Décimo Cuarta Enmienda, sino de la Quinta. En este sentido, es ilustrativo ver lo resuelto por el Tribunal Supremo norteamericano en *Bolling vs. Sharpe* (1954).

acarrea. Por otro lado, la lista de categorías o clasificaciones no es definitiva, motivo por el cual siempre hay que estar buscando convencer a la Corte para que configure sus fallos en función a un escrutinio estricto. El margen de incertidumbre existente al respecto es entonces a todas luces evidente.

Pero por si las anotaciones ya aquí efectuadas carecieran de suficiente entidad, también se hace necesario resaltar como en muchos casos resulta bastante complejo determinar cual va a ser la clasificación dentro de la que el Tribunal Supremo norteamericano encuadrará la solución de una controversia concreta, tema de enorme importancia para determinar el escrutinio a aplicarse, y por ende, decisiva para dilucidar cuál será el sentido final del fallo de tan alto Tribunal. Prueba de estas dificultades y las repercusiones de las mismas son fácilmente apreciables en casos como el *Personal Administrator of Mass vs. Feeney* (1979)<sup>(32)</sup>, *Massachusetts Bol. of Retirement vs. Murgia* (1976)<sup>(33)</sup>; y muy particularmente en *Romer vs. Evans* (1996), caso en el cual coincidimos con quienes consideran que solamente razones de política institucional explican la resistencia del Tribunal Supremo norteamericano a someter esta controversia a un escrutinio estricto<sup>(34)</sup>. Las dificultades existentes al respecto son entonces innegables, y sobre ellas seguramente volveremos a incidir en las breves reflexiones que incluimos al final del presente trabajo.

#### 4.3 Dos supuestos difíciles de abordar en relación con los derechos de igualdad: los casos de discriminación positiva y

##### de discriminación en función del género.

Como bien señala un importante sector doctrinario<sup>(35)</sup>, la cláusula de la *equal protection of the law* ha sido habitualmente entendida como un mecanismo para constitucionalizar derechos negativos de igualdad<sup>(36)</sup>. Es por ello que normalmente se ha interpretado que no impone ningún deber de alcanzar una igualdad de resultados, aún cuando si suele ser empleada para confirmar derechos de igualdad de oportunidades<sup>(37)</sup>.

En este contexto resulta entonces bastante comprensible la reiterada invocación a programas de discriminación positiva (o *affirmative actions*) destinados a dar un trato preferente en materias como educación o empleo a favor de sectores tradicionalmente considerados como discriminados. En el caso norteamericano este tipo de estrategias han sido empleadas fundamentalmente para apoyar a los ciudadanos de raza negra o con origen latinoamericano, aún cuando también se les ha usado a favor de las mujeres frente a los varones. Lo cierto es que, a pesar de las encomiables motivaciones que suelen impulsar este tipo de programas, los mismos encuentran significativas resistencias incluso al interior del Tribunal Supremo, instancia en la cual tradicionalmente varios de sus miembros consideran a las *affirmative actions* como contrarias al principio de igualdad de trato. Prueba de ello son las divididas decisiones a las cuales se llegó en los casos *Regents of University of California vs. Bakke* (1978) o *Johnson vs. Transportation Agency Santa Clara County* (1987). En lo que sí se ha logrado un cierto consenso es en el

(32) Proceso en el cual se discutía la aplicabilidad de una ley que facilitaba el acceso de los veteranos de guerra al servicio civil. La parte demandante asumía que esta norma consagraba una discriminación contra las mujeres, tema que debía ser analizado dentro de las pautas del escrutinio intermedio. El Tribunal Supremo norteamericano rechazó dicho argumento.

(33) Aquí se alegaba la existencia de una discriminación en mérito a la edad. El Tribunal Supremo consideró que en estos casos bastaba con la aplicación de un escrutinio mínimo, postura no compartida por el juez disidente Marshall, para quien la existencia de supuestos de discriminación por edad en el ámbito laboral sí ameritaba la realización de un escrutinio estricto.

(34) En este proceso, el Tribunal Supremo concluye en que los casos de discriminación por orientación sexual no deben ser tratados con la técnica del escrutinio estricto, tal como había hecho la Corte Suprema del estado de Colorado, aunque finalmente coincide con dicha instancia jurisdiccional en declarar inconstitucional una enmienda efectuada en la Constitución de aquel estado miembro de la Unión.

(35) En este sentido ver, por ejemplo, ROSENFELD, Michel. Op.cit.: p.93.

(36) Sobre las diferencias entre derechos "negativos" y "positivos" recomendamos revisar lo señalado sobre el particular en la nota número uno del presente trabajo.

(37) Es necesario, eso sí, resaltar cómo en algunas materias el Tribunal Supremo norteamericano también reconoce como una exigencia a cumplir la obtención de una igualdad de resultados. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en el tema del sufragio (en este sentido *Harper vs. Virginia Board of Elections* o *Kramer vs. Union Free School District No.15 -1969-*) o en el acceso a los tribunales en procesos penales (ver al respecto lo resuelto en *Griffin vs. Illinois -1956-*). Sin embargo, no podemos soslayar cómo en estos casos el reclamo a una igualdad de resultados suele ser visto como una condición previa para alcanzar la igualdad de oportunidades que finalmente se buscaba. Es de esta misma opinión, ROSENFELD, Michel. Op.cit.: p.93.

tipo de escrutinio aplicable a estos casos, pues desde *Richmond vs. J.A. Croson CO.* (1989), habitualmente se reconoce que el escrutinio a efectuarse aquí debe ser el más estricto de todos.

Relevancia especial tienen indudablemente el de los diferentes supuestos de posible discriminación por razones de género, materia que incluso impulsó la elaboración de la *equal rights amendent.*, proyecto de enmienda constitucional que si bien nunca llegó a ser aprobado sirvió en la práctica como inspiradora de la solución de varias sentencias del Tribunal Supremo norteamericano en este tema.

Entrando entonces en lo que es más propiamente materia del presente trabajo, diremos que la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte estadounidense sobre el particular ha sido bastante cambiante y no exenta de fallos polémicos. Prueba de ello son fallos como el *Bradwell vs. Illinois* (1873), en el cual el alto Tribunal convalida la decisión estadual de no permitir que la demandante pueda desempeñarse como abogada en mérito a su condición de mujer. Es más, llega a justificar este tratamiento diferente -por no decir abiertamente discriminatorio- en el hecho de que los hombres y las mujeres están llamados a cumplir distintos roles sociales, en base a una argumentación en la cual textualmente se dice lo siguiente: “(...) El más alto destino y misión de la mujer está en desempeñar a plenitud los nobles y provechosos oficios de esposa y madre. Esta es la ley del Creador. Y las reglas de la sociedad civil deben adaptarse a la naturaleza general de las cosas, no pudiendo basarse en casos excepcionales<sup>(38)</sup>”.

Afortunadamente pronto comenzaron a darse significativos progresos en este sentido aunque todavía parece faltar un buen tramo para llegar a una situación en la cual lo resuelto en *Bradwell vs. Illinois* no pase de ser un mal recuerdo. Así por ejemplo, en *Goesart vs. Cleary* (1948), aún cuando se insiste en las diferencias de roles entre hombres y mujeres -y es más, se hacen referencias a distinciones con un carácter más bien psicológico- se admite la aplicación del escrutinio estricto para este tipo de casos, postura que luego variará a la asunción del escrutinio intermedio para

esta clase de situaciones (ver al respecto fallos como *Craig vs. Boren* -1976-).

Por otro lado, en *Michael M. vs. Sonoma County* (1981), si bien se declara constitucional una ley californiana en base a que los hombres y las mujeres tendrían roles diferentes dentro de las relaciones sexuales<sup>(39)</sup>, es importante resaltar como los votos disidentes en dicho proceso enfatizan como aquí hay un aprovechamiento de una diferencia física real para en base a ella sustentar prejuicios sociales u objetivos ilegítimos.

El fallo entonces sin duda más halagüeño sobre el particular es el de *United States vs. Virginia* (1996), caso en el cual el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una decisión del estado de Virginia destinada a excluir el ingreso de mujeres a la Virginia Military Institute (VMI), decisión cuyo sustento era el de señalar que las prácticas y métodos de enseñanza empleados en esa escuela militar de élite eran físicamente muy crueles. Aquí esa importante instancia jurisdiccional aclarará que el establecer escuelas solamente compuestas por hombres o por mujeres será constitucional únicamente si éstas son facultativas (cuando el estudiante puede escoger a donde ir) y se tienen otras opciones de igual calidad en los centros de enseñanza previstos para estudiantes del otro sexo o con composición mixta. Como la decisión tomada en Virginia no respeta estos parámetros, la misma es declarada inconstitucional.

Cabe resaltar además, que si bien se llega a esta conclusión aplicando un escrutinio intermedio, se añade también que en los casos vinculados a cuestiones de género se requeriría una razón excesivamente persuasiva al respecto para declarar constitucional una ley que haga distinciones en función a este tipo de criterios. Ello en los hechos, como bien anota algún voto disidente<sup>(40)</sup>, podría entenderse como una apuesta por aplicar de ahora en adelante el llamado escrutinio estricto a esta clase de situaciones, postura que indudablemente redundaría en una actitud más tuitiva de los derechos de las mujeres ante situaciones discriminatorias basadas en razones de género. Estamos pues tal vez ante el único tema en el cual la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano ha asumido una actitud bastante más tuitiva que la existente hace unos quince años al respecto,

(38) Razones como éstas están incluidas en el voto “concurrente” con el sentir mayoritario en *Bradwell*, que elaborase el Juez Bradley. La traducción del texto en cuestión es nuestra.

(39) En *Michael M. vs. Sonoma County*, lo que se impugna es la constitucionalidad de una ley californiana que reputa como violación la relación sexual de un hombre con una menor de edad.

(40) Nos referimos aquí al voto del Juez Scaglia, y muy especialmente a lo señalado en el apartado I de su pronunciamiento sobre el particular.

muy a despecho de la composición conservadora que hoy se le achaca a esta instancia jurisdiccional.



puede desconocer el significativo aporte proporcionado al respecto por la experiencia doctrinaria y jurisprudencial norteamericana. Este aporte se hace sin duda más notorio y notable en temas como el del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución<sup>(41)</sup>. El rol creativo que le corresponde al juez en la tutela de los derechos fundamentales<sup>(42)</sup>, pero ello no debe llevarnos a soslayar la gran importancia que tienen también valiosísimos alcances efectuados apuntalando una mejor configuración de algunos de estos derechos o propiciando la consolidación de mecanismos destinados a asegurar la plena vigencia de los mismos.

La ya dilatada extensión del presente trabajo no nos permite pasar revista en forma más detallada a otros aportes que nos trae la experiencia norteamericana de protección de los derechos fundamentales. Así por ejemplo, un acercamiento al tema de las libertades informativas nos permitiría tener mayor contacto con posturas como la del reconocimiento de una posición preferente (*preferred position*) de algunos derechos sobre otros, propuesta comprensible dentro del contexto estadounidense pero cuya aplicabilidad es bastante pertinente en otros países<sup>(43)</sup>. Un análisis de este tema también haría posible el conocer las diversas concepciones sobre la libertad de expresión en el escenario académico y jurisprudencial norteamericano (lo cual ha permitido otorgarle apoyo constitucional a la formulación de planteamientos que para muchos son

## 5 Algunas reflexiones finales sobre el particular.

### 5.1 Los temas no abordados.

Una siquiera mínima aproximación al actual desarrollo del constitucionalismo contemporáneo no

- (41) Gracias al aporte norteamericano, progresivamente se ha abandonado una visión de la Constitución como un mero compromiso más o menos permanente entre las fuerzas políticas, para pasar más bien a asumir la eficacia normativa directa de los preceptos constitucionales, a pesar de las dificultades concretas que ello de hecho acarrea en algunos casos (y entre ellos, por solamente mencionar dos ejemplos, el de la real vigencia de los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” o el de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, temas que en sí mismos tienen la entidad suficiente para motivar la realización de varios trabajos sobre el particular).
- (42) Rol que se ha impuesto a nivel mundial, y no solamente como parte de las tareas reputadas como propias de los diferentes tribunales constitucionales, sino también como deber de la judicatura ordinaria, incluso en aquellos países con un modelo concentrado de control de constitucionalidad, aún cuando siempre dentro de ciertos límites, pues como bien dice García de Enterría “(...) al sistema jurídico no le interesan (...) las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afirmando su alcance”. (Cita extraída de GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La democracia y el lugar de la ley*. En: REDA. No. 92. Madrid: Civitas, octubre-diciembre, 1996. p.620). La idea del juez como “boca de la ley”, comprensible dentro de un contexto histórico determinado, afortunadamente se bate hoy en reiterada a nivel mundial, pero no por ello puede pasarse a pensar en la existencia de un juzgador que actúa al margen de lo dispuesto por la Constitución o la ley, o que no respeta las competencias propias de los otros poderes públicos.
- (43) Un claro ejemplo de lo inconveniente que resulta trasladar esta construcción doctrinaria fuera de su contexto original a un escenario, en este aspecto, completamente distinto al norteamericano lo encontramos en lo sucedido en España, en donde la asunción de una *preferred position* de las libertades informativas llevó a que en situaciones de aparente o real conflicto entre dichas libertades con derechos como al honor, la intimidad o buena imagen se llegase a una situación de verdadera minusvaloración de esos derechos. Esta postura, asumida con claridad por el Tribunal Constitucional Español (TCE), a partir de su STC 159/86, recibe una primera y atinada llamada de atención en el voto particular del magistrado Díaz Eimil a la STC 121/89, quien anota cómo si bien en caso de conflictos como los que aquí hemos reseñado teóricamente se plantea la realización de una ponderación (adaptación europea de la técnica *balancing* empleada por el Tribunal Supremo norteamericano) entre los derechos invocados, en los hechos únicamente se está

realmente extremos al respecto<sup>(44)</sup> o la comprensión que se tiene del rol de la prensa libre, instancia vista como titular del derecho de informar a la ciudadanía, sobre todo cuando lo que se da a conocer es la conducta de quienes se encuentran asumiendo responsabilidades al interior de las diferentes Administraciones Públicas, labor informativa que indudablemente debe realizarse haciendo una serie de verificaciones y respetando determinados parámetros<sup>(45)</sup>.

Otros elementos valiosos para el análisis encontraríamos sin duda si estudiamos lo ocurrido con derechos como la libertad religiosa o el derecho de asociación, por solamente mencionar un par de casos. Sin embargo, consideramos por ahora más útil e interesante realizar una opinión crítica sobre los alcances de lo resuelto en aquellos temas a los cuales aquí les hemos dedicado mayor interés, como son los vinculados a los derechos de privacidad e igualdad.

## 5.2 Breves notas sobre el ejercicio del derecho a la privacidad.

En lo referente al tema del derecho a la privacidad, es innegable que los casos aquí reseñados demuestran una preocupación compartida tanto por el mundo académico como por la judicatura por hacer entender a los poderes públicos y a la ciudadanía que el buscar preservar la plena vigencia de un derecho fundamental no implica el desconocer la existencia de otros derechos fundamentales o de bienes jurídicos especialmente protegidos, bienes y derechos cuya vigencia y eficacia también conviene preservar. El reconocimiento de la existencia de límites<sup>(46)</sup>, en este caso externos a los derechos antes mencionados, así como la de la necesidad de aplicar técnicas de ponderación frente a posibles conflictos entre derechos fundamentales, o entre derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos<sup>(47)</sup>, encuentran aquí

amparando las libertades informativas y desamparando o degradando a derechos como el honor, la intimidad o la buena imagen. Es por ello que ahora, con indudable acierto, el TCE al abordar estos temas, tiende a la aplicación de la teoría de los límites internos y del contenido propio de los derechos, dejando la posibilidad de efectuar ponderaciones en los supuestos excepcionales que conviene hacer uso de esta técnica de interpretación, y abandonando definitivamente una comprensión del alcance de algunos derechos que a despecho de su innegable interés, no es trasladable tal cual ésta fue formulada al ordenamiento jurídico español. Una completa explicación de la evolución de este criterio interpretativo en España la encontramos en SANCHEZ FERRIZ, Remedio. *El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *El derecho a la información. Teoría y práctica*. Zaragoza: Pórtico, 1995. p.53 y ss. (especialmente pp.60-68). Por otro lado, el análisis tal vez más exhaustivo de la teoría de los límites internos y el contenido propio de los derechos en lengua española es el efectuado por Ignacio De Otto e incluido en MARTIN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988. (especialmente pp.137-146). Cabe entonces preguntarse cuál es el sustento de nuestra reiterada insistencia en que no cabe aplicar la construcción de las *preferred positions* a escenarios como el previsto en el ordenamiento jurídico español. Y es que al igual que otras muchas constituciones, la actual Constitución Española en su artículo primero incorpora una serie de valores sin establecer preferencias entre ellos, y luego pasa a desarrollar un catálogo de derechos sin consignar la existencia de jerarquías al respecto.

La idea de unos derechos con una *preferred position* no encajarían entonces en este esquema. En cambio, las técnicas del *balancing* o ponderación de valores, o la de los límites de los límites internos y contenido propio sí podrían ser aplicadas (y de hecho, ya vienen siéndolo) para intentar encontrar un equilibrio en una situación de colisión entre dos o más derechos, mas no como pauta para consagrar privilegios de unos sobre otros. Tiene un punto de vista coincidente con el que acabamos de señalar FREIXES, Teresa. *Constitución y Derechos Fundamentales*. Barcelona: PPU, 1992. p.109.

- (44) Como es de público conocimiento, en los Estados Unidos se manejan varias concepciones o comprensiones de cómo debe entenderse a la libertad de expresión. Sin embargo, la postura predominante al respecto -fuertemente influenciada por el pensamiento de John Stuart Mill y asociada con la "teoría del mercado de las ideas"- lleva a una visión de la libertad de expresión como aquel medio que nos acerca a un gradual descubrimiento de la verdad. Esta mayoritaria percepción de la libertad de expresión ha servido de sustento a perspectivas tan polémicas como la acogida por el llamado "test del peligro claro y actual" (mecanismo a través del cual se recortó el ejercicio de la libertad antes mencionada, a los defensores de posturas marxistas, comunistas, anarquistas o socialistas, doctrinas asumidas como un obstáculo para el gradual descubrimiento de la verdad muchas veces en base a consideraciones demasiado cargadas de subjetividad), y hoy en día permite la protección constitucional a prácticamente cualquier tipo de expresión, salvo a aquellas carentes de valor social (y que por ende, no ayudan a descubrir la verdad) o que teniendo algún valor social son emitidas en circunstancias que impidan la discusión o el debate. Una completa información sobre el particular la encontramos en ROSENFELD, Michel. Op.cit.; pp.82-84; o en BARKER, Robert. Op.cit.; pp.302-307.

(45) Ver en este sentido lo expuesto por ROSENFELD, Michel. Op.cit.; p.85.

(46) Límites que pueden ser intrínsecos o extrínsecos a cada derecho. Ver al respecto la excelente explicación efectuada por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992. pp.169 y ss.

Ahora bien, estos límites a su vez no pueden ser abusivos o violadores del Estado de Derecho y la plena vigencia de los derechos fundamentales que dicen querer defender. Encontramos aquí, sin duda, el germen de aquello que posteriormente con mayor sistematización y rigurosidad se ha dado en llamar "la teoría de los límites a los límites de los derechos fundamentales", importante construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y hoy también aplicada en diversos países del mundo.

una buena justificación y punto de partida, sirviendo además lo que pueda posteriormente efectuarse sobre el particular como un referente al cual siempre resulta interesante tomar en cuenta.

Luego de constatar la creatividad e iniciativa con la cual se han abordado estos temas, sorprende entonces comprobar como a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense existe un escaso o nulo desarrollo sobre los alcances del derecho a la privacidad en relación con materias de tan palpitante actualidad como la biogenética o la informática<sup>(47)</sup>, sobre todo si tomamos en cuenta que el mismo concepto de privacidad -o por lo menos, la primera configuración contemporánea de éste- es precisamente una importantísima aportación efectuada por la doctrina constitucional norteamericana aún cuando dicho aporte se generó a fines de siglo pasado. Ahora bien, si de creatividad e iniciativa se trata, no podemos dejar de hacer siquiera un breve comentario sobre la pertinencia y consistencia de las diversas construcciones (fundamentalmente jurisprudenciales) empleadas para avalar la constitucionalización del derecho a la privacidad y delimitar cuales serían los diversos ámbitos de su aplicación.

Es evidente entonces que un siquiera somero análisis de que las técnicas y argumentos utilizados demuestra la existencia de un enorme ingenio para hacer frente y resolver los problemas concretos que pudieran presentarse, máxime si tomamos en cuenta el reducido margen de instrumentos normativos disponibles para efectuar este tipo de interpretaciones. Sin embargo, ello no nos impide anotar como en algunos casos la coherencia interna de los razonamientos empleados no es lo suficientemente sólida para así poder disfrazar el voluntarismo que las motiva, pues basta con el mero cambio de composición del Tribunal Supremo o la asunción de algunas líneas de política institucional por los magistrados de este

alto Tribunal (el reconocimiento de un *self-restraint* o de intocables *political questions* pueden ser un buen ejemplo de ello) para abandonar posturas previamente asumidas (aún cuando en ocasiones formalmente se siga sosteniendo lo contrario) o negarse a extender el marco tuitivo desarrollado por decisiones ya tomadas a otros supuestos en los cuales éstas bien habrían podido ser aplicadas. Lo expuesto, sin con ello querer desmerecer la calidad del aporte efectuado, nos deja una sensación de una excesiva subjetividad al momento de definir conceptos y/o resolver conflictos, sensación que resulta inescindible de un riesgo y sesgo de inseguridad jurídica que a nada bueno conduce.

### 5.3 Apuntes acerca del ejercicio del derecho de igualdad.

Por otro lado, también el ámbito de los derechos de igualdad ha sido un espacio en el cual podemos detectar importantes aportaciones efectuadas por el Tribunal Supremo norteamericano. Ello sin siquiera tener necesidad de referirnos a que ésta es tal vez la materia en la cual lo resuelto por la Suprema Corte estadounidense haya alcanzado mayor relevancia dentro de la consideración ciudadana que se tiene sobre ella, tanto al interior como fuera de aquel país.

Pero vamos ahora a comentar el tema de los aportes, indudablemente el más importante en función al trabajo que aquí venimos realizando. Sobre el particular, es innegable la existencia de varios puntos en común entre el tratamiento dado al tema de la igualdad en los EEUU y el que se le otorga en Europa. Así por ejemplo, en ambos casos el objetivo buscado es más bien el de evitar se produzcan situaciones de arbitrariedad o irracionalidad al momento de establecerse tratos diferenciados entre las diversas personas: puede hablarse entonces, tanto en uno u otro lado, de la existencia de un derecho (o derechos) más bien de corte relacional, y que además nos confunde la existencia de tratamientos diferentes con situaciones

(47) Sobre la técnica de la ponderación de derechos, y la indudable influencia del *balancing* norteamericano ya hemos ido adelantando una serie de referencias, siendo particularmente útiles para el tema que venimos abordando aquellas incluidas en la nota 43 del presente trabajo. Cabe, sin embargo, aclarar que muchas veces el conflicto que motiva el recurrir a una ponderación es más aparente que real, pues lo que sucede en la práctica es que nos encontramos más bien ante la comisión de comportamientos abusivos a los cuales trata de legitimarse alegándose estar en el ejercicio de un derecho fundamental, cuando bajo ningún supuesto se respeta el ámbito constitucionalmente previstos para ejercitar dicho derecho. Es por ello que nos adherimos a quienes anteponen a la realización de una ponderación de derechos la aplicación de la teoría de los límites internos y el contenido propio de los derechos fundamentales, tema al cual también hemos hecho referencia en la ya citada nota 43 del presente trabajo.

(48) Hasta donde tenemos conocimiento, el Tribunal Supremo estadounidense no ha resuelto ningún caso vinculado con el desarrollo de técnicas de biogenética. Por otro lado, en lo referente al tema de la informática, únicamente se ha pronunciado en el caso de *Whale vs. Roe*, dejándose luego el tratamiento de esta materia en manos de otros tribunales o de administraciones independientes con competencias específicas sobre el particular.

de tipo discriminatorio. A lo previsto en el caso norteamericano bien podría aplicársele entonces aquellos alcances, en principio pensados para describir lo recogido en el artículo 14 CE, sobre todo cuando se apunta como allí se consagra un: “(...) derecho que no es un derecho autónomo, sino relacional, que impone una obligación a todos los poderes públicos, que no comparta necesariamente una igualdad material, ni tampoco se traduce en una exigencia de uniformidad, sino que les limita en el sentido de vedarles toda actuación generadora de una desigualdad de trato arbitraria o discriminatoria<sup>(49)</sup>”.

Es significativo también anotar como no son pocos los textos constitucionales modernos que abiertamente consagran la existencia de un principio de no discriminación en función a ciertos criterios, por cierto muy próximos a las llamadas “categorías sospechosas” de discriminación en el caso norteamericano. Ello es lo que pareciera ocurrir, por ejemplo, en función con lo dispuesto en el artículo 14 CE, norma en la cual -aún cuando sin un sentido taxativo- se hace mención expresa a criterios como raza, nacionalidad, sexo, religión u opinión.

Ahora bien, lo expuesto no obsta para que expresemos nuestros reparos con la forma empleada en los EEUU para evaluar si estamos o no frente a una distinción con carácter discriminatorio, tema acerca del cual ya hemos hechos algunas anotaciones anteriormente<sup>(50)</sup>. Eso sí, cabe aclarar como en este caso nuestras objeciones no van tanto dirigidas contra la idea de efectuar escrutinios (escrutinios que por cierto incluyen pautas de razonamiento que no se encuentran muy lejanas da aquellas -aunque en este último caso, mejor sistematizadas- empleadas en las interpretaciones hechas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y varios Tribunales Constitucionales de diversos países para abordar este tema<sup>(51)</sup>), sino más bien a la

determinación -en nuestra modesta opinión, en base a parámetros bastante subjetivos- de cuando debe aplicarse un modelo de escrutinio y cuando corresponde optar más bien por emplear otro. El derrotero de la alternativa seguida fuera de los EEUU parece entonces buscar apoyarse en consideraciones más objetivas, y por ende, se nos presenta como más confiable.

Con todo, e independientemente de posibles discrepancias que podamos tener, el balance al cual llegamos en lo hecho por la doctrina y la judicatura norteamericanas en el tema de la igualdad -y muy especialmente luego de dar a conocer los últimos aciertos en el tratamiento de los casos de posible discriminación por razones de género- es en principio muy positivo, y además, tiene la ventaja de que su dinamismo y capacidad de adaptación a nuevas situaciones le obligan siempre a ser necesario punto de observación, estudio y análisis incluso para quienes normalmente abordan estas materias desde otras perspectivas.

## 6 A modo de conclusión.

El panorama jurisdiccional norteamericano que aquí hemos tratado de describir siquiera someramente a través de algunos de sus aspectos más importantes está pues lleno de luces y sombras. Abonan en su favor una vocación y capacidad para adaptarse, o por lo menos, dar respuesta a las nuevas situaciones que van surgiendo. Ello ha llevado a que a pesar de que las críticas a la labor de las diferentes instancias jurisdiccionales o de fisonomía jurisdiccional<sup>(52)</sup> es hoy un lugar común a nivel mundial la Suprema Corte norteamericana, muy a despecho de sus marchas y contramarchas, es todavía una de las instancias dentro de las cuales la Administración Federal estadounidense

(49) Cita extraída de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992. p.196.

(50) Ver al respecto lo señalado en el punto 4.2 del presente trabajo.

(51) Buenos elementos para efectuar la correspondiente comparación al respecto nos lo proporciona el artículo de FREIXES, Teresa. *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standart mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa*. En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. No.11-12. Valencia, 1995. pp.97 y ss. (especialmente pp.100-101).

(52) Cuando hablamos de “órganos o instancias con fisonomía jurisdiccional”, nos referimos a aquellas entidades que sin ser parte del Poder Judicial (o de la judicatura ordinaria, como preferiríamos llamarle nosotros) se les ha asignado, o progresivamente han asumido, una configuración muy similar a aquella que en principio era propia de juzgados y tribunales; y por si lo expuesto fuese considerado poco relevante, resuelven las controversias que se les presentan bajo las pautas propias de un proceso y emiten finalmente resoluciones a las cuales con toda propiedad podríamos denominar sentencias. Un claro ejemplo de este tipo de instituciones son indudablemente los Tribunales constitucionales hoy existentes en buena parte del mundo. Una información más detallada sobre los alcances de esta denominación, aun cuando con una explicación únicamente vinculada al tema del control de constitucionalidad y el Derecho Procesal Constitucional, la encontramos en SAGÜES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1988.

que genera mayor credibilidad y respeto entre los ciudadanos de dicho país, mérito que indudablemente no solamente se debe a la calidad y sentido de oportunidad de sus fallos, sino también a la especial ubicación que se le ha dado y ha logrado obtener para sí esta institución dentro del ordenamiento jurídico y la realidad político-social de su país.

Lo expuesto sin embargo no nos inhibe de anotar algunos temas a los cuales por lo menos podemos reputar como opinables, así como reseñar ciertos aspectos que se nos presentan como erróneos o preocupantes. Llama la atención por ejemplo, la débil protección prevista en los EEUU para aquellos derechos comúnmente conocidos como “derechos sociales”, situación en la cual -por lo menos en nuestra modesta opinión- tiene una significativa incidencia la generalizada percepción que allí se tiene de los derechos como derechos negativos. Por otro lado, resulta innegable apreciar cómo buena parte de las interesantes construcciones doctrinarias y jurisprudenciales de la

Suprema Corte norteamericana parecieran sustentarse en alegaciones algo más impregnadas de una preocupación por aspectos coyunturales o influidas por consideraciones o criterios bastante más subjetivos que aquellos hoy empleados en otros países, con todas las repercusiones que ello puede y suele traer<sup>(53)</sup>.

A pesar de nuestras discrepancias con algunos detalles aquí recientemente anotados, sería mezquino no reconocer que el balance de lo expuesto es plenamente positivo, existiendo elementos que incluso nos llevan a pensar en la consolidación de alentadores progresos sobre el particular. Las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales empleadas en los EEUU para una mejor tutela de los derechos fundamentales (y muy especialmente en los casos de discriminación por razones de género) están entonces muy lejos de haber perdido su innegable interés, siendo claro como más bien continuarán resultando un referente de vital importancia para el tratamiento de estos temas en los diferentes países del orbe, salvo mejor parecer. AB

(53) Hoy en día el Tribunal Supremo Federal Norteamericano tiene un rol que no se circunscribe al de ser la última instancia en la resolución de los conflictos cotidianos que se presentan entre los ciudadanos de dicho país, o dar pautas para uniformizar los criterios que debe aplicar la judicatura a lo largo y ancho de todo el territorio estadounidense. Su labor indudablemente va más allá de ello, habiéndose convertido en un verdadero “poder mediador” de las controversias con o entre las más importantes instancias dentro del aparato estatal, además de desempeñarse como el supremo intérprete de la Constitución Federal norteamericana (y por ende, el principal responsable de determinar el marco tuitivo de los diversos derechos que pueden desprenderse de la misma) Para poder cumplir a cabalidad con esas importantes funciones, esta instancia jurisdiccional progresivamente ha ido desprendiéndose del grueso de atribuciones en las cuales tenía competencias originarias o de apelación de carácter obligatorio, y a canalizar el grueso de su labor en el tratamiento de aquellos casos que escoge discrecionalmente mediante la aceptación o rechazo de las peticiones de *certiorari* que se le formulan. La preocupación de la Suprema Corte estadounidense no es pues opinar en todos y cada uno de los casos que se le presenten, sino establecer criterios en aquellos temas que considere centrales, apostando entonces a que luego el influjo del *stare decisis* y el peso específico de su credibilidad ante los poderes públicos y el grueso de la ciudadanía aseguren un efecto multiplicador de las pautas allí establecidas. Mucho se ha discutido sobre la pertinencia y justicia de esta opción para la configuración del trabajo jurisdiccional, así como de otras parecidas puestas en práctica o prontas a aplicarse en muchos Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales de diversas partes del mundo. El interés de este tema es sin duda innegable, pero su análisis rebasa con creces los parámetros previstos para este texto, por lo cual desafortunadamente nos vemos obligados a dejar un más bien detallado tratamiento de esta materia como tarea a asumir en posteriores ocasiones.