

LA CONSTITUCIÓN VIVA*

Bruce Ackerman**

La Constitución es una máquina cambiante, como una edificación creada en base a contribuciones que con el pasar del tiempo han ido cobrando sentido e influenciando el contenido de ésta.

El autor nos presenta, mediante un análisis dialéctico de la historia de los Estados Unidos, un examen claro y exhaustivo de cómo las enmiendas constitucionales, requeridas por situaciones coyunturales, han forjado el significado de la Norma Suprema en el tiempo.

En base a jurisprudencia y a una relación cronológica de los cambios políticos, el autor nos invita a conocer el significado de las variaciones paulatinas que la Constitución estadounidense ha experimentado desde su creación; intentando siempre demostrar que la constitución no es un ente estático, sino que cambia porque está viva.

* El presente artículo fue publicado originalmente en Harvard Law Review. Volumen 120. Número 7. Mayo de 2007. La traducción estuvo a cargo de María José Higuera, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al autor por permitirnos traducir y publicar el presente artículo.

** Profesor Sterling de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Yale. Ésta es una revisión de la versión de los Holmes Lectures enviados a la Facultad de Derecho de Harvard el 3-5 de Octubre de 2006. Les agradezco a mis amigos de las Facultades de Derecho de Harvard y Yale, y a mis asistentes de investigación por su destacado trabajo: Tendayi Achiume, Lawrence Benn, Kate Brubacher, Julien Cantegreil, Eric Citron, Dawn Hewett, Marin Levy, Jennifer Nou, Jessica Roberts, Solene Romieu, Justin Slaughter, Bartłomiej Szewczyk, and Taisu Zhang.

I. PRIMERA LECCIÓN: ¿SOMOS UNA NACIÓN?

El teléfono sonó, dando inicio a una conversación frecuente: desde 1989, el Departamento de Estado había insistido para que forme parte de las delegaciones que aconsejan a uno u otro país en su transición constitucional hacia la democracia. Me había negado, vuelto a negar, y vuelto a negar; eso no era para mí, nada de profesar en frente de políticos que ni conocía acerca de un país que no terminaba de entender.

Sin embargo, una vez más, escuché una voz sincera del otro lado de la línea, hablando de manera algo pretenciosa en nombre del Asistente Especial del Asistente del Vice-Asistente del Secretario de Estado. Esta vez, me aseguró, sería algo completamente diferente.

El Departamento de Estado no estaba pidiéndome ayuda para escribir una constitución en un idioma que no podía leer; me estaba invitando a participar de una clase personal con el gran Akhil Alfarabi, un maestro de las tradiciones legales europeas e islámicas, que deseaba aprender un poco más de Derecho Constitucional estadounidense. Nada más que aprendizaje mutuo, la entusiasmada voz me garantizó: ya era tiempo de cruzar la aterrizante caverna que separaba a los grandes sistemas legales del mundo. Y sólo me pedían una semana de mi tiempo.

¿Por qué no?, pregunté, y de pronto me encontré, cansado por el viaje, conociendo a un sonriente Alfarabi en una locación desconocida. Después de incontables tasas de té, comenzó la conversación importante en la parte donde siempre comienzo: con la Constitución escrita, empezando con las palabras “Nosotros, el Pueblo” y siguiendo hasta el final.

Tengo que decir que Alfarabi logró cumplir todas mis expectativas. Era un maestro en el arte de tomar textos lapidarios y elaborar principios legales interesantes, y escuchaba con atención mientras le presentaba las famosas palabras que nos dejaron la Fundación de Estados Unidos y la Reconstrucción. Después de un par de días de agradable conversación, entramos en la ronda final:

los textos del siglo XX. Alfarabi comenzaba a perder la paciencia, y resentirse un poco, ante el hecho de que lo tratara como a un brillante alumno de primer año. “¿Qué tal si cambiamos roles?”, sugirió, “¿y yo tomo el liderazgo al interpretar estas últimas enmiendas constitucionales”.

Para ser honestos, tenía mis dudas; a pesar de todo su aprendizaje, no tenía ni la más remota idea de la historia estadounidense. A pesar de ello, yo tampoco tenía idea de la historia de su país, y eso no nos había dificultado tener grandes conversaciones.

“¿Por qué no?”, me pregunté a mí mismo, imaginando al espíritu de John Dewey¹ aprobar mi decisión de manera entusiasta: “Hemos llegado a la Enmienda Veintitrés. ¿Qué cree que implica?”.

“Bueno, es el año 1933 y Franklin Roosevelt ha sido electo; él quien creó el *New Deal*, ¿no?”.

Asentí de manera entusiasta, como suelo hacerlo, y sentí gran alivio de saber que este hombre sabía más de la historia de mi país que yo de la historia del suyo.

“Y analizando la enmienda”, dijo Akhil, “puedo ver precisamente por qué la llaman *New Deal*. Encuentro muy triste el hecho que los americanos hayan terminado con la prohibición de consumir bebidas alcohólicas; pero, como abogado, es claro que algo muy nuevo está pasando: el Pueblo está pidiendo un gran recorte en los ambiciosos programas federales regulatorios. El principio constitucional más importante está claro: la era del Gran Gobierno se acabó”. Alfarabi habló con confianza, pues es cierto que los grandes abogados siempre tienen confianza en sí mismos.

Antes de que pudiera decir algo, Akhil había comenzado con la siguiente enmienda. “Esta Vigésimo Segunda Enmienda”¹¹, explicó de manera triunfante, “sólo hace pues confirmar mi interpretación. Veo que llegó cuando Harry Truman estaba en la Casa Blanca –¿no era él acaso un fiel seguidor de Roosevelt?– y el texto deja claro que el Pueblo se está moviendo en la dirección que sentó el *New Deal* de Roosevelt. En 1933

¹ ¿O fueron mis amigos Ian Ayres y Barry Nalebuff? Ver: NALEBUFF Barry e Ian AYRES. “Why not? How to use everyday ingenuity to solve problems big and small”. 2003. pp. 115-132 (sugiriendo la utilidad analítica de apreciar potenciales situaciones simétricas).

¹¹ Nota del Editor: entre el año 1933 y 1937, Franklin D. Roosevelt implementó el Nuevo Trato o Nuevo Reparto de Cartas como una respuesta a la crisis financiera de 1929. Con ello, buscaba una política económica intervencionista por parte del Estado.

¹¹ Nota del Editor: la Vigésimo Segunda Enmienda limita la elección presidencial a un máximo de dos términos consecutivos.

repudiaban al Gran Gobierno, ahora están recordando la presidencia imperial al limitar a dos los periodos de gobierno posibles. No existe duda sobre el gran punto: adiós Gran Gobierno, adiós presidencia imperialista; efectivamente, un *New Deal*”.

Sonrió, confiado de su habilidad con las técnicas interpretativas que le había enseñado cuando analizamos los grandes textos de los siglos XVIII y XIX. Pero yo tomé una pausa, una vez más, antes de responderle, y Alfarabi continuó rápidamente.

Mientras murmuraba algo acerca del Distrito de Columbia, miré aprehensivamente a la Vigésimo Cuarta Enmienda, la cual prohíbe a los estados y al gobierno nacional imponer tributos para las elecciones federales. Este es el único de los textos modernos que nos hace pensar en la preocupación de la era de los derechos civiles sobre justicia racial. ¿Se daría cuenta Alfarabi?

Sí, estoy feliz de reportar que nada escapó a su vista ni a su mente brillante, pero su interpretación enfatizó el extremo más literal del texto. Esta Enmienda marca la primera vez en la historia de Estados Unidos en que la Constitución condena de manera explícita la discriminación económica, y Alfarabi se basó en esto: “Si el gobierno no puede cobrar una tasa para votar, queda claro que tampoco puede afectar otros derechos de la ciudadanía. Por lo que la pregunta es obvia, ¿cómo definir el rango de los intereses protegidos contra esta discriminación económica?”.

“Nunca había pensando en eso”, susurré, pero Akhil ya había avanzado, y cuando llegó a la Vigésimo Sexta Enmienda, que garantiza el derecho a votar de los mayores de edad, comenzó a conectar los puntos: “¿Cuál es el nexo común entre la prohibición de discriminar contra los adolescentes y la prohibición de discriminar contra los pobres?”², preguntó.

Sus ojos avanzaron para ver si las enmiendas restantes contenían las respuestas, pero grande fue su sorpresa al darse cuenta que su viaje había terminado. Han pasado treinta y cinco años desde que se aprobó la Vigésimo Sexta Enmienda en 1971, y el pueblo estadounidense no ha añadido absolutamente nada más a su texto escrito –a

menos que se cuente esa pequeña y extraña provisión, propuesta inicialmente en 1789 y olvidada por casi dos siglos, luego revivida y ratificada por los estados en 1992, que prohibía a los miembros del Congreso aumentar sus sueldos de manera inmediata³.

“Hmm,” dijo Alfarabi, “supongo que no ha pasado mucho en América desde la lucha histórica de los adolescentes para obtener derechos constitucionales. No obstante, ya estoy en la posición de formular la pregunta básica dejada por la era del desarrollo: ¿Cómo puede un gobierno federal débil, con una presidencia castigada, hacerle justicia al repudio que el Pueblo tiene contra la discriminación económica y conceder su apoyo a los derechos de los adolescentes?”.

“Eso no es exactamente los que los estadounidenses piensan sobre nuestro legado del siglo XX”, le dije suavemente.

“¿En serio?, dijo Alfarabi, “¿dónde me equivoqué?”.

“En tomarse estas enmiendas tan en serio y buscar en ellas la fuente de grandes y nuevos principios”.

“Pero eso es precisamente lo que ustedes, los estadounidenses, siempre hacen. La Primera Enmienda, me explicó, no garantiza explícitamente “libertad de asociación”, pero esto se deriva de los principios que le dan base al texto escrito. A veces lo llaman una penumbra, a veces emanación, a veces –como fue el caso en la Primera Enmienda¹¹– casi se olvidan de que las palabras no están en la Enmienda. Pero lo hacen todo el tiempo con sus textos antiguos, y eso es exactamente lo que he estado haciendo con sus enmiendas modernas. ¿No deberían incluso ser más importantes, dado que son más recientes?”.

“Una muy buena pregunta, pero ningún estadounidense la formula”.

“Eso es curioso”, dijo Alfarabi, “¿Por qué se da esta ceguera?”.

“Quizá sus interpretaciones brillantes sugieren una respuesta paradójica: si tratáramos a las nue-

² Ver, de manera general: AKIL REED, Amar. “Intratextualism”. En: Harvard Law Review 112. 1999. p. 747 (defendiendo una aproximación holística a la interpretación textual).

³ Ver: LEVINSON, Sanford. “Authorizing Constitutional Text: On the Purported Twenty-Seventh Amendment”. En: Constitutional Commentaries 11. 1994. pp 101-108 (discutiendo la validez problemática de la Enmienda Veintisiete).

¹¹ Nota del Editor: la Primera Enmienda hace referencia a la prohibición de que por Ley se limite la libertad de culto, religión, prensa, reunión, petición y libertad de expresión.

vas enmiendas como principios importantes, estaríamos falsificando las grandes verdades de los logros constitucionales del siglo XX. Verá, el *New Deal* no representó un repudio a los grandes gobiernos, sino su afirmación popular masiva. Y la era de los derechos civiles revolucionó el compromiso estadounidense con la igualdad racial y no se concentró realmente en la discriminación en contra de los pobres o de los jóvenes”.

“Puede decir lo que desee, mi querido Profesor Ackerman, pero si me perdona, parece que se estuviera inventando esto de la nada. Con el mayor de los respetos, es simplemente imposible apoyar sus argumentos leyendo el texto”.

* * * *

Una cosa graciosa les pasó a los estadounidenses en su camino al siglo XXI. Perdimos nuestra habilidad de poner por escrito nuestros nuevos compromisos constitucionales, de la manera tradicional. Este no es un problema pequeño para un país que piensa que vive regido por una Constitución escrita.

Setenta y cinco años de notas falsas y acordes menores, culminando en una sinfonía de silencio –y el siglo XXI no tendría por qué ser diferente. Simplemente mire a su alrededor: nos encontramos en medio de grandes debates sobre religión y aborto, sobre federalismo y los poderes de guerra del presidente. Pero nadie espera una enmienda constitucional que resuelva estas cuestiones; en cambio, sólo vemos gestos simbólicos en temas como la quema de banderas y el matrimonio homosexual.

Cuando se trata de negocios serios, los activistas del Partido Republicano intentan cambiar nuestra

Constitución en base al texto legislativo elaborado durante el *New Deal*. Están buscando a juristas brillantes que puedan emular al Juez Black, al Juez Frankfurter o a Jackson, al escribir opiniones claves que destruyan todo el derecho de la era precedente y creen un nuevo mundo para el futuro constitucional. Si se salen con la suya, los Presidentes Republicanos añadirán jueces de derecha a la Corte de Roberts hasta que transformen a *Roe v. Wade*⁴ en el *Lochner v. Nueva York*⁵ del siglo XX –el gran anti-precedente que estigmatiza toda una era de Derecho constitucional⁶. Es la revolución judicial, no la enmienda formal, la que sirve para abrir el camino al cambio fundamental marcado por nuestra Constitución viva. A pesar de su insistencia en la primacía del texto escrito, los activistas Republicanos no se confunden por su propia retórica cuando se habla de cosas serias como transformar la Política constitucional en Derecho constitucional⁷.

No obstante, la revolución judicial no es la única manera de transformar los valores constitucionales de la era moderna. Otro camino implica la normativización de los estatutos clave que expresan los principios básicos del nuevo régimen: el Social Security Act⁸, por ejemplo, o el Civil Rights Act⁹ de los 60⁹. Una vez más, la derecha Republicana está insistiendo por hechos cruciales similares y, como en el *New Deal*, la Corte Suprema está resistiendo sus esfuerzos iniciales, para terminar, por ejemplo, con una reciente prohibición estatutaria del “*partial birth abortion*”¹⁰. Pero, si los activistas Republicanos siguen ganando elecciones en plataformas altamente ideológicas, la Corte retrocederá tal como lo hizo con el *New Deal*¹¹. Si el Partido Republicano no sigue con su control de la presidencia y el Con-

⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Nota del Editor: este fallo judicial permitió la legalización del aborto en Estados Unidos.

⁶ 198 U.S. 45 (1905).

⁷ Nota del Editor: fallo judicial desdénado en la actualidad, en que se invalidaban las leyes que limitaban el máximo de horas de trabajo por contradecir el derecho fundamental a contratar.

⁸ Ver: KRISHNAKUMAR, Anita S. “On the Evolution of the Canonical Dissent”. En: Rutgers Law Review 52. 2000. pp. 781; 788-790 (donde discute sobre la canonización del disenso *Lochner* del Juez Colmes).

⁹ Ver: POST, Robert y Reva SIEGEL. “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”. Fordham Law Review 75. 2006. pp. 545; 549 (donde argumenta que el originalismo “provee a sus defensores de un lenguaje convincente en donde se busca un cambio constitucional mediante adjudicaciones y políticas”).

¹⁰ *Public Law No. 74-271, 49 Statute 620 (1935)*.

¹¹ Nota del Editor: el *Social Security Act* de 1935, estableció un sistema de beneficios para jubilados, víctimas de accidentes laborales, seguros de desempleo, ayuda para madres y niños dependientes, ciegos y discapacitados físicos.

¹² Nota del Editor: legislación importante del año 1964 que implicó la lucha contra la segregación en las escuelas y lugares públicos de los Estados Unidos. En principio, estaba dirigida a afroamericanos, pero luego se extendió a la protección de las mujeres en las cortes.

¹³ Civil Rights Act of 1968, *Public Law No. 90-284, 82 Statute 73*; Voting Rights Act of 1965, *Public Law No. 89-110, 79 Statute 437*; Civil Rights Act of 1964, *Public Law No. 88-352, 78 Statute 241*.

¹⁴ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

¹⁵ Los Republicanos Conservadores del Congreso respondieron a *Carhart* con la *Partial-Birth Abortion Ban Act* de 2003 (*Public Law No. 108-105, 117 Statute 1201*). Un cuestionamiento a este estatuto está pendiente frente a la Corte actualmente. Ver: *Planned Parenthood Fed’n of Am., Inc., v. Gonzales*, 445 F.3d 1163 (9th Cir. 2006), cert. granted, 126 S. Ct. 2901 (2006). Si la mayoría

greso¹², el impulso para obtener estatutos clave bajará y el *status quo* se mantendrá. No importa cuál sea el futuro; de cualquier manera, no espere grandes cambios mediante enmiendas formales. Nosotros, el Pueblo, parecemos no poder formular mensajes de la manera descrita en el artículo V^{viii} de nuestra Constitución. Nuestra máquina de escribir parece ser una antigua máquina de escribir más. Pero, ¿por qué?

Hay tres posibilidades: hay algo que está mal en la máquina, algo que está mal en el pueblo americano o no hay nada malo en ninguno. La sabiduría convencional nos da la respuesta feliz: es bueno que la enmienda formal sea tan difícil de conseguir; de lo contrario, la Constitución sería un desastre, llena de detalles con poco significado.

La respuesta feliz tiene la razón a medias: sí, *debería* ser difícil enmendar la Constitución, pero hay muchas maneras de hacer las cosas difíciles. La pregunta es si la manera escogida por los Fundadores tiene sentido.

Mi respuesta es “sí y no”: sí tenía sentido para ellos, pero ya lo ha perdido. Después de dos siglos de desarrollo, la identidad política de Estados Unidos se encuentra en guerra con el sistema de revisión constitucional dejado por los Fundadores. Actualmente, nos identificamos primero como estadounidenses y luego como Californianos. Pero el sistema de enmiendas fue redactado para personas que se sentían sobre todo Neoyorquinos o Tejanos. Nos hemos convertido en un Pueblo nación-centrista atrapado en un sistema estado-centrista de enmiendas.

Esta disyunción entre la forma centrada en el estado y la sostenida en la nación sirve como la fuerza dinámica que mueve la Constitución viva. Aunque los estadounidenses idolatren al texto,

no han permitido que impida el aumento de una conciencia nacional. Desde la Guerra Civil, han dado un apoyo decisivo y conciente a los políticos nacionales y a sus jueces mientras éstos han adaptado instituciones, y textos constitucionales, centradas en los estados para expresar los propósitos nacionales. El gran reto para el derecho constitucional es desarrollar categorías históricas sensibles que hagan entendibles estos desarrollos.

Alfarabi no es más que un fragmento de mi propia imaginación¹³, pero existen muchos pensadores y creadores de carne y hueso en el mundo que piensan que los estadounidenses operan en base a la Constitución formal. Esto ha causado todo tipo de daños, pues usan el mundo hegemónico como un modelo para sus propios arreglos constitucionales —el fiasco de Irak es sólo el último de una larga lista de fracasos formalistas. Sin embargo, una cosa es engañar al resto del mundo, y otra muy distinta engañarnos a nosotros mismos. No podremos definir, menos aún resolver, nuestros problemas constitucionales fundamentales hasta que confrontemos la larga y compleja transformación de la identidad política estadounidense que ha reducido nuestra constitución escrita a una declaración radicalmente incompleta de derecho superior.

Debemos comenzar por ver a los Fundadores como se vieron ellos mismos. Cincuenta y cinco hombres fueron a Filadelfia, pero sólo treinta y nueve firmaron el documento¹⁴. Casi todos habían formado nexos continentales durante y después de la Guerra de Revolución. Habían demostrado, una y otra vez, que estaban preparados para morir por la Unión. Comparados con el ciudadano promedio, eran nacionalistas revolucionarios, y lo probaron cuando salieron de sus sesiones secretas en Filadelfia a proponer una nueva Constitución en nombre de Nosotros, el Pueblo de los Estados

respalda la constitucionalidad de este limitado esfuerzo para circunscribir la relación doctor-paciente, su decisión haría que el movimiento pro Derecho a la Vida presione para que el Congreso se mueva más en el tema de *Roe v. Wade*. Mientras los Republicanos Conservadores se mantengan en control del Congreso y la Presidencia, un estatuto histórico que derogue a *Roe* es posible, catalizando la confrontación con una (cambiante) Corte prevista en el texto.

¹² Escribí estas líneas en el verano de 2006, entregándolas en Octubre. Voy a dejar la discusión sobre la elecciones de 2006 para otro momento

^{viii} Nota del Editor: describe el proceso a través del cual pueden realizarse modificaciones a la Constitución de los Estados Unidos.

¹³ Alfarabi, por cierto, fue un gran pensador islámico que pasó la mayor parte de su vida en Bagdad del siglo XX. Su mayor proyecto fue la integración de la filosofía griega en el pensamiento islámico, aunque también fue un importante teórico musical y músico. Para una reciente introducción a su pensamiento político, ver: VALLAT Philippe. “Farabi Et l'école d'Alexandrie: des prémisses de la connaissance à la philosophie politique”. 2004. Cualquier similitud entre Alfarabi y mi personaje imaginario es una coincidencia. Ello no es verdad cuando se refiere a la no-tan-sutil referencia a mi amigo Akhil Amar; aunque su visión acerca de las últimas enmiendas se encuentran lejos de aquellas que le atribuyo a Alfarabi, sus métodos interpretativos tienen ciertas similitudes (y diferencias). Ver, de manera similar: AKHIL REED, Amar. “America’s Constitution: A Biography”. 2005. Más allá de las enmiendas en particular y respecto a la pregunta mayor, el profesor Amar tienen aún que enfrentarse directamente con el *status* constitucional de las grandes transformaciones del siglo XX que menciono en mi diálogo imaginario. Él está, sin embargo, preparando un libro sobre la Constitución escrita, que aclarará su posición sobre este tema central.

¹⁴ ACKERMAN, Bruce y Neal KATYAL. “Our Unconventional Founding”. University of Chicago Law Review. 1995. pp. 475-514.

Unidos. Aunque los artículos de la Confederación requerían la aprobación de los trece estados para realizar cualquier cambio, los Fundadores declararon que nueve estados serían suficientes para comenzar una nueva vida política utilizando esta Constitución. Fueron más lejos aún y no permitieron que los gobiernos estatales existentes participaran del proceso de ratificación, demandando que cada estado realice una convención extraordinaria de ratificación¹⁵.

Para apreciar la magnitud de estos cambios, supongamos que la reciente Convención Constitucional de Europa hubiera tomado el mismo camino. Como los artículos estadounidenses de la Confederación, los tratados actuales establecen que se necesita de un consenso unánime de la Unión Europea para cualquier revisión¹⁶. Y como el Nuevo Mundo del siglo XVIII, el Viejo Mundo del siglo XXI se caracteriza por un débil apego ciudadano a la Unión y un gran compromiso con las naciones¹⁷. La Convención de Bruselas¹⁸ fue más

allá y estuvo llena de invocaciones orgullosas del ejemplo dejado por Filadelfia^x hace dos siglos¹⁸.

Supongamos entonces que Bruselas hubiera invocado el precedente de Filadelfia y declarado que la Constitución propuesta sería aprobada cuando fuera ratificada por un poco más de dos tercios de los estados miembros (digamos 18 de los 25 para ser igual que los 9 de 13 de Filadelfia)¹⁹. Supongamos, además, que Bruselas también siguiera a Filadelfia al ignorar los procedimientos de ratificación estatales (insistiendo, por ejemplo, que Alemania haga un referéndum para la ratificación, sin importar lo que diga la ley germana al respecto)²⁰.

Podría seguir describiendo el carácter revolucionario de la Fundación Americana²¹, pero ya dije suficiente como para sugerir que lo dicho en Bruselas sobre la Convención de Filadelfia fueron sólo comentarios menores. Incluso el imperioso Valéry Giscard d'Estaing, presidente de la con-

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Véase la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Artículo 48. 24 de Diciembre de 2002. 2002 O.J. (C 325) 5, 31. La legislación vigente está basada en la práctica consistente que se da desde los inicios de la integración europea. Ver: Tratado que crea la Comunidad Europea de Energía Atómica. Artículo 204. 25 de Marzo de 1957. 298 U.N.T.S. 169.

¹⁷ Ver, por ejemplo: OPTEM S.A.R.L. "Perceptions Of The European Union: A Qualitative Study Of The Public's Attitudes To And Expectations Of The European Union In The 15 Member States And The 9 Candidate Countries". 2001. pp. 36-52. Disponible en: http://ec.europa.eu/governance/areas/studies/optem-report_en.pdf (indicando un compromiso relativo a una nación y a la Unión Europea a través de todo el continente). Como en los Estados Unidos del siglo XVIII, los ciudadanos de los diferentes estados varían en su nivel de afinidad por la Unión. En otras palabras, el compromiso hacia la Unión Europea se torna más débil mientras uno se mueva más al norte y al este. Ver: Ibidem. Esta tendencia se ve aún hoy. Ver: OPTEM. "The European Citizens And The Future Of Europe: Qualitative Study In The 25 Member States". 2006. p. 22. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/quali/ql_futur_en.pdf. (que discute el temor de los europeos de que la Unión Europea dañe su identidad nacional).

^x Nota del Editor: se refiere a la Convención llevada a cabo en Bruselas, Bélgica, en la que se trató el tema de la Constitución europea.

¹⁸ Nota del Editor: llevada a cabo en 1787, tuvo como finalidad resolver los problemas de Estados Unidos luego de la independencia frente a Gran Bretaña. Como resultado, se firmó la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁹ Ver, por ejemplo: FERENCZI, Thomas y Arnauld LEPARMENTIER. "La Convention Propose une Constitution à 450 Millions d'Européens". En: Diario Le Monde. 14 de Junio de 2003. Disponible en: <http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3214,36-323916,0.html>. ("Nous pouvons nous comparer à la convention de Philadelphie..." (citando al diputado Europeo Alain Lamassourel)). Un comentarista regular sobre el movimiento en pro de una Unión más unida, que escribe bajo el seudónimo Publius, evalúa críticamente la comparación con Filadelfia en su carta 27. PUBLIUS. "European Setter 27". Febrero de 2003. En: <http://www.euraction.org/lett/N27.htm>.

²⁰ Cuando la Convención comenzó a trabajar, sólo habían quince miembros en la Unión, pero diez nuevos estados se unieron el primero de Mayo de 2004. Ver: "Tratado concerniente a la adhesión de República Checa, República de Estonia, República de Chipre, República de Letonia, República de Lituania, República de Hungría, República de Malta, República de Polonia, República de Eslovenia y República Eslovaca a la Unión Europea". Sept. 23, 2003, 2003 O.J. (L 236) 17. Cuando los nuevos estados se tornaron miembros, sus ratificaciones fueron necesarias para que la nueva Constitución pueda tomar efecto. Ver: "Presidency Conclusions, Copenhagen European Council". 12 y 13 de diciembre de 2002. Parágrafo 3. Disponible en: http://ec.europa.eu/employment_social/enlargement/docs/pres_conclusions_copenhagen_en.pdf.

²¹ La Convención de Bruselas no se centró en que exista un único método de ratificación por parte de todos los miembros de la Unión, permitiendo que cada uno la ratificara mediante sus propios procedimientos constitucionales. "Treaty Establishing a Constitution for Europe". Artículo IV-447(1). 29 de octubre de 2004. 2004 O.J. (C310) 1, 191. Algunos estados recurrieron al *referendum*; otros, a la ratificación parlamentaria. Hoy en día, quince estados la han ratificado. Véase el mapa interactivo de la Constitución europea. En: http://europa.eu/constitution/ratification_en.htm (Visitado el 7 de abril de 2007), y si las normas fundamentales sólo requirieron su adopción por las tres cuartas partes de los estados de la unión, resultaría completamente factible el obtener tres o cuatro votos favorables sin tener que tomar las medidas extraordinarias adoptadas por los Federalistas para conseguir el asentimiento de los trece estados originales. Ver: ACKERMAN y KATYAL. Op. cit. Nota 14, *supra*. pp. 529-537 (que detalla las tácticas federalistas en varias convenciones estatales de ratificación).

Cuando los franceses y holandeses rechazaron la Constitución, no hubo una inclinación por parte de los líderes de la Unión para repensar su compromiso con la unanimidad. Simplemente extendieron el plazo de ratificación mientras ponderaban sus siguientes movidas. Ver: PRESIDENCY CONCLUSIONS, BRUSSELS EUROPEAN COUNCIL. Parágrafos 42-49. (15-16 de Junio de 2006). Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/90111.pdf

²¹ Ver, de manera general: ACKERMAN y KATYAL. Op. cit. Nota 14, *supra*.

vención, nunca consideró seriamente seguir a George Washington en liderar un asalto frontal a la soberanía estatal en nombre de la Unión²².

Sin embargo, este centralismo fue absolutamente esencial para el éxito de la Convención de Filadelfia. Como en los casos de Francia y Holanda hoy Carolina del Norte y Rhode Island rechazaron de pleno la Constitución de 1787, y continuaron fuera de la Unión incluso cuando el Presidente Washington y el Primer Congreso comenzaron a operar en 1789²³. Si la unanimidad hubiese sido la norma, los vetos de estos dos estados hubieran retrasado por cerca una década —o quizá para siempre— la campaña Federalista para “una Unión más perfecta”.

Los Fundadores Federalistas eran nacionalistas revolucionarios, pero también eran realistas. Sabían que no podían competir en un proceso de ratificación o enmienda que fuera completamente centrado en la nación —digamos un referéndum nacional que hubiera necesitado 60% de apoyo a su iniciativa²⁴. En este nivel fundacional, la Convención creó la federación estado-centrista, en la cual las instituciones nacionales sólo propondrían pero nunca ratificarían iniciativas constitucionales, dejando a la mayoría absoluta de los estados la decisión final.

Sólo el derramamiento de sangre de la Guerra Civil le dio vida a una identidad nacional más fuerte. Por primera vez en la historia estadounidense, los Creadores de la Décimo Cuarta Enmienda^{XI}

declararon directamente que la ciudadanía nacional era primaria y la ciudadanía estatal, secundaria. Con estas palabras, los Republicanos buscaron la transformación de una federación centrada en los estados de los Federalistas a una federación centrada en la nación. Pero esta revolución, se vio luego, fue sólo un triunfo en el papel; transcurriría mucho tiempo antes de que formara parte de la Constitución viva. Para comenzar, el Congreso Republicano no pudo confrontar durante la Reconstrucción las implicancias de su declaración de la primacía de la ciudadanía estadounidense. Se contentó con extender la Constitución centrada en los estados, creada por los Fundadores, más allá de sus límites: todo con el fin de lograr los propósitos de corto plazo de los Republicanos, sin preocuparse por crear estructuras adecuadas basadas en la nación para el desarrollo constitucional futuro.

La primera crisis llegó cuando los estados del sur se negaron a ratificar la Décimo Cuarta Enmienda, impidiendo así que se logre la mayoría de tres cuartos exigida por el artículo V. En lugar de aceptar su derrota, el Congreso respondió con el uso de la fuerza; destruyendo los gobiernos de los estados en su contra, reconstruyendo nuevos y dejando a estos nuevos gobiernos fuera de la Unión inconstitucionalmente, hasta el momento que aceptaran estas nuevas enmiendas²⁵.

Estas actividades revolucionarias llevaron a un éxito pasajero, pero requirieron de tal energía política que dejaron exhaustas a las ambiciones cons-

²² Sin entrar en ninguna discusión importante, la Convención simplemente proyectó la práctica pasada de buscar unanimidad, sobre su Constitución propuesta. Ver, de manera general: “Treaty Establishing a Constitution for Europe”. Op. cit. Nota 20, *supra*. Parte I. pp. 11-40 (que trata sobre las áreas que requieren unanimidad).

²³ ACKERMAN y KATYAL. Op. cit. Nota 14, *supra*. pp. 537-539.

²⁴ Tal como Marshall explicó en opinión ultra-nacionalista, en el caso *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819): “The Convention which framed the constitution was indeed elected by the State legislatures. But the instrument, when it came from their hands, was a mere proposal, without obligation, or pretensions to it. It was reported to the then existing Congress of the United States, with a request that it might “be submitted to a Convention of Delegates, chosen in each State by the people thereof, under the recommendation of its Legislature, for their assent and ratification.” This mode of proceeding was adopted; and by the Convention, by Congress, and by the State Legislatures, the instrument was submitted to the people. They acted upon it in the only manner in which they can act safely, effectively, and wisely, on such a subject, by assembling in Convention. It is true, they assembled in their several States — and where else should they have assembled? (No political dreamer was ever wild enough to think of breaking down the lines which separate the States, and of compounding the American people into one common mass). Of consequence, when they act, they act in their States. But the measures they adopt do not, on that account, cease to be the measures of the people [of the United States] themselves, or become the measures of the State governments”. Ibid. p. 403 (el énfasis es nuestro).

Dos siglos después, esos “sueños políticos salvajes” parecen ser una manera posible de romper con el veto que exige el acuerdo del 5% de la ciudadanía del que se habla en el artículo V de la Constitución de 1787. Nota 13, *supra*. Ver: ACKERMAN, Bruce. “We The People: Transformations”. 1998. pp. 403-418 (que propone un proceso centralizado nacional de enmienda que complementa al artículo V).

^{XI} Nota del Editor: aprobada en 1866, la Décimo Cuarta Enmienda exige una protección igualitaria a todas las personas (incluyendo no ciudadanos). Así, incluye la Cláusula del Debido Procedo y la Cláusula de Protección Igualitaria.

²⁵ Describo el problema legal en: ACKERMAN, Bruce. Op. cit. Nota 24, *supra*. pp. 99-252. El profesor Amar trata de barrer estas dificultades bajo la alfombra en las dieciséis páginas de su “America’s Constitution: A Biography.” Ver: AMAR. Op. cit. Nota 13, *supra*. pp. 364-380. En base a la interpretación hecha por el Senador Charles Sumner acerca de la garantía constitucional del “Gobierno Republicano”, el profesor Amar argumenta que el Congreso Republicano excluye justificadamente a los representantes de los gobiernos sureños “donde todos son blancos”, creados bajo la supervisión de Andrew Johnson. La gente negra en estos estados compone al menos un cuarto de la población y, desde el punto de vista del Senador Sumner, un Estado no puede privar del derecho

cionales del Partido Republicano y del pueblo estadounidense. Una vez que la Décimo Cuarta y la Décimo Quinta Enmienda^{xii} fueron ratificadas por los gobiernos sureños reconstruidos, la atención política del país se trasladó a un lugar diferente, y nadie estaba preparado para considerar seriamente si la nueva interpretación basada en la nación de la ciudadanía estadounidense necesitaba un sistema de revisión constitucional también basado en la nación.

Lo mismo pasó en reacción a la crisis de la elección presidencial de 1876. La disputa entre Hayes y Tilden se resolvió, una vez más, mediante medios extra constitucionales y sin confrontar la verdadera pregunta: ¿tenía sentido aún que el país eligiese a su líder nacional mediante la ficción de un Colegio Electoral basado en estados?²⁶

Esto mismo sucedió en 1873, cuando la decisión de la Corte Suprema en los *Slaughterhouse Cases*²⁷^{xiii} transformó la gran promesa de las nuevas Cláusulas de Ciudadanía en una burla, casi

leyendo estas nuevas provisiones de la misma Constitución. Tomaría mucho más que un pedazo de papel para lograr que la primacía de la nación estadounidense sea una realidad en la Constitución viva.

Qué pena para nosotros. Si la generación de la Guerra Civil hubiese hecho lo debido, los estadounidenses se habrían encontrado en una mejor posición para confrontar las crisis del siglo XX. En distintos momentos, nos hemos visto en la gran necesidad de sistemas de revisión constitucional, selección presidencial y ciudadanía basados en la nación.

Pero hubo una muy buena razón por la cual el siglo XIX no nos ayudó. A pesar de las valientes palabras de la Décimo Cuarta Enmienda, los estadounidenses de ese período aún estaban profundamente inseguros de su compromiso con la primacía de la nación. Todos reconocieron que la secesión había dejado de ser una opción, pero se necesitaría que se dieran los grandes eventos del siglo XX antes que los americanos ordinarios

a voto a un grupo tan grande de la población sin perder el *status* de "gobierno republicano". Ver: *Ibid.* pp. 368-376. Pero la postura del Senador Sumner fue repudiada por el Congreso de la Reconstrucción en el marco de la Décimo Cuarta Enmienda. El profesor Amar da a notar ligeramente que la segunda sección de la enmienda expresamente enfrenta el tema del voto negro, reduciendo el tamaño de una delegación partidaria de un estado en proporción con la cantidad de gente de raza negra, de sexo masculino, mayor a veintiún años y ciudadana de los Estados Unidos que viva en dicho Estado. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS. Enmienda XIV. Párrafo 2. Esta precaución es inconsistente con la teoría de Sumner y Amar, la cual denegaría a los estados sureños su representación en el congreso. La simpatía del profesor Amar por la teoría del Senador Sumner sobre el verdadero significado de la enmienda es especialmente remarcable, dada la adopción general de los métodos de la interpretación textualista. Ni siquiera esta metodología del barrer bajo la alfombra lleva al profesor Amar a su destino. Incluso si la teoría del Senador Sumner triunfara, debe enfrentarse a una serie de hechos incómodos: en 1868, el Congreso de la Reconstrucción se opuso a admitir Congresistas y Senadores de estados sureños individualmente, incluso si estos admitían el sufragio por parte de los negros, e incluso luego de que el Congreso reconoció que estos partidos calificaban como "gobiernos republicanos". Efectivamente, una ratificación de la Décimo Cuarta Enmienda por parte del Estado sureño no era suficiente. El Congreso exigía que los representantes de dichos estados esperen afuera el suficiente tiempo como para que el resto de estados sureños ratifiquen también la enmienda, con el fin de que exista la necesaria mayoría de tres cuartos según el Artículo V. Ver el *First Reconstruction Act* de 1867 ch. 153, § 5, 14 Statute 428, 429 (1867); ver, además: ACKERMAN. *Op. cit.* Nota 24, *supra*. p 231 (que analiza los problemas constitucionales). Esto último resulta totalmente inconstitucional, y ni Amar ni nadie ha tratado de justificarlo –prefiriendo ignorar los hechos por completo. Ver: JACKSON, Robert H. "The Supreme Court In The American System Of Government". 1955. p. 54 ("The legislative history of [the Fourteenth] Amendment is not enlightening, and the history of its ratification is not edifying." (el énfasis es agregado)). El profesor Amar mantiene que las teorías extremas del Senador Sumner simplemente no guardan relación con el texto de la Décimo Cuarta Enmienda o con el pensamiento prevaleciente del congreso de la época. Peor aún, su aproximación Sumneriana también trivializa la Décimo Quinta Enmienda. Desde el punto de vista de Sumner/Amar, esta enmienda no era necesaria para garantizar el derecho a voto de los negros del sur, en tanto privarlos de la franquicia los descalificaría inmediatamente bajo la cláusula de "gobierno republicano". En cambio, la Décimo Quinta enmienda debería haber tenido el solo propósito de proteger los votos de los negros del norte, donde configuraban menos del 25% de la población adulta. Ver: PRIMUS, Richard. "In the Beginnings". En: *New Republic*. 14 de Abril de 2006. pp. 27, 29-30 (revisando a AMAR. Nota 13, *supra*) (donde comenta sobre la arbitrariedad del 25% de Sumner/Amar acerca del límite entre el republicanismo y la oligarquía). Pero el texto de la Décimo Quinta enmienda no contiene dichas limitaciones, y los creadores de la enmienda ciertamente consideraron que estaban "cimentando los derechos políticos y el poder de los negros en el sur". KEYSAR, Alexander. "The right to vote". 2000. p. 94; Ver también: GILLETTE, William. "The right to vote: politics and the passage of the Fifteenth Amendment". 1965. p. 49. Nuevamente, el apego del profesor Amar por las teorías del Senador Sumner hace que ignore las cuestiones más obvias del texto y la historia de la Constitución. En vez de ignorar los hechos que giran en torno a la propuesta y ratificación de las Enmiendas de Reconstrucción, es más rentable fijarse en las razones por las que los republicanos del Congreso estuvieron obligados a distorsionar las formas planteadas por los federalistas sobre el Artículo V, en un intento desesperado por validar la sustancia nacional de sus nuevas enmiendas Ver: TAN. *Infra*. p. 90-113.

^{xii} Nota del Editor: ratificada en 1870, prohíbe que se le impida votar a un ciudadano por motivos de raza, color o condición pasada de esclavo.

²⁶ Ver, de manera general: FAIRMAN, Charles. "History Of The Supreme Court Of The United States: Five Justices And the Electoral Commission Of 1877" (suplemento de 1988). Luego de vacilar durante un década, el Congreso finalmente promulgó un estatuto que simplemente parchó al viejo sistema de formas que hasta hoy nos atormentan. Ver: ACKERMAN, Bruce y David FONTANA. "Thomas Jefferson Counts Himself into the Presidency". En: *Virginia Law Review* 90. 2004. pp. 551, 640-643 (donde se discute el *Electoral Count Act* de 1887; ch. 90, 24 Stat. 373).

²⁷ 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

^{xiii} Nota del Editor: se refiere a un grupo de casos relacionados a la Décimo Cuarta Enmienda.

privilegiaran de manera inequívoca a la nación en sus identidades políticas²⁸.

La Primera Guerra Mundial, seguida de la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial, impresionó a una generación entera y creó la necesidad de responder a las grandes preguntas acerca de la guerra, la paz y el beneficio económico a nivel nacional. El sentido de comunidad estadounidense se volvió más fuerte con la siguiente generación, en su lucha por los derechos civiles al interior del país y la democracia liberal en el extranjero, y se reforzó una vez más con el 11 de Setiembre.

Esta conciencia política tuvo apoyo también de las transformaciones más grandes de la vida social y cultural. Hace un siglo, Estados Unidos era aún una república de colonizadores europeos que buscaban en el Viejo Mundo un líder cultural y luchaban por ser reconocidos como iguales de los Grandes Poderes de Europa. Hoy, Estados Unidos le habla al mundo en su propio acento distintivo; atrayendo y repeliendo, pero siendo la gran fuerza cultural de esta época. Puede ser que no sea un lugar muy civilizado, pero es una civilización. Y sus habitantes se encuentran en medio de revoluciones de transporte, comunicaciones, educación y negocios, que se combinan para mostrar un gran mensaje: aunque puedas estar viviendo en Montana hoy, tú o tus hijos podrían estar haciendo su vida en Florida u Ohio pasado mañana. Y, si efectivamente sientas tus raíces en otro lugar, verás que, a pesar de las variaciones regionales, hablan "americano" en todos lados.

No hay necesidad de exagerar. No sugiero que los estadounidenses piensen en ellos mismos como ciudadanos de un estado-nación unitario siguiendo el modelo de, por ejemplo, Francia del siglo XIX. Seguimos siendo de Pensilvania o de Oregon, al igual que somos estadounidenses, pero la promesa textual de la Décimo Cuarta En-

mienda se ha tornado finalmente en una realidad viva: somos estadounidenses primero. Y, como la prioridad de la ciudadanía nacional se ha tornado un elemento de la Constitución viva, lo inadecuado de otras formas basadas en los estados inscritas en el texto, no modificadas desde la Fundación, se ha vuelto un gran problema.

Este es el punto más importante de mi fabulosa conversación con Alfarabi. Dado que no está conciente de la trascendencia de la Constitución viva, supone que las enmiendas oficiales expresan los cambios claves de la identidad constitucional estadounidense del siglo XX. Es una presunción totalmente natural. Sólo que no es real. Como consecuencia, sus interpretaciones se tornan ex-céntricas pues todo estadounidense reconoce, de manera intuitiva, que las enmiendas modernas sólo cuentan una muy pequeña parte de la gran historia constitucional del siglo XX, y que tenemos que buscar en otros sitios para entender el resto.

Pero, ¿dónde? Una mezcla de hitos legales pasa volando por la conciencia colectiva: el Social Security Act y *Brown v. Board of Education*²⁹ ^{xiv}, el Civil Rights Act y *Griswold v. Connecticut*³⁰ ^{xv}; la lista es interminable. Cuales sean los estatutos clave que podamos añadir o no, estoy bastante seguro de una cosa: todos los textos que propongan habrán sido producidos por instituciones nacionales, no estatales, lo que es apropiado para las conclusiones constitucionales de "Nosotros, el Pueblo de los 'Estados Unidos'".

El problema llega cuando comparamos los casos y los estatutos clave de nuestras listas. La mía podría contener el Administrative Procedure Act³¹, pero la suya podría no hacerlo; la suya podría incluir a *Roe v. Wade*, pero otros estarían en desacuerdo total. ¿Existe alguna manera de resolver estas disputas además de golpear la mesa con vehemencia? ¿Es posible elaborar criterios, basados en principios constitucionales básicos, que

²⁸ El profesor Robert Wiebe, quien dedico mucho tiempo de su vida a este tema, señala: "Contrary to later myths, the Civil War strengthened regional far more than comprehensive loyalties. Union referred to a constitutional doctrine, to the winning side in the war, not the whole United States". WIEBE, Robert H. "Who We Are: A History Of Popular Nationalism". 2002. p. 92. Desde el punto de vista de Wiebe, el final del siglo XIX marcó una transición en la conciencia natural acerca del autoentendimiento nacional. Ver: WIEBE, Robert H. "The Search For Order, 1877-1920". 1967. pp. 133-163. Esta dinámica nacionalizadora fue intensificada por las revoluciones en telecomunicaciones y transporte, así como por las guerras y crisis, del siglo XX.

²⁹ 347 U.S. 483 (1954).

^{xv} Nota del Editor: cuando a la hija de siete años de Oliver Brown se le privó el derecho de estudiar en una escuela para blancos, denunció a la Junta de la Escuela, logrando que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declare inconstitucional la segregación racial en los colegios públicos.

³⁰ 381 U.S. 479 (1965).

^{xv} Nota del Editor: decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que invalida una norma que prohíbe tomar anticonceptivos, ratificando así el derecho a la privacidad.

³¹ *Public Law. No. 79-404, 60 Statute. 237 (1946).*

dejarían que los abogados y los jueces separen los desechos del trigo de manera disciplinada?

Ése es el problema central invocado en estas lecciones. Quiero dejar claro el problema (partiendo de la idea de un canon constitucional "oficial"): la interpretación de cuáles son los textos centrales del canon. Hoy, en Estados Unidos, el canon oficial está compuesto por la Constitución de 1787 y sus subsiguientes enmiendas formales. Hoy, sin embargo, existe un gran espacio entre este canon oficial y la interpretación del pueblo americano basado en la nación. La profesión ha tratado de llenar este espacio con un canon "operacional" —como lo llamaré de ahora en adelante— que promueve los estatutos clave y los superprecedentes a un rol central en el argumento constitucional. Pero estos intentos han procedido de manera *ad hoc*, y ya ha pasado más que el tiempo suficiente para que reflexionemos al respecto de estos esfuerzos de adaptación y construyamos un canon constitucional oficial que sea adecuado para el uso de abogados y jueces del siglo XXI.

Elaboraré algunas de las preguntas críticas que deberíamos hacernos al definir este canon. Mi "caso muestra" será la era de los derechos civiles, y trataré de definir su contribución distintiva al canon oficial en la siguiente lección. Pero mis propias conclusiones son menos importantes que mi invitación a la comunidad legal en general a tomar un rol activo en este proyecto. El reto es entender los logros constitucionales de *todas* las generaciones desde 1776, incluyendo a los estadounidenses que vivieron en el siglo XX. Sin un asentimiento disciplinado a los grandes textos

legales de la era moderna, el derecho constitucional no podrá darle a los estadounidenses del siglo XXI la guía que requieren para confrontar los retos del futuro³².

La redefinición del canon constitucional está ya en marcha; de manera más evidente, en la reciente discusión para la confirmación, por el Senado, de los nominados a la Corte Suprema por el Presidente George W. Bush. Los Senadores de ambos partidos pasaron horas y horas intentando interrogar a John Roberts y Samuel Alito acerca de una variedad de textos claves del siglo XX. Dirigidos por el Senador Arlen Specter, los nominados fueron continuamente cuestionados sobre si consideraban *Roe*, o algún otro caso, como un superprecedente que era de especial importancia en nuestra ley³³. Los nominados variaron mucho en sus respuestas, pero el solo hecho de la pregunta marca un paso adelante en la redefinición del canon.

Esto sugiere que nuestro canon operacional contiene al menos dos componentes: una parte está compuesta por el canon oficial, y la otra por los precedentes judiciales. La Corte Suprema tiene la obligación institucional de reconocer que los superprecedentes fijan puntos en nuestra tradición constitucional y no deberían ser negados o ignorados en el curso del desarrollo doctrinario. En esto, por supuesto, los superprecedentes se asemejan a las enmiendas formales, las cuales juegan un rol similar al darle forma al canon operacional.

Aun más interesante es que los superprecedentes a veces reciben mayor peso que el que se encuentra

³² Bajo el liderazgo intelectual de los profesores Jack Balkin y Sandy Levinson, las currículas de las escuelas de leyes incrementaron su atención en la importancia de definir el canon. Ver: BALKIN, Jack M. y Sanford LEVINSON (editores). "Legal Canons". 2000. Su propio ensayo está inspirado en la teoría literaria y sugiere que el canon legal debe ser definido en términos de una audiencia en particular para la cual fueron dictados dichos cánones: Un canon puede dictarse para estudiantes; otro, para ciudadanos, y así sucesivamente. Ver: BALKIN, Jack M. y Sanford LEVINSON. "Legal Canons: An Introduction". En: *Ibid.* p. 3, 5. Esta es una aproximación útil, pero no es la mía. Yo tengo un, y sólo un, problema en mente, y éste puede ser usado ante muchas audiencias distintas. El problema es la legitimación constitucional del poder. Siempre que *cualquiera* pone en duda la constitucionalidad de *cualquier* uso del poder, la conversación subsiguiente encontrará a los participantes de ella enfocados en un número relativamente pequeño de textos mientras atacan o defienden dicho uso del poder. La función del canon es identificar dichos textos. La pregunta sobre la legitimación constitucional aparece en distintos foros —desde la Corte Suprema hasta las reuniones de Padres de Familia o la mesa del desayuno. Mientras los participantes en la discusión debaten sobre el tema que se presenta frente a ellos, encontrarán que tienen marcadas diferencias sobre los textos que pertenecen correctamente al canon. Sin embargo, siempre estarán de acuerdo con una cosa: Sólo existe una Constitución, y sea lo que contengan sus cánones, estos deben controlar cualquier tipo de uso del poder. Si, por ejemplo, un participante en la conversación invoca a la Biblia para evaluar la constitucionalidad de un uso del poder puesto en duda, y si no está muy comprometido en la charla matutina, supondrá que los jueces, legisladores y ciudadanos también consultarán la Biblia para resolver un problema constitucional que aparezca frente a ellos.

³³ Ver: "Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel Alito To Be Associate Justice of the United States Supreme Court: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary". 109 Congreso. 2006. p. 321 (en adelante, "Alito") (Declaración del Senador Arlen Specter, presidente del Comité de Judicatura del Senado) ("¿Está Usted de acuerdo con que *Casey* es un super precedente o un super *stare decisis*, tal como lo piensa el juez Luttig?"); "Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. To Be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary". 109 Congreso. 2005. pp. 144-145 (en adelante, "Roberts") (Declaración del Senador Arlen Specter, presidente del Comité de Judicatura del Senado) (preguntándole al juez Roberts si *Roe* califica como un "super-duper precedente a la luz... de 38 ocasiones para denegarlo") El juez Roberts fue más explícito que el Juez Alito en su reconocimiento de *Roe* y *Casey*, pero ambos reconocieron el *status* de superprecedente de algunas de las más grandes decisiones del siglo XX. Comparar, por ejemplo: Roberts. *Supra.* p. 145 (*Roe*), con: Alito. *Supra.* p. 393 (*Roe*), e *ibid.* p. 452 (*Brown*).

en el canon oficial. *Brown v. Board of Education* es un punto de referencia mucho más importante que, digamos, la garantía de “una forma de gobierno republicano” en el texto de Fundación³⁴. Mientras que ningún miembro de la Corte Suprema sería confirmado si se niega a aceptar a *Brown*, podría confiadamente confesar sus dudas acerca del significado del gobierno “republicano” e igual hacerse de un lugar en la Corte (a pesar del hecho que la cláusula del “gobierno republicano” fue absolutamente esencial para la generación Fundacional)³⁵. Cuando dirigimos la mirada lejos de nuestras teorías oficiales, vemos que la Constitución viva está organizada sobre la base de un canon operacional que no le asigna primacía, y mucho menos exclusividad, al canon oficial.

Y, sin embargo, estamos actualmente redefiniendo el canon operacional en una manera caótica y poco teórica³⁶. Aunque la noción de “superprecedente” se está volviendo cada vez más familiar, aún no hemos comenzado a considerar, por ejemplo, si los estatutos claves también se

merecen un lugar central en este canon constitucional moderno. Mi respuesta afirmativa no es nada nueva: de manera más notoria, Abraham Lincoln alegó repetidamente que al Compromiso de Missouri debía serle otorgado un *status* “sagrado” comparable a la Constitución misma³⁷. Durante el siglo XX, una serie importante de escritores ha llamado a la profesión a moverse más allá del tratamiento escéptico de la legislación del *Common Law*, y a tratar a los estatutos más importantes, como lo pone el Juez Stone, como “una fuente de derecho, y una premisa para el razonamiento legal”³⁸. Pero debemos comenzar una seria exploración de las implicancias de esta visión en las ruedas y tuercas del Derecho constitucional.

La reflexión sostenida no sólo enriquecerá la empresa de la interpretación constitucional, sino que también enfatizará los grandes riesgos involucrados en el esfuerzo del Juez Scalia, y muchos más, de retar a la misma noción de una Constitución viva. Veremos el reto de Juez Scalia como una invitación a separarnos de los grandes

³⁴ Constitución de los Estados Unidos. Artículo IV. Párrafo 4.

³⁵ Para un buen recuento sobre el surgimiento de esta cláusula durante el primer siglo de la nación y su precipitosa caída luego de la Reconstrucción, ver: WIECEK, William. “The guarantee clause of the U.S. Constitution”. 1972.

³⁶ Aplaudo al profesor Michael J. Gerhardt por poner sobre la mesa algunas de las preguntas más importantes en su reciente ensayo exploratorio: “Super Precedent”. *Minnesota Law Review* 90. p. 1204. 2006. Pero estas Lecturas toman un acercamiento diferente con el Profesor Gerhardt. Ellas identifican a los superprecedentes considerando si estos fueron generados como puntos cruciales en un complejo procedimiento institucional mediante el cual los estadounidenses ejercitaron su soberanía popular.

³⁷ Originalmente, Lincoln tomó prestado este pensamiento de su rival, Stephen Douglas, quien vio el “*Missouri Compromise*” como uno que poseía un origen semejante al de la Constitución de los Estados Unidos. Todas las evidencias de la opinión pública en ese momento parecen indicar que este “*Compromise*” se había canonizado en los corazones de los estadounidenses, como una cosa sagrada que ninguna mano despiadada se atrevería a tocar. LINCOLN, Abraham. “Speech at Peoria, Illinois”. 16 de Octubre de 1854. En: BASLER, Roy P. (editor). *Collected Works of Abraham Lincoln* 2. Rutgers University Press. 1953. pp. 247, 251-252 (citando un discurso dado por el Senador Douglas en 1849) (comillas omitidas). Lincoln castigaba repetidamente a Douglas por repudiar el compromiso “canónico” de regresar al Kansas-Nebraska Bill. *Ibid.* pp. 254, 257-259, 261. Ver también: LINCOLN, Abraham. “Speech at Bloomington, Illinois”. 26 de Setiembre de 1854. En: *ibid.* pp. 234, 236. En un discurso posterior, Lincoln adoptó la fórmula de Douglas sin atribuírsela a su creador. Ver, por ejemplo: LINCOLN, Abraham. “Speech at Quincy, Illinois”. 1 de Noviembre de 1854. En: *ibid.* p. 285. (donde se refiere al *Compromise* como una “cosa sagrada que ninguna mano despiadada se atrevería a destruir”). LINCOLN, Abraham. “Speech at Clinton, Illinois”. 14 de octubre de 1859. En: *supra*. Suplemento 3. pp. 487-488 (en el que se refiere al *Compromise* como un “paquete sagrado”).

³⁸ FISKE STONE, Harlan. “The Common Law in the United States”. En: *Harvard Law Review* 50. 1936. pp. 4, 13. Hablando en términos generales, este esfuerzo por redimir la dignidad de la legislación comienza en el cambio de siglo, con el trabajo inspirado en Europa de los profesores Pound y Freund. Ver: FREUND, Ernst. “Interpretation of Statutes”. En: *University of Pennsylvania Law Review* 65. 1917. p. 207; POUND, Roscoe. “Common Law and Legislation”. En: *Harvard Law Review* 21. 1908. p. 383; y prosigue en la siguiente generación con el famoso ensayo de STONE. *Supra*, y McCAULEY LANDIS, James. “Statutes and the sources of law”. En: *Harvard Legal Essays*. 1934. p. 213. Los autores contemporáneos más reconocidos son: CALABRESI, Guido. “A common law for the age of Statutes”. 1982, y WALDRON, Jeremy. “The dignity of legislation”. 1999. Todos estos trabajos fomentan una integración de los principios estatutarios dentro del gran conjunto del *judge-made common law*. Otra línea de pensamiento va más allá y parece identificar un conjunto de “marco base de precedentes” que sirven funciones cuasi-jurisdiccionales. Otra vez, el punto de partida proviene de una escuela con influencia europea. Ver: CASPER, Gerhard. “Constitutional Constraints on the Conduct of Foreign and Defense Policy: A Nonjudicial Model”. En: *University of Chicago Law Review* 43. 1976. pp. 463, 481-92 (donde identifica una “marco de legislación base” como herramienta preferida para regular problemas constitucionales sobre asuntos foráneos). Más recientemente, los profesores Eskridge y Ferejohn desarrollaron este “marco” en un innovador análisis. Ver: ESKRIDGE Jr., William N. y John FERREJOHN. “Super-Statutes”. En: *DUKE Law Journal* 50. 2001. p. 1215. Tal como ellos afirman, es más fácil para un superprecedente aceptar su criterio antes que el mío. Ver: *Ibid.* pp. 1267-1275. Esto parece apropiado, en tanto estoy interesado en los precedentes importantes que merecen una admisión *total* en el canon constitucional, mientras se enfrentan a un grupo importante de superprecedentes que merecen un *status* cuasi-jurisdiccional, o menor, pero que continúan siendo muy significativos. *Ibid.* pp. 1264-1267. Dados los distintos objetivos, nuestras aproximaciones parecen ser más complementarias que competitivas. Finalmente, el profesor Cass Sunstein ha desarrollado la noción de “compromisos constitutivos”, que son “ampliamente aceptados y no pueden eliminarse sin un cambio radical en el pensamiento social”. SUNSTEIN, Cass. “The second Hill of Rights”. 2004. p. 62. Como ejemplos paradigmáticos, menciona el derecho a formar parte de un sindicato de trabajadores, el derecho a tener seguro social y el derecho a no ser discriminado en el trabajo por cuestiones raciales –estos son derechos que, desde mi punto de vista, merecen un lugar central en el canon constitucional moderno–. *Ibid.* pp. 62-63. De acuerdo al profesor Sunstein, quebrantar estos compromisos acarrearía la “violación de la confianza”, pero, sin embargo, “no es un argumento serio el hecho que éstos no estén relacionados con nada en la Constitución”. *Ibid.* p. 62. A lo cual yo digo: “todo depende de lo que el profesor Sunstein refiera con “Constitución” en mayúscula”.

logros constitucionales del pueblo americano del siglo XX. Esto es una locura. No propongo una admiración del siglo XX. Desde la Fundación hasta el día de hoy, cada generación de estadounidense ha contribuido con algo a nuestra legacía constitucional –algunos más, otros menos– y cada generación ha cometido muchos errores. Pero separarnos de tres cuartos de siglo, sólo porque los estadounidenses lograron de manera exitosa movilizarse para expresar sus nuevas conclusiones constitucionales mediante instituciones nacionales, y no mediante instituciones estatales, eso es una locura.

Quiero enfatizar el carácter historicista de mi crítica. Para mí, la “Constitución viva” no es un *slogan* conveniente para transformar nuestra muy imperfecta Constitución en algo mucho mejor. Mientras que el esfuerzo por hacer de la Constitución algo realmente bueno es una tentación que siempre está presente, el problema con esta gran aspiración es obvia: hay muchas visiones compitiendo por el constitucionalismo liberal democrático, y la Constitución no debería ser secuestrada por ninguna de ellas. El fin de la interpretación es entender los compromisos constitucionales del pueblo estadounidense en la historia, no los compromisos que uno u otro filósofo consideran que debieron haberse hecho³⁹. En este punto clave, estoy más cerca del Juez Scalia que del Profesor Ronald Dworkin⁴⁰. Pero dejo esta cercanía en el punto en que Scalia se une a Alfarabi en asumir que el texto formal contiene el canon constitucional completo, separándose de los logros hechos en los últimos setenta y cinco años. El Juez Scalia no está solo en este error.

Casi todo el mundo lo comete, aunque de manera más leve. Para ilustrar esto, debemos distinguir

dos problemas: la definición del canon y la interpretación del canon. La primera busca identificar los textos clave de nuestra tradición; la segunda, darse cuenta de lo que significan. Casi todos nuestros debates se centran en la segunda cuestión. Algunos creen que las grandes abstracciones de la Constitución formal deberían limitarse a las interpretaciones particulares otorgadas en su momento por las generaciones que las crearon; otros piensan que los vivos son quienes deben interpretar las cláusulas. Pero ambos lados se concentran en el mismo canon constitucional; el texto formal que comienza con el artículo 1, escrito en 1787, hasta la última enmienda del siglo XX. Podemos estar seguros de que los que abogan por el constitucionalismo vivo captan de manera más fácil el significado de las transformaciones del siglo XX mientras elaboran la interpretación moderna de textos antiguos. Pero lo hacen de manera que, a veces, distorsionan estos logros más recientes, a veces incluso utilizan los textos más abstractos del canon oficial como una plataforma para esfuerzos elitistas de revolucionar los valores americanos.

Los originalistas, por el contrario, tienen convicciones, aunque no coraje. Quizá el Juez Thomas esté dispuesto a cuestionar la constitucionalidad de la moneda en billetes, pero sospecho que incluso él encontraría a este prospecto bastante peligroso⁴¹. Ciertamente, el Juez Scalia se declara orgulosamente un originalista razonable y explícitamente cuestiona su fidelidad hacia la interpretación de los Fundadores cuando está demasiado fuera de la línea seguida por los precedentes existentes y las realidades contemporáneas. Pero al Juez Scalia le faltan principios para explicar cuándo será razonable y cuándo originalista⁴².

³⁹ Es relevante el trabajo del profesor Jed Rubenfeld sobre la naturaleza de los compromisos constitucionales. Ver: RUBENDEL, Jed. “Freedom and time”. 2001. pp. 91-103. RUBENDEL, Jed. “Revolution by Judiciary”. 2005. pp. 71-141.

⁴⁰ Comparar: DWORKIN, Ronald. “Freedom’s Law: The Moral Reading Of The Constitution”. 1996. pp. 1-38, con: SCALIA, Antonin. “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”. En: *A Matter of Interpretation*. Amy Guttman Editores. 1997. p. 3. Hay una amplia distancia entre el juez Scalia y el profesor Dworkin, con espacio suficiente para realizar varias interpretaciones. Existe una conexión más cercana entre el trabajo más reciente del profesor Dworkin sobre la importancia central de la integridad en la interpretación legal en: DWORKIN, Ronald. “Law’s Empire”. 1986, y mi pensamiento actual – pero este no es el lugar para establecer similitudes y diferencias–.

⁴¹ Ver: DAM, Kenneth W. “The legal tender cases”. En: *Supreme Court Review* 1981. pp. 367, 389 (donde concluye que el papel moneda es inconsistente con el pensamiento original). Ver: *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. (6 Wall.) 603, 627 (1870), eliminado por *Legal Tender Cases*, 79 U.S. (12 Wall.) 457 (1871). *Hepburn* fue eliminado luego del *court-packing*. Ver: FAIRMAN, Charles. “History Of The Supreme Court, Reconstruction And Reunion, 1864-88”. Volumen 6. Punto 1. 1977. p. 677.

⁴² El Juez Scalia se ha autodescrito famosamente como “*Saint-hearted originalist*”. SCALIA, Antonin. “Originalism: The Lesser Evil”. *University of Cincinnati Law Review* 57. 1989. pp. 849, 861-864; la cual usa la doctrina del *stare decisis* como un dispositivo pragmático para evitar un asalto general en el siglo XX. Ver, por ejemplo: *Gonzales v. Raich*, 125 S. Ct. 2195, 2206–08 (2005). Donde acepta la legitimación del poder regulatorio nacional general del *New Deal*; SCALIA, Antonin. “Response”. En: *A Matter of Interpretation*. Nota 40, *supra*. pp. 129, 138. (donde argumenta que la doctrina moderna de pensamiento expansivo sobre la primera enmienda es “irreversible”, a pesar de que “nos gusten o no (estas doctrinas), fueron constitucionalmente necesarias como un tema original”). De manera más general, el juez Scalia entiende que “la función en conjunto de la doctrina” del *stare decisis* es “hacernos decir que lo que es falso bajo un análisis apropiado puede, sin embargo, ser cierto, en pro de la estabilidad”. *Ibid.* p. 139. El juez Scalia reconoce el carácter “pragmático” de su visión, pero a pesar de su famosa denuncia sobre juicios discrecionales en materia constitucional, él crea una excepción enorme si se trata de decidir cuándo la verdad constitucional es más o menos importante que la estabilidad constitucional. Ver: *Ibid.* p. 140.

Es momento de cuestionar la premisa que organiza estos debates tan usuales. En lugar de concentrarnos –de manera miope– en los grandes textos de los siglos XVIII y XIX, debemos redefinir el canon para permitir un entendimiento más profundo de lo que los estadounidenses hicieron, y no hicieron, durante toda nuestra historia, incluyendo los hechos más recientes.

Al tratar de resolver el problema de la definición del canon, nos encontraremos preparando el camino para un cambio en el terreno actual de la interpretación. Una vez que nos quede más claro qué deberíamos estar interpretando, el debate de cómo hacerlo debería reformarse. Muchos desacuerdos que parecen fundamentales hoy, pasarán a ser desacuerdos sobre el peso adecuado dado a esos principios derivados de textos del siglo XX en relación con esos heredados de siglos anteriores⁴³. En contraste, los partidarios de posiciones parecidas el día de hoy, encuentran que tienen desacuerdos más grandes de lo que se imaginaron.

Si mi propuesta fuera adoptada –y cosas más raras han sucedido– el debate legal adoptaría una forma muy diferente en el año 2020. Hoy, *slogans* como el originalismo y el constitucionalismo vivo sirven como *jingles* sugeridos por sus partidarios sobre una serie de temas controversiales. Pero un canon redefinido crearía un grupo de extraños aliados en la conversación en la que se ha transformado nuestra Constitución.

No es que los participantes mágicamente llegarían a un acuerdo universal sobre el Único Sentido Posible del canon reformulado, pero al menos alcanzarían el diálogo, en lugar de gritarse el uno al otro acerca de contribuciones hechas por cada generación en el transcurso de los últimos dos siglos.

Mi propósito final es, sencillamente, negar que la ley sea tan sólo un tipo de política y que la interpretación constitucional sea pura pretensión. Desde la época de *Marbury v. Madison*⁴⁴, nuestra cultura legal ha logrado darles a los estadounidenses un punto de referencia común, incluso cuando se esforzaban por transformar la base constitucional para las generaciones futuras⁴⁵. Si dejamos que esta cultura se desintegre y se torne en una pelea callejera, perderemos mucho. Pero nunca lograremos construir una base sólida para la interpretación legal suponiendo que los estadounidenses no han logrado nada importante en los últimos setenta y cinco años. La vida de la ley, alguien dijo alguna vez⁴⁶, no es la lógica sino la experiencia. Ha llegado el momento de construir un canon para el siglo XXI basado en la verdad de la experiencia estadounidense completa.

II. SEGUNDA LECCIÓN: LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES

La historia constitucional avanza en ciclos. Desde 1776, cada generación ha analizado las alturas políticas sólo para encontrar siempre que el gobierno del momento buscaba la opresión. Una y otra vez, la misma respuesta: organizar un movimiento de oposición en el nombre de la política salvaje, sacar al gobierno corrupto en nombre del Pueblo y redefinir el futuro constitucional de Estados Unidos. Hemos pasado por ocho grandes ciclos: en 1776, el grito revolucionario fue “no a los tributos sin representación”; pero, cuando finalmente se ganó esta batalla⁴⁷, los Republicanos Jeffersonianos ya estaban liderando una segunda revolución estadounidense⁴⁸. Una generación más tarde, los Jacksonianos denunciaban al Banco de los Estados Unidos y su control sobre los estadounidenses ordinarios⁴⁹, sólo para ver cómo el Partido Republicano destruía su hegemonía política al empujar al pueblo en contra de la

⁴³ Para unas reflexiones preliminares, ver: ACKERMAN, Bruce. “We the People: Foundations”. 1991. pp. 86-99 (que desarrolla el problema sobre la síntesis intergeneracional).

⁴⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁵ Nota del Editor: Caso emblemático en el que se sientan las bases para el ejercicio del principio de control constitucional.

⁴⁶ Desarrollo estas reflexiones sobre *Marbury* en: ACKERMAN, Bruce. “The failure of the founding fathers”. 2005. 224-244.

⁴⁷ No es el caso de Holmes, quien devalúa esta lógica en su famoso *dictum*. Ver: HOLMES JR., Oliver Wendell. “The Common Law”. Transaction Publishers. 2005 (1881). p. 5. Holmes suaviza un poco su postura “anti-lógica” en el texto que sigue inmediatamente a su gran apotema: La vida de la Ley no ha sido lógica, ha sido experiencia. Las necesidades faltantes del tiempo, las teorías políticas y morales prevalecientes, intuiciones de política pública, confesas o inconcidentes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, tienen algo mejor que hacer además del silogismo para determinar las reglas con las cuales los hombres deben ser gobernados. *Ibidem*. Para una discusión intuitiva, ver: BEWER, Scott. “Traversin Holmes’s Path Toward Jurisprudence of Logical Form”. En: *The Path Of The Law And Its Influence: The Legacy Of Oliver Wendell Holmes. Jr.* Steven J. Burton editors. 2000. p. 94.

⁴⁷ Ver, de manera general: WOOD, Gordon S. “The creation of the american republic, 1776-1787”. 1969.

⁴⁸ Ver: Ackerman. Nota 45, *supra*.

⁴⁹ Ver: MAGLIOCCA, Gerard N. “Andrew Jackson and the Constitution”. A publicarse en 2007. El profesor Magliocca realiza una importante contribución al relativamente poco estudiado ciclo que incluye el despliegue, triunfo y caída del constitucionalismo Jacksoniano.

defensa Jacksoniana del poder de los esclavos⁵⁰. Una generación más tarde, los Republicanos se habían convertido en los mayores defensores del *status quo*, lo que provocó una cruzada populista que alcanzó su clímax en las elecciones presidenciales de 1896 y 1900⁵¹.

Luego, algo diferente sucedió: en contraste con todas las grandes protestas que habían tenido lugar desde 1776, los Populistas no lograron alcanzar las alturas del control; a ello le siguió un periodo de titubeo, con un conjunto de cambios de mediano nivel sin ningún sentido de dirección⁵², hasta que Franklin Roosevelt tomó la campaña populista y la enfrentó al "royalismo económico" como respuesta a la Gran Depresión, y luego amplió y profundizó el constitucionalismo del *New Deal* durante la Segunda Guerra Mundial⁵³. Sin embargo, este cambio decisivo sólo sirvió para enmarcar las políticas constitucionales de la siguiente generación, culminando con el exitoso movimiento de Martin Luther King Jr. durante la era de los derechos civiles, y estamos, obviamente, viviendo en otro ciclo hoy.

Con cada vuelta de la rueda, el movimiento de oposición propone un diagnóstico revisionista al público y sus problemas, a veces obteniendo apoyo masivo del pueblo estadounidense, a veces no. Cual sea el destino de los movimientos particulares, el modelo cíclico se da, y se da también el resultado del matrimonio apresurado entre la Ilustración Revolucionaria y el Cristianismo Protestante⁵⁴.

La Constitución viva es un producto de estos ocho ciclos de soberanía popular⁵⁵ y su estudio requiere prestar cuidadosa atención a los temas y variaciones elaboradas a través de dos siglos. La historia está llena de sorpresas. Ningún ciclo es la réplica

exacta de otro. Pero si vamos a entender la Constitución real y existente, debemos poner cada ciclo en contexto con los otros, sumando las conclusiones constitucionales a las que llegaron los estadounidenses a través de dos siglos de lucha. No podemos suponer, de manera ciega, que el texto formal constitucional nos diga todo —o la mayor parte— de lo que deberíamos saber.

Comiencen por reflexionar acerca de la gran división institucional que separa el modelo de soberanía popular de la Fundación del modelo recurrente que ha aparecido durante los últimos dos siglos. La Convención de Filadelfia no esperó ni deseó que los Presidentes ganaran mandatos populares para grandes cambios constitucionales⁵⁶ —el tema plebiscitario sólo comienza con Thomas Jefferson y termina, por el momento, con George W. Bush⁵⁷. El fracaso de los Fundadores al predecir este desarrollo es comprensible: no existían sistemas presidenciales en ese momento, y la historia pasada los empujaba hacia las asambleas populares como los foros privilegiados de la soberanía popular. Durante la Revolución Gloriosa, fue la Convención/Parlamento la que habló en nombre del pueblo, definitivamente no fue el Rey, y este escenario sólo se repitió en la Revolución Americana.

La Convención de Filadelfia fue parte de la tradición de las asambleas de ciudadanos⁵⁸ y se proyectó en el futuro. Uno de los grandes propósitos de los Fundadores era prevenir que la presidencia se tornara en una plataforma para la demagogia. Excluyeron a la presidencia de cualquier rol en la revisión constitucional y designaron un Colegio Electoral para prevenir que los presidentes obtengan un mandato popular del pueblo americano. Su historia "*whiggish*" les había enseñado que los grandes enemigos de la república eran los

⁵⁰ Ver: FONER, Eric. "Reconstruction: America's unfinished revolution, 1863-1877". 1988.

⁵¹ Ver: GOODWYN, Lawrence. "Democratic promise: the populist moment in America". 1976.

⁵² Existen varios estudios especializados sobre enmiendas particulares aprobadas durante la era progresista, pero ningún libro compara las diferentes formas de políticas constitucionales que generaron las varias enmiendas de la época. Para un trabajo que intenta ver al progresismo como un todo, sin emprender esta tarea, ver: MCGERR, Michael. "A fierce discontent: the rise and fall of the progressive movement in America". 2003. pp. 1870-1920. El auge del partido progresista en 1912, liderado por el candidato presidencial Theodore Roosevelt, brindó una oportunidad para otorgarle un enfoque institucional sólido a las distintas variantes progresivas. Ver: MILKIS, Sydney M. y Daniel J. TICHENOR. "Direct democracy and social justice: the Progressive Party campaign of 1912". En: *Stud. American Political Development* 8. 1994. p. 282. Aunque Roosevelt ganó más votos que el republicano William Howard Taft, su movimiento-partido no pudo derrotar al demócrata Woodrow Wilson, quien ganó la presidencia con sólo 40% de los votos. David Leip's Atlas of U.S. Presidential Elections, 1912 Presidential Election Results. 2005. En: <http://uselectionatlas.org/RESULTS/national.php?year=1912>.

⁵³ Ver: ACKERMAN, Bruce y David GOLOVE. "Is NAFTA constitutional?". 1995. pp. 45-96; ACKERMAN, Bruce. Nota 24, *supra*. pp. 279-311.

⁵⁴ Comparar: BERCOVITCH, Sacvan. "The American Jeremiad". 1978; con ARENDT, Hannah. "On revolution". 1963.

⁵⁵ Otros movimientos constitucionales significativos también han hecho contribuciones —los más notables son los ocurridos durante las secuelas de la derrota populista. Dadas las insuficiencias en el liderazgo presidencial de la época, algunos de los más notables movimientos que se dieron durante el interregno entre el populismo y el *New Deal* han perdurado a través del clásico sistema del Artículo V en las enmiendas Dieciséis, Diecisiete, Dieciocho y, especialmente, Diecinueve.

⁵⁶ Ver: CEASER, James W. "Presidential selection". 1979. pp. 42-46.

⁵⁷ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 249-250.

⁵⁸ Ver: WOOD. Nota 47, *supra*. pp. 162-167.

demagogos como César o Cromwell, y estaban determinados a bloquear este camino a la tiranía en la nueva república⁵⁹.

Pero al momento en que fue puesta a prueba por los diferentes eventos, su maquinaria constitucional se destruyó con una velocidad espectacular. La tinta no había terminado de secarse cuando la lucha partisana entre los Federalistas que apoyaban a Adams y los Republicanos que hacían lo propio con Jefferson destruyó la interpretación original que se tenía de la presidencia durante la crisis electoral de 1800⁶⁰. El cambio se encuentra reflejado de manera tenue en los mecanismos electorales revisados en la Décimo Segunda Enmienda⁶¹. El cambio implicó la transformación de la presidencia en una oficina que podía legítimamente hablar en nombre del pueblo y, por tanto, estaba autorizada para jugar un papel clave en el proceso de la alta legislación.

Los Jeffersonianos victoriosos crearon un modelo de tres partes de la soberanía popular que ha resonado a través de la historia estadounidense. Yo lo llamo el modelo movimiento-partido-presidente, y su desarrollo histórico se encuentra en el centro de lo que entiendo por Constitución viva⁶². Dado que este modelo no fue previsto por los Fundadores, debemos estudiar su dinámica en la manera propia del *common law*, comparando cada gran ciclo de liderazgo presidencial con los otros. No hay otra manera de entender cómo el pueblo americano, efectivamente, ha buscado mantener control de su gobierno en los últimos dos siglos.

Movimiento, partido, presidencia: algunas definiciones nos serán de utilidad. La característica decisiva de un movimiento son sus activistas, un gran cuerpo de ciudadanos dispuestos a invertir una enorme cantidad de tiempo y energía con miras a una nueva agenda constitucional. Los Republicanos Jeffersonianos no decían tonterías al declarar que se requeriría una “segunda revolución

americana” para salvar a la República de los Federalistas “monocráticos”⁶³. No importa lo que ustedes o yo pensemos de su diagnosis, ellos estaban realmente convencidos y, de manera no menos importante, actuaron al respecto; lo mismo es cierto para los Republicanos de la Tierra Libre de Lincoln, los Demócratas del *New Deal* de Roosevelt y el Derecho Religioso de George W. Bush.

Esto lleva a la idea de un movimiento-partido. La mayoría de los movimientos no logran despegar, y la mayoría que no lo hacen forman un nuevo partido o colonizan uno ya existente. Pero, como nos enseñaron los Jeffersonianos, un movimiento-partido puede ser una cosa muy poderosa, dándoles un hogar a los políticos de convicción que ven a su elección como un mandato popular para el cambio fundamental.

Los movimientos-partidos siempre están en una carrera contra el tiempo. Las motivaciones idealistas desaparecen porque algunos problemas se solucionan, otros se van, y nuevos problemas aparecen para desafiar a la ideología del movimiento. El poder comienza a corromper a los políticos del movimiento y el partido sirve cada vez más como magneto para oportunistas que no podrían tener menos interés en sus ideales originales. El movimiento popular para el cambio constitucional se convierte, inexorablemente, en un recuerdo.

Bauticemos esto como la “normalización de las políticas de los movimientos”⁶⁴; ello le dará una importancia agregada al tercer elemento de este modelo: la presidencia plebiscitaria⁶⁵. Por su posición estratégica, un Presidente-movimiento cuenta con los recursos organizacionales para ganar la carrera contra el tiempo si moviliza a la coalición ganadora en el Congreso con la finalidad de apoyar la legislación clave y logra la confirmación de jueces-movimiento en la Corte Suprema.

Todo esto desafía las expectativas de los Fundadores, pero nuestra experiencia desde el siglo

⁵⁹ Ver: CEASAR. Nota 56, *supra*. p. 48.

⁶⁰ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 16-35, 77-93.

⁶¹ Ver: *Ibid.* pp. 203-206.

⁶² Ver: *Ibid.* pp. 21-22, 256-266; ACKERMAN, Bruce. “The broken engine of progresive politics”. En: *American Prospective*. Mayo-Junio de 1998. p. 34.

⁶³ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 24-25.

⁶⁴ Sobre la “normalización de las políticas de los movimientos”, he adaptado una noción Weberiana familiar –la burocratización del carisma– a la vida política estadounidense. Para un esfuerzo comparable, ver: MICHELS, Robert. “Political Parties: A sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy”. Traducido por Eden Paul y Cedar Paul. Jarrod & Sons. 1915. Pero Michels es un modelo de rol distante desde que su tema es la burocratización de los partidos de la Europa socialista a finales del siglo XIX, involucrando dinámicas que son bastante distintas a las de la experiencia estadounidense sobre movimientos-partidos.

⁶⁵ Si bien no usa el mismo término, el mejor libro de ciencias políticas sobre el plebiscitarismo presidencial es: SKOWRONEK, Stephen. “The politics presidents make”. 1993. pp. 36-39, 41-43 (que describe “políticas de reconstrucción y “políticas de articulación”).

XXI requiere que lo confrontemos de manera directa, porque nos provee la clave del dilema que presenté en la Primera Lección. Nuestro problema, recordarán, es que el sistema formal de enmienda ya no marca los grandes cambios en el camino de la constitución ratificada por el pueblo en los últimos 75 años⁶⁶. De esta manera, argumenté en mi Primera Lección, este fracaso sería producto de una incompatibilidad cada vez más grande entre el contexto para la enmienda formal elaborada por los Fundadores y la creciente conciencia nacional del pueblo estadounidense. Dada esta incompatibilidad, ya no parece tener sentido permitir que una minoría pequeña de estados—representantes de menos del 5% de los habitantes del país⁶⁷—tenga poder de veto sobre los nuevos compromisos fundamentales asumidos por mayoría nacional de manera conciente. Si se suponía que la soberanía popular tuviera algún futuro en el siglo XX, los estadounidenses tenían que desarrollar un vocabulario constitucional creíble que permitiera que la nación tomase en consideración, e incluso resolviese, las preguntas fundamentales que formulaba la historia⁶⁸. Aquí es donde entra la tesis de hoy: precisamente porque el modelo movimiento-partido-presidencia se remonta a los días de Jefferson, le proporcionó un lenguaje altamente familiar a la soberanía popular que llenó el vacío dejado en la mente del público por la marginación del sistema formal del artículo V.

El momento clave fue el movimiento-partido-presidencia de Franklin Roosevelt, que de manera exitosa legitimó el Estado activista y social en

estatutos cruciales como la Ley Nacional de Relaciones Laborales⁶⁹ y la Ley de Seguridad Social, y en superprecedentes como *Wickard v. Filburn*⁷⁰ ^{xvii} y *United States v. Darby*⁷¹ ^{xviii}. Pero como ya he escrito acerca de las agonías de nacimiento del régimen del *New Deal*⁷², esta Lección da una primera mirada a la dinámica presidencial distintiva de la revolución de los derechos civiles. Han pasado 40 años desde los días de Earl Warren, Martin Luther King Jr. y Lyndon Johnson, lo suficiente como para plantear los cambios constitucionales desde una perspectiva histórica. Aquí argumentaré que la dinámica institucional de la Reconstrucción y el *New Deal* nos ayudan a entender el proceso mediante el cual la Corte, el Presidente y el Congreso pudieron hablar en nombre del Pueblo durante la era de los derechos civiles. Con la ayuda de estos ejemplos, presentaré los estatutos claves de los años 60 por ser funcionalmente equivalentes a las enmiendas constitucionales de los 1860. Por ello, merecen un lugar central en el canon constitucional para el siglo XXI⁷³.

En trabajos pasados, he demostrado cómo transformaciones constitucionales claves en la historia de Estados Unidos han pasado a través de una dinámica institucional distintiva, consistente en cinco fases: señalar, proponer, activar, ratificar y, finalmente, consolidar los nuevos principios apoyados por el pueblo estadounidense⁷⁴. Utilizaré este mismo marco aquí.

* * * *

Hay muchas maneras en las que los movimientos tratan de impulsar sus agendas constitucionales

⁶⁶ Ver: TAN. *Supra*. pp. 4-7.

⁶⁷ Los trece estados menos poblados suman trece millones de habitantes, aproximadamente 4.5% del país. Una enmienda puede fallar, entonces, si menos del 3% de los estadounidenses se oponen, en tanto ellos están estratégicamente distribuidos. Ver: U.S. CENSUS BUREAU. "Annual Estimates of the Population for the United States, Regions, and States and for Puerto Rico". 1 de abril de 2000 al 1 de julio de 2006. Tabla 1. 2006. Disponible en: <http://www.census.gov/popest/states/tables/NST-EST2006-01.xls>.

⁶⁸ Ver: TAN. *Supra*. pp. 28-32.

⁶⁹ Public Law No. 74-198, 49 Statute 449 (1935).

⁷⁰ 317 U.S. 111 (1942).

^{xvii} Nota del Editor: En esta decisión, la Corte Suprema indica que el Congreso estaría facultado para regular el comercio entre estados (de Estados Unidos).

⁷¹ 312 U.S. 100 (1941).

^{xviii} Nota del Editor: Este fallo le otorga al Congreso la facultad de regular las relaciones laborales en Estados Unidos.

⁷² Ver: ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 255-382. Para una revisión del debate subsiguiente, ver: KALMAN, Laura. "Law, politics, and the New Deal(s)". *Yale Law Journal* 108. 1999. p. 2165.

⁷³ Aunque tiene algunos antecedentes (ver las fuentes citadas en la nota 38, *supra*), mi discusión sobre los superprecedentes vinculantes es relativamente nueva en el contexto estadounidense. Pero el uso de esos precedentes es actualmente parte de la práctica constitucional francesa. Bajo la Quinta República, la Corte Constitucional está autorizada a identificar "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república", y lo ha hecho en diez ocasiones. Ver: GENEVOIS, Bruno. "Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle: Les principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République". *Revue Française De Droit Administratif* 14. 1998. p. 477 (que discute los primeros nueve casos); "Décisions et documents du Conseil Constitutionnel: Jurisprudence". En: *Les cahiers du conseil constitutionnel* 13. 2002. pp. 8, 12-19 (que discute la decisión más reciente). Para una evaluación general sobre el uso de los precedentes como fuente de los principios constitucionales, ver: CHAMPEILDESPLATS, Véronique. "Les Principes Fondamentaux Reconnus Par Les Lois De La République: Principes Constitutionnels Et Justification Dans Les Discours Juridiques". 2001. pp. 69-107.

⁷⁴ Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 7-11; ACKERMAN y GOLOVE. Nota 53, *supra*. pp. 73-104. ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 23-25.

al escenario central del debate popular. La mayoría falla, pero, ocasionalmente, una que otra institución adopta una agenda que logra acaparar la atención de manera sostenida en todo el espectro político. Esta *señal institucional*, como la llamo, inaugura un ejercicio serio de política constitucional, en el que hay movimientos y contra movimientos desplazándose para confrontar la agenda mientras ésta se torna más sobresaliente.

Desde la era de Thomas Jefferson hasta la de George W. Bush, esta función señalizadora ha sido la típica prerrogativa soberana de un Presidente apoyado por un partido-movimiento. Pero las cosas fueron diferentes a mitad de siglo: esa vez, fue la Corte Suprema la que forzó a la cuestión de la igualdad al centro del escenario constitucional⁷⁵. Así, al llamar a *Brown v. Board of Education* una señal institucional, tomó un camino conciliador entre los legalistas que exageran el significado de *Brown*, y los politólogos que lo trivializan⁷⁶. Para los legalistas, la Corte de Warren se encuentra en el centro de la historia durante toda la era de los derechos civiles, liderando a una nación titubeante a seguir, al fin, los mandatos de la Décimo Cuarta Enmienda. Los politólogos están en lo correcto al negar esta visión centrada en el juez; *Brown* se mantuvo muy vulnerable hasta que la Corte fue reforzada por la política constitucional

durante la presidencia de Johnson. No obstante, mientras *Brown* no logró integrar las muchas ideologías del Sur Profundo durante los años 50⁷⁷, sí logra catalizar un debate creciente que finalmente penetró en los centros de trabajo y las iglesias, las mesas del desayuno y los bares, en una forma que es extraña en América (y en cualquier otro país)⁷⁸.

Los politólogos, sin embargo, no le dan la importancia al punto central. La alta legislación en América no es nunca cuestión de un instante; es un proceso largo que dura una o dos décadas, que empieza cuando una institución gubernamental líder inaugura un periodo sostenido de debate popular extraordinario que gradualmente culmina en una serie de textos legales claves que expresan la voluntad de la mayoría decisiva de los estadounidenses en las urnas. El rol de *Brown* de incitar al debate es de suma importancia⁷⁹, pues aseguró que el cambio fundamental, si alguna vez llegaba, no fuese el resultado de una orden jerárquica, sino de una decisión hecha mediante el debate y desde abajo.

Pero, ¿podrían los estadounidenses tomar una decisión real en contra de Jim Crow^{xix}? Se han dado muchos momentos constitucionales fallidos en nuestra historia y, durante los años 50, *Brown* provocó una fuerte reacción de segregación⁸⁰. Sin embargo, ningún observador podía decir que este

⁷⁵ Es verdad, claro está, que la presidencia de Harry Truman fue un momento significativo en la historia de los derechos civiles. Su convención de nominación fue el escenario de la revuelta *Dixiecrat* en respuesta a la adopción de un grupo de derechos civiles importantes. Una vez electo, Truman desegregó las fuerzas armadas, su Departamento de Justicia tomó posiciones favorables consistentes, como *amicus curiae*, en casos importantes sobre derechos civiles. No obstante, sería poco decir que toda su actividad presidencial giró en torno al posicionamiento de la agenda de los derechos civiles en el corazón de la vida política estadounidense. De hecho, Truman evitó mantener posturas radicales sobre los derechos civiles durante su campaña presidencial de 1948. Ver: DONALDSON, Gary A. "Truman defeats Dewey". 1999. 188-189. Y si algo dominaba la agenda constitucional durante la administración de Truman y el principio de la de Eisenhower, fue el movimiento liderado por Joseph McCarthy, no el liderado por los simpatizantes de Martin Luther King Jr. (quien aún se encontraba en la escuela). Ver: SINCLAIR, Barbara. "The transformation of the U.S. Senate". 1990. p. 53 ("a principios de la década (de los 50), los temas dominantes, por lo menos en las élites políticas, eran las actividades subversivas y el McCarthyismo... Los derechos civiles para los negros, que habían recobrado importancia en la agenda a finales de los 30, continuaban siendo temas trascendentes, pero con poca importancia para los no afectados"). Los esfuerzos de Truman por los derechos civiles, durante el desarrollo significativo en la evolución de las políticas normales, eran abrumados por el debate que se precipitó debido a la Guerra Fría, y no se comparan ni remotamente con el debate generado por *Brown*, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), ni con el creciente movimiento por los derechos civiles de finales de los 50.

⁷⁶ Los legalistas son una legión; el clásico trivializador es: ROSENBERG, Gerald N. "The hollow hope: can courts bring about social change?". 1991. pp. 42-169.

⁷⁷ *Ibid.* p. 50. Tabla 2.1 y p. 53. Tabla 2.2 (que establece la integración substancial ocurrida sólo durante el final de la década del 60, luego de la declaración del Civil Rights Act de 1964 y el Elementary and Secondary Education Act de 1965).

⁷⁸ Ver: KLARMAN, Michael J. "From Jim Crow to Civil Rights". 2004. pp. 364-366.

⁷⁹ Existen dos preguntas básicas acerca de *Brown*: ¿puso en marcha la función señalizadora? Si lo hizo, ¿fue de manera *legítima*? La primera pregunta requiere una investigación empírica sobre las consecuencias de *Brown*, y luego *Cooper*, que provocaron un debate que aún continúa en todo el país. La segunda pregunta requiere una teoría de la interpretación que defina las ocasiones en las cuales los precedentes bien establecidos, como *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), pueden ser legítimamente invalidadas. He tratado de responder a la primera pregunta aquí; trato de responder a la segunda en ACKERMAN, Bruce. Nota 43, *supra*. pp. 142-150. Espero discutir la relación entre estas dos respuestas en un trabajo futuro.

^{xix} Nota del Editor: Durante la era de las Leyes de Jim Crow en el Sur de los Estados Unidos, las instalaciones estaban normalmente divididas en secciones separadas para los blancos y la gente «de color». Estos términos fueron definidos por los blancos, siendo los propios blancos los que se autoclasificaban de «blancos» y clasificando a los no blancos como «de color».

⁸⁰ Ver: KLARMAN. Nota 78, *supra*. pp. 329-442.

contra movimiento iba a detener al movimiento por la justicia racial⁸¹.

La victoria de Kennedy en 1960 no hizo nada para resolver la incertidumbre. Su record público sobre los derechos civiles era incluso más débil que el que Nixon alcanzó durante la década del 50⁸², y los Demócratas eran tradicionalmente el partido de Jim Crow. Las encuestas de opinión pública muestran que los americanos no creían que el Partido Demócrata fuera más liberal racialmente que el Partido Republicano a finales de los 50 y comienzos de los 60⁸³. Sólo una cosa era clara: si, contrario a todo lo pensado, Kennedy decidía poner el poder de la presidencia como apoyo del movimiento de los derechos civiles de Martin Luther King Jr., rom-

pería totalmente con el partido del *New Deal* que lo había llevado al poder⁸⁴.

Este punto marca una diferencia clave entre la era de los derechos civiles y otros momentos constitucionales. Los grandes movimientos del siglo XIX habían creado grandes partidos políticos como vehículos para la soberanía popular, y Franklin Roosevelt había logrado integrar a todos los partidos dinámicos en su Partido Demócrata de los años 30. Consideremos el tratamiento que dio Roosevelt al movimiento laboral: durante sus primeros Cien Días⁸⁵, el *New Deal* rompió con el antiguo régimen al reconocer la negociación colectiva como un derecho fundamental: primero en la National Industrial Recovery Act⁸⁵ (NIRA),

⁸¹ Aquí estoy parcialmente de acuerdo con los profesores Klarman y Rosenberg, quienes sugieren que los cambios sociales y económicos subrayados tuvieron un progreso dramático inevitable en las relaciones raciales de la siguiente generación. Ver: *Ibid.* p. 310. ROSENBERG. Nota 76, *supra*. p. 40. Yo soy escéptico sobre ello. Como se verá (ver: TAN. *Infra.* 104-107), lo que pasó con los precedentes importantes de la década del 60 no fue inevitable. Y si el movimiento por los derechos civiles había fallado en su intento por tomar ventaja de sus oportunidades, nosotros podríamos estar todavía esperando la aparición de otro momento político propicio para un cambio legislativo masivo. Si la oportunidad se ha perdido, entonces la siguiente generación podría haber sido testigo de iniciativas legales menores, y las normas sociales podrían haberse envuelto en direcciones generalmente igualitarias. Pero es fácil subestimar cuánto es que los precedentes importantes de los 60 han servido como un punto de referencia en la evolución de la práctica social. Si no hubiesen obtenido un puesto en la historia, estaríamos luchando contra prácticas racistas que los estadounidenses han superado. De manera más amplia, rechazo los modelos de cambio social que pretenden identificar sectores económicos y sociales como "los motores de la historia", mientras tratan a los demás sectores como si sólo fuesen meros fenómenos coyunturales. La distinción Marxista entre "base" y "superestructura" es el ejemplo más cercano sobre ello, pero los profesores Alarman y Rosenberg están reviviendo una antigua versión de *Whig* al aseverar que los logros económicos y educacionales de los negros son los motores de un inevitable progreso racial en Política y Derecho.

⁸² Incluso sus admiradores reconocen que Kennedy "conocía y se preocupaba poco por los problemas sobre derechos y libertades civiles" durante sus años en el Senado. KENNEDY, Theodore C. Sorensen 17 (1965). Durante su campaña por la nominación vicepresidencial en 1956, Kennedy realizó un gran esfuerzo por ganar el apoyo del sur sobre su rival, Estes Kefauver de Tennessee, cuyo principal apoyo se encontraba al norte de la línea Mason-Dixon. Ver: BRYANT, NICK. "The Bystander: John F. Kennedy and the struggle for black equality". 2006. p. 58. (Fue extraño, sin embargo, ver a los segregacionistas alentar a un Católico Romano graduado de Harvard, los veinte delegados de Mississippi pronunciaron vítores de rebeldía al mismo tiempo que votaban a favor del candidato de New England; al mismo tiempo, la delegación de Strom Thurmond en Carolina del Norte mantuvo constante su canto de "Queremos a Kennedy, queremos a Kennedy"). También Kennedy votó junto con el sur para debilitar el Civil Rights Act de 1957. Public and Private Laws No. 85-315, 71 Statute 634. a pesar de la gran desilusión de las organizaciones a favor de los derechos civiles en Massachusetts. Ver: BRYANT. *Ibid.* pp. 66 -76. en contraste, el vicepresidente Nixon condenó la canibalización del Act de 1957 como "uno de los días más tristes en la historia del senado, dado que se trató de un voto en contra del derecho a votar". Ver: *Ibidem.* pp. 76. Así, Nixon, desde la capacidad que tenía como Presidente del Senado, hizo su propia contribución a la causa de los derechos civiles. Los filibusteros sureños se basaron, entonces, en la Regla del Senado número 22, norma que requería una mayoría de dos terceras partes para la clausura. Tradicionalmente, se entendía también que el voto de las dos terceras partes también era necesario para enmendar la Regla 22, pero Nixon lo instituyó de manera distinta en la sesión organizacional del Senado, dejó atónito al sur al anunciar que la Regla 22 era pasible de ser enmendada con el voto a favor de una mayoría simple. Ver: Congress Rec. 103. pp. 178 -79. 1957. Al tiempo que el líder Lyndon Johnson lograba desviar el asalto sobre los filibusteros, la regla de Nixon sugería un compromiso auténtico, dado que habría sido muy simple seguir los precedentes del Senado.

Así, mientras la campaña de 1960 alcanzaba su punto más álgido, Kennedy realizó la famosa llamada telefónica a Coretta King en el momento en que el estado de Georgia envió a su esposo a prisión. Este gesto logró ganar votos entre las personas de color, pero no sería suficiente para cambiar de manera decisiva la "estrategia sureña" que Kennedy asumiría en los cincuentas.

⁸³ Entre 1954 y 1962, en Estados Unidos se consideraba a los republicanos como el partido político más liberal respecto de asuntos raciales; aunque por márgenes relativamente pequeños. Ver: CARMINES, Edward G. y James A. Stimson. "Issue Evolution: race and the transformation of American politics". 1989. pp. 111. Fig. 4.7. Esto apenas sorprende: no sólo se trataba del partido de Lincoln, sino que había sido un Líder Republicano de la Justicia quien escribió la opinión en *Brown* y un presidente republicano quien tomó la crucial decisión de brindar su apoyo en Little Rock. Mientras que los votantes negros del norte se habían unido al partido Demócrata durante el *New Deal*, Eisenhower exitosamente realizó incursiones significativas en 1956, ganando casi el 40% del voto de las personas de color. *Ibidem.* pp. 46.

Los Republicanos perdieron su imagen liberal ante los temas raciales entre 1960 y 1964, tiempo en que cerca de veinticinco puntos del porcentaje a favor de los demócratas cambió rápidamente, dado que la agenda de los derechos civiles se movió al escenario central de Washington, bajo la presidencia y un congreso liberal democrático. En: *Ibid.* p. 46. Fig. 2.1.

⁸⁴ Roy Wilkins de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) recordó que: Lo primero que se filtró fuera de la Casa Blanca (de Kennedy). . . faltando diez días para su elección. . . (fue) el rumor de que él no iba, efectivamente, a apoyar ninguna legislación sobre derechos civiles en el nuevo Congreso. . . porque no quería dividir el partido y tampoco dividir el Congreso en un momento en que tenía nuevas legislaciones sobre asuntos más importantes que él deseaba (que fueran aprobadas). Ver: NIVEN, David. "The Politics of injustice: the Kennedys, the freedom rides and the electoral consequences of a moral compromise". 2003. pp. 27-28. (las omisiones son de la original) (cita interna marca omitida). Ver: JACKSON, Donald W. y James W. Riddlesperger, Jr. "John F. Kennedy and the Politics of Civil Rights". En: "Presidential leadership and the Civil Rights policy" 107. Edición de James W. Riddlesperger, Jr. y Donald W. Jackson. 1995. (repasando la literatura y enfatizando el pragmatismo político de Kennedy).

⁸⁵ Nota del Editor: durante los primeros cien días de su gobierno, Franklin D. Roosevelt implantó un programa extensivo dirigido a la recuperación de los negocios y la agricultura, alivio a los desempleados y a aquellos en peligro de perder sus casas o granjas.

⁸⁵ Public and Private Laws No. 73-67, 48 Statute 195 (1933), abrogado en 1966.

y luego en la Nacional Labor Relations Act⁸⁶ (NLRA).

Estas iniciativas estatutarias, a su vez, provocaron una campaña de unión masiva con organizadores marchando a través del país con señales proclamando, "¡El Presidente quiere que TÚ seas parte de un Sindicato!"⁸⁷.

Éste era definitivamente un mensaje diferente al que enviaba el Presidente Kennedy a los *freedom-rides* y *sit-ins* de comienzos de los 60. No hubo grandes iniciativas sobre la justicia racial durante sus primeros Cien Días. Kennedy esperó tres años antes de hacer una propuesta legislativa seria⁸⁸. Incluso en ese entonces no estaba preparado para ganarle a un Senado amargo que servía como obstáculo puesto por los Demócratas del Sur. El Sur blanco le había dado al Presidente su margen victorioso en 1960, y no iba a quemar todos sus vínculos con esta circunscripción clave al lanzar

una ley revolucionaria de Derechos Civiles en los comienzos de su campaña a la reelección⁸⁹.

A. Asesinato y cambio constitucional

La dinámica del movimiento-partido-presidencia se detuvo; al menos hasta 1965, y posiblemente para siempre⁹⁰. Fue sólo la mezcla paradójica de tragedia y comedia que preparó el espacio constitucional para una acción decisiva. Primero, la comedia: nuestro sistema de elección vicepresidente es un mal chiste ya que le otorga a los candidatos presidenciales incentivos poderosos para "balancear el equipo" al nombrar a un candidato de otra región que habla con otro acento ideológico⁹¹; ahora, la tragedia: cuando la bala de un asesino mata al Presidente, el país se enfrenta a un doble *shock*: no sólo el de la pérdida, sino también el generado por un Vicepresidente cambiando totalmente la política del Estado.

⁸⁶ Ver: ORREN, Karen. "Belated feudalism: Labour, the law and liberal development in the United States". 1991. (Elaborando el carácter radical de la transformación del *New Deal* en relaciones de trabajo).

⁸⁷ Ver: BERNSTEIN, Irving. "Turbulent years". 1970. pp. 37-125. (Resumiendo las campañas de la sindicalización provocadas por el paso de la sección 7(a) del National Industrial Recovery Act (NIRA)).

⁸⁸ Arturo Schlesinger resume el programa de los derechos civiles de Kennedy durante sus primeros dos años como "mejoras graduales en la legislación de voto existente, asistencia técnica para escuelas distritales que buscaban, voluntariamente, abolir la segregación, una extensión de la vida de la Comisión de los derechos civiles". SCHLESINGER Arthur M. Jr. "A thousand days: John F. Kennedy IN THE WHITE HOUSE" 951 (1965). Para una serie más amplia de encuestas sobre las actividades de Kennedy, que, aparte del manejo de la crisis, combinaron gestos simbólicos en los derechos civiles con la cita de jueces federales racistas en el sur, comparan: BRAUER, Carl M. "John F. Kennedy and the Second Reconstruction". 1977, con una lectura ampliamente comprensiva de los años de Kennedy y BRYANT. *Ibid.* 82. pp. 225-427, una lectura ampliamente crítica. Cuando Kennedy anunció una nueva iniciativa de los derechos civiles en febrero de 1963, resultó ser "una colección de cambios de menor importancia lejos de ser más modestos que el programa 1956 de Eisenhower". GARY ORFIELD, THE RECONSTRUCTION OF SOUTHERN EDUCATION: THE SCHOOLS AND THE 1964 CIVIL RIGHTS ACT 24 (1969). Kennedy se movió en un engranaje más alto solamente en respuesta a las escenas de la brutalidad del policía precipitadas por acciones de los derechos civiles en Birmingham, Alabama. Su dirección de la televisión del 11 de junio acentuó, para la primera vez, las dimensiones morales de la pregunta de los derechos civiles, y él siguió una semana más adelante con la primera iniciativa legislativa fuerte de la administración. Ver: BRYANT. pp. 417-428. En: Nota 82, *supra*.

⁸⁹ Ver: KOTZ, Nick. "Judgment days". 2005. ("Cuando las elecciones se acercaban, Kennedy parecía menos ansioso. A medida que parecía que el Senador Barry Goldwater, originario de Arizona y de postura conservadora, tenía grandes posibilidades de ser el candidato republicano para la Presidencia; King presentía que Kennedy se vería menos inclinado a luchar por los derechos civiles).

⁹⁰ Este punto de vista era ampliamente compartido por distintas posturas. Desde fuera, Martin Luther King Jr. afirmaba que si Kennedy hubiera vivido, "habría habido demoras continuas, así como intentos de evadir (la legislación sobre derechos civiles) a cada momento, e intentos de desmotivarla recurrentemente" Ver: BRANCH, Taylor. "Parting the waters, America in the King Years, 1954 -1963". 1998. pp. 992. Desde dentro, el Decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Erwin Griswold, miembro de la Comisión de Derechos Humanos desde 1961 hasta 1967, comenta su historia oral: "Una de las cosas más impresionantes de los últimos veinticinco años y cuánto hizo Johnson a favor de los derechos civiles. Fue más lejos de lo que nadie esperaba. Gracias a Johnson se logró mucho más de lo que se habría logrado si Kennedy se hubiese conservado en el puesto. Por supuesto, se trata de momentos distintos, pero no tan sólo debido al asesinato; Kennedy no tenía los pies en la tierra respecto de los derechos civiles". Fuente: Entrevista con Erwin Griswold, Miembro de la Comisión de Derechos Humanos de Estados Unidos. 29 de octubre de 1975. (Transcripción archivada con la Biblioteca John F. Kennedy. Boston: Scott Rafferty Papers, Caja 1).

⁹¹ Los seguidores de Jefferson hicieron un boceto de la Decimosegunda Enmienda con un propósito en mente: evitar que 1804 se convirtiese en una repetición de la crisis electoral de 1800. Ver: ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 203-206. La constitución original había dado lugar a esta crisis al permitir que los electores presidenciales emitieran dos votos para este cargo, sin necesidad de designar el candidato que ellos preferían que ocupara la vicepresidencia. Cuando todos los electores republicanos votaron por Jefferson-Burr en 1800, la constitución forzó a que ambos candidatos se enfrentaran en una carrera decisiva hacia la Casa Blanca, generando una crisis constitucional. Ver: *Ibid.* pp. 30 -35. Al promulgar la Decimosegunda Enmienda a último minuto antes de la siguiente elección presidencial, los republicanos eliminaron la posibilidad de este escenario al estipular que cada elector emitiera un voto por la presidencia y otro directo por la vicepresidencia. No tomaron en cuenta, sin embargo, que esta forma de votación podía dar lugar a que las vacancias presidenciales fueran comúnmente ocupadas por vicepresidentes con convicciones muy distintas; ello, en parte, debido a que las dinámicas de los partidos políticos no era bien entendidas durante esta fase de la Historia del país. Ver: *Ibid.* pp. 203 - 206.

La Reconstrucción nos provee el ejemplo histórico más espectacular. En 1864, Lincoln seleccionó a un demócrata del Sur, Andrew Johnson, para balancear el equipo y, entonces, la bala de John Wilkes Booth puso a un conservador racial en la Casa Blanca en un momento en el que los Republicanos estaban preparando un gran salto a favor de la justicia racial. Cuando el Congreso Republicano se reunió en diciembre de 1865, la Décimo Cuarta Enmienda no era una gran prioridad. En cambio, los Republicanos estaban preparándose para usar la recientemente ratificada Décimo Tercera Enmienda^{xxi} como una plataforma para una serie de estatutos claves que marcarían el nuevo compromiso nacional con la igualdad.

Fueron sólo los repetitivos vetos de Johnson los que forzaron a los Republicanos congresionales a proponer la Décimo Cuarta enmienda como su plataforma electoral en 1866 mientras luchaban por defenderse de la fiera campaña de Johnson que buscaba sacarlos del poder⁹².

Si Booth no le hubiese dado a su objetivo en el Teatro Ford, los abogados estarían contando una historia muy diferente. En este universo alternativo, no habrían molestos mensajes de veto del Presidente negando estatutos tan claves como el Civil Rights Act de 1866⁹³; ni habría existido la necesidad del Congreso Republicano de aprobar una ley de “reducción de corte” que previno al

Presidente de llenar las vacantes de la Corte Suprema con conservadores raciales⁹⁴. Si Lincoln hubiese continuado a salvo en la Casa Blanca, habría firmado orgullosamente los estatutos claves y llenado la Corte Suprema de Jueces Republicanos fuertes, que habrían derogado *Dred Scott v. Sandford*⁹⁵ ^{xxii} y dictado estatutos claves mediante opiniones legales elocuentes que habrían servido como bases legales para generaciones de juristas⁹⁶. Con estatutos y superprecedentes claves en los libros, hubiera sido innecesario que los Republicanos vayan más allá y propongan la primera sección de la Décimo Cuarta enmienda. La Reconstrucción de los años 1860 se habría parecido más a la segunda Reconstrucción de los años 1960: con enmiendas formales jugando un papel menor, estatutos claves y opiniones judiciales mucho más prominentes⁹⁷.

Ahora adelántense a los años 1960: Kennedy, como Lincoln, balanceó su equipo de elección con un sureño llamado Johnson⁹⁸. Pero esta vez, la bala del asesino tornó a la presidencia claramente a la izquierda, no a la derecha. Mientras que Andrew Johnson repudiaba el movimiento de los Republicanos de 1860, Lyndon Johnson rechazaba el cuidado con el que Kennedy lidiaba con los derechos civiles, pues compartía la causa de Martin Luther King Jr. de generar una variación nueva del modelo presidencial de la soberanía popular⁹⁹.

^{xxi} Nota del Editor: la cual prohíbe la esclavitud o servidumbre involuntaria en Estados Unidos.

⁹² En general, ver: ACKERMAN. Nota 24, *supra*.

⁹³ Act del 9 de abril de 1866, ch. 31, 14 Statute 27. Ver también: 2 ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 170-171.

⁹⁴ Ver: Act del 23 de Julio de 1866, ch. 210, 14 Statute. 209. El estatuto fue una respuesta al esfuerzo de Johnson por ocupar la vacancia con su Attorney General, Homer Stanbery. En lugar de considerar la nominación por sus méritos, el Congreso aprobó un proyecto “reductivo” por sobre el veto del Presidente, proveyendo que la partida de algunos Jueces provocaría la reducción del tamaño de la Corte ante las elecciones de Grant. Ver: Act del 10 de abril de 1869, ch. 22, 16 Statute 44, con la explicación del senador Charles Buckalew: “La reducción tuvo lugar en circunstancias peculiares, y con cierta referencia a consideraciones políticas de dos o tres años a partir de la fecha. Ahora que ellas han pasado, no encuentro objeción alguna a incrementar el número de jueces a uno o dos por corte”. CONGRESS GLOBE, 40th. Segunda Sesión, 1487. (1869).

⁹⁵ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

^{xxii} Nota del Editor: decisión que prohibió la ciudadanía a toda persona de ascendencia africana, esclavos o no, y que le quitó al Congreso la autoridad de prohibir la esclavitud en territorios federales del país.

⁹⁶ Lincoln no mantuvo en secreto sus intenciones. De manera recurrente había establecido que el propósito de los políticos republicanos era lograr que *Dred Scott* “retrocediera, si lo logramos, y se establezca una nueva norma respecto de este tema”. Ver: Abraham Lincoln, Sixth Debate with Stephen A. Douglas (13 de octubre de 1858). En: “3 Collected Works of Abraham Lincoln”. Nota *supra*. pp. 245-255. Luego: “sabemos que la corte que lo hizo, frecuentemente invalidaba sus propias decisiones, y que debemos hacer todo lo posible para que esta vez lo invalide también”. Ver: Abraham Lincoln, Speech at Springfield, Illinois (26 de junio de 1857). En: “2 Collected Works of Abraham Lincoln”. Nota 37, *supra*. pp. 398-401.

⁹⁷ En: ACKERMAN. Nota 24, *supra*. pp. 274-277. Algunas –o todas– las provisiones de la Decimocuarta Enmienda bien podrían haber sido seriamente consideradas por los Republicanos. Ellas lidian con el rechazo del “compromiso de los tres quintos” (segunda sección), impidiendo el acceso de los ex Confederados a una serie de puestos (tercera sección, así como prohibiendo la compensación a la emancipación de los esclavos (cuarta sección). Sin embargo, los Republicanos habrían seguido el camino del artículo quinto si es que la Corte de Lincoln hubiese abatido las señales que buscaban alcanzar estos mismos objetivos.

⁹⁸ Ver: JOHNSON, Lyndon Bynes. “The vantage point: perspectives of the Presidency, 1963 - 1969”. 1971. p. 91 (menciona el esfuerzo de Kennedy por convencerlo de que aceptase la nominación vicepresidencial, dado que ella “aseguraría el apoyo de los estados del sur”).

⁹⁹ En general, ver: KOTZ. Nota 89. pp. 250-277 (elaborando la compleja relación entre King y Johnson).

Johnson se enfrentaba a un contexto político diferente de aquel de su predecesor. Era el primer Presidente sureño en la Casa Blanca desde que Andrew Johnson saliera de ella en desgracia en 1869¹⁰⁰, y podía contar con un poderoso voto de “hijo favorito” incluso si no tocaba los derechos civiles¹⁰¹. Para Kennedy, el bloqueo que el Senado hiciera de una ley fuerte que versara sobre derechos civiles era veneno político, alienando a los blancos sureños cuando buscaba sus votos para la campaña de reelección; recordemos, esto tuvo lugar días antes del Voting Rights Act de 1965¹⁰². En contraste, un bloqueo proveía a Johnson de una oportunidad dorada para demostrarle a la nación que había superado el estereotipo de un político sureño reaccionario¹⁰³.

Johnson rechazó todos los esfuerzos de un “compromiso” que podría quitarle fuerza a la ley, y tuvo que hacerle frente al bloqueo más largo de la historia¹⁰⁴. Con las encuestas nacionales regis-

trando al 70% a favor de una ley fuerte¹⁰⁵, emitió el decisivo Civil Rights Act de 1964¹⁰⁶, cuando la campaña presidencial estaba realmente comenzando. “¿Quién hubiera pensado hace un año que esto podría pasar?” preguntó el Ministro de Justicia, Robert Kennedy, mientras la ley seguía el procedimiento para ser aprobada¹⁰⁷.

La bala del asesino tiene mucho que ver con las diferencias marcadas en los modelos de liderazgo constitucional que prevalecieron durante la primera y la segunda Reconstrucción. En 1886, la bala de Booth forzó al movimiento-Partido Republicano a abandonar la presidencia y depender del Congreso para arraigar el compromiso nacional con la igualdad. Una vez que se perdió la Presidencia, los Republicanos no pudieron seguir esperando confirmar Jueces del movimiento Republicano para que crearan superprecedentes que derogaran a *Dred Scott* y plasmaran los nuevos compromisos constitucionales de la nación con la

¹⁰⁰ Woodrow Wilson había nacido y crecido en el Sur; pero la importancia que había adquirido a nivel nacional se la debía al éxito político que había alcanzado en New Jersey. Johnson era extremadamente sensible ante los problemas que enfrentaba como el primer Presidente del sur desde la Guerra Civil: Hay un cierto desdén por el sur que parece haberse tejido dentro de la tela de la experiencia del norte. Éste es un tema que merece un desarrollo más profundo del que puedo darle en esta oportunidad; tal vez todo esto brote de la amargura enraizada por la lucha civil desde hace más de un siglo, ya que los clichés emocionales sobreviven a todos los demás, y los clichés del sur son tal vez los más emocionales de todos. A lo mejor algún día esta tendencia se entenderá de manera distinta y desaparecerá de nuestra vida nacional. Es lo que yo espero, a pesar de que aún se mantenga con nosotros. Ver: JOHNSON. Nota 98. p. 95.

¹⁰¹ A pesar de los antecedentes de Johnson, perdió en cinco estados del sur profundo frente a Barry Goldwater, principalmente debido al tema racial. Ver: WHATE, Theodore H. “The making of the President”. 1964. pp. 380 (1965). A pesar de ello, la apelación del “hijo predilecto” de Johnson fue suficiente para llevar a Texas y la mitad del sur céntrico y septentrional, sin importar el apoyo decisivo de éstos al Civil Rights Act. Ver: DALLEK, Robert. “Flawed giant: Lyndon Johnson and his times, 1961 – 1973”. 1998. pp. 182-183 (en ésta, explica la estrategia de Johnson para el sur).

¹⁰² Public and Private Laws No. 89-110, 79 Statute 437.

¹⁰³ El Récord de antecedentes de derechos humanos que mantenía Johnson estaba mezclado a la perfección. En su primera década en la Casa Blanca, de 1938 a 1948, Johnson votó, siguiendo el estereotipo sureño de moda, en contra de todas las iniciativas de derechos civiles. Ver: STERN, Mark. “Calculating the visions: Kennedy, Johnson and Civil Rights”. 1992. p. 120. Incluso como líder de la mayoría en el Senado, Johnson logró traerse abajo la invitación que hizo Richard Nixon para debilitar las leyes filibusteras en la sesión de apertura del Senado de 1957. Ver: CARO, Robert A. “The years of Lyndon Johnson: Master of the Senate”. 2002. pp. 857-58. Llegado ese punto, empezó a cambiar; usando su poder como líder de la mayoría para brindar modelos de derechos civiles en 1957 y 1960, aunque debilitándolos drásticamente, a manera de evadir filibusteros sureños. Ver: CARO. Ibid. pp. 893-96, 91, 942-943 (en donde se discute el Civil Rights Act de 1957). Ver también: MANN, Robert. “The walls of Jericho: Lyndon Johnson, Hubert Humphrey, Richard Russell and the struggle for Civil Rights”. 1996. pp. 198-199, 252-260 (en donde discuten los Civil Rights Acts de 1957 y 1960). También: ROSENBERG, Jonathan y Zachary KARABELL. “Kennedy, Johnson, and the quest for justice: the Civil Rights Tapes”. 2003. pp. 23-25. Johnson también continuó con un acercamiento pragmático –aunque cauteloso– cuando Kennedy lo nombró director del Comité on Equal Employment Opportunity. Ver: DALLEK. Op. Cit. pp. 23-30. A pesar de ello, cuando el movimiento de King empezó a ganar mayor respaldo nacional el 1963 y 1964, Johnson enfrentó ambientes políticos muy distintos, como luego explicaría: “Sabía que si no lograba salir en frente de este tema, (los liberales) me tendrían... debía presentar una propuesta de derechos civiles que fuese aun más sólida que la que ellos habrían obtenido si Kennedy siguiera vivo. Sin ella, no lograría siquiera empezar”. Ver: Ibid. p. 114. Russell se unió a este sentimiento expresado por Johnson cuando le comentó a un reportero: “si Johnson se compromete... será conocido como un estafador de Texas”. Ver: Ibid.

¹⁰⁴ Ver: SAVAGE, Sean J. “JFK, LBJ and the Democratic Party”. 2004. pp. 120-121. WHALEN, Charles y Barbara, WHALEN. “The longest debate: A legislative history of the Civil Rights Act”. 1985. pp. 94-95. En un principio, Johnson dudó acerca de su compromiso, Ver: WHALEN y WHALEN. Ibid. pp. 125.: dicha indecisión fue momentánea y no tuvo ningún significado estratégico.

¹⁰⁵ Una vez que la propuesta de los derechos civiles estuviera en el Senado, una encuesta de abril de 1964 – realizada por Harris Poll– trabajó sobre una muestra aleatoria de 1250 personas encuestadas: “En base a lo que usted ha oído, ¿se encuentra a favor o en contra de la propuesta de derechos civiles? El setenta por ciento de los encuestados se manifestó a favor, mientras que tan solo del treinta por ciento manifestó su oposición o su indecisión. Fuente: Louis Harris & Associates. Harris Survey (abril de 1964), disponible en iPOLL Databank, <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>. Poco tiempo después de que la propuesta fuera aprobada como ley, una encuesta de octubre realizada por The Gallup Pole, indicaba que cerca del 60 por ciento se encontraba a favor y que el 31 por ciento se oponía (con 87 por ciento de ellos convencidos que la propuesta era demasiado osada y el 5 por ciento pensando que no lo era lo suficiente). Fuente: Gallup Organization, Gallup Poll (octubre de 1964). Disponible en iPOLL Databank: <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>.

¹⁰⁶ Public and Private Laws No. 88-332. 78 Statute 241.

¹⁰⁷ Ver: KOTZ. Nota 89, *supra*. p. 141.

igualdad. En cambio, tuvieron que enfrentarse a una serie constante de vetos presidenciales que desafiaban a estatutos claves. Si esperaban triunfar sobre este asalto presidencial, los Republicanos tenían pocas opciones más que consolidar sus ambiciones igualitarias mediante enmiendas formales hechas bajo el artículo V; incluso cuando esta estrategia requería de poder militar para reconstruir los gobiernos sureños de manera que estuviera garantizado que la opinión "blanca" se alienara a largo plazo¹⁰⁸.

La bala del asesino tuvo una consecuencia muy diferente –aunque igualmente sorpresiva– en la década del 60. En lugar de empujar a un movimiento-Congreso al escenario central como paso en 1860, empujó a un movimiento-presidente al frente. Esta vez, el movimiento para la justicia racial no fue llevado a un duelo contra un Presidente conservador en materias raciales. Martin Luther King, Jr. podía unirse a Lyndon Johnson para crear un movimiento-presidente que empujaría a un Congreso dudoso a pasar el Civil Rights Act que le daría sentido constitucional a las elecciones de 1964.

Una vez que conocemos el papel que juega la bala del asesino, podemos ver que la propuesta de la Décimo Cuarta Enmienda en 1866 y la aprobación del Civil Rights Act en 1964 representaron exactamente el mismo rol en la dinámica más amplia de la soberanía popular. Ambas acciones empujaron al sistema de una fase de señalización a una fase de propuesta. El Pueblo estadounidense ahora conocía que sus representantes políticos se movían más allá de la retórica de una reforma revolucionaria y estaban proponiendo medidas legales específicas que transformarían de manera radical la Constitución como se conocía.

Hemos llegado a la tercera fase del proceso. Aquí los votos ordinarios tienen su primera oportunidad de juzgar estas nuevas y valientes iniciativas hechas en su nombre en Washington D.C. durante la primera Reconstrucción; esto pasó en 1866 cuando el Presidente Johnson dio vueltas al país llamando a los americanos a botar a los Republicanos Radicales del Congreso¹⁰⁹; en 1964 esto pasó cuando Barry Goldwater trató de ser presi-

dente después de votar en contra del Civil Rights Act¹¹⁰. En ambos casos, una victoria conservadora habría dado un fin abrupto al ejercicio de la transformación constitucional: si la elección de 1886 hubiese ido contra los Republicanos y a favor de los Demócratas de Andrew Johnson¹¹¹, la Décimo Cuarta Enmienda nunca hubiera sido ratificada¹¹²; si la elección de 1964 hubiera ido a favor de Barry Goldwater, nunca hubiera habido un Voting Rights Act de 1965 o un Civil Rights Act de 1968; incluso este mismo acto de 1964 no habría sobrevivido¹¹³.

Sin embargo, ello no fue así. En su lugar, la decisiva derrota de los conservadores permitió que quienes resultaron victoriosos pudieran reclamar una ventaja arrolladora emanada del Pueblo. Si *Brown* fue la señal y el Civil Rights Act la propuesta, la campaña de 1964 culminó en una provocadora elección, que contribuyó a legitimar la reforma revolucionaria de la legislación a nombre de "nosotros, el Pueblo" (*We, the people*), autorizando mediante estatutos e impulsando la dinámica institucional hacia la cuarta etapa: ratificación.

* * * *

He venido utilizando la Reconstrucción como una lupa para poder tomar perspectiva de la revolución de los derechos civiles. Pero mientras la dinámica de la soberanía popular alcanzaba su punto más alto en las elecciones presidenciales de 1964, el legado del *New Deal* confirmó ser aún más importante. Los americanos que se encontraban en el mejor momento de sus vidas durante la década de los 60, ya habían vivido los dramáticos enfrentamientos políticos e institucionales de los años 30. Estas experiencias llevaron a paradigmas profesionales que otorgaron contexto al significado de las elecciones de 1964.

El punto de referencia crucial fue la marcada victoria con la que Roosevelt le ganó la presidencia a Alf Landon en 1936. Este triunfo autorizó al Presidente a tomar este mandato del Pueblo y usarlo para su *New Deal*, cosa que Lyndon Johnson buscaba en 1964. Cuando Johnson visitó Memphis una semana antes de las elecciones,

¹⁰⁸ Ver: Nota 25 y el texto que la acompaña, *supra*.

¹⁰⁹ Ver: Nota 24. En: ACKERMAN, *supra*. p. 180.

¹¹⁰ Ver *infra*, TAN 114-119.

¹¹¹ Para aumentar su apoyo popular, la oposición conservadora se hacía llamar el Partido Nacional de la Unión durante la campaña electoral de 1866. No obstante, esta imagen de dos partidos políticos se desvaneció ya que el control de los *stalwarts* democráticos aumentó.

Ver: LES BENEDICT, Michael. "A compromise of principle". 1974. pp.194-196.

¹¹² Ver 2 ACKERMAN, Nota 24, *supra*. pp.178– 183.

¹¹³ Ver: *infra* TAN 130-132.

intentó definir el mandato que buscaba. Después de denunciar el asalto de Goldwater^{xxiii} de una variedad de programas del *New Deal*, el Presidente se tornó al futuro:

Los asuntos ya zanjados de la década del 30 no son los mismos problemas de los años 60, y esa es, al final, la decisión que debía tomarse: ¿quieren volver a los treinta o avanzar hacia los sesentas?

“(…)

Si tomo mi compás o mi regla y trazo una línea recta en el centro de esta multitud para dividirla, no podríamos hacer mucho; pero hay poco que no podamos hacer si nos mantenemos unidos, como estamos ahora. Además, ¿saben qué cosa creo que deberíamos hacer?, y digo esto como un hombre que ha pasado toda su vida y votado siempre en Texas, y como el nieto de dos veteranos de la Confederación; creo que una de las cosas que vamos a tener que hacer es borrar la línea Mason-Dixon^{xxiv} de nuestra política.

Y debido a que somos buenas personas, personas justas, y dado que somos sólo personas y que creemos en el Libro Dorado, vamos a tener que seguir la Regla Dorada, “Haz al resto lo que quieres que hagan contigo”. Sólo cuando hagamos eso lograremos borrar esa línea de color que divide en dos nuestras oportunidades.

El mandato de esta elección va a ser el mandato de unir a esta nación. Va a ser el mandato de cerrar nuestras heridas y curar nuestra historia para hacer de esta nación entera una nación, como un solo pueblo, indivisible, bajo Dios¹¹⁴.

Como Lyndon Johnson, Barry Goldwater tampoco negaba su ambición de obtener un mandato de la mayoría del Pueblo. Desde que Roosevelt aplastó a Landon en 1936, el Partido Republicano había nominado a una serie de candidatos “yo también”, que aceptaban las premisas básicas del *New Deal*: Willkie, Dewey, Eisenhower y Nixon. Estos “Republicanos Modernos”, como orgullosamente se hacían llamar, no obtuvieron más que el desprecio de Goldwater. Éste lanzó un ataque directo al *New Deal* y vio al Civil Rights Act de 1964 como un paso más en el camino hacia la servidumbre¹¹⁵. Aunque no era racista, votó en contra del Act y, en un discurso del Senado que terminó en las primeras páginas de toda la nación, dejó claro que el constitucionalismo del *New Deal* era su verdadero enemigo. En lo que a él concernía, el esfuerzo del Act de regular “la empresa privada en el área del mal llamado acomodo público y... el empleo”¹¹⁶ no sólo era poco sabio como política, sino totalmente inconstitucional sin el empleo de una nueva enmienda constitucional que fuera ratificada por los estados como manda el artículo V¹¹⁷.

La elección de 1964, en pocas palabras, tuvo como cuestión central de dimensión constitucional, el hecho de si el Civil Rights Act era inconstitucional, como lo declaraba Goldwater, o una afirmación decisiva de compromiso Constitucional como proponía Johnson, algo que el liderazgo de Johnson en nombre del estatuto clave puso en claro.

La victoria aplastante del *New Deal* en 1936 creó los diferentes estándares para determinar la respuesta del Pueblo a esta pregunta. Goldwater

^{xxiii} Nota del Editor: contendor de Lyndon Jonson en las elecciones de 1964.

^{xxiv} Nota del Editor: se refiere a una línea divisoria fronteriza entre cuatro estados: Pennsylvania, Virginia Occidental, Delaware y Maryland. Fue trazada entre 1763 y 1767 para resolver un conflicto de fronteras en la Norteamérica colonial.

¹¹⁴ JOHNSON, Lyndon B., “Remarks on the river front in Memphis”. 24 de octubre de 1964, en: “Public Papers of the Presidents of the United States: Lyndon B. Johnson” 1965. pp. 1406, 1408-1409. Ya en retiro, Johnson reflexionó retrospectivamente sobre la campaña 1964:

“Decidí buscar un nuevo mandato del Pueblo. Si Goldwater deseaba dar a los votantes una opción, decidí que debíamos darles una opción real. De pronto todos los argumentos ridículos que separaban a nuestros partidos habían sido dejados repentinamente a un lado. Nos encontrábamos ahora en una discusión colosal sobre los principios mismos de nuestro sistema del gobierno.”

JOHNSON, Nota 98, *supra*. p.103; ver también SKOWRONEK. Nota 65, *supra*. pp. 336-41 (discutiendo el uso que Johnson le dio a la figura de Roosevelt, así como su victoria de 1936, como punto de referencia).

¹¹⁵ Ver BARRY GOLDWATER. “The conscience of a conservative”. 1960. pp. 25–31, 65–67. (Atacando al Republicanismo moderno); *id*. pp. 68-75 (llamando al estado benéfico, socialista).

¹¹⁶ 110 CONG. REC. 14,319. (1964). Declaración del Senador Goldwater. El discurso de Goldwater fue noticia de portada del New York Times. Ver a MOHR, Charles. “Goldwater Says He’ll Vote “No” on the Rights Measure”. New York Time. 19 de junio de 1964, en la portada. (“Si mi voto está mal, déjenlo ser y déjenme sufrir a mi las consecuencias” dijo el Senador de Arizona, según dijo The Times sobre el discurso completo del candidato Republicano. Ver: “Text of Goldwater speech on rights”. New York Times. 19 de junio de 1964. El columnista legal Anthony Lewis explicó, en la misma página, por qué las opiniones constitucionales de Goldwater ya no eran aceptadas por las cortes. Ver: LEWIS, Anthony “The courts spurn Goldwater View”. New York Times. 19 de junio de 1964.

¹¹⁷ Ver 110 CONG. REC. 14,319. (1964). Goldwater enfatizó que su objeción básica era contra las ideas constitucionales del *New Deal* que autorizaban que se apruebe el Civil Rights Act sin una enmienda formal. También se opuso a la “creación de una fuerza de policía federal de proporciones enormes” y “al desarrollo de psicología del “informante” en grandes áreas de la vida nacional- vecinos espionando a vecinos, trabajadores espionando a trabajadores, empresarios espionando a empresarios...”. Pero esta crítica a la política llegó sólo después de su oposición al constitucionalismo del *New Deal* en general.

fue hundido por un margen de derrota igual al de Landon¹¹⁸, y los votantes otorgaron el poder al Congreso más liberal desde el final del *New Deal*¹¹⁹. Esto no sólo le permitió a Johnson tomar el mandato de los derechos civiles, sino que también le dio el impulso político para transformar las palabras en hechos al liderar al Congreso para que apruebe más legislación clave como el Voting Rights Act de 1965¹²⁰.

La Constitución viva aprobaba otro examen vital: los candidatos presidenciales hablaban uno con otro, en lugar de hablar uno sobre el otro, acerca de los grandes temas que los dividían, y estaban entregando estándares—la victoria enorme del *New Deal* en 1936— a la nación para determinar quién había ganado el asunto de manera decisiva o si ambos lados podrían legítimamente suponer que el Pueblo aún confrontaba la pregunta con mente abierta.

Dada su centralidad para la Constitución viva, la noción de un “mandato popular” merece más atención de la que le han dado los abogados constitucionales. Es fácil ser escépticos acerca de toda la idea¹²¹. Las elecciones estadounidenses no son asuntos de un solo tema. Los votantes siempre tienen una variedad de preocupaciones. Sin embargo, el hablar de un “mandato popular” sobre uno u otro Gran Tema parece negar este punto obvio. En 1964, por ejemplo, Johnson y Goldwater no

sólo se encontraban en desacuerdo con el rol del gobierno federal para asegurar la justicia racial, sino también con el programa más grande de justicia económica que tenía el presidente con el fin de construir la Gran Sociedad; tampoco se encontraban de acuerdo en temas de política extranjera, con Johnson caracterizando a Goldwater como un militarista “feliz de disparar”¹²². La multiplicidad de estos temas es típica y nos sirve como bases para hacer una importante objeción a la idea misma de un “mandato popular”.

Llamémosle el “problema de la mezcla”: si los estadounidenses hubiesen utilizado sus votos en 1964 para elegir moderación en los asuntos extranjeros, hubiera parecido incorrecto ver la victoria Demócrata como un mandato para garantizar la justicia racial. Hablando de manera más general, usar la frase “un mandato del Pueblo” de manera directa privilegia a un grupo de temas e ignora otros que fueron importantes para los votantes el día de la elección.

A pesar de sus encantos iniciales, esta objeción debe ser rechazada. Es demasiado amplia en términos legales, así como muy poco profunda filosóficamente. Por el lado legal, el “problema de la mezcla” es difícilmente una única dificultad en las formas modernas de liderazgo presidencial en la revisión constitucional. Es igualmente problemático cuando hablamos de las enmiendas y el

¹¹⁸ Tanto Roosevelt como Johnson obtuvieron alrededor del 61% del voto popular en 1936 y 1964. MCGILLIVRAY, Alice. et al. “America at the polls, 1960–2004: Un manual de las estadísticas de las elecciones presidenciales Americanas”. 1994.

Los Republicanos respondieron a esta debate electoral de 1964 retornando a su tradición de otorgar las nominaciones presidenciales a los representantes del “Republicano Moderno” del partido. Richard Nixon y Gerald Ford fueron claramente lo siguiente en la tradición Willkie-Dewey-Eisenhower de Republicanos acomodados al régimen constitucional del Nuevo Trato. Ver SMALL, Melvin. “The presidency of Richard Nixon”. 1999. p. 24.(describiendo el apoyo de Eisenhower); WAGNER, Steven. “Eisenhower Republicanism: pursuing the middle way”. 2006. p. 121. (Describiendo la filosofía del Republicanismo Moderno). La llegada de Ronald Reagan a la presidencia en 1980 señaló una nueva ronda de política constitucional que retó las premisas básicas del *New Deal* y la era de los derechos civiles. Pero en 1964, Reagan tan sólo estaba comenzando su carrera política como Gobernador de California.

¹¹⁹ Los Demócratas superaban en número a los Republicanos por 295 a 140 en el Congreso, el margen más amplio desde 1936, en el Senado, el margen era de 68 a 32, el más amplio desde 1940. Con igual importancia, “los Demócratas ahora tenían suficiente mayoría para prevalecer en algunas medidas a pesar de la oposición de los sureños”. KOTZ. Nota 89, *supra*. p. 261. En particular, “El Nuevo Congreso estaba... tan inspirado por el mandato masivo en contra de Goldwater, que había votado contra el Civil Rights Act de 1964, que no quedaba mucha duda que la nueva ley de votación iba a ser aprobado de alguna manera”. DAVIS GRAHAM, Hugh. “The civil rights era: origins and development of national policy 1960–1972”. 1990. p. 166.

¹²⁰ Las reflexiones de Johnson sobre su gran victoria en las elecciones es sugestiva (pero nada dispositiva). Mucha gente sintió que debíamos descansar después de la victoria del Civil Rights Act de 1964, dejar que el Congreso trabaje, y darle un poco de espacio a la burocracia y a la nación. Pero no había tiempo para descansar... Temía que mientras que estos ciudadanos (negros) estuvieran alienados de los derechos del sistema estadounidense, continuarían considerándose a ellos mismos fuera de las obligaciones del sistema también. Traté de dejar en claro esta posición durante la campaña presidencial. Quise que un mandato se moviera hacia delante, no sólo como una sanción para el *status quo*.

El 3 de noviembre de 1964, los votantes estadounidenses me dieron ese mandato. Decidí usarlo rápidamente y dirigí al *Attorney General* Nicholas Katzenbach a comenzar la difícil labor de escribir la siguiente ley de derechos civiles- legislación que pudiera asegurar, de una vez por todas, derechos electorales iguales para todos. JOHNSON. Nota 98, *supra*. pp. 160–61. Incluso Johnson le ordenó a Katzenbach trabajar en opciones estatutarias, no tuvo al Voting Rights Act como una prioridad hasta después, en 1965, cuando su mandato electoral había sido reforzado por el movimiento de las actividades de King a favor de los derechos electorales en Selma, Alabama. Ver: *infra*. TAN. pp. 141-144.

¹²¹ Para una exposición clásica del caso escéptico, ver DAHL, Robert. “Myth of the presidential mandate”, 105 *Political Science Quarterly*. 1990. p. 355. Para otros estudios, ver HEIDOTTING CONLEY, Patricia. “Presidential mandates: how elections shape the national agenda”. 2001; EDWARDS, George III. “At the margins: presidential leadership of congress”. 1989; EDWARDS, George III. “The public presidency: the pursuit of popular support”. 1983; KELLEY, Stanley. “Interpreting elections”. 1983.

¹²² Ver como ejemplo, BOSTDORFF, Denise. “The Presidency and the rhetoric of foreign crisis”.1994. p. 57. (describiendo el ataque contra Goldwater en la campaña de Johnson).

artículo V: los votantes generalmente no se enfocan en las posiciones de los candidatos en potenciales enmiendas cuando votan para elegir al Congreso y sus legislaturas estatales; se concentran más en muchos otros temas nacionales y locales. No obstante, los abogados constitucionales tratan una nueva enmienda formal como una expresión poco problemática de Nosotros, el Pueblo, sin mirar más allá del hecho que tres cuartos de las legislaturas estatales han dado su aprobación solemne.

Lo que nos lleva a un punto filosóficamente más profundo: algunos sistemas constitucionales efectivamente responden a la objeción de la mezcla mediante el intento de remover la resolución de los temas constitucionales de las manos de los políticos electos. Procedimientos especiales de referendo son partes familiares de las constituciones de muchos estados y países extranjeros. Pero la Constitución estadounidense es diferente, cuando opera tanto en el modo federal (bajo el artículo V) como en su modo nacional (bajo la Constitución viva), el sistema le deja a nuestros representantes políticos la facultad de determinar cuándo es tiempo de tomar un mandato del Pueblo y transformar su significado en textos legales fundamentales y duraderos. En el modo federal, estos textos toman la forma de las enmiendas del artículo V; en el modo nacional, son estatutos claves y superprecedentes. Para dejar más claro este punto, el sistema americano depende de tipos de *democracia representativa* y no de *democracia directa* para determinar la credibilidad de un mandato popular.

Tanto el sistema representativo como el directo enfrentan los mismos problemas; lo dicho no vincula, por lo que es muy fácil para los políticos electos tomar un mandato del Pueblo bajo condiciones en las que esta toma es inapropiada¹²³. Dado este punto obvio, ambos sistemas crean dificultades para que las tomas políticas de un mandato obtengan credibilidad institucional. Bajo el sistema directo, se prueban en un mecanismo de referéndum especialmente estructurado, que les da a los votantes la decisión final. Bajo el sistema de la representación, los políticos deben seguir ganando elecciones hasta que ganen la

aprobación de una revisión de una serie de instituciones representativas que normalmente no se ponen de acuerdo.

Nuestra Constitución nacional se encuentra comprometida firmemente con el sistema de representación: cuando opera en su modo federal, necesita de un movimiento para la revisión constitucional que consiga los votos de dos tercios de nuestros representantes en ambas cámaras del Congreso y ganar la aprobación de tres cuartos de los estados; cuando opera en modo nacional, requiere que los reformadores constitucionales mantengan su *momentum* electoral de cara al rechazo de las ramas conservadoras del sistema de separación de poderes. Es tan sólo cuando un movimiento constitucional gana el control sostenido de las tres ramas de un gobierno nacional que se puede ganar el mandato popular para aprobar estatutos claves y obtener la elaboración judicial de superprecedentes.

Tanto los sistemas representativo como directo tienen sus fortalezas y debilidades. En los sistemas directos, las preguntas que se entregan al Pueblo para que decida por medio del referendo pueden ser confusas, y los votantes –muchas veces– pueden estar mal informados acerca de los temas que realmente implican. El método de gobierno representativo tiene distintos vicios. Los representativos tienen un mejor entendimiento de los temas, pero la manera en que expresan sus nuevas soluciones en textos legales puede diferir significativamente del entendimiento prevaleciente que tiene el público en general.

Ningún sistema es perfecto, pero así es la vida, y debemos aprender a vivir con ella. Mientras que hay muchas maneras de mejorar los sistemas ya existentes de gobiernos directos y representativos¹²⁴, mi tarea es interpretar la Constitución americana como es, no como debería ser. Dentro del sistema existente en América, la objeción de la mezcla es simplemente no aplicable: supone falsamente que nuestra Constitución busca probar tomas de mandato aislando temas para darle una decisión focalizada a los votantes, en lugar de promover una deliberación larga y colectiva de los representantes¹²⁵. Por el contrario, deberíamos

¹²³ Para una discusión sobre estas condiciones, ver: ACKERMAN, Bruce. Nota 43, *supra*. pp. 266–94 (elaborando el criterio de amplitud, profundidad y poder de decisión).

¹²⁴ Para algunas sugerencias, ver: ACKERMAN, Bruce. Nota 24, *supra*. pp. 410–16., también: ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”. *Harvard Law Review* 113. 2000. pp. 633, 666–668.

¹²⁵ Espero referirme, en un trabajo futuro, a la tendencia actual de políticos y criminales de definir a los “mandatos populares” en referencia a las encuestas de opinión pública sobre los temas escondidos que se discuten durante las campañas. Este desarrollo saca a la luz temas fundamentales: es una cosa revisar nuestro sistema de democracia representativa para incorporar referenda pública

reconocer que los políticos estadounidenses ganan su autoridad para hablar en nombre del Pueblo al negociar exitosamente a través de un camino institucional de obstáculos que les da a sus oponentes repetidas oportunidades para derrotarlos en una serie de elecciones nacionales. El punto de mi análisis de cinco fases es determinar si los reformadores constitucionales de la era de los derechos civiles lograron llegar a la línea final.

Desde esta perspectiva, la victoria aplastante de 1964 tuvo un significado constitucional muy distinto para cada uno de los tres grandes temas de la campaña. El Presidente Johnson no le declaró la guerra a la pobreza hasta su Discurso del State of Union de 1964¹²⁶ y, por lo tanto, su victoria simplemente sirvió como una señal institucional que, como *Brown* una década antes, inició un periodo de debate popular sostenido sobre una nueva agenda reformadora¹²⁷.

El mandato de la política extranjera de Johnson tuvo incluso un menor significado constitucional.

En lugar de señalar un nuevo comienzo en política extranjera, el Presidente buscaba reasegurarles a los estadounidenses que operaría dentro del consenso bipartidario establecido por Harry Truman y Dwight Eisenhower. Era Goldwater, no Johnson, el que enfatizaba la necesidad de un acercamiento al tema fundamentalmente diferente.

En contraste, la agenda de los derechos civiles ahora se encontraba lista para que el Pueblo realizara una deliberación seria, dada la década de debate que se le dedicó en las cortes y legislaturas, mesas de almuerzo y lugares de trabajo a lo largo de toda la nación¹²⁸. Y el gran contraste entre Johnson y Goldwater inexorablemente ligó el futuro de las relaciones raciales a la campaña —no sólo era un tema sobresaliente, sino que los rivales, obviamente, buscaban llevar al país en direcciones muy distintas¹²⁹. Lo que es más, los votantes llevaron al poder a un Congreso extremadamente liberal, uno que estaba preparado para apoyar el reclamo del Presidente para que su mandato se lleve a cabo según los derechos civiles¹³⁰.

como un modo de definir los mandatos popular; y otra muy diferente es tratar a los números de estadísticas privadas como si fueran el equivalente funcional de un referéndum pública. Para algunos comentarios escépticos de la opinión pública actual, ver ACKERMAN, Bruce y James S. FISHKIN. "Deliberation Day". 2004. pp. 7-8.

En el mejor escenario, las encuestas de opinión pública sirven como indicaciones crudas de la amplitud del apoyo popular. No obstante, estas encuestas repetidamente revelaron las súper mayorías de los porcentajes de 60 y 70 % que apoyaban a los derechos civiles. Ver: Nota 105, *supra*. Esto sugiere que Johnson y el Congreso Liberal no estaban usando las posiciones poco populares de Goldwater sobre la política exterior como una plataforma para imponer políticas poco populares de derechos civiles.

En junio de 1964 una encuesta sugirió la misma conclusión. La encuesta preguntaba, "¿Si hubiera dos candidatos de su partido similares en todos los aspectos excepto que un candidato toma una posición fuerte apoyando los derechos civiles mientras que el otro toma una posición fuerte en contra de los derechos civiles, a qué candidato preferiría?". Esta pregunta busca determinar la posición del encuestado, *con todo los demás temas excluidos*. La respuesta del público: 63% hubieran votado por el candidato que apoyaba a los derechos, 23% por el candidato que estaba en contra de los derechos y 15% no tenía opinión. Ver Gallup Organization. Encuesta de Gallop. (Del 25 al 30 de junio de 1964). En: iPOLL Databank, <http://www.ropercenter.uconn.edu/ipoll.html>.

¹²⁶ La "Gran Sociedad" llegó aún después, el 22 de Mayo de 1964. Ver JOHNSON, Lyndon. "Remarks at the University of Michigan". 22 de mayo de 1964. En: <http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/640522.asp>.

¹²⁷ Los Demócratas no pudieron seguir con su señal llevando su agenda de lucha contra la pobreza a una conclusión satisfactoria en la siguiente década. Las derrotas de Hubert Humphrey y George McGovern dejaron claro que los americanos no estaban preparados para apoyar un asalto constitucional a la desigualdad económica —aunque, claramente, muchas de las iniciativas estatutarias de los años de Johnson continúan teniendo un importante impacto en el bienestar de los americanos de hoy. Para una perspectiva que discute la negativa de la Corte Suprema de constitucionalizar la Guerra contra la Pobreza, que debidamente enfatizó la significancia de la derrota de Humphrey. Ver SUNSTEIN, Cass. Nota 38, *supra*. pp. 153-171.

¹²⁸ Ver WHITE, Nota 101, *supra*. p. 305. ("La discusión de los derechos civiles dominó la conversación americana del verano y otoño de 1964 más que cualquier otro tema").

¹²⁹ En una reunión al comienzo de la campaña, Goldwater y Johnson respondieron a una ola de disturbios urbanos de gente de color, acordando informalmente, el 24 de julio, a no hacer más declaraciones que podrían avivar la volátil situación. Pero en una conferencia de prensa antes de la reunión, Johnson dejó claro que "no tenía ninguna intención de sacar al tema de los derechos civiles de la campaña". DALLEK. Nota 101, *supra*. p. 34.

Le he dado al "discurso sobre el mandato" de Johnson un excelente lugar en el texto, pero el Presidente ya había hecho un discurso público sobre el tema en Nueva Orleans el 9 de octubre, al final del tour de cuarenta ciudades sureñas hecho por Lady Bird Johnson. Lo que buscaba la primera dama, y fue cubierto por toda la prensa nacional, fue la justicia racial y la necesidad de "poner detrás nuestro todas las cosas pasadas". Ver: WOODS, Randall. "LBJ: Architect of American ambition". 2006. pp.542-544.

La posición de Barry Goldwater sobre el tema de los derechos civiles era larga y conocida. Como hemos visto, Goldwater había claramente acertado la postura constitucional de la oposición tanto en su libro; ver GOLDWATER. Nota 115, *supra*. pp. 25-35; ver también Nota 115, *supra*. y el texto que la acompaña; como en su discurso ante el Senado al oponerse al Civil Rights Act, ver 110 CONG. REC. 14,319. 1964. Ver también las Notas 116-117, *supra*. y el texto que las acompaña. Goldwater repitió estos usual temas en su discurso público del 22 de octubre, ver Comunicado de Prensa, Comité Republicano Nacional, Discurso en Televisión Nacional sobre "La Sociedad Libre" (transcrito de una emisión de la cadena de ABC del 22 de octubre de 1964), y llenó al Sur durante las últimas semanas de la campaña con discursos televisados regionalmente que enfatizaban su posición conservativa en lo referente a los derechos civiles. Ver "Somehow it works: a candid portrait of the 1964 presidential election". Gene Shalit & L.K. Grossman editions. 1965. p. 203. Este último énfasis en el tema de los derechos civiles ha incrementado el apoyo que tiene Goldwater en el Sur profundo. Ver CAMPBELL, Angus. "Interpreting the presidential victory, in the National election of 1964". Milton C. Cummings, Jr., editions. 1966. pp. 256-281.

¹³⁰ Ver: Nota 119, *supra*.

Dentro de este contexto, la victoria Democrática de 1964, así como la de 1936, califica como una elección desencadenante, impulsando a la dinámica de la soberanía popular a una nueva fase: la ratificación. Durante este período, aún era posible que los conservadores repelieran el asalto liberal del *status quo* constitucional; pero ello se tornaba cada vez más difícil. Supongamos, por ejemplo, que los seguidores de Goldwater hubiesen experimentado un sorprendente resurgimiento político durante las elecciones de 1966, 1968 y 1970, llevando al poder a un nuevo Presidente y a un nuevo Congreso que lograban terminar con los estatutos claves y encaminar el país hacia las visiones constitucionales de Barry Goldwater durante el amanecer de una nueva década. Bajo este escenario, los abogados del día de hoy mirarían a 1964 como un error, representando poco más que un ataque de locura demagógica.

Este experimento mental ayuda a refinar el significado constitucional de las elecciones desencadenantes en la experiencia estadounidense. Antes de las elecciones de 1964, el gran debate entre los derechos civiles y los derechos estatales se encontraba en un relativo equilibrio, y ninguno iba ganando la lucha por el apoyo público. Pero, una vez que Johnson y el Congreso Democrático ganaron en las urnas, incluso los más amargos conservadores raciales se vieron obligados a reconocer que la corriente de la opinión nacional se estaba moviendo en su contra. Para marcar este punto, tomo prestadas las nociones usuales de la "carga de la persuasión" y la "carga de avanzar" de la ley de la evidencia: con su victoria tanto en las elecciones presidenciales como las parlamentarias, el movimiento de reforma constitucional había logrado descargar su carga de persuasión, y la carga de avanzar se había movido ahora a los partisanos del antiguo régimen. A menos que los conservadores pudieran retomar el control de algunas instituciones centrales del gobierno nacional, y lo pudieran hacer rápido, la separación de poderes comenzaría a generar una corriente de estatutos claves y superprecedentes que consolidarían el régimen de justicia racial en una forma

que perduraría por generaciones. Marco el cambio en esta carga de avanzar al decir que el sistema de soberanía popular estaba en camino a su fase de ratificación.

En este punto, la Corte Suprema reingresó al drama de gran manera. Su respuesta al Civil Rights Act de 1964 y al Voting Rights Act de 1965 influenciaría profundamente la empresa de la ratificación: por un lado, podría eliminar los nuevos estatutos clave como lo hizo la vieja Corte en los años 1930, forzando al movimiento-presidencia a retornar otra vez a los votantes para un siguiente mandato; por otro, podría aprender una lección diferente de la experiencia del *New Deal* y apoyar la constitucionalidad de los nuevos estatutos, dándole así una carga más pesada a los conservadores raciales mientras retornaban al electorado para revertir la interpretación triunfal de las elecciones de 1964.

La Corte ni siquiera mantuvo al país esperando para escuchar la respuesta. El Presidente Johnson firmó el Civil Rights Act el 2 de Julio de 1964, y en cuestión de meses los casos que retaban su constitucionalidad llegaron a la Corte. Los Jueces escucharon los argumentos mientras que la campaña electoral estaba aún en proceso, y unánimemente ratificaron el estatuto clave en dos casos: *Heart of Atlanta Motel*¹³¹ ^{XXV} y *McClung*¹³² ^{XXVI}, tan sólo un mes después que los votantes le habían dado al Presidente y su Congreso Liberal la victoria.

Pero las apariencias engañaron. A pesar de la ausencia del rechazo, los Jueces tuvieron serias dificultades en ambos casos. Su problema era el principio del *stare decisis*^{XXVII}. Después de la Reconstrucción, la Corte había famosamente negado el estatuto de las acomodaciones públicas en los Casos de los Derechos Civiles de 1883¹³³. Y si la Corte moderna hubiese seguido este importante precedente, habría estado obligada a rechazar grandes porciones del nuevo Act, a pesar de la victoria de 1964.

Claramente, la Corte de Warren no había dejado que el *stare decisis* le impidiera derogar a

¹³¹ *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241. (1964).

^{XXV} Nota del Editor: decisión que le otorga al Congreso la facultad de decidir sobre aspectos que impliquen la lucha contra la segregación.

¹³² *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294. (1964).

^{XXVI} Nota del Editor: decisión de la Corte Suprema que apoyó al Congreso cuando éste decidió que la segregación en restaurantes perjudicaba al comercio interestatal y que por lo tanto debería cesar.

^{XXVII} Nota del Editor: doctrina de origen anglosajón que doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente y vinculan como jurisprudencia a aquellas que se dicten en el futuro.

¹³³ 109 U.S. 3. (1883).

*Plessy*¹³⁴ x XVIII en 1954. Y si los jueces hubiesen derogado los Casos de los Derechos civiles en 1964, *Heart of Atlanta Motel* y *McClung* hubieran eclipsado a *Brown* en el canon constitucional moderno. En este escenario alternativo, los abogados y jueces actuales estarían estudiando estos casos, no *Brown*¹³⁵, en su esfuerzo de elaborar principios para la protección igualitaria y la responsabilidad estatal que sirvió como cimiento del Act clave de 1964.

Pero no iba a ser así; incluso cuando la mayoría de la Corte, incluyendo al Juez Principal, estaba preparada para derogar los Casos de los Derechos Civiles si era la única forma de ratificar el nuevo estatuto¹³⁶. Habría habido un grave problema si el Juez Principal Warren hubiese guiado a la Corte por este camino. Las grabaciones de las conferen-

cias de los Jueces muestran que una opinión de protección igualitaria habría provocado un gran disenso de parte del Juez Harlan, y quizá de otros¹³⁷. Este disenso les hubiera otorgado una plataforma a todos los racistas de la nación para comenzar una nueva ronda de desafío al esfuerzo del Act de 1964 para inaugurar una nueva era de relaciones raciales en el país¹³⁸.

Es ahora cuando el constitucionalismo del *New Deal* vino al rescate. Ni el Juez Harlan ni nadie más estuvieron preparados para disentir con una opinión que ratificaba el Act sobre la base de una lectura expansiva de la Cláusula de Comercio del *New Deal*. La unanimidad de la Corte logró su objetivo: despojó a los racistas de cualquier semblanza de apoyo judicial¹³⁹.

¹³⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

^{xxviii} Nota del Editor: decisión de la Corte Suprema mediante la cual se permite la segregación en el transporte bajo la premisa de "iguales pero separados".

¹³⁵ Ver: STRAUSS, David. "Discriminatory intent and the tanning of *Brown*". En: *Chicago Law Review* 56. 1989. pp. 935. (Discutiendo la evolución del significado constitucional de *Brown* en el tiempo).

¹³⁶ El origen se encuentra en la opinión escrita por el Juez Clark durante las deliberaciones internas sobre *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964). Al tiempo que en la Corte se deliberaba, el Congreso debatía la Civil Rights Bill. Ver: CLARK, Tom. "Opinión preliminar sobre *Bell v. Maryland*". (archivado en Library of Congress, Manuscript Division, Papers de William O. Douglas, Caja 1312, Fóldeo 4). *Bell* fue el más difícil de los casos *sentados*, dado que no implicaba ninguna de las formas más evidentes de acción estatal. La Corte de Maryland hizo cumplir un estatuto de infracción criminal –racialmente neutro– en contra de quienes se habían rehusado a abandonar un local a solicitud del propietario. *Bell*, 378 U.S. 227. Con el propósito de retraer las condenas, la Corte se vio obligada a considerar si la expansión de la acción estatal creada por *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948), había reemplazado el concepto restringido que hasta entonces tenían los Civil Rights Cases sobre las infraestructuras públicas. El Juez Black logró reunir una mayoría de cinco hombres en asamblea (incluyendo a los jueces Harlan, Clark, Stewart y White) para mantener las convicciones sobre dichas infracciones. El Juez Black reafirmó la autoridad de los *Civil Rights Cases*, restringiendo las amplias exposiciones razonadas de Shelley. Ver: Opinión Preliminar de Hugo Black sobre *Bell v. Maryland* (archivado en: Library of Congress, Manuscript Division, Papers de William O. Douglas, Caja 1312, and Fóldeo 4). En último momento, el Juez Clark desertó; con ello reflejaba la preocupación por lo que podría ocasionar una decisión en contra de los manifestantes: nueva legitimidad para las protestas que en ese momento se llevaban a cabo en el Sur en contra de la Civil Rights Bill. Ver, por ejemplo, la declaración del Juez Brennan en que afirma estar "tan afectado que si (la Corte) apabullara *Bell v. Maryland* en el tema constitucional, aniquilaría el Civil Rights Act", citado en BALL, Howard y Phillip COOPER. "Of power and right: Hugo Black, William O. Douglas, and America's Constitutional Revolution". 1992. pp. 168. El 15 de Mayo, el Juez Clark frenó el uso de la opinión de Black en la Corte y –poco después– empezó a trabajar en su propia propuesta, invalidando las convicciones ya asentadas sobre la base de una interpretación extensiva de *Shelley*. Reflexionando sobre las preocupaciones que tenía acerca del Civil Rights Act, la opinión del Juez Clark invitó explícitamente al Congreso a dar los pasos necesarios para legislar normas que satisficieran "las necesidades de la situación". CLARK, *supra*. pp. 14. Clark difundió su opinión el 11 de junio, y rápidamente obtuvo el apoyo de una mayoría de cinco hombres, incluyendo al Chief Justice Warren prediciendo que "sin duda alguna se convertiría en un clásico". SCHWARTZ, Bernard. "Super chief: Earl Warren and his Supreme Court – a judicial biography". 1983. pp. 523. Al tiempo que todo esto sucedía en la Corte, se originó una brecha en el Senado. El día anterior a la presentación de la propuesta del Juez Clark, una coalición de dos partidos habría roto con la obstrucción de la legislatura que surgiera tres meses atrás. Fue entonces que el Juez Stewart desertó, el 16 de junio, de la otrora opinión mayoritaria del Juez Black. Sin embargo, él no dio un giro en U en méritos al unirse al Juez Clark; en su lugar, el Juez Stewart ayudó al Juez Brennan a reunir una mayoría de cinco hombres (los Jueces Warren, Douglas y Clark se unieron a ellos) que dispusieran de *Bell* en base a razones procesales y retardaran las interrogantes constitucionales levantadas por el nuevo Act hasta *Heart of Atlanta Motel* y *McClung*. La opinión del Juez Brennan finalmente prevaleció, pero la opinión preliminar del Juez Clark ante la Corte demuestra que, a pesar de parecer imperativa, hubo cinco votos a favor de extender la interpretación amplia de Shelley sobre la acción del estado, y rechazar la autoridad de los Civil Rights Cases respecto de casos que implicaran infraestructura pública.

¹³⁷ En la conferencia de la Corte en el *Heart of Atlanta Motel* y *McClung*, Harlan sostuvo inequívocamente: "en la Decimocuarta Enmienda, me atendería a los *Civil Rights Cases* y sostendría la inconstitucionalidad (del Acta de Derechos Civiles de 1964)" DICKINSON, Del (Editor). "The Supreme Court in Conference (1940-1985)". 2001. p. 727. Ver también: YARBROUGH, Tinsley E. y HARLAN, John Marshall. 1992. pp. 253. ("El Juez Harlan se habría, indubitablemente, mostrado reacio a apoyar el uso de la Decimocuarta Enmienda en una circunstancia de discriminación privada").

¹³⁸ A comienzos de los años 50, el Presidente del Tribunal Warren se pudo permitir tomarse suficiente tiempo para ganar la unanimidad en favor de *Brown*. Ver: KLUGER, Richard. "Simple Justice". 1976. pp. 678-699. Ninguna otra institución principal intentó forzar el criterio de la Corte en materias raciales, y estaba íntegramente en manos de los Jueces decidir si llevar el cuestionamiento de la protección igualitaria como prioridad de la agenda constitucional de la nación (esta es la razón por la cual describo a *Brown* como una función comunicadora y liberadora, y nada más). Pero, en 1964, la popular dinámica de soberanía se había desarrollado y la Corte no estaba más en control de los eventos –la legitimación del Acta de los Derechos Civiles había sido reforzada por un adormilado mandato de la Población en noviembre; ahora que los votantes habían rechazado definitivamente a Goldwater, una larga demora de la Corte habría generado una incertidumbre general acerca de la constitucionalidad del Acta y, consecuentemente, habría creado cierta legitimidad a desalentar los esfuerzos por defender a Jim Crow.

¹³⁹ Técnicamente hablando, las opiniones del Juez Clark para la Corte en el *Heart of Atlanta Motel* y *McClung* no lograron unanimidad, dado que el Juez Black, presentó una especial opinión concurrente. Ver: *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241. 1964. pp. 268-278 (opinión concurrente de Justice Black) (opinión también aplicable a *McClung*). Aunque desde el punto de vista

Pero el apoyo de la Corte a la Cláusula de Comercio también sirve como un marco para mi tesis central: en el momento más igualitario de nuestra historia, la Corte Suprema de los Estados Unidos trató a un estatuto clave como si implicara una venta de carne de hamburguesas en el comercio interestatal, dejándole a Martin Luther King Jr. y a Lyndon Johnson la labor de elaborar la naturaleza de los compromisos constitucionales de nuestra nación¹⁴⁰.

Para entender las razones constitucionales reales para el Civil Rights Act de 1964, debemos admitir la decisión histórica por sí misma dentro del canon constitucional y tratar a la historia de su aprobación con el mismo respeto que le damos a los debates que implican enmiendas formales durante la primera Reconstrucción. Volveré a este punto después, pero, por el momento, hagamos un experimento mental muy diferente e imaginemos que la Corte se hubiera ido al otro extremo: en vez de evadir los Casos de los Derechos Civiles de 1883 con una opinión de la Cláusula de Comercio, confrontó directamente la pregunta del *stare decisis*. Pero, en mi escenario hipotético, la mayoría se negaría a repudiar la legacía constitucional del

siglo XIX. Cuando estuvo forzada a decidir entre el *stare decisis* y el Nuevo estatuto clave, la Corte falló del lado de la tradición, eliminando grandes partes del Civil Rights Act, exactamente como esperaba Barry Goldwater¹⁴¹.

Este acto judicial de resistencia hubiera transformado el paisaje político. En lugar de avanzar en la agenda de los derechos civiles como parte de la visión de la Gran Sociedad que delineó en su discurso del State of the Union¹⁴², Johnson habría estado obligado a responder enfáticamente al desafío de la Corte de la voluntad popular, ya sea llenando las cortes con sus partidarios o mediante una enmienda constitucional formal. Tal como en el escenario del *New Deal*-Vieja Corte, la resistencia de la Corte Suprema hubiera llevado al Presidente y al Congreso a disipar gran parte del capital político generado por la gran victoria del día de la elección¹⁴³. Con la Corte Suprema llamando a la renovada resistencia blanca, hubiera sido difícil para Martin Luther King Jr. sostener su liderazgo sin violencia mientras que los motines comenzaban en los *ghettos* negros alrededor de la nación¹⁴⁴. Con tanto Johnson como King a la defensiva, es

doctrinal, las concurrentes disposiciones del Juez Black, fueron elaboradas en base a –precisamente– las mismas teorías sobre la Cláusula de Comercio que utilizó el Juez Clark. Los Jueces Douglas y Goldberg también presentaron concurrencias con base en la Decimocuarta Enmienda como una alternativa; a pesar de ello, ninguno reparó en escribir un análisis serio de los *Civil Rights Cases*; refiriéndose, en cambio, a sus opiniones distintas relacionadas con casos previos. Ver: *Ibid.* p. 279 (opinión concurrente del Juez Douglas); *Ibid.* p. 291 (opinión del concurrente el Juez Goldberg).

¹⁴⁰ El Juez Clark parece casi avergonzado al discutir los fundamentos morales del Act. Así, explica en el *Heart of Atlanta Motel* que la regulación que hace el Congreso por medio de la Cláusula de Comercio no es “menos válida” cuando es “legislada en contra de daños morales”. Ver: *Ibid.* p. 257. Mientras el *hostal* estaba localizado cerca de una carretera interestatal, el restaurante implicado en *McClung* se encontraba fuera del trayecto para los viajeros de otros Estados, y fue allí donde el Juez Clark consideró necesario enfatizar que “dentro de la localidad, el restaurante compraba aproximadamente 150, 00 dólares en valor de comida; 69, 683 o 46% de lo cual era carne que obtenían de un distribuidor local que la conseguía fuera del Estado”. En: *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 1964, pp. 296–97.

¹⁴¹ Suponga que Corte de Rehnquist/Roberts hubiera sido enviada a los años 60 por una operación mágica de una máquina del tiempo. De esta manera, el escenario planteado habría sido todo menos hipotético. La actual Corte ha adoptado enfáticamente el *Civil Rights Cases*: la fuerza de la doctrina de *stare decisis* detrás (de los *Civil Rights Cases*) detiene no sólo el lapso que han estado en los libros, sino también del entendimiento atribuible a los miembros de la Corte en aquel tiempo. Cada miembro habría sido designado por el Presidente Lincoln, Grant, Hayes, Garfield, o Arthur, y cada uno de sus nominados judiciales –obviamente– tendría íntimo y familiar conocimiento de los eventos que rodeaban la adopción de la Decimocuarta Enmienda. Ver: *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 2000, pp. 622. La Corte actual se encuentra más matizada en su adopción de los *stare decisis* cuando se trata de los *superprecedentes* de la era del *New Deal*, como *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942), y *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941). El Presidente del Tribunal Warren fue enfático en su adopción de la jurisprudencia del *New Deal*, asegurando su hermandad en la conferencia para el *Heart of Atlanta Motel* al afirmar que “el Congreso no necesita hacer más descubrimientos. El poder del comercio es adecuado (para mantener el Acta de Derechos Civiles)”. Ver: WARREN, Earl. “Declaración en la conferencia del 5 de octubre de 1964”. En: “The Supreme Court in Conference (1940-1985)”. Nota 137, *supra.* p. 726. En contraste, la mayoría de *Morrison* no fue impresionada por la información económica recolectada por el Congreso, y eliminó el Acta de Violencia Contra la Mujer bajo la Cláusula de Comercio, así como la Decimocuarta Enmienda. Ver: *Morrison*, 529 U.S. pp. 614–617. Una aplicación mecánica de *Morrison* todavía llevaría a la Corte de hoy a invalidar *McClung*, si no el *Heart of Atlanta Motel*, aunque existe tan sólo una probabilidad remota de que esto suceda en un futuro previsible. Mientras la Corte de Robert pudo continuar alrededor de los bordes de *Darby* y *Wickard*, las posibilidades de que se siga reconociendo a *McClung*, así como al *Heart of Atlanta Motel*, como *superprecedentes*, son de una en un millón.

¹⁴² WOODS. Nota 129, *supra.* p. 558. Aún después de su State of the Union, Johnson se mostró renuente a convertir el Voting Right Act en una prioridad hasta que las actividades que el movimiento de King realizó en Selma llevaron la pregunta al centro de la conciencia política. Sólo después de ello, Johnson alcanzó la cumbre en la presidencia de su movimiento, con su genial discurso ante el Congreso, haciendo urgente la promulgación de una nueva iniciativa, contando con la climática aprobación de la contrasena del movimiento: “Venceremos” (traducción libre de: “We Shall Overcome”). Ver: DALLEK. Nota 101, *supra.* p. 212-219 (en que describe cómo evolucionó, a pesar de no ser una prioridad, y fue superada por las actividades de King en Selma); ver también: KOTZ. Nota 89, *supra.* p. 311 (mención a una parte del discurso de Johnson).

¹⁴³ El debate del *court-packing* de Roosevelt nunca trascendió en el pensamiento de Lyndon Johnson: “LBJ (estaba) resuelto a no desperdiciar su capital político con el Congreso, así como habría hecho FDR al someterse al amargo destino de su propuesta de su ante la corte en 1937”. SAVAGE. Nota 104, *supra.* p. 247. Savage falla al no darse cuenta de que Roosevelt pensó que no tenía otra opción –si no hubiera amenazado el *court-packing*, corría el riesgo de que su Segundo New Deal hubiese desaparecido. Le gustase o no, Johnson habría sido igualmente obligado a “desperdiciar su capital político” si la Corte hubiese abatido largas partes del Acta de Derechos Civiles de 1964.

¹⁴⁴ Ver: DALLEK. Nota 101, *supra.* p. 232-237.

difícil creer que cualquier propuesta para una enmienda constitucional hubiera ganado el apoyo de tres cuartos de los estados, como lo requería el artículo V.

Bajo este escenario originalista, los estadounidenses de los 1960 podrían muy bien haber fallado al transformar los heroicos encuentros del movimiento de los derechos civiles en una serie de estatutos claves, expresando el nuevo compromiso político, social y económico de los estadounidenses. Pero, gracias al respeto de la Corte Suprema por el *New Deal*, el movimiento-presidencia ganó su carrera justo a tiempo, siguiendo al primer Civil Rights Act con el Voting Rights Act de 1965¹⁴⁵ y el Fair Housing Act of 1968¹⁴⁶.

No obstante, estaba aún en el poder del pueblo estadounidense usar la elección de 1968 para llamar al compromiso de equidad racial para consideraciones más serias. George Wallace era un candidato serio en una carrera de tres hombres, y no quería ganar para provocar un período de revisión ansiosa. Le hubiera bastado con llegar al suficiente número de votos electorales para llevar a la elección a la Casa de los Representantes, y luego hacer un trato con Richard Nixon para devolverle la presidencia a cambio de un retroceso dramático en la legislación de los derechos civiles. De manera no menos importante, Nixon pudo haber intentado reemplazar la amenaza de Wallace llamando a una revisión de los estatutos claves y, consiguientemente, atrayendo a millones de votantes de Wallace a su lado.

Pero nada de eso pasó. El momento de la verdad para Nixon llegó en octubre de 1968, mientras que las encuestas de opinión pública revelaban que Hubert Humphrey estaba haciendo un retorno dramático. Pero Nixon se negó a complacer al voto racista¹⁴⁷; incluso cuando tuvo una campaña de "ley y orden" que expresaba la repulsión popular a los motines y violencia de finales de los 60, expresó su apoyo a los estatutos claves que fueron aprobados durante la presidencia de Johnson. Al mismo tiempo, el apoyo de Wallace tuvo su punto más alto con veintiún por ciento, pero luego declinó rápidamente dejando a Nixon como el ganador claro del Colegio Electoral¹⁴⁸. Aunque Nixon no estaba haciendo más saltos adelante, tampoco estaba retrocediendo en la manera de Barry Goldwater, menos de George Wallace¹⁴⁹. Su victoria electoral sirvió para completar el proceso de ratificación, terminando con el debate político serio sobre los estatutos claves.

La legislación de los derechos civiles no paró en los siguientes años, pero Nixon no la tuvo como prioridad central¹⁵⁰. Mientras el movimiento de los derechos civiles se escindía después del asesinato de King, la política entró en un periodo de normalización: con los líderes liberales del congreso negociando con el Presidente, que tenía preocupaciones mucho más importantes. Los días de un movimiento-presidente hablando en nombre del Pueblo habían pasado, pero esto no debería esconder los logros de la Administración de Nixon al consolidar los estatutos clave, tanto al apoyar más legislación¹⁵¹ como al sostener el *momentum* burocrático en el esfuerzo de cum-

¹⁴⁵ El brillante análisis que Peter Shane hace del Voting Rights Act es el punto de partida apropiado para mayor reflexión sobre los históricos reclamos de estatuto a un lugar central en el canon constitucional. Ver: SHANE, Peter M. "Voting Rights and the "Statutory Constitution". En: *Law & Contemporary Problems* 56. 1993. p. 243. Para mi conocimiento, nada comparable ha sido escrito sobre el *Fair Housing Act* de 1968.

¹⁴⁶ Public and Private Laws No. 90-284, tit. VIII, 82 Statute 73.

¹⁴⁷ Ver, por ejemplo: WHITE, Theodore H. "The Making of the President 1968". 1969. pp. 363, 372 (observando que Nixon se negó a sí mismo el voto racista, temiendo que su explícita acogida socavara su efectividad como un líder presidencial si ganara la elección).

¹⁴⁸ Ver: *ibid.* p. 347; ver también: LEIP, David. "Presidential Election Results". 1968. En: "David Leip's Atlas of U.S. Presidential Elections. 2005. En: <http://uselectionatlas.org/RESULTS/national.php?year=1968> (muestra que George Wallace ganó 13.5% del voto nacional).

¹⁴⁹ La retórica de Nixon sobre los derechos civiles en 1968 fue distintivamente moderada. Se opuso a la segregación escolar en base a criterios raciales, pero prometió "reforzar el Título VI del Civil Rights Act". Ver: Nixon-Agnew Campaign Committee, Nixon on the Issues 98 (1968); Ver también: Nixon-Agnew Campaign Committee, Nixon Speaks Out 59 (1968). (Citando "una década de revolución en la cual la estructura *legal* necesaria para garantizar la igualdad de derechos ha sido colocada en el lugar correcto"). Los contrastes de las moderaciones de Nixon con la retórica de la campaña de George Wallace. Wallace solicitó "modificaciones en la propuesta de Derechos Civiles", lo que "no interesaba a ningún ciudadano de este país, sin importar su raza". WALLACE, GEORGE C. "Hear Me Out". 1968. p. 18. Asimismo, continuó haciendo apología de la segregación. Ver: *ibid.* p. 118 ("si fusionáramos en una sola unidad, como lo defendió la filosofía comunista, entonces el enriquecimiento de nuestras vidas, la libertad de nuestro desarrollo estaría perdida para siempre. Nos volvemos, así, una unidad *mongrel*).

¹⁵⁰ A pesar de que Nixon comisionó una serie de tareas políticas para forzar la instauración de una agenda para sus primeros cien días de gobierno, no había "fuerza en la tarea de los derechos civiles *per se*, ninguna en igualdad de oportunidad en el empleo, o en segregación dentro de escuelas ni sobre derechos al voto". GRAHAM. Nota 119, *supra*. p. 305.

¹⁵¹ Para los propósitos actuales, la posición de Nixon sobre el Voting Rights Act es más importante. Al promulgarse en 1965, estaba pensada para un periodo de 5 años, enfocada íntegramente en el sur, y pensada para un impacto inmediato; en 1964, sólo el 35.5% de la población negra del sur con edad para votar, estaba registrada; para 1969, la figura incrementó a 64.8%. El progreso en el sur profundo era aún más impresionante: en Alabama, la proporción incrementó de 19.3% a 61.3%; en Georgia, de 27.4% a 60.4%;

plimiento. Para 1972, la Administración de Nixon habría transformado la ley en los libros a realidades irreversibles en la tierra. Aunque la Administración no llegó a todas las demandas liberales¹⁵², luchó por otras—incluida la acción afirmativa— con notable vigor¹⁵³.

Dentro de todo, el éxito de la Administración al consolidar el nuevo régimen fue muy sustancial cuando es juzgado a partir de estándares históricos relevantes. En una fase comparable a la Primera Reconstrucción, la Administración de Grant estaba fallando transparentemente al no seguir con las promesas de la Décimo Cuarta y Décimo Quinta Enmiendas¹⁵⁴. Pero ello no estaba sucediendo esta segunda vez, la ley en los libros estaba tornándose en una poderosa realidad a través del territorio. La consolidación constitucional estaba completa.

No hay necesidad de exagerar. No sugiero que la América de hoy haya dejado atrás sus problemas raciales. Pero, comparada a la Primera Reconstrucción, la Segunda debería ser considerada un éxito relativo. Cuando Booker T. Washington y W.E.B. DuBois se enfrentaron a las Enmiendas de la Reconstrucción al amanecer del siglo XX, sólo podían verlas como una visión gris de pretensiones constitucionales. Estamos a la misma distancia de la era de los derechos civiles, pero los estatutos claves persisten como una realidad central de la Constitución viva, y eso no es un tema irrelevante.

* * * *

Hemos estado poniendo a la Revolución de los Derechos Civiles en una perspectiva histórica, explorando sus relaciones con ciclos pasados de soberanía nacional, como la Reconstrucción y el *New Deal*. Esto nos ha permitido darnos cuenta

de las diferencias, así como de las similitudes: comenzando con la manera en que la Corte, en lugar de la presidencia, sirvió como institución señalizadora clave; después, cómo la bala de un asesino le dio liderazgo constitucional a un movimiento-presidencia de los años 60, en lugar de que lo hiciera el movimiento-Congreso de 1860; y, finalmente, cómo los precedentes del *New Deal* le permitieron a Lyndon Johnson tomar el mandato Rooseveltiano del Pueblo en 1964 y a la Corte Suprema de seguir este mandato popular con el Civil Rights Act.

Cada uno de estos contrastes merece mayor reflexión. Pero quiero enfocarme en una diferencia clave que podría escaparse fácilmente de nuestra atención, porque implica al perro que no ladró. Desde la época de Thomas Jefferson hasta los días de Franklin Roosevelt, el agente principal de la soberanía popular en América había sido el movimiento-partido. Pero la era de los derechos civiles fue distinta. Claramente podemos observar un movimiento, liderado por Martin Luther King Jr. y finalmente apoyado por millones de seguidores, tanto blancos como negros, alrededor de la nación. Pero definitivamente no vemos a un partido que sirviera como vehículo político de este movimiento. El Partido Democrático que dejó Franklin Roosevelt tenía una doble personalidad, con norteños liberales y sureños racistas en una coalición política incómoda. Y lo mismo era cierto para los Republicanos: con nuevos opositores al *New Deal* como Barry Goldwater, rechazando las iniciativas de los derechos civiles que eran perfectamente aceptables para los “Republicanos Modernos” como Richard Nixon y el líder del Senado Republicano, Everett Dirksen. Esta ruptura entre el movimiento y el sistema de partidos volvió al cambio entre la política constitucional y el derecho constitucional un asunto bastante más complicado.

Bruce Ackerman

en Louisiana, de 31.6% a 60.8%; en South Carolina, de 37.3% a 54.6%; y en Mississippi, de 6.7% a 66.5%. Ver: “U.S. Census Bureau, Statistical Abstract of the United States: 1970”, En: <http://www2.census.gov/prod2/statcomp/documents/1970-05.pdf> p.369. Dados estos sucesos, la administración de Nixon pudo haber declarado que el Act habría cumplido con su misión y que podría dejarse al fin de este periodo de cinco años. Pero, en su lugar, la Administración propuso una renovación de cinco años. No menos importante, la Administración de Nixon dirigió la nacionalización del alcance del Act para rodear todos los estados de la Unión. Ver: GRAHAM. Nota 119, *supra*. p. 335. Esto incrementó increíblemente los altos valores en que se fundaba el estatuto, dejando claro que no se trataba de un elemento pasajero en una región vendetta, sino de un compromiso fundamental con una amplia base, y burocráticamente efectivo, en pos de la calidad en el voto.

¹⁵² El más notable déficit envolvió la segregación racial por escuelas, a lo que Nixon se opuso en 1968; ver nota 149, *supra*. y TAN 144, y continuó oponiéndose a lo largo de su presidencia, más notablemente designando cuatro nominaciones a la Corte que crearon una nueva mayoría judicial que hizo retroceder este tipo de segregación con *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974). Ver también: NIXON, Richard M. “Busing and equality of educational opportunity”. H.R. DOC. NO. 02-195. 1972. pp. 1-16. Aún así, las escuelas del sur continuaron des-segregándose durante del periodo de Nixon, alcanzando niveles más altos de integración que el Norte. Ver: HOFF, Joan. “Nixon Reconsidered”. 1994. pp. 89-90 (notando que la administración de Nixon se encontró a sí misma “generando un impresionante récord en des-segregación escolar”, disminuyendo las tasas del sur y nacionales a ocho y doce por ciento, respectivamente).

¹⁵³ La administración de Nixon empujó la acción afirmativa más allá de cualquier cosa contemplada por Andrew Johnson o Kennedy, especialmente en el área del empleo. Ver: GRAHAM. Nota 119, *supra*. p. 342.

¹⁵⁴ Ver: FONER. Nota 50, *supra*. p. 557-562 (describiendo el refugio durante los últimos años de la Administración de Grant); GILLETTE, William. “Retreat from Reconstruction 1869-1879”. 1979. pp. 25-55, 168-186.

Fue particularmente difícil para el movimiento el presionar al Presidente y al Congreso para que se embarquen en otro programa legislativo ambicioso, pues este generaría tensiones políticas severas que podrían romper a los dos partidos en miles de pedazos. Esto significaba que una gran parte dependería de las habilidades políticas de los líderes de los movimientos, especialmente de la mezcla de alto principio Gandhiano y política mediática de Martin Luther King Jr.

King planeó sus campañas sureñas con el fin de provocar horribles imágenes televisivas de brutalidad racial¹⁵⁵. Estas dramáticas imágenes causaron un *shock* en la conciencia nacional de una forma que las palabras nunca lo habían ni hubieran podido hacer, impulsando a los liberales raciales de ambos partidos a tomar en serio los derechos civiles¹⁵⁶.

Para aclarar este punto, King usó la política de los medios como una alternativa al movimiento-partido, como un motor para llegar a la alta legislación, y funcionó. Pero había peligros escondidos; King se estaba convirtiendo en un rehén de los cálculos del negocio de los medios: si los productores de televisión creían que los militantes negros hacían mejores emisiones, la versión no-violenta de King podría ser fácilmente cambiada por escenas de los motines de Watts. Si bien los movimientos-partidos también pierden *momentum* con el tiempo, no lo pierden tan rápido como los políticos mediáticos.

La ausencia del movimiento-partido también causó serios problemas para los votantes ordinarios. Si los estadounidenses no hubiesen aprobado la Décimo Cuarta Enmienda en 1866 o el *New Deal* en 1936, podrían simplemente haber botado al partido de la reforma constitucional del poder, y darle el gobierno al otro partido que buscaba preservar el antiguo régimen. Pero las cosas eran más complicadas en los 60: cuando los Demócratas sureños comenzaron con el bloqueo más largo en la historia del Senado en contra del Civil Rights Act de 1964, la cooperación del líder del Senado Republicano, Everett Dirksen, fue absolutamente crucial para cumplir con el requisito de la mayoría

calificada para terminar con el bloqueo y poder aprobar esta legislación clave¹⁵⁷. No obstante, si un "Republicano Moderno" como Dirksen o Nelson Rockefeller hubiese ganado la candidatura presidencial Republicana en 1964, los votantes no habrían tenido un panorama tan claro de sí-o-no como el dado por la nominación.

Pero, como se dieron las cosas, el candidato Republicano correcto llegó al frente en el momento correcto en el proceso de la alta legislación: Dirksen se unía a los Demócratas para aprobar el Civil Rights Act, Goldwater presentaba una clara decisión en 1964 y Richard Nixon apoyaba al nuevo régimen en 1968, consolidándolo después.

Y, sin embargo, pudo haber terminado de una manera muy diferente. Las esperanzas de la nación para un nuevo comienzo en las relaciones raciales pudieron haber sido opacadas por los motines, las peleas de los partidos y un *impasse* legislativo. La ausencia de un movimiento-partido le dio un peso extraordinariamente grande a ciertos actos de liderazgo político para impulsar al proceso a un sentido colectivo de resolución. La paradójica combinación de Earl Warren, Dwight Eisenhower, John Kennedy, Martin Luther King Jr., Lyndon Johnson, Everett Dirksen, Barry Goldwater y Richard Nixon había permitido al pueblo estadounidense organizar un proceso significativo en el cual podían debatir y decidir sobre su propio curso constitucional.

A pesar de los retos y tragedias, los estadounidenses habían logrado trascender a la irrelevancia de la política y el caos de la acción de masas, para afirmar su apoyo a una serie de estatutos claves que "le rompieron el lomo" a Jim Crow en este país.

La pregunta es si nos comportamos de igual manera con el menor reto de honrar estos logros colectivos admitiendo estos hitos en el canon constitucional del siglo XXI. Los partisanos de la Constitución formalista trivializan la era de los derechos civiles. Como hemos visto, el texto formal no lo resalta como un gran periodo de creatividad constitucional y, como lo ven ellos, eso es eso. En su lugar, nos cuentan una historia de tipo *Whig*

¹⁵⁵ Como King explicó en el *Saturday Review*, su propósito al organizar demostraciones no violentas en Selma, era provocar violencia y forzar a la nación a ser testigos de escenas de brutalidad por parte de la policía, y por tanto llamando a "Americanos de Conciencia" a "demandar la intervención federal y la legislación". LUTHER KING, Martin Jr. "Venid the Selma March". En: *Saturday Review*. 1965. p. 16; ver también KLARMAN. Nota 78, *supra*. p. 429; HAYER FLUCKER, Laurie. "The Making of a medium and a movement: National Broadcasting Company's Coverage of the Civil Rights Movement, 1955-1965". 1996 (tesis de doctorado inédito de la Universidad de Texas) (en expediente de la Harvard Law School Library).

¹⁵⁶ Ver: KLARMAN. Nota 78, *supra*. pp. 421-442.

¹⁵⁷ Ver, por ejemplo: GRAHAM, Hugo Davis. "Civil Rights and the Presidency". 1992. pp. 77-86.

caracterizando a los años 60 como una época donde apenas se cumplieron los compromisos constitucionales hechos un siglo atrás¹⁵⁸.

Mi propósito ha sido darle al *Common Law* las herramientas que permitirán a la profesión reconocer lo que realmente fue la Segunda Reconstrucción, uno de los más grandes actos de soberanía popular en la historia americana. Al negarlo de tal manera, los formalistas están adorando un altar hecho a John Wilkes Booth. No llegan a apreciar que fue la bala de Booth la que cambió el modelo estándar de liderazgo presidencial que había estado en el centro de las políticas constitucionales desde la era de Jefferson. Si Booth hubiese disparado mal en el Teatro Ford, la Constitución formal nunca se habría modificado para incluir las Cláusulas de Protección Igualitaria y Debido Proceso en la Décimo Cuarta Enmienda. En su lugar, los Republicanos habrían pasado los siguientes años pensando el significado constitucional de la ciudadanía y la igualdad a través de los estatutos claves y los superprecedentes judiciales.

En otras palabras, es la década de 1860 y no la de 1960, la que representa una extrañeza histórica en el desarrollo constitucional. La era de los derechos civiles fue simplemente una variación del gran tema del liderazgo presidencial, con apoyo de un movimiento, para el cambio constitucional en nombre del Pueblo. Los hitos legales que vienen de este momento de soberanía popular no deberían ser denigrados solamente porque llegaron como estatutos y no como enmiendas formales.

Para estar seguros, los principios líderes del Civil Rights Act de 1964 podían ser rechazados por una mayoría simple del Congreso, si eran apoyados por el Presidente. Pero esto también es cierto de *Marbury v. Madison*: una mayoría nacional suficientemente determinada podría decisivamente romper con la práctica actual de revisión judicial. Sin embargo, este aspecto formal no le

quita a *Marbury* un lugar canónico en nuestra tradición. Como con *Marbury*, todos reconocemos que un asalto al Civil Rights Act, o al Voting Rights Act, no podría ocurrir sin un esfuerzo masivo comparable a las influencias políticas que crearon estos hitos en un primer lugar¹⁵⁹. Esto es todo mi argumento. No tengo interés alguno en construir un canon constitucional para la eternidad. Es lo suficientemente difícil definir uno que tenga sentido en el amanecer del siglo XXI. No me paro frente a ustedes con una bola de cristal: si alguna generación futura efectivamente hace el esfuerzo colectivo por rechazar a los estatutos claves de los años 1960, estarán viviendo en un mundo constitucionalmente diferente, y tendrán que definir un canon muy diferente para ellos mismos. Es suficiente para nosotros lo hacerle justicia a nuestro propio pasado y presente con un canon bueno para nuestros sucesores.

Mi última lección ve más profundamente los cimientos jurisprudenciales de mi propuesta, pero lo hago con un argumento más “de abogado”, basado en *Brown v. Board of Education*. Como hemos visto, el Senador Specter estuvo en lo correcto al llamarlo un superprecedente¹⁶⁰: cualquier abogado o juez que cuestione la legitimidad de *Brown* se autoexcluiría de la corriente jurisprudencial. Sin embargo, esta verdad poco controvertida es todo lo que necesito para explicar mi punto de vista: cuando consideremos los factores que llevaron a la canonización de *Brown*, encontraremos que apoyan igualmente la canonización de los estatutos claves de la década de 1960.

Llámenle mi argumento del “caballo y la carreta”, el cual comienza por notar el largo retraso que había antes de que *Brown* llegara al *status* canónico¹⁶¹. Fue en 1959, por ejemplo, que Herbert Wechsler desafió la legitimidad de *Brown* en una de las más famosas conferencias de Holmes¹⁶². La crítica de Wechsler fue leve, incluso tentativa, comparada con las extravagantes afirmaciones

¹⁵⁸ Ver: Lección Tres, *infra*.

¹⁵⁹ La reciente decisión del Congreso de extender el *Voting Rights Act* por *veinticinco* años es especialmente notable. Algunos republicanos conservadores hicieron campaña para que se realice una extensión de corto plazo, pero la Administración insistió en hacer un compromiso generacional, liderando al Congreso, extremadamente conservador, a dar apoyo a un estatuto que se habría convertido en una decisión histórica constitucional, así como fue sugerido por su nuevo título: Fannie Lou Hamer, Rosa Parks, y Coretta Scott King Voting Rights Act Reauthorization and Amendments Act of 2006, Public and Private Laws No. 109-246, 120 Statutes 577. La medida fue aprobada por una votación de 390 a 33 en la Casa Blanca, 152 CONG. REC. H5207 (2006), y de manera unánime en el Senado 152 CONG. REC. S8012 (2006); Ver también: HARRIS, Hamil R. y Michael Abramovich. “*Bush Signs Voting Rights Act Extension*”. Washington Post, 28 de julio de 2006. En: A3 (donde se detalla el entusiasmo de la administración por la medida, a pesar de la reticencia del Partido Republicano en la Casa Blanca).

¹⁶⁰ Ver: Nota 33, *supra*.

¹⁶¹ A veces los casos resultan canonizados al minuto de ser decididos: *Wickard* y *Darby* proveen ejemplos obvios. Pero estos casos fueron decididos en la fase final, o de consolidación, del *New Deal*: cuando *Brown* fue resuelto en la fase inicial de la era de los derechos civiles. Ver: ACKERMAN 2. Nota 24, *supra*. p. 373-375.

¹⁶² Ver: WECHSLER, Herbert. “*Toward neutral principles of Constitutional Law*”. En: Harvard Law Review 73. 1959. p.1.

constitucionales hechas en el Manifiesto Su-reño¹⁶³ X XIX. Sin embargo, estas preguntas de abogados generaron una ola de ansiedad profesional. Sólo un año antes, en su decisión acerca de Little Rock, la Corte había intentado silenciar el debate al establecer que era “suprema en la exposición... de la Constitución”, y que había llegado el momento de que todos los estadounidenses seguidores de las normas obedezcan sus decretos en *Brown*¹⁶⁴. Y, sin embargo, aquí había un profesor de derecho liberal, hablando desde lo más santo de lo santo en la facultad de derecho de Harvard, insistiendo que el debate debía continuar. Aunque la crítica de Wechsler provocó respuestas rápidas y poderosas de los defensores de *Brown* en la academia legal¹⁶⁵, el debate legal que le siguió sirvió para confirmar el punto básico de Wechsler: continuar negando *Brown* no era monopolio de un grupo de amargos segregacionistas, sino una opción seria para los profesionales. Y mientras esto fuera cierto, *Brown* no podría calificar como un superprecedente, en el sentido que le dio el Senador Specter.

Fue sólo como resultado de las exitosas políticas constitucionales de los años 60 que la profesión finalmente se movió más allá de las dudas de Wechsler. Para el momento en que Richard Nixon entró a la Casa Blanca, incluso los conservadores como William Rehnquist ya no estaban libres para expresar las dudas que los liberales como Wechsler habían voceado una década antes, al menos si deseaban conseguir la confirmación del Senado para llegar a la Corte Suprema¹⁶⁶. *Brown*, en pocas palabras, es un caso que implica la *canonización retroactiva*, y este es el punto que sirve de contexto para mi argumento del “caballo y la carreta”.

Ponemos a la carreta al frente del caballo cuando tratamos a *Brown* como un superprecedente sin

reconocer que la canonización de *Brown* es un producto de la misma dinámica de soberanía popular que creó los estatutos claves. Más precisamente, fue el movimiento-presidencia de Lyndon Johnson y Martin Luther King Jr. el que otorgó el poder del caballo que llevó a los estatutos claves a los libros, y fue la elección del “Republicano Moderno” Richard Nixon la que marcó el fin decisivo de la era *Plessy*. La canonización retroactiva de *Brown* fue sólo la carreta de la profesión legal creada en respuesta a la decisión conciente del pueblo americano de inaugurar una nueva era de justicia racial en el país.

La Corte de Warren reconoció este punto clave en la cima del movimiento-presidencia, pero se ha perdido importancia con el pasar del tiempo. El momento de la verdad de la Corte llegó en *Katzenbach v. Morgan*¹⁶⁷, decisión de 1966 que ratificó el Voting Rights Act. Como con el Civil Rights Act de 1964, el nuevo estatuto eliminó un precedente clave para la Corte Suprema, *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*¹⁶⁸, que había defendido a los exámenes de alfabetismo bajo la Décimo Cuarta Enmienda. Y, como con los Casos de los Derechos Civiles, la Corte estaba severamente dividida sobre las bondades de derogar a *Lassiter*; de manera comprensible dado que *Lassiter* había sido creada en 1959, no en 1883, y por lo tanto requería un revés institucional especialmente vergonzoso¹⁶⁹.

La Corte respondió ante este problema en la misma manera que en *Heart of Atlanta Motel* y *McClung*: ratificó su estatuto clave al crear un razonamiento que evitaba el repudio de su anterior decisión. Pero esta vez, la Corte no pudo esconder la pobreza de su doctrina de protección igualitaria escapándose con la Cláusula de Comercio del *New Deal*. Desde una perspectiva del *New Deal*, ratificar el nuevo Civil Rights Act bajo la Cláusula de Co-

¹⁶³ Ver: CONG. REC. 102. 1956. p. 4515 (“La injustificada decisión de la Corte Suprema en los casos de las escuelas públicas ahora está dando el fruto producido siempre que los hombres sustituyen el poder nudo por la ley establecida”).

^{xxx} Nota del Editor: del inglés “Southern Manifest”.

¹⁶⁴ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958). Para aumentar su esfuerzo de auto-canonización, la decisión de la Corte, ostentadamente, estrechó a *Brown* en el manto de *Marbury* y luego interpretó a esta última como una *supremacía judicial* fundadora. Ver: *Ibid.* Para un punto de vista disidente de *Marbury*, ver ACKERMAN. Nota 45, *supra*. pp. 196-97 (leyendo a *Marbury* a la luz de *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299 (1803)).

¹⁶⁵ Ver, por ejemplo: BLACK, Charles L. Jr. “Lawfulness of the Segregation Decisions”. *Yale Law Journal* 69. 1960. p. 421; POLLAK, Louis H. “Racial discrimination and judicial integrity: A reply to Professor Wechsler”. *University of Pennsylvania Law Review* 108. 1959. p. 1.

¹⁶⁶ Ver: SNYDER, Brad. “How the conservatives canonized *Brown v. Board of Education*” *En: Rutgers Law Review* 52. 2000. pp. 383, 414-46.

¹⁶⁷ 384 U.S. 641 (1966).

¹⁶⁸ 360 U.S. 45 (1959).

¹⁶⁹ *Lassiter* defendió unánimemente la constitucionalidad de los exámenes de literalidad, mientras estos sean administrados de manera justa. Las notas de la conferencia de *Morgan* sugieren que cinco jueces estaban preparados para invalidar *Lassiter*, pero que siete estaban preparados para defender el poder del Congreso, bajo la Sección 5, para que triunfe el entendimiento de la Corte sobre los límites de la cláusula de igual protección. Ver: “The Supreme Court In Conference”. 1940-1985. Nota 137, *supra*. pp. 827-828. Así como con *Heart of Atlanta Motel*, la Corte escogió el camino doctrinal que maximice el tamaño de mayoría judicial preparada para dar su apoyo en el estatuto histórico.

mercio era un tema sencillo, pero incluso el seguidor con visión más expansionista del *New Deal* hubiera tenido un problema con la noción de que “el comercio entre los estados” incluía la regulación federal de los derechos de voto. Y así, los Jueces se vieron obligados a tomar otra ruta doctrinaria, y una que miraba –aunque de manera imperfecta– al ámbito de extensión en el cual la Segunda Reconstrucción se estaba moviendo más allá de las nociones limitadas de la igualdad constitucional, heredada de la Primera Reconstrucción. Para expresar este punto, la Corte adoptó una lectura extensiva de la Cláusula de Cumplimiento de la Décimo Cuarta Enmienda, interpretándola como una cesión al Congreso del poder de aumentar los requerimientos constitucionales de protección igualitaria más allá de la jurisprudencia restrictiva de la Corte¹⁷⁰. La interpretación extensiva de *Morgan* ha sido, por supuesto, una fuente de perplejidad entre los comentaristas y cortes desde entonces¹⁷¹. Pero, felizmente, no necesito llegar a los detalles para tratar mi punto central, el que involucra al impacto de *Morgan* en el canon operacional. Cualquiera otra cosa que pueda o no significar, *Morgan* le dio a los abogados la noticia que debían darle un tratamiento respetuoso a los juzgamientos constitucionales expresados en el Voting Rights Act de 1965, incluso cuando éstos fueran incompatibles con la mejor interpretación judicial de la Cláusula de Protección Igualitaria de 1868. Esta decisión lleva a la canonización del estatuto clave, dejando que sus principios triunfen sobre los expresados en las enmiendas formales de la década de 1860.

Pero todo ha ido en bajada desde 1966. El retiro crítico comenzó con *Washington v. Davis*¹⁷². En este caso, la Corte de Burger, como es conocido, se negó a darle al Civil Rights Act de 1964 el *status* canónico que le había dado la Corte de Warren al Voting Rights Act. Y más recientemente, la Corte ha estado alejándose de *Morgan* en una serie de decisiones controversiales¹⁷³. Hablando como alguien que examina a las Cortes, no creo que la Corte de Roberts negará estos precedentes recientes a corto plazo.

Pero esta conferencia no ha sido sobre análisis de Cortes. Es la imagen que abre la batalla por los corazones y mentes de la siguiente generación, representada por los estudiantes de derecho de mi audiencia. Cuando llegue el momento de ejercer autoridad legal en nombre del Pueblo, tendrán que trabajar su propia narrativa maestra del pasado constitucional. Ustedes, y sólo ustedes, decidirán si enfatizar la Primera Reconstrucción, la que falló, mientras trivializan a la Segunda, la que fue exitosa. Ustedes, y sólo ustedes, decidirán si persistir con nuestro hábito actual de adorar a la Corte en *Brown* mientras ignoramos el aspecto de la decisión del pueblo americano de seguir el llamado de King y Johnson y apoyar decisivamente los estatutos clave de los años 1960.

Les pido que corrijan los errores de la Corte Suprema actual. Incluso si su generación no reconoce los logros de la Segunda Reconstrucción, el derecho constitucional nunca será un asunto mecánico. Jueces y abogados razonables siempre entrarán en desacuerdo sobre cuál es la mejor interpretación de los principios expresados en estatutos claves, y estarán en desacuerdo también acerca de cómo incluir el legado de la década de 1960 en la gran imagen del derecho constitucional estadounidense. No obstante, hay una gran diferencia entre un debate legal acerca del significado constitucional de igualdad que le da los roles principales al Congresista Bingham y al Senador Summer, y otro que reconoce el verdadero papel de Martin Luther King Jr. y Lyndon Johnson en la Constitución viva. Es la diferencia entre remitirnos a los grises de recuerdos de un pasado cada vez más lejano y ser testigos de las voces de una generación cuya lucha por la soberanía popular está acabando.

Pasaremos la antorcha de la Constitución viva a ustedes, con la esperanza que aún brille cuando ustedes se lo pasen a sus hijos mientras éstos se preparan para el desafío que es la ciudadanía estadounidense.

Bruce Ackerman

¹⁷⁰ Ver MORGAN, 384 U.S. p. 651 (nótese que la Sección 5 “es una concesión positiva del derecho legislativo autorizando al Congreso para ejercer su discreción determinando si es que es necesaria, y qué legislación se requiere, para asegurar las garantías de la Decimocuarta Enmienda”).

¹⁷¹ El trabajos importante se extiende más allá de las décadas; desde un artículo temprano, BURT, Robert A. “Miranda and Title II: A morganatic marriage”, *Supreme Court Review* 81. 1969., hasta el reciente ensayo: POST, Robert C. y Reva B. SIEGEL. “Equal Protection by Law: Federal antidiscrimination legislation after Morrison and Kimel”. En: *Yale Law Review* 110. 2000. pp. 441, 478.

¹⁷² 426 U.S. 229 (1976).

¹⁷³ Ver, por ejemplo: *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 527–28 (1997) (“Hay un lenguaje, en nuestra opinión, en *Katzenbach v. Morgan* que expande los derechos contenidos en el primer numeral de la Decimocuarta Enmienda; no obstante, ésta no es una interpretación necesaria, ni siquiera la mejor”). Para una opinión reveladora basada en una teoría constitucional de momentos, ver: HOY, Serena J. “Interpreting Equal Protection: Congress, the Court, and the Civil Rights Acts”. *Journal of Law and Politics* 16. 2001. p. 381. Para otra investigación, y fundamentalmente compatible, crítica, ver POST y SIEGEL. *supra* 171 p. 478.

III. TERCERA LECCIÓN: LA CONVERSACIÓN ENTRE GENERACIONES

La Constitución, ¿es una máquina o un organismo? Estas metáforas son las que, de manera antagonista, han dominado el pensamiento constitucional en diferentes siglos. Nuestros “iluminados” fundadores nos regalaron una máquina que podría haber funcionado perfectamente por siempre si tan sólo hubiéramos seguido las instrucciones detalladas en el manual de operación¹⁷⁴.

Pero este sueño fue terriblemente destrozado por la Guerra Civil, y cuando los republicanos de la Reconstrucción cambiaron las instrucciones de operación de la máquina, sus enmiendas constitucionales se vieron fuertemente influenciadas por las realidades sociales y políticas que habían intentado cambiar. El inmenso esfuerzo hecho por los republicanos con el fin de transformar las relaciones interraciales mediante formalismos constitucionales resultó en un miserable fracaso.

El momento era perfecto para las críticas y evaluaciones intelectuales, por lo que las universidades americanas lo aprovecharon. Por primera vez en su historia, Harvard y Columbia se estaban convirtiendo en centros de educación seria, tanto de pre como de postgrado, uniéndose en su admiración por el *Wissenschaft* alemán a universidades como la de Chicago o John Hopkins.

Ello tuvo profundas consecuencias sobre el pensamiento constitucional. La tesis doctoral de Woodrow Wilson en la Universidad de John Hopkins, “Gobierno Congresional”, claramente le declaró la guerra a la antigua metáfora de la máquina. “Los periódicos del *Federalista*”^{xxx}, explicó, “fueron escritos con el fin de influenciar tan sólo a los votantes de 1788; (sin embargo), debido a una extraña y persistente longevidad del poder, aún le dan forma al criticismo constitucional actual, escondiendo así gran parte del desarrollo constitucional que ha ocurrido desde entonces”¹⁷⁵. Hablando en nombre de su generación académica, Wilson estaba decidido a ponerle fin a la adoración hacia los ancestros. “La gente sería debería dejar de quedarse en la Constitución “literal”¹⁷⁶ y concentrarse en la evolución orgánica de los patrones de autoridad del mundo real”¹⁷⁷.

El libro de Wilson tuvo gran éxito, contribuyendo así con las críticas organísticas que Holmes y Thayer estaban desarrollando en la pequeña isla académica que era la Facultad de Derecho de Harvard¹⁷⁸. Para estos padres fundadores del pensamiento constitucional moderno, era la Teoría de la Evolución de Darwin, y no las Teorías de Newton, la que les daba la clave hacia el resto del universo. Sus esfuerzos fueron así, pues, tan sólo una pequeña parte del gran proyecto intelectual de colocar al desarrollo humano en su contexto evolutivo¹⁷⁹.

¹⁷⁴ El profesor Michael Kammen provee el tratamiento histórico más comprensivo de la metáfora de la máquina en KAMMEN, Michael. “A Machine That Would Go Of Itself: The Constitution In American Culture”. 1986. Su libro también reconoce el surgimiento de la crítica al Organicismo, *Ibid.* pp. 154-184, pero falla en apreciar su carácter fundamental, notándose vagamente que el acercamiento organista “que, habiendo alcanzado su apogeo durante el cuarto de siglo después de 1890, no ha desaparecido todavía.” *Ibid.* p. 170.

^{xxx} Nota del Editor: serie de periódicos (ensayos) destinada a argumentar en favor de la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁷⁵ WILSON, Woodrow. “Congressional Government 30”. Johns Hopkins University Press. 1981. (1885).

¹⁷⁶ Ver: *Ibid.* (“La Constitución en operación es manifiestamente distinta de la Constitución en los libros”). Wilson fue influenciado por el innovador trabajo de Walter Bagehot, *The English Constitution*, publicado en 1867: “Un observador que ve la realidad actual se asombrará ante el contraste con la descripción escrita. El verá, en la realidad, mucho que no está en los libros, y no encontrará en la práctica rudimentaria muchos refinamientos de la teoría literaria”. *Ibid.* (Citando a BAGEHOT, Walter. “The English Constitution”. Quinta edición. Oxford University 2001).

¹⁷⁷ Nótese el uso de metáforas orgánicas de Wilson en su declaración académica de independencia de los *Federalist Papers*: Es, por tanto, la difícil tarea de alguien que ahora escribiera práctica y críticamente de nuestro gobierno nacional para escapar de teorías y comprometerse con los hechos, no dejándose confundir por el conocimiento sobre lo que un gobierno estaba destinado a ser, o ser llevado hacia conjeturas sobre en qué podría, algún día, convertirse, pero luchando por aferrarse a sus fases presentes y *por fotografiar el delicado organismo en todas sus partes características de manera exacta a como es en la actualidad*, comprometiéndolo los temas más arduos y dubitantes porque debe ser ingresado sin la guía de los escritores de autoridad reconocida. *Ibid.* (el énfasis ha sido agregado).

¹⁷⁸ Holmes adopta explícitamente una postura evolucionista en su famosa denuncia de lógica legal en el *Common Law*, en la cual escribe: “La ley encarna la historia del desarrollo de la nación a través de varios siglos, y no puede ser abordada como si sólo contuviera axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber qué es, debemos saber qué ha sido, y qué tiende a ser... La sustancia del derecho en cualquier momento, encuentra correspondencia, hasta cierto punto, con lo que entonces es entendido como conveniente; pero su forma y su maquinaria, y el nivel que es necesario para obtener resultados deseados, depende mucho en su pasado”. HOLMES. *supra* 46. pp. 1-2 (el énfasis ha sido añadido). Como se aclarará, apruebo la porción en cursiva de la declaración de Holmes. El Organicismo también se hace evidente en los trabajos del profesor James Thayer. Ver, por ejemplo: THAYER, James Bradley. “A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law”. Boston. Little, Brown, & Co. 1896; THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review* 7. 1893. p. 129.

¹⁷⁹ Ver: WILSON, Woodrow. “Constitutional Government In The United States”. Transaction Publishers 2002. 1908. pp. 54-55 (El gobierno de los Estados Unidos estaba construido sobre la teoría del *Whig* de las dinámicas políticas, que era una especie de copia inconciente de la teoría de Newton sobre el universo. En la actualidad, cuando se discute la estructura o desarrollo de algo, sea en la naturaleza o en la sociedad, conciente o inconcientemente seguimos al señor Darwin, pero antes de Darwin, ellos siguieron a Newton”).

Dentro de este nuevo mundo académico, Madison no era más que una patética figura¹⁸⁰. Podrá haberse creído el inventor de una nueva ciencia gubernamental, pero su Constitución apenas había conseguido detener el desarrollo americano en un momento histórico particularmente perjudicial. Deludido por Montesquieu, Madison había asumido que la Constitución Británica¹⁸¹ estaba basada en la separación de poderes cuando, en realidad, Gran Bretaña ya estaba en el proceso de evolucionar en la dirección de algo mucho mejor: el gobierno parlamentario moderno con un poder concentrado en la Casa de los Comunes. Desde el punto de vista de finales del siglo XIX, no había punto de comparación entre los vibrantes debates de Gladstone y Disraeli en la Casa de los Comunes, y los intercambios insultantes entre el presidente Chester Arthur y los barones del congreso en los Estados Unidos de la Era Dorada. Sin los límites de una Constitución escrita, los británicos tuvieron éxito al expandir el sufragio en épocas en las cuales la Decimoquinta Enmienda de la Constitución estadounidense parecía estar convirtiéndose en lengua muerta. ¿Podría existir la duda, entonces, de que la evolución orgánica, y no la operación mecánica, era el camino hacia el futuro?¹⁸²

Para el cambio de siglo, el estrellato de Madison había caído tan bajo que cuando el salón de la fama abrió, en el año 1900, para honrar a los grandes gobernantes del pasado, él fue ignorado¹⁸³. Fue

recién en 1913, aunque de manera paradójica, que empezó a recuperar su reputación; sus obras ayudaron a Charles Beard en su famoso proyecto de enterrar por fin las ideas de los fundadores¹⁸⁴. Parece difícil de creer hoy, pero el *Federalista 10* no fue considerado entonces uno de los mayores logros de Madison; después de todo, efectivamente es sólo un artículo de periódico escrito de manera apresurada durante la campaña de ratificación de Nueva York. Buscar artículos de periódicos en archivos ya casi olvidados era precisamente el negocio del Profesor Beard, un historiador profesional. Así, en sus manos, el *Federalista 10* se convirtió en evidencia perfecta para refutar los mitos hagiógrafos del pasado. Ahí estaba, claramente, el orgulloso alarde de Madison de que la nueva Constitución suprimiría “el furor de la moneda en papel, para una abolición de las deudas, para una división igualitaria de la propiedad o para cualquier otro proyecto impropio o malévolo”¹⁸⁵. El Profesor Beard había tomado el importante paso más allá de Wilson: la máquina de los fundadores no sólo era obsoleta, sino que originalmente había buscado frustrar las aspiraciones de justicia social de una sociedad moderna y democrática¹⁸⁶. La tarea para abogados, jueces y americanos con una mente clara era obvia: había llegado el momento de moverse más allá de la adoración a los ancestros y comenzar con la dura labor de adaptar los anticuados arreglos constitucionales a las nuevas necesidades de la era moderna.

¹⁸⁰ Douglass Adair describe con agudeza el deterioro y declive de Madison: Madison era todavía “padre” de la Constitución después de Appomattox por esas etiquetas originadas en los libros de texto, y que parecían imposibles de erradicar; pero fue un padre tratado de manera irrespetuosa —uno por el cual ser disculpado— por lo más autorizados comentaristas que escribieron en *The Federalist* y la Constitución entre la Guerra Civil y el fin del siglo diecinueve. La biografía más extensamente leída en este periodo, la de Gay, lo trató con desprecio; Henry Adams, en la gran historia de la administración de Madison, grabó su retrato del Presidente con una ácida ironía. Henry Cabot Lodge, P.L. Ford, y Goodwin Smith, en el proceso de edición de *The Federalist*, robaron —la palabra es exacta— doce ensayos escritos por Madison y se los atribuyeron a Hamilton, a quien todos estos editores consideraron como el más grande de los *Founding Fathers*. ADAIR, Douglass. “The Tenth Federalist Revisited”. En: COLBOURN, Trevor (editor). “Fame and the Founding Fathers”. 1974. pp. 79-80 (citas omitidas).

¹⁸¹ Holmes comenta sobre las caracterizaciones de Montesquieu: Inglaterra (de Montesquieu), la Inglaterra de la triple división de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, fue una ficción inventada por él mismo, una ficción que desencaminó a Blackstone y a Delome... “Viviendo al otro lado del Atlántico, y engañado por las doctrinas aceptadas, los agudos estructuradores de la Constitución Federal, aún después de prestar la más afilada atención, no previeron al Primer Ministro como el ejecutivo principal de la Constitución británica y el soberano del mecanismo”. HOLMES, Oliver Wendell. “Montesquieu”. En: *Collected Legal Papers*. pp. 250, 263. 1920. (Citando BAGEHOT. Nota 176, *supra*. p. 53). La severa opinión de Holmes se ha sostenido a través de la prueba del tiempo. Ver: SHACKLETON, Robert. “Montesquieu: A Critical Biography”. 1961. pp. 300-301 (describiendo los malentendidos de Montesquieu).

¹⁸² Tal como lo dijo Woodrow Wilson, comentando en un libro de Henry Cabot Lodge: El señor Lodge está en lo cierto cuando dice que la Convención, adaptando, mejoró sobre la Constitución Inglesa con la cual sus miembros estaban familiarizados, —la Constitución de George III y Lord North—... No obstante, podría difícilmente ser dicho con igual confianza que nuestro sistema, así como fue hecho (en 1788), representó un avance sobre aquel esquema de gabinete gubernamental que reta la admiración del mundo actual, aunque haya sido, simplemente, un marcado avance sobre un parlamento de nominaciones reales y pensionarios y un gabinete secreto de “amigos de los reyes”. WILSON. Nota 175, *supra*. pp. 200–201. La admiración de Thayer por el estilo británico de gobierno es evidente en su famoso ensayo sobre los orígenes y naturaleza del constitucionalismo Americano. Ver: THAYER. Nota 178, *supra*. p. 138. (proponiendo que un sistema sin revisión judicial requeriría que la legislatura considere más seriamente si las leyes propuestas son inconstitucionales); *Ibid.* p. 155 (sugiriendo que las legislaturas de los países con constituciones no escritas son más respetuosas de sus derechos privados).

¹⁸³ Ver: ADAIR. *supra*, 180. p. 80.

¹⁸⁴ Ver: *Ibid.* pp. 86-87. La particular contribución de Beard fue, por supuesto, su crítica materialista sobre *The Founding*. Ver: BEARD, Charles A. “An Economic Interpretation of the Constitution of the United States”. Tercera Edición. Transaction Publishers. 2003. p. 1913.

¹⁸⁵ ROSSITER, Clinton (editor). “The Federalist 10”. 1961. p. 84. (James Madison).

¹⁸⁶ Ver: BEARD. Nota 184, *supra*. pp. 152-83.

Para cuando el libro de Beard se convirtió en una sensación, Wilson ya era presidente; por su parte, Holmes y Brandeis estaban en la Corte desafiando las ortodoxias del siglo XIX. Aun así, fue sólo con el *New Deal* que el nuevo organicismo triunfó de manera decisiva en nuestro derecho constitucional. Esta campaña de Roosevelt tomó su inspiración de precedentes británicos. El presidente recordaba vívidamente los días de su juventud, días en que el gobierno de Asquith en Gran Bretaña había buscado aplicar una forma moderna del liberalismo, con énfasis en la justicia social, sólo para terminar siendo vetada por la Casa de los Lores¹⁸⁷. El primer ministro Asquith se rehusó a retroceder e insistió en que tenía la autoridad democrática de privar a los Lores del derecho de veto sobre su plan de redistribución de la riqueza británica. Asquith solucionó la crisis que siguió a esta decisión, obteniendo una promesa del rey de colmar a la Cámara de los Lores con los suficientes miembros liberales como para forzar a los ya presentes a renunciar a su veto¹⁸⁸.

En los ojos de Roosevelt, lo hecho por Asquith servía como un precedente de gran influencia. La Corte Suprema era el equivalente estadounidense a la Cámara de los Lores y su obstruccionismo podría ser resuelto mediante una forma transatlántica de “colmar de Lores”¹⁸⁹. Cuando se terminó la batalla, la constitución estadounidense finalmente terminó de manera muy similar al caso británico: Roosevelt, como Asquith, no tuvo necesidad de llevar a cabo su amenaza de colmar la Corte¹⁹⁰. Así, la Corte Suprema se adaptó orgánicamente al desarrollo del liberalismo moderno al canonizar la

visión constitucional del *New Deal* en superprecedentes como *Wickard* y *Darby*. La era de las enmiendas mecánicas había llegado a su fin¹⁹¹. Mientras Estados Unidos emergía de la Segunda Guerra Mundial, las semillas plantadas por Wilson y Beard, por Holmes y Brandeis, habían crecido, convirtiéndose en un gran bosque de casos y comentarios legales. Para la gran mayoría de pensadores líderes –Frankfurter y Bickel, Hand y Wechsler, Jackson y Hart– quedaba claro que los fundadores ilustrados y sus sucesores de la Reconstrucción habían fallado al no anticipar, y mucho menos controlar, las engañosas dinámicas de la historia estadounidense. Como es conocido, el Juez Jackson afirmó en *Barnette*, en el amanecer de la era moderna, lo siguiente¹⁹²:

“La tarea de traducir las majestuosas generalidades del Bill of Rights, concebidas como parte del sistema del gobierno liberal del siglo XVIII, a restricciones concretas hacia los oficiales que lidian con problemas del siglo XX, puede perturbar nuestra autoestima. Estos principios crecieron en la tierra donde se produjo la filosofía en la que el individuo se encuentra en el centro de la sociedad, en la cual su libertad era obtenida mediante la mera ausencia de restricciones del gobierno, y en la cual a éste sólo podían serle confiados pocos medios de control y una ligerísima potestad de supervisión de los asuntos privados. Debemos trasplantar estos derechos a una tierra en la cual el concepto de *laissez-faire*, o el principio de no-interferencia, se ha marchitado, al menos en lo referente a lo económico, y donde los avances sociales se buscan mediante la integración de la

¹⁸⁷ Ver: LEUCHTENBURG, William. “The Supreme Court Reborn”. 1995. pp. 94-95. Franklin D. Roosevelt no parece haber obtenido bien sus datos, confundiendo esfuerzos por pasar a Home Rule Bill por Irlanda con el esfuerzo de Asquith por forzar a los Lores a aceptar el presupuesto de Lloyds George. *Ibid*.

¹⁸⁸ Ver: JENKINS, Roy. “Mr. Balfour’s Poodle”. 1954. pp. 102-103, 178-179.

¹⁸⁹ Ver: LEUCHTENBERG. Nota 187, *supra*. pp. 94-95. (notando recurrentes referencias al precedente británico en el gabinete de discusiones), eran comunes las referencias públicas a la controversia sobre La Casa de los Lores. Ver, por ejemplo: JACKSON, Robert H. “The Struggle For Judicial Supremacy”. 1941. p. 182. (“Intereses de propiedad... han venido a observar a la Corte Suprema como su casa de Lores y a creer que tienen un deber moral de controlar el refugiado veto”).

¹⁹⁰ Para una reinterpretación de la relación entre las tradiciones constitucionales inglesa y estadounidense en los últimos dos siglos, ver: WEILL, Rivka. “We the British People”. 2004 Public Law 380; y WEILL, Rivka. “Evolution vs. Revolution: Dueling Models of Dualism”. En: *American Journal of Comparative Law* 54. 2006. p. 429.

¹⁹¹ Con su testimonio en defensa del *court-packing* en las audiencias del Senado, el Assistant Attorney General Robert Jackson dudó sobre si cualquier conjunto de enmiendas formales podría “compensar el efecto de la actitud judicial reflejada en decisiones recientes”. *Reorganization of the Federal Judiciary: Hearings on S. 1392 Before the S. Comm. on the Judiciary*, 75th Cong. 43 (1937). Tal y como él lo planteó: “Podría ser posible que con más palabras se aclaren palabras, pero no es posible para las palabras cambiar una opinión”. *Ibid*. El énfasis en la adaptación orgánica es también un tema fundamental en su libro clásico que, como el periódico “El Federalista”, intenta una interpretación comprensiva del logro constitucional de su generación. Ver: JACKSON. Nota 189, *supra*. p.174 (“La Antigua Corte habría embestado a la propia Constitución al negarle la capacidad de adaptarse a las “varias crisis de asuntos humanos”. Los principales representantes de la Constitución, desde John Marshall hasta Oliver Wendell Holmes, han insistido siempre en que la fuerza y la utilidad de la Constitución parte del hecho que sus principios sin adaptables a los eventos cambiantes” (Citando a *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415 (1819).

¹⁹² *W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

sociedad con un control gubernamental expandido y fortalecido. Estas condiciones de constante variación le restan fiabilidad a los precedentes y nos moldean de formas que no elegimos de acuerdo con nuestro propio criterio. Aun así, actuamos de esta manera, no por la autoridad de nuestra competencia, sino por la fuerza de nuestros compromisos”¹⁹³.

Podemos ver ansiedad aquí, pero también una cierta confianza en un desarrollo judicial orgánico, nutrido por la tradición académica que, para ese entonces, databa ya de más de medio siglo (así como una tradición del *Common Law* con siglos de práctica). El organismo había triunfado sobre la máquina: si la Constitución iba a sobrevivir, los jueces no tendrían otra opción que usar su juicio para determinar qué tradiciones constitucionales podrían sobrevivir el trasplante a esta nueva “tierra” americana.

Tan sólo Hugo Black estuvo en desacuerdo. Había sido un acérrimo defensor, desde el Senado, del plan de colmar la Corte; pero Roosevelt lo nominó en 1937, en un ataque de resentimiento, cuando su iniciativa fue rechazada. El presidente quiso mostrar el desdén que sentía por sus oponentes mediante el impulso de un líder como Black a la Corte¹⁹⁴. Poco después de su confirmación, la reputación del Juez Black sufrió un gran revés. Fue forzado a hacer una confesión humillante en la radio nacional cuando su membresía vitalicia al Ku Klux Klan se hizo, repentinamente, de conocimiento público. A pesar de demandas furiosas que pedían la renuncia de Black, Roosevelt se negó a quitarle su apoyo: su nuevo juez significaba un sólido voto a favor de la legislación del *New Deal* y eso era suficiente por el momento¹⁹⁵. Nadie sospechó que los Estados Unidos estaban ganando

a un gran libertario civil, sin mencionar a un jurista escondido.

Pero el Juez Black los sorprendió a todos. Como autodidacta, había desarrollado sus ideas en un aislamiento espléndido del resto del pensamiento constitucional de su tiempo; fue el Protestantismo y no el Evolucionismo Darwiniano lo que sirvió de contexto intelectual a su filosofía constitucional. De haber permanecido como Senador, habría sido un loco constitucional gritando en el desierto, pero la suerte de su elección le había dado una plataforma para forzar al escéptico mundo legal¹⁹⁶ a confrontar su reaserción a la jurisprudencia mecánica.

Como se dieron las cosas, la versión del originalismo del Juez Black lo puso del lado correcto de la historia: con prácticamente nula ironía, opinaba que los Fundadores eran defensores enfáticos de la libertad del discurso político, partisanos comprometidos con el prorrateo legislativo y grandes creyentes de la “desegregación”¹⁹⁷ académica. Ningún historiador serio habría apoyado estas extravagancias, pero el siguiente ciclo de investigaciones, con el tiempo, sí respaldó la causa del Juez Black. Un creciente número de académicos como Gordon Wood y Eric Foner revisó la oscura imagen de los Fundadores que dejó la generación de Charles Beard. No negaron, claro está, que los fundadores federalistas le hubiesen temido a la redistribución¹⁹⁸ o que los Republicanos de la Reconstrucción creyeran en el libre mercado¹⁹⁹. Pero llamaron la atención, de manera exitosa, sobre los aspectos dejados de lado en el pasado constitucional; de manera más notable sobre el compromiso revolucionario de los fundadores con la soberanía popular y el compromiso radical de los republicanos de la Reconstrucción con la igualdad racial. Incluso si el Juez Black definió su

¹⁹³ Ibid. pp. 639-640.

¹⁹⁴ Ver LEUCHTENBURG. Nota 187, *supra* pp. 210-11 (“Lejos de buscar aplacar al congreso seleccionando una moderada... selección (de Roosevelt) de Black fue un acto desafiante simbólico... El senado era, aún más, un blanco para la venganza, toda vez que acababa de humillarlo en la Court-packing batalla. Dinald Richberg, un prominente New Dealer, confió, notó Clapper, que “Roosevelt estaba enojado y estaba determinado a darle al Senado el nombre que sería más desagradable para él, pero que no podría rechazar”).

¹⁹⁵ Ver: Ibid. pp. 188-199.

¹⁹⁶ Ver POUND, Roscoe. “Mechanical Jurisprudence”. *Columbia Law Review* 8. 1908. p. 605. (acercamientos mecánicos y despectivos al derecho).

¹⁹⁷ Comparemos, por ejemplo, a BLACK, Hugo. “A Constitutional Faith”. 1968. p. 49. (exponiendo los famosos conceptos absolutistas del Juez Black sobre la “libertad de expresión”), con LEVY, Leonard W. “Emergence Of A Free Press”. 1985; o comparemos a *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1, 8. 1964. (haciendo el reclamo extraordinario que el voto de un hombre era “un principio por el que se habría peleado tenazmente, y una convención constitucional establecida”), con GAZELL, James A. “One Man, One Vote: Its Long Germination”. *W.POL.Q.* 23. 1970. pp. 445, 462. (“Aunque los Fundadores y los que ratificaron la independencia conocían el sistema de representación por distritos, sólo una pequeña minoría lo favoreció...”). El Juez Black también estuvo de acuerdo con Brown, a pesar su relación problemática con la concepción general de la protección igualitaria en la reconstrucción. Ver: BICKEL, Alexander M. “The Original Understanding And The Segregation Decision”. *Harvard Law Review* 69. 1955. p. 69.

¹⁹⁸ Ver WOOD. Nota 47, *supra*. p. 626. (rechazando el materialismo de Beard, pero confirmando la relevancia de la interpretación progresiva de la Fundación); ver también: NEDELSKY, Jennifer. “Private Property And The Limits Of American Constitutionalism”. 1990.

¹⁹⁹ Ver FONER, Eric. “Free Soil, Free Labor, Free Men: The Ideology Of The Republican Party Before Civil War”. 1970. p. 11 (“El movimiento político en contra del esclavismo no fue simplemente una doctrina negativa... fue una afirmación de la superioridad de... una sociedad capitalista dinámica y en proceso de expansión...”).

originalismo mucho antes de que las visiones de estos académicos salieran a la luz alrededor de las décadas de 1960 y 1970, los nuevos historiadores colaboraron con su causa al desplazar el vigoroso rechazo del periodo Progresivo por un tratamiento más amable de los ideales y metas de los Fundadores.

La nueva historiografía, junto con la heroica defensa que hacía Black de la libertad y la igualdad, proporciona el contexto evolutivo para las afirmaciones judiciales más recientes de la antigua religión. Aunque los liberales se desesperen ante las decisiones reaccionarias de los Jueces Scalia o Thomas, no pueden olvidar –no importa cuánto traten– que Hugo Black fue el primer originalista de la Corte Suprema moderna. La conjunción Black-Scalia sugiere que existe más en el originalismo que la publicidad política de los Republicanos de derecha: ¿es quizá mejor ver a la Constitución como una máquina increíble que nos llevará al siglo XXI siempre que los jueces sigan las instrucciones al pie de la letra?

Una sugerencia similar estaba llegando del extranjero. Bajo gran influencia estadounidense, Alemania, Italia y Japón buscaron la salvación nacional post-guerra mediante el constitucionalismo escrito. Pero entonces el movimiento tomó vida propia, con la India, Francia, la Unión Europea, Europa del Este y Sudáfrica aceptando la revisión judicial como un componente base de sus sistemas de gobierno (los cuales eran muy diferentes).

Hace un siglo, los Holmes de Estados Unidos miraron hacia el extranjero para comparar el triunfo del desarrollo orgánico en Gran Bretaña con el trágico fracaso de la Reconstrucción en Estados Unidos. Sin embargo, hoy el mundo entero parece estar designando máquinas constitucionales para controlar y balancear el poder en nombre de los derechos humanos²⁰⁰. Es irónico que el Juez Scalia haya elegido este momento para advertirle a los abogados americanos sobre los peligros del tentador constitucionalismo comparado; la adopción de las constituciones escritas alrededor del mundo apoya claramente su argu-

mento de que el textualismo es jurisprudencia seria, y no sólo publicidad política²⁰¹.

Una cosa es que los sudafricanos o los alemanes sigan una constitución que se les entregó hace una década, o quizá hace medio siglo²⁰², y otra muy diferente es que los estadounidenses se aferren a un texto antiguo que falla al no considerar ninguno de los logros recientes de la nación. “Debemos darnos cuenta”, como Colmes mismo nos recuerda, que el desarrollo constitucional “no puede haber sido previsto completamente ni por sus más talentosos creadores. Fue suficiente que se dieran cuenta de, o esperaran, haber creado un organismo; ha tomado un siglo y mucho trabajo y esfuerzo de sus sucesores probar que habían creado una nación. Así, el caso ante nosotros debe ser considerado a la luz de toda nuestra experiencia y no meramente a la luz de lo dicho hace cien años”²⁰³.

El Juez Holmes escribió estas palabras en 1920, y es seguro que no han perdido fuerza ni vigencia en el 2006. No obstante, el ascenso de la visión de Black-Scalia en el último medio siglo, paradójicamente, ha hecho que estas palabras se tornen más controversiales. No será suficiente que la siguiente generación determine su destino jurisprudencial con una cita del Juez Holmes o del Juez Black; tendrán que crear su propia opinión. Y que será: ¿es la Constitución una máquina o un organismo?

Mi opinión es: “ninguna”. Ambas están bien a medias, y es hora de moverse más allá de estas semi verdades antagonistas y crear nuevos cimientos. El lado de Holmes está en lo correcto al insistir en que nuestros arreglos constitucionales han cambiado en maneras en que nuestros antecesores de los siglos XVIII y XIX no podrían ni siquiera haber imaginado. Pero el lado de Black también acierta al insistir en que los partidarios de Holmes han empaquetado esta percepción en una forma elitista e inaceptable. Desde los días de Holmes y Brandeis hasta los de Kennedy y Souter, los organicistas tomaron el método de adaptación del *Common Law* como guía –lentamente–; a pasos cortos, el

²⁰⁰ Ciertamente, muchos de estos esfuerzos mecánicos han fallado–Irak siendo el último en la larga lista de fiascos que se han dado desde la retirada de los líderes occidentales del control directo del tercer mundo. Pero esta sombría lista no debería desviar la atención de los exitosos esfuerzos hechos para estabilizar las democracias liberales mediante constituciones escritas.

²⁰¹ Hay un factor adicional: la generación actual de historiadores es más comprensiva con lo que pretendían los Fundadores y los grandes de la Reconstrucción que sus antecesores, seguidores de Beard, de la época progresiva. Ver: TAN *Supra*. pp. 178-184.

²⁰² Esto no significa que los alemanes, u otras destacadas cortes constitucionales, han adoptado algo parecido a la jurisprudencia mecánica del Juez Black o el Juez Scalia. Por el contrario, la interpretación teleológica es la técnica dominante. Ver: KOMMERS, Donald P. “The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany”. Segunda edición. 1997. p. 42 (describiendo el “acercamiento más amplio a la toma de decisiones” alemán); LERCHE, Peter. “Stil und Methode der Verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis”. En: 1 FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 333. Peter Badure & Horst Dreier editions. 2001.

²⁰³ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433. (1920).

juez del *Common Law* se da cuenta de los patrones cambiantes de la sociedad y mantiene la ley a tono con la vida. Este *Common Law* es comprensible, dado el papel central de esta tradición en nuestra cultura legal. Sin embargo, no le hace justicia a la crucial importancia de la soberanía popular en el desarrollo constitucional²⁰⁴.

La tradición del *Common Law* fue creada por jueces y para jueces. Mientras que las versiones modernas alientan a los jueces a entablar diálogos complejos con sus muchos públicos, ésta se mantiene firmemente asida al sitio del conductor. Dentro de este contexto, una decisión de la Corte, como *Marbury* o *Wickard* o *Brown*, se torna en un superprecedente cuando es afirmada y reafirmada por generaciones de jueces a pesar de los cambios sociales de los tiempos²⁰⁵.

Este acercamiento permite la adaptación y tiene un lugar importante en nuestro desarrollo constitucional. Pero su carácter centrado en el juez puede aminorar la importancia central de la soberanía popular. El lado de Holmes no busca determinar cuándo ha hablado el Pueblo, qué tuvieron que decir o cómo estos actos de soberanía popular pueden permanecer relevantes en un mundo cambiante. Pregunta, en cambio, qué fue lo que dijeron los jueces en el pasado, qué juicios se han mantenido a través del tiempo, y cuáles requieren más adaptación judicial para mantenerse vigentes con los cambios sociales²⁰⁶.

En contraste, el lado de Black está en lo correcto al insistir que la autoridad de la Constitución está generada por el compromiso conciente de Nosotros, el Pueblo. Y, sin embargo, el estrecho enfoque de los partidarios de Black respecto del mecanismo de enmienda formal descrito en el artículo V da un giro anacrónico a sus profesiones de fe. Mientras se habla sin parar de la primacía de la soberanía popular, se trivializan los textos centrales del siglo XX que codifican los grandes triunfos de la política constitucional moderna. En lugar de interpretar estos estatutos y superprecedentes claves con atención, debaten sin parar sobre el

significado de cualquier mera anotación hecha en la Fundación o la Reconstrucción.

Hemos alcanzado, entonces, mi momento prometido de semi verdad, o mejor dicho, semi verdades: el lado de Hugo Black celebra el principio de la soberanía popular pero trivializa los logros modernos del pueblo estadounidense. El lado de Oliver Wendell Holmes reconoce que la Constitución viva se ha transformado y ha avanzado mucho más allá de la Fundación y la Reconstrucción pero trivializa el principio de la soberanía popular.

He intentado ofrecer una salida; si expandimos el canon del siglo XXI para añadir textos decisivos del *New Deal* y la era de los derechos civiles a aquellos de la Fundación y la Reconstrucción, ya no tenemos que escoger entre el acercamiento antiguo a la soberanía popular y el acercamiento moderno centrado en la corte. Al expandir el canon, la profesión puede desarrollar el sentido contemporáneo de nuestra Constitución luego de confrontarse con todos los grandes textos legales creados por todos los grandes actos de soberanía popular en nuestra historia. Al tomar este paso, los abogados les darán la oportunidad a todos los demás ciudadanos de definir su propio lugar en una tradición constitucional evolutiva que no terminó con la Fundación, o la Reconstrucción, pero que continuará hasta el fin de la República.

Un esfuerzo profesional por redefinir el canon también será recompensado cuando se estén resolviendo casos. A pesar de las protestas que dicen lo contrario, ni los partidarios de Black ni los de Holmes practican lo que profesan. Aunque los mecanistas pretenden que se puedan crear decisiones convincentes basadas exclusivamente en textos de los siglos XVIII y XIX, impredeciblemente cambian de opinión cuando los precedentes contradictorios se tornan abrumantes. Al mismo tiempo, aunque los organicistas enfatizan el hecho de adaptar los precedentes existentes a las realidades contemporáneas, siguen –típicamente– alguna que otra cláusula para mantener

²⁰⁴ Ver de manera general BLACK. Nota 197, *supra*; SCALIA. Nota 40, *supra*.

²⁰⁵ El juez Alito elaboró esta teoría centrada en la Corte del superprecedente en sus audiencias. Ver: ALITO, Samuel. Nota 22, *supra*. p. 445. (“La sabiduría es clara en las decisiones hechas por Jueces anteriores que... eran académicos y concientes, por lo que cuando examinan una pregunta y llegan a una conclusión, creo que eso se merece un respeto considerable, y por supuesto, mientras más veces pase, más es el respeto que esta decisión se merece...”).

²⁰⁶ Los más destacados portavoces del enfoque del *common law*, en sus diversas variantes, parecen residir en Chicago. Ver: POSNER, Richard A. “Law, Pragmatism, and Democracy”. 2003. (argumentando a favor del pragmatismo judicial en la formulación de la doctrina); SUNSTEIN, Cass R. “One case at the time: Judicial minimalism on the Supreme Court”. 1999. (argumentando a favor del minimalismo judicial en la elaboración de la doctrina); STRAUSS, David A. “Common law constitutional interpretation”. *University of Chicago Law Review* 63. 1996. pp. 887, 879 (argumentando que el “enfoque del common law controla de manera más eficiente a los Jueces, es más justificable en términos abstractos que el textualismo o el originalismo, y provee un mucho mejor relato de nuestras prácticas”); ver también: KRONMAN, Anthony T. “Alexander Bickel’s philosophy of prudence”. *Yale Law Journal* 94. 1985. p. 1567.

en paz a los espíritus de los fundadores. Jueces en ambos lados demuestran mucho sentido común como para aferrarse a las dicotomías tan duras de sus filosofías rivales.

Sin embargo, ambos lados esconden sus concesiones mediante el uso de ficciones legales. Como lo dejó claro el profesor Lon Fuller en su clásico estudio; las ficciones legales no son solamente hechos falsos; son hechos falsos que “no están destinados a engañar”²⁰⁷. Bajo el viejo sistema, todos sabían que los Señores Doe y Roe no estaban demandando un desalojo y que lugares como Jamaica no estaban (como lo decía la ley de *Middlesex*) localizados en Cheapside. No obstante, estas ficciones ofrecían la única manera de lograr resultados aceptables dentro de una cultura legal formalista que se rehusaba a reformarse.

Es la misma enfermedad la que afecta actualmente al Derecho constitucional estadounidense. Nuestra ficción más importante implica el uso generalizado de los “mitos del redescubrimiento” para impedir, tanto a los partidarios de Black como a los de Colmes, obtener resultados poco razonables. Para comenzar, tanto los mecanistas como los organicistas creen que la Cláusula de Comercio de alguna manera legitima la expansión abrumadora del poder de regulación nacional desde la revolución del *New Deal*²⁰⁸, aunque observan esta ficción acerca de la Fundación por diferentes razones. Los mecanistas consienten este mito porque temen una reacción masiva contraria del pueblo si le declaran la guerra al Estado regulador moderno. Los organicistas encuentran el mito atractivo porque les da una posición de defensa frente a

los cargos de activismo judicial y les permite continuar con el trabajo duro de adaptar las obsoletas nociones de “comercio” de los Fundadores a las necesidades del siglo XXI.

Una similar unión por conveniencia se da cuando se trata de la revolución por los derechos civiles. Ambos lados convergen en que la propuesta Brown no sólo fue una buena decisión en 1954, sino también en que “separados pero iguales” *nunca* fue una respuesta constitucionalmente legítima al problema de la educación pública. Una vez más, los mecanistas están dispuestos a falsificar la complejidad de la interpretación original porque temen una reacción en contra si cuestionan a *Brown*²⁰⁹, y los organicistas están felices de usar a *Brown* como una plataforma hacia la mayor evolución de la jurisprudencia igualitaria apropiada para las volubles costumbres del siglo XXI.

Estos mitos del redescubrimiento existen en muchas variaciones, pero es más importante dar un paso atrás de los detalles y combinarlos. En esta historia, ahora convencional, los jueces vivieron un período oscuro a comienzos del siglo XX, que duró aproximadamente hasta 1937 en el caso *Lochner* y hasta 1954 en el caso *Plessy*²¹⁰. Durante este período oscuro, inexplicablemente la Corte no pudo entender el verdadero significado legal de las Cláusulas de Comercio, Protección de la Igualdad y del Debido Proceso. Luego vinieron los momentos *Whiggish* de la Ilustración: de manera milagrosa, los Jueces se destaparon los ojos para ver la verdad constitucional que había estado ahí todo el tiempo; es así como se ha conservado el mundo –básicamente– desde entonces²¹¹.

²⁰⁷ FULLER, Lon L. “Legal fictions”. 1967. Agradecimientos especiales a John Langbein por animarme a releer a Fuller.

²⁰⁸ En el relato mítico, la opinión del Presidente de la Corte, Marshall, en *McCulloch* es suficiente para establecer los orígenes regulatorios modernos del estado en la Fundación misma. Pero *McCulloch* no anticipó del todo las realidades contemporáneas, y eso ocupó un punto extremo en una conversación mucho más larga de inicios de la República. En efecto, la *Taney Court* estaba preparada para invalidar a *McCulloch*, si se les daba una oportunidad apropiada. Ver: MAGLIOCA. Nota 49, *supra*. pp. 71-73, 84-86; GRABER, Mark A. “Antebellum Perspectives on Free Speech”. 10 *William and M. Bill of Rights Journal*. 161. pp. 779, 808. 2002. De manera más extensa, desarrollo este tema en ACKERMAN. Nota 43, *supra*. pp. 34-57.

²⁰⁹ Respondiendo a este hecho tan vergonzoso, Michael McConnell trata de legitimar a *Brown* en el terreno originalista. Ver: MCCONNELL, Michael W. “Originalism and the desegregation decisions”. 81. *Virginia Law Review*. 947. 1995. pp. 1131-40. Pero este ejercicio de la teología originalista ha sido claramente refutado por Michael Klarman. Ver: KLARMAN, Michael J. “Brown, originalism, and constitutional theory: A response to Professor McConnell”. *Virginia Law Review* 81. 1881. 1995.

²¹⁰ La fecha de culminación de la era *Lochner* es un tema de debate interminable- el profesor Barry Cushman, por ejemplo, dice que es o 1934 o 1941, pero no 1937. Ver: CUSHMAN, Barry. “Rethinking the New Deal Court”. 1998. La fecha final de la era *Plessy* ha sido también discutida, con profesores como Michael Klarman y Lucas Powe persuasivamente sugiriendo que la era *Plessy* terminó al inicio de los años 60, no en los años 50. Ver: KLARMAN. Nota 78, *supra*. p. 381. (“Que la sola litigación no podía desagregar las escuelas ya quedaba claro en 1960...”); POWE, Lucas A. Jr. “The Warren Court and American Politics”. 2000. p. 178 (notando el disminuyente rol de la litigación en el movimiento de desagregación para 1962). Para cualquier propósito actual, éstos son sólo detalles. El punto clave es que la meta narrativa dominante tiene una estructura *Whiggish* –una era oscura produce la presente era de luz.

²¹¹ No espero que la *Roberts Court* busque retar este argumento de manera fundamental. El Juez Thomas ha incitado a sus colegas a repudiar el mito del redescubrimiento del Nuevo Trato. Ver: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 601 n.8 (1995) (donde concurre el Juez Thomas) (“Aunque yo pueda tener la voluntad de retornar al entendimiento original, yo reconozco que muchos creen que es demasiado tarde para emprender una re-examinación fundamental de los últimos 60 años”). Pero no hay indicación que cualquier otro Juez esté preparado a unírsele. Y mientras *Brown* mismo reconoce su problemático origen, la Reconstrucción, incluso el Juez Thomas no ha sugerido que se debiera impulsar un período de agonizante reevaluación por los originalistas. Pero Cf. McConnell. Nota 109, *supra*. pp. 1131-1140 (buscando de manera imposible de ubicar a *Brown* en la interpretación originalista).

Será difícil convencer a los jueces de dejar de lado esta meta narrativa. No es sólo suficientemente capaz de dejar que los partidarios de Black y Colmes continúen con su batalla por la supremacía de la mente legal. No es sólo lo suficientemente flexible para dejar que los jueces de ambos lados dejen de tomar decisiones que afecten al sentido común. También gratifica al ego: en esta historia, el problema con las eras de Lochner y Plessy era que la mayoría de jueces no tenían la sabiduría de tomar en cuenta las discrepancias enfáticas del Juez Colmes y del Juez Harlan. Pero ahora que los jueces modernos han aprendido la lección de estos grandes disidentes, pueden permitirse ignorar cualquier cosa que los historiadores legales serios y los politólogos puedan decir sobre los mitos reinantes del redescubrimiento.

Mi propuesta revisora, en contraste, pone al Pueblo, no a la Corte, en el centro del desarrollo constitucional; insiste en que los americanos ordinarios, liderados por figuras como Franklin Roosevelt y Martin Luther King Jr., han hecho la misma contribución constitucional que las generaciones lideradas por George Washington o Abraham Lincoln, y que la labor de la Corte Suprema es reconocer esto cuando le da sentido a la Constitución.

Cuando se trabaja con el canon expandido, la labor de la Corte Suprema no es ni defender la interpretación original del texto constitucional heredado de la Fundación y la Reconstrucción, ni ponderar sobre las complejas dificultades de la minoría traídas por el carácter elitista del constitucionalismo del *Common Law*. Su tarea es reflexionar sobre todos los principios que son parte del pueblo estadounidense, y usarlos como controles y balances sobre las pretensiones políticas del presente. Cuando la Corte destruye un estatuto, en nombre de Nosotros, el Pueblo de las generaciones pasadas, ciertamente fuerza a los políticos del presente a pensar dos veces antes de presionar en una dirección que amenace los compromisos fundacionales.

Pero el llamar a la intervención de la Corte antidemocrática, deja una gran pregunta: ¿Acaso los políticos de hoy han ganado una clase especial de autoridad que los del pasado sólo ganaron luego de una década o más de intenso debate público,

contestaciones institucionales y la decisión final del pueblo en las ánforas?

Generalmente hablando, la respuesta sería un obvio "no". La mayoría de los decretos ejecutivos simplemente no proceden de la deliberación sostenida típica de los grandes actos de soberanía popular. En el caso estándar, la revisión judicial es mejor entendida como un recurso crucial al organizar el diálogo entre las generaciones: al destruir un estatuto, los jueces están forzando a los estadounidenses de hoy a tomar en serio las visiones de las generaciones pasadas, y a pensar más antes de revisar los principios constitucionales afirmados por el pueblo de ayer.

Esto no es idolatrar a los ancestros. Mi propuesta de una conversación entre las generaciones está basada en un estudio realista de la vida contemporánea democrática. Como el estudio de la opinión pública abundantemente establece, la mayoría de estadounidenses tienen mejores cosas que hacer que seguir los *zigs* y *zags* del debate en Washington²¹². Están muy involucrados en muchos otros fines, desde ganarse la vida, hasta ir a las Ligas Menores de sus hijos, hasta seguir la voluntad de Dios, para darle sentido a sus vidas personales.

Esto deja un gran espacio para que los representantes políticos aprueben normas que nunca obtendrían el apoyo popular si el pueblo hubiese prestado atención seria. Mientras que existen reformas prácticas que podrían ayudar a mejorar la calidad de la participación en la política normativa²¹³, yo no sueño con un lugar perfecto en el cual la mayoría de los americanos se tornan en amantes de la política como tú o yo²¹⁴. La ciudadanía es sólo una de las muchas actividades que hace a este mundo interesante, y mucha se pierde, al igual que se gana, al sacar a cientos de millones de personas de sus vidas ordinarias y hacerlos formar parte de una batalla política de gran envergadura para definir el futuro del derecho estadounidense.

Es por una buena razón, entonces, que el típico votante estadounidense no ve a la típica elección estadounidense como algo que provee a los ganadores de una facultad para destruir los grandes

²¹² Ver: ACKERMAN y FISHKIN. Nota 125, *supra*. pp. 5-14.

²¹³ Ver: *ibid*.

²¹⁴ En contraste con mi posición, el profesor Roberto Unger parece endosar un ideal político que contempla un constante compromiso con las políticas enérgicas. Ver, por ejemplo: UNGER, Roberto Mangabeira. "Democracy realized: The progressive alternative". 1998. pp. 213-220.

logros históricos de pueblo estadounidense. Si una coalición política tiene esta ambición, no debería permitírsele cumplir estas metas mediante pequeños logros. Debería estar preparada para confrontar a las opiniones de la Corte Suprema que explican el porqué y cómo las iniciativas estatutarias ofenden los juzgamientos del pueblo del pasado. Debería requerirse que se dé un esfuerzo sostenido por ganar el apoyo de los estadounidenses si es que quiere revisar el legado constitucional. Sólo luego de esto, la coalición habrá obtenido la autoridad constitucional de pedir, en nombre del pueblo, que las cortes futuras integren nuevos estatutos y superprecedentes claves al legado constitucional evolutivo que pasará a generaciones futuras.

No espero mucho de mi propuesta. Si los académicos, y finalmente los jueces, construyen un nuevo canon constitucional, la profesión estará estudiando textos del siglo XX con la misma seriedad que le da a los antiguos; pero aún así, no llegaremos a una sola interpretación común del significado de estos textos que sea más clara que la que tenemos actualmente con un canon más restringido. Se mantendrá como facultad de la Corte ejercer el juicio y la prudencia para darle significado contemporáneo a los actos de soberanía popular del pasado.

A veces los Jueces cometen errores serios, pero estos deben ser vistos en una perspectiva más grande. La vida política está llena de patologías: los presidentes le piden al pueblo mandatos fuertes que luego no pueden sostener frente a la opinión pública; los senadores y congresistas alivian sus propios intereses; gurús de campaña invaden los espacios públicos con mensajes engañosos y divisivos, y los estadounidenses comunes se alejan disgustados por todos estos escándalos. En medio de todas las presiones en competencia, el Presidente y el Congreso a veces vacilan, a veces aprueban legislación seria que se esfuerza genuinamente por definir el interés público y a veces hacen que el país atraviese un precipicio moral. Puesto de manera simple, los Jueces son los únicos con el entrenamiento y la inclinación para mirar atrás a momentos pasados de soberanía popular y revisar las pretensiones de nuestros políticos elec-

tos cuando quisieron amenazar a estos logros del pasado²¹⁵. Al expandir el canon para incluir también al siglo XX, la profesión le dará a las cortes los recursos intelectuales necesarios para realizar la función de la revisión judicial en una manera más meditada.

Este esfuerzo legal para definir los logros del siglo XX también ayudará a clarificar nuestra situación constitucional actual. Desde el 11 de septiembre, hemos sido testigos de otro esfuerzo presidencial por obtener el apoyo del pueblo americano para una transformación básica de nuestros valores constitucionales en nombre de una "guerra contra el terror". No llegaremos lejos en entender este ejercicio si consultamos las categorías tradicionales del artículo V. Estos formalismos no logran visionar al rol presidencial en el proceso de revisión constitucional, menos aún en el rol que se desarrolló de manera orgánica desde la era de Thomas Jefferson hasta los días de Lyndon Johnson. Pero una vez que nos quitamos los anteojos formalistas, podemos empezar a tratar la situación actual influidos por el espíritu del último sermón, en el cual tratamos de obtener perspectiva legal sobre el movimiento de los derechos civiles comparando sus dinámicas institucionales con los ejercicios de soberanía popular más exitosos del pasado²¹⁶.

Recuerde el momento más importante: la soberanía popular no es asunto de un solo instante, es un proceso sostenido que pasa por una serie de fases, desde la fase inicial hasta los actos culminantes de decisión popular de consolidación. La primera pregunta no es si el movimiento Republicano de George W. Bush ya completó su revolución constitucional, sino si recién ha comenzado: ¿le ha señalado al pueblo estadounidense que ha llegado el momento de una reevaluación seria de la Constitución?

Mi respuesta es certera: "sí". El 11 de setiembre, por sí mismo, no constituyó esta señal, de igual manera que la caída de la bolsa no señaló sólo la necesidad del *New Deal*. Herbert Hoover tuvo tres años antes de la siguiente elección presidencial para demostrar que su propio enfoque era adecuado para la Gran Depresión. Pero falló, y fue la

²¹⁵ Alexander Bickel estaba exagerando cuando supuso que "los jueces tienen o deberían tener, la conveniencia, el entrenamiento, y el aislamiento para seguir el camino de los académicos al buscar los fines del gobierno". BICKEL, Alexander M. "The least dangerous branch". 1962. pp. 25-26. La mayoría de jueces que conozco están demasiado ocupados para ser estudiantes serios, pero están mucho más enterados de temas constitucionales que la mayoría de políticos que habitan el resto de nuestro mundo constitucional.

²¹⁶ Ver: TAN, *supra*. pp. 45-162.

elección de 1932 la que señaló el apoyo popular hacia una nueva agenda constitucional. Como Herbert Hoover, George W. Bush tuvo tres años para crear una respuesta de emergencia a esta inesperada gran crisis, pero esta vez los votantes no lo votaron. Ciertamente no ganó la elección de manera aplastante, ni obtuvo la mayoría del Congreso con los márgenes del *New Deal*. Pero con el control de tanto la presidencia como el congreso, la señal que salió de las elecciones del 2004 fue clarísima: si a los estadounidenses no les gustaba la “guerra contra el terror” que estaba siendo propuesta en su nombre, debían comenzar a preocuparse y hacer algo al respecto.

Estamos ahora en la etapa de propuestas: como en 1930, la Corte Suprema está comenzando a discutir aspectos de las iniciativas presidenciales que van contra interpretaciones constitucionales arraigadas, forzando a las ramas políticas a refinar sus propuestas revolucionarias²¹⁷. Al mismo tiempo, los Demócratas de oposición tendrán la oportunidad, tanto en el 2006 como en el 2008, de llamar al pueblo a rechazar o modificar las premisas básicas de esta “guerra contra terror”, del presidente²¹⁸.

El jurado aún no decide: después de todo, la presidencia de Reagan también señaló la necesidad de un cambio fundamental, pero finalmente no pudo conseguir el apoyo decisivo del pueblo estadounidense²¹⁹, y lo mismo podría pasar otra vez. No obstante, podría no pasar: la señal de 2004 podría culminar en la ratificación por el Pueblo de un régimen constitucional fundamentalmente nuevo que va más allá de la cuestión de seguridad nacional y redefine una serie de otros principios y prácticas.

Veremos.

Mi punto es que no vemos: los abogados estadounidenses se han vuelto ciegos a las realidades más obvias que confrontan como ciudadanos, y sólo porque el canon oficial, establecido por el artículo V, oscurece nuestra visión del cambio constitucional y nos previene de exponer el presente ejercicio de liderazgo presidencial al análisis legal.

Personalmente, rechazo la idea misma de que estamos peleando en una “guerra contra el terror”. Creo que sólo nos espera tragedia si el pueblo americano apoya esta noción perniciosa²²⁰. Pero mi opinión personal es una cosa, el derecho constitucional es otra, y como abogado les puedo decir que si el Partido Republicano continúa ganando el apoyo del Congreso y de la Presidencia hasta el 2012, se originará una revolución constitucional en este país²²¹.

Incluso si el presente ejercicio falla, y los defensores del orden establecido logran ganar el reto, ningún régimen constitucional dura para siempre. En algún momento del siglo XXI llegará el día en que nuestros representantes en Washington logren revolucionar nuestros ideales y prácticas constitucionales. La única pregunta es si el cambio vendrá mediante juegos de poder de arriba o mediante debate, batallas institucionales y decisiones desde abajo.

La respuesta final estará en las manos de los ciudadanos. Pero las historias que cuentan los abogados sobre nuestro desarrollo constitucional harán la diferencia, tanto en cambiar la percepción de los jueces, legisladores y Presidentes, cuanto en concretizar más el entendimiento público de la posibilidad democrática. Deshonramos a nuestros ciudadanos cuando les contamos la historia que trata a sus padres y abuelos como pigmeos en comparación con los gigantes constitucionales de un pasado que se aleja cada vez más. Deberíamos ofrecerles una visión de desarrollo constitucional que los invite a seguir los pasos de Franklin Roosevelt y Martin Luther King Jr., a soñar sus propios sueños y hacer sus propios *New Deal*, y construir un mejor Estados Unidos del siglo XXI. Quizá nuestros hijos y nietos estarán a la altura de este reto, quizá no. Pero les fallaremos si falsificamos nuestra rica herencia de auto-gobierno y les dejamos una parodia formalista.

* * * *

Entonces: en el análisis final, la Constitución viva, ¿es una máquina o un organismo?

²¹⁷ Tanto en *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), como *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), la Corte Suprema ha resistido a las afirmaciones agresivas del Presidente, en cuanto al poder en la “Guerra contra el Terror”, pero es demasiado pronto para saber cómo terminará.

²¹⁸ Estas conferencias se dieron originalmente en octubre de 2006. Ver: *Supra* 12.

²¹⁹ Ver: ACKERMAN. *Supra*. pp. 390-392

²²⁰ Ver: ACKERMAN, Bruce. “Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism”. 2006.

²²¹ Describo la revolución doctrinal que nos amenaza desde el horizonte en: ACKERMAN, Bruce. “The art of stealth”. London Review Books. 15 de febrero de 2005. p. a3. Para un punto de vista similar, ver: SUNSTEIN, Cass R. “Radical in robes”. 2005.

He rechazado la falsa dicotomía ofrecida por los lados de Black y Holmes. Pero estamos hoy en una posición de salir de este error e integrar los elementos mecánicos y orgánicos para llegar a una mejor interpretación.

Hablando de manera general, el argumento tratado en estas conferencias está basado en dos desarrollos orgánicos; uno es la conciencia política y el otro son las instituciones políticas. La conciencia es más importante: a través del siglo XX, ciudadanos ordinarios han comenzado a identificarse a sí mismos como estadounidenses primero y tejanos después. Esta transformación le ha dado mayor significado a cambios institucionales que desde hace ya mucho han superado las expectativas de los Fundadores, siendo lo más notable el ascenso de la presidencia, apoyado por movimientos y partidos, a una posición de liderazgo en el proceso legislativo²²². El éxito de Franklin Roosevelt y Lyndon Johnson al ganar el apoyo de la gran mayoría del pueblo para cambios constitucionales decisivos reflejaba y reforzaba la noción de que el pueblo de los Estados Unidos puede expresar su voluntad constitucional mediante las instituciones nacionales, y no sólo mediante el sistema federalista descrito en el artículo V.

Estos logros de la presidencia moderna son los que llevan a los precedentes cruciales que le dan forma al significado constitucional del presente –en el que George W. Bush busca ganar el mandato de la gente que eludió a Ronald Reagan–. También sirven como una plataforma para moverse más allá del método mecánico del artículo V del Juez Black de especificar actos de soberanía popular a un método más propio del *Common Law* de identificar estatutos y superprecedentes claves del siglo XX que merecen el estatus canónico.

Entonces, una apreciación del camino orgánico del desarrollo histórico es absolutamente esencial para adecuar la interpretación de la Constitución estadounidense mientras llega a su tercer siglo. Pero, al mismo tiempo, quiero enfatizar el significado resistente de la maquinaria Fundadora en darle forma al desarrollo de la Constitución viva.

Debe premiarse la separación de poderes y especialmente a la decisión de los Fundadores de establecer periodos en el poder: dos para el Congreso, cuatro para el Presidente, seis para el Senado y de por vida para la Corte Suprema.

Esto hace casi imposible para un partido conseguir controlar todos los niveles del poder en un solo momento, y le da un paso más deliberado a la revisión constitucional. Incluso si una u otra institución señala el inicio de una nueva agenda constitucional, siempre habrá al menos una más controlada por los partidarios del viejo régimen. El *point-counterpoint* entre las ramas transformadoras y las conservadoras es lo que le da significado al combate electoral de hoy en día, ya que cada lado le pide a sus votantes sacar a sus rivales de las posiciones de poder el día de la elección.

Este sistema dinámico de *checks and balances* coloca la carga de la persuasión en los partidarios de la nueva visión constitucional: deben seguir ganando elecciones lo suficiente como para obtener el control de las tres ramas, para lograr un cambio constitucional en la forma de estatutos y superprecedentes claves²²³.

Puedo predecir que la separación de poderes será el mecanismo central para la transformación constitucional en el siglo que viene. Quizá algún acci-

²²² En un artículo reciente, los profesores Daryl Levinson y Richard Pildes enfatizan de manera correcta la necesidad de que la teoría constitucional reconozca la centralidad de los grupos políticos en nuestro sistema de gobierno. Correctamente argumentan que esto requiere una revisión de la separación de poderes: las ramas operan de muy distintas maneras dependiendo en si están todas controladas por el mismo grupo político. Ver: LEVINGSON, Daryl J. y Richard H. PILDES. "Separation of parties, not powers". *Harvard Law Review* 119. 2006. pp. 2311, 2332-2334, 2338-2347. Mis argumentos, en este punto, contribuyen con tres ideas a aquellos elaborados en su sobresaliente ensayo. Primero, enfatizo cómo el dinámico movimiento de un control dividido a un control único, puede ser acompañado por un debate sostenido sobre, y una decisión popular que resuelva, materias importantes de principio constitucional. Segundo, este proceso dinámico de debate y decisiones difiere significativamente dependiendo de la identidad de la rama(s) que apoya el surgimiento del movimiento-agenda y aquellos que lideran la resistencia. Tercero, mientras los profesores Levinson y Pildes enfatizan que los grupos políticos americanos han diferido históricamente en el grado de su coherencia ideológica, ver: *ibid.* pp. 2332-2338, ellos no ubican estas diferencias en la dinámica del surgimiento y caída de los movimientos populares, o en las relaciones cambiantes de los movimientos a los grupos políticos a través del tiempo. En un nivel más fundamental, mi énfasis es en la separación de poder a través del tiempo, mientras que los profesores Levinson y Pildes se concentran en la manera que operan, en un único espacio de tiempo. Una vista satisfactoria debería incorporar ambas perspectivas. Este ensayo innovador de los profesores Levinson y Pildes debería ser un punto esencial en los trabajos futuros.

²²³ Los profesores Jack Balkin y Sanford Levinson también enfatizan la importancia de obtener todas las tres ramas del gobierno –y mantenerlas por un periodo de tiempo– en su teoría de revolución doctrinal. Ver: BALKIN, Jack M., y Sanford LEVINSON. "Understanding the constitutional revolution". En: *Virginia Law Review*. 1045. 2001. pp. 1066-1083. No obstante, su trabajo no distingue entre los grupos políticos en los cuales los movimientos juegan un mayor rol, y grupos políticos que son controlados por la acción instrumental de políticos menos ideológicos. En consecuencia, su teoría de "*partisan entrenchment*" falla en reconocer la importancia decisiva de aquellos infrecuentes casos cuando las tres ramas del gobierno son dominadas por un solo movimiento.

dente histórico lo hará fallar; quizá esto forzará a los protagonistas a hacer un esfuerzo desesperado para mejorar la anticuada máquina centrada en el Estado del artículo V. Cualquier cosa es posible –sucedió durante la Reconstrucción Republicana en el siglo XIX, y sucedió durante la era progresiva–, pero escenarios similares parecen improbables bajo las condiciones del siglo XXI.

En contraste, la máquina de la separación de poderes se mantiene firme en la práctica actual. Y, como muestra la historia, puede funcionar de muchas formas diferentes. Es el trabajo del Derecho constitucional analizar estas variaciones con cuidado. Estos casos estudiados otorgan puntos de referencia cruciales para diagnosticar la dinámica de las batallas políticas del futuro que buscarán crear nuevas leyes en nombre del pueblo estadounidense, dejando así a los abogados decidir, de manera profesional, si es que y cuándo es que el movimiento ha logrado señalar la necesidad de que el resto de estadounidenses tome su agenda constitucional seriamente, y qué tan exitoso ha sido al ganar apoyo amplio y decisivo para sus iniciativas.

La historia no se repite, pero es todo lo que tenemos, y es una fuente preciosa de precedentes constitucionales que podemos, de acuerdo con lo establecido en el *Common Law*, aplicar a nuestro pasado reciente y futuro cambiante. Cualquiera que sean las variaciones sorprendentes que ocurran el siglo por venir, una cosa puede estar segura: finalmente, todos los movimientos pierden impulso, y esto lleva al final del sentimiento de empresa común que permite al Presidente, Congreso y Corte generar ciclos de estatutos clave y superprecedentes que sobreviven en las diferentes generaciones. Mientras que los estadounidenses ordinarios se alejan de la política, los diferentes partidos

ganarán el control de las diferentes ramas gubernamentales, cada una con visiones diferentes del futuro estadounidense, encontrando diferentes defensores en el Congreso, el Senado y la Presidencia. En este punto, la separación de poderes hace posible que la Corte Suprema recuerde los logros del pasado reciente y los integre a nuestro legado constitucional²²⁴.

Pero no hay nada inevitable acerca de este proceso. La Corte puede, en cambio, decidir trivializar el pasado reciente y mistificar la sabiduría ancestral: ninguna máquina puede realmente forzar a los jueces a actuar como los guardianes de nuestra memoria colectiva. Esta es una tarea que necesita de reflexión legal continua, debate profesional profundo y decisiones judiciales meditadas. Incluso si la profesión desarrolla un canon constitucionalmente adecuado, este logro no será suficiente para sostener a la República mientras enfrenta a las sorpresas y *shocks* del siglo XXI. Si el futuro se parece en algo al pasado, se necesitará de revisión y renovación constitucional, y será la labor de los estadounidenses ordinarios el darse cuenta de la diferencia entre el demagogo y el estadista, y movilizarse para situar al gobierno en un camino seguro.

No obstante, a pesar de todas sus limitaciones, la revisión profesional del canon va a mantener a nuestra conversación constitucional en el buen camino. Con la ayuda de los abogados estadounidenses, los ciudadanos tendrán presente constantemente que la soberanía popular no ha sufrido una misteriosa muerte en la modernidad, sino que el pueblo estadounidense se ha mantenido como una fuerza activa que se gobierna a sí misma.

Y eso, mis amigos, es el comienzo de la sabiduría.

Bruce Ackerman

²²⁴ Para encontrar un trabajo innovador que explora la dinámica de la política que controla el grado de independencia judicial dentro del sistema de separación de poderes, ver ESKRIDGE, William. "Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions". En: *Yale Law Journal* 101. 1991. p. 331; ESKRIDGE, William. "Reneging on history? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game". *California Law Review*, 79. p. 613.1991; y ESKRIDGE, William y John FERREJOHN. "The Article I, Section 7 Game". En: *Georgia Law Journal*. 1992. p. 523.