

## DINÁMICA POLÍTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

María Sofía SAGÜÉS<sup>1</sup>

Profesora de Derecho Constitucional  
en la Universidad Católica Argentina  
mssagues@csjn.gov.ar; mssagues@gmail.com

*«Las decisiones de la Suprema Corte no son finales porque sean infalibles, pero son infalibles porque son finales».*

Justice JACKSON

Dedicado al Dr. Héctor FIX ZAMUDIO

### RESUMEN

*Los sistemas de control de constitucionalidad vigentes no son un fenómeno estático, sino que, por el contrario, adoptan un desenvolvimiento dinámico. En el caso del sistema de control de constitucionalidad de Estados Unidos de América, pueden verificarse mutaciones originadas en factores endógenos y exógenos que conllevaron el abandono de algunas reglas puras del control difuso y la adopción de algunas pautas propias del control concentrado. A este fenómeno se suma la dinámica en la argumentación constitucional adoptada por los tribunales. En Estados Unidos de América pueden identificarse tres estadios: a) jurisdicción denominada «estratégica», mediante el recurso a la interpretación originalista (Marbury v. Madison); b) jurisdicción denominada «aguerrida», con apoyatura en la teoría de la «living constitution» (Brown v. Board of Education I y II); c) jurisdicción denominada «tuitiva», con referencia a pautas interpretativas del orden internacional de los Derechos Humanos (Lawrence v. Texas).*

*Palabras clave:* Jurisdicción constitucional; Suprema Corte de Estados Unidos de América; Sistema difuso de control de constitucionalidad; Interpretación constitucional.

### ABSTRACT

*The current systems of judicial review are not a static phenomenon, but, on the contrary, they adopt dynamic developments. In the case of United States of America's judicial review, mutations had happened due to endogenous and exogenous factors, which implied the abandonment of some pure rules of the diffuse system and the adoption of some proper characteristics of the concentrated system. This phenomenon it is joined by the dynamic of the constitutional interpretation, adopted*

<sup>1</sup> Máster en Derecho, Universidad de Georgetown, profesora en cursos de posgrado en la Universidad Austral y en la Universidad de Buenos Aires.

by the Courts. In the United States of America it may be identified three stages: a) «Strategic» jurisdiction, with reference to originalist interpretation (Marbury v. Madison); b) «Aggressive» jurisdiction, with reference to «living constitution» theory (Brown v. Board of Education I and II); c) «Shielding» jurisdiction, with reference to interpretive rules of the international order of the Human rights (Lawrence v. Texas).

*Key words:* Judicial Review; United States of America Supreme Court; Constitutional Interpretation.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Die derzeit herrschenden Systeme der Verfassungskontrolle sind kein statisches Phänomen, sondern entwickeln sich vielmehr dynamisch. Im Falle der Verfassungskontrolle der Vereinigten Staaten von Amerika kann man Veränderungen feststellen, die sowohl auf interne als auch auf externe Ursachen zurückgehen. Hierbei wird die reine Lehre von der breitorientierten Verfassungskontrolle aufgegeben zugunsten der Annahme von Richtlinien zur konzentrierten Kontrolle. Zu diesem Phänomen gesellt sich noch die Dynamik der verfassungsrechtlichen Auslegung durch die Gerichte. In den Vereinigten Staaten kann man drei Stadien unterscheiden: a) Die sogenannte "strategische" Rechtsprechung, durch Rückgriff auf die ursprüngungsgemäße Auslegung ("Marbury v. Madison"); b) die sogenannte "abgehärtete" Rechtsprechung, unter Rückgriff auf die Theorie der "living constitution" ("Brown v. Board of Education" I und II); und c), die sogenannte "tuitive" Rechtsprechung, mit Bezug auf die Auslegungsgrundsätze der Rechtsordnung der Internationalen Menschenrechte ("Lawrence v. Texas").

*Schlüsselwörter:* Verfassungsrechtliche Rechtsprechung, Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika. System der breitorientierten Verfassungskontrolle, Verfassungsauslegung.

**SUMARIO:** I. LA DINAMICIDAD DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—II. MUTACIONES EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ESTADOUNIDENSE.—1. Control judicial de constitucionalidad.—2. Jerarquización en la interpretación constitucional de la Suprema Corte.—3. Hibridación del modelo.—4. Acentuación de la jurisdicción constitucional de la Suprema Corte y abandono de su jurisdicción legal.—5. Un salto hacia el orden internacional de los derechos humanos.—III. PERFILES DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.—IV. MARBURY V. MADISON: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESTRATÉGICA.—V. COOPER V. AARÓN: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AGUERRIDA.—VI. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL RECEPTORA DEL ORDEN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—1. El autismo en la interpretación constitucional.—2. Acercando la mirada hacia el orden internacional.—3. Génesis de la apertura.—4. Un primer avance: el caso *Lawrence v. Texas*.—5. Retrocesos en el período 2003-2004 de la Suprema Corte.—6. Retomando el camino.—a) La pena de muerte.—b) El caso *Roper v. Simmons*.—7. Nuevos cuestionamientos en la tutela judicial efectiva en la guerra al terror.—8. Evaluación.—VII. CONCLUSIÓN.

## I. LA DINAMICIDAD DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Tradicionalmente puede vislumbrarse en la teoría constitucional la existencia de diversos modelos de control de constitucionalidad, los cuales revisten una naturaleza particular, identificada sobre la base de elementos característicos propios. Así, pueden perfilarse y distinguirse nítidamente los aspectos particulares determinantes de la naturaleza de los sistemas difusos y concentrados de control de constitucionalidad, así como de las magistraturas respectivas<sup>2</sup>.

Por su parte, en el campo de la constitución material, los sistemas concretos de control de constitucionalidad vigentes en los diversos países no son un fenómeno estático, cristalizado en el tiempo sobre el anclaje de presupuestos inamovibles. Al contrario, reciben mutaciones y adoptan dinámicas a lo largo de su desenvolvimiento histórico. Las mutaciones pueden deberse a factores exógenos, tales como cambios o modificaciones gestadas por el poder constituyente derivado, o, incluso, el poder legislativo. Éste sería el caso de la creación de un Tribunal Constitucional para un sistema hasta ese momento difuso, o bien incluso la aparición de órganos dentro de la misma estructura del Poder Judicial, tales como salas constitucionales especializadas en el seno de la Corte Suprema. Otro supuesto sería la modificación legislativa o constitucional de pautas procesales de estructura del diseño institucional del Poder Judicial, tales como la alteración del ámbito de competencia originaria o delegada del tribunal, su división en salas, etc.

Otras mutaciones, por el contrario, se deben a factores endógenos, es decir, a la misma dinámica de los órganos operadores del sistema de control de constitucionalidad, los cuales, ya sea a través de soluciones interpretativas o constructivistas, adoptan decisiones innovadoras tanto estructurales como sustanciales, generando un cambio que, dependiendo de su magnitud, puede llegar a ocasionar la hibridación en el modelo.

Los factores endógenos de hibridación de los sistemas particulares de control de constitucionalidad pueden revestir diverso origen o causa. En algunos casos, frente a la instrumentación de un modelo, la inconformi-

<sup>2</sup> Al respecto puede consultarse a Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Buenos Aires, Justicia y Tribunales constitucionales en América del Sur*, Colección Estudios Jurídicos núm. 80, Caracas, 2006.

dad de determinados órganos que han perdido potestades que poseían con el *statu quo* anterior genera un conflicto entre éstos y el nuevo órgano que puede concluir, dependiendo del caso, en una denominada «guerra de tribunales»<sup>3</sup>, y a la postre en una mutación endógena del sistema hacia la concentración de las potestades del órgano de mayor poder fáctico. Tal sería, por ejemplo, la dinámica del control de constitucionalidad en algunos países donde se había procurado crear un sistema concentrado de constitucionalidad en una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, pero el pleno de la misma, pretorianamente, gesta un recurso de revisión o reconsideración ante ella<sup>4</sup>. Otras veces, los mismos requerimientos que se generan con el avance de la tecnología, la ciencia jurídica, la filosofía, hacen que los tribunales adopten variaciones acorde a los nuevos tiempos. No debe tampoco olvidarse la prueba del ensayo y el error, que ha obligado a los órganos a dejar de lado prácticas o estructuras que pueden resultar inconducentes para adoptar variables que respondan de manera más acorde a las exigencias actuales.

Todo ello lleva a un racimo de factores que contribuyen a delinear el perfil del control de constitucionalidad en los hechos. A los aspectos estructurales que hemos señalado se suman las pautas argumentativas adoptadas por los operadores. Así, teniendo en cuenta el diseño de la interpretación constitucional adoptado, se gestará un distinto perfil de control de constitucionalidad. Ello toma especial relevancia en la actualidad por el impacto de las pautas de interpretación propias del orden internacional de los derechos humanos, las cuales son aplicadas por los mismos órganos a cargo del control de constitucionalidad, a veces en virtud de ser consideradas vinculantes, otras veces por el imperio de la realidad mundial, lo cual deviene, se podría decir, en un control de constitucionalidad tuitivo.

En el caso del control de constitucionalidad vigente en Estados Unidos de América, puede adelantarse que, a pesar de la cristalización de la norma constitucional, la constitución material ha recibido notables mutaciones a lo largo

<sup>3</sup> Al respecto, con especial referencia al caso español, puede consultarse a Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «La guerra de los Tribunales en España», en *Contribuciones*, 03/2002, Argentina, Publicación de la Fundación Konrad Adenauer (*Conflictos institucionales, alteraciones en el equilibrio de los órganos estatales*).

<sup>4</sup> El caso de Honduras resulta ejemplificativo. Si bien el texto constitucional parecía estatuir un sistema de Control Judicial Concentrado en una Sala especializada de la Corte Suprema, la jurisprudencia del Tribunal en pleno, interpretando la norma suprema, concluyó en la instrumentación en los hechos de un Control Judicial Biconcentrado, o incluso Mixto. Esto en virtud de la interpretación que realizó el Tribunal de los arts. 316, 313 y 320 de la Constitución de Honduras.

de más de doscientos años de vigencia práctica. Los paradigmas del sistema hoy reciben cuestionamientos, pudiéndose concluir que, particularmente en virtud de factores endógenos, el control de constitucionalidad en Estados Unidos de América ha adoptado un perfil híbrido, alejándose de una fórmula difusa pura para adquirir facetas concentradas, cada vez más acentuadas.

## II. MUTACIONES EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ESTADOUNIDENSE

A lo largo del desarrollo de la jurisprudencia jurisdiccional y constitucional, la Suprema Corte de Estados Unidos se ha moldeado a sí misma. Dos han sido los precedentes que de manera más notoria han contribuido a dicho extremo, los casos *Marbury v. Madison*<sup>5</sup> y *Cooper v. Aaron*<sup>6</sup>, junto con la 28 USC sección 1251-1257 —que regula los mecanismos de acceso procesal al Tribunal—, ello combinado con la autorización pretoriana de la declaración de inconstitucionalidad con efectos no derogatorios y la práctica de selección de casos constitucionales en la aplicación del *writ of certiorari*.

### 1. Control judicial de constitucionalidad

El primer salto cualitativo determinante de la jurisdicción constitucional estadounidense se plasma en el caso *Marbury v. Madison*<sup>7</sup>, donde la Corte Suprema consagra para sí la facultad de «decir qué es lo que la constitución y otras leyes dicen, así como invalidar aquellos actos de otras ramas del poder que entren en conflicto con la constitución»<sup>8</sup>. Básicamente, como es sabido, la Corte, en 1803, por primera vez en la historia sostiene que un tribunal federal posee poder suficiente como para no aplicar a una legislación del Congreso, para el caso concreto, si la misma es inconsistente con la interpretación constitucional elaborada por la Corte<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> 51 US (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>6</sup> 358 US 1 (1958).

<sup>7</sup> 51 US (1 Cranch) 137 (1803). Posteriormente, en *Martín v. Hunter's Lessee* [14 US (1 Wheat.) 304 (1816)], la Corte amplía su ámbito de control de constitucionalidad a casos decididos por Cortes estatales.

<sup>8</sup> 51 US (1 Cranch) 137 (1803) (traducción de la autora).

<sup>9</sup> 51 US (1 Cranch) 137 (1803). Véase, entre otros, Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola (New York), The Foundation Press Inc., 1978, p. 20.

Posteriormente se continúa perfilando, a través de una vasta jurisprudencia, los límites y paradigmas de un sistema difuso de control de constitucionalidad<sup>10</sup>. El mismo se estructura básicamente sobre el concepto de «caso o controversia», desprendido de la terminología del art. III de la Constitución, que delimita el ámbito de actuación del Poder Judicial federal en la jurisdicción constitucional<sup>11</sup>. En consecuencia, los pilares de la acción jurisdiccional de los tribunales federales se estructuran sobre la inexistencia de opiniones consultivas; la exigencia de *standing*, consistente en daño en el hecho, nexo y que el daño sea subsanable a través del remedio intentado; inexistencia de cuestión política, y el tratamiento del caso en el momento adecuado, no si la decisión es prematura o abstracta.

## 2. Jerarquización de la interpretación constitucional en la Suprema Corte

El segundo gran salto cualitativo puede ser encontrado en el caso *Cooper v. Aarón*<sup>12</sup>, donde la Suprema Corte actúa adoptando variables concentradas de control, al reservarse un lugar de privilegio en la interpretación constitucional<sup>13</sup>. En *Cooper* la Corte otorga a su jurisprudencia un carácter netamente vinculante en torno a interpretación constitucional y el control de constitucionalidad. Remitiendo a *Marbury v. Madison*<sup>14</sup> sostiene que en dicho precedente se había declarado el básico principio que la judicatura federal es suprema en la exposición de la norma constitucional, y ese principio ha sido desde entonces respetado por la Corte y el país como un permanente e indispensable aspecto del sistema constitucional. De ello se sigue, conforme a la Corte, que la interpretación de la enmienda 14 enunciada por ella en el caso *Brown* —aspecto sobre el cual versaba el caso *Cooper*— es la ley suprema de la tierra, y cada miembro de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial esta solemnemente obligado a sostener esta constitución<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Véanse, TRIBE, *op. cit.*, p. 25, y Geoffrey R. STONE, Louis M. SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN y Mark V. TUSHNET, *Constitutional law*, 2.<sup>a</sup> ed., Little, Brown and Company, pp. 1 y ss., especialmente pp. 84-126.

<sup>11</sup> Véase TRIBE, *op. cit.*, p. 25.

<sup>12</sup> 358 US 1 (1958).

<sup>13</sup> STONE y otros, *op. cit.*, p. 51.

<sup>14</sup> 51 US (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>15</sup> TRIBE, *op. cit.*, p. 18 (traducido por la autora).

En consecuencia, autores como Lawrence H. Tribe, combinando el criterio sentado por el Tribunal Superior de que las cortes federales se encuentran facultadas para realizar control de constitucionalidad siempre que exista una controversia justiciable que caiga dentro de la competencia material atribuida por el art. III de la Constitución estadounidense, más aseveraciones de supremacía del poder judicial federal en torno a la interpretación constitucional, concluyen que, aparentemente, la Corte ha consagrado que la única correcta interpretación de la Constitución Nacional es la otorgada por las cortes federales<sup>16</sup>. Finalmente, sobre ellas primaría, atento el carácter vinculante señalado precedentemente, la Corte Suprema, en cuanto cabeza de las mismas.

De esta manera, el Tribunal Superior se va perfilando como órgano que caza el control de constitucionalidad federal. A ello se suma, conforme dicho autor, una obligación moral que pesaría sobre los integrantes del Poder Ejecutivo y Legislativo de adoptar los criterios sostenidos por la Corte Suprema respecto a interpretación constitucional, aun ante la ausencia de controversias susceptibles de revisión judicial<sup>17</sup>.

### 3. Hibridación del modelo

Otros aspectos que contribuyen a acentuar el carácter híbrido del sistema. Como es sabido, los modelos difusos de control de constitucionalidad postulan un perfil de tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma con efecto retroactivo, es decir, el juez actúa como si la norma nunca hubiese entrado en vigencia. Sin embargo, en el caso *Linkletter v. Walker*, dictado en el año 1965<sup>18</sup>, el Tribunal señaló que «la Constitución no prohíbe ni requiere efectos retroactivos» en la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Expresamente, Justice Cardozo explicó que la Constitución federal no ha decidido nada al respecto. Así, la Suprema Corte estimó que la cuestión de la retroactividad es puramente una cuestión de política que se decidirá en cada caso<sup>19</sup>.

Concretizando la solución jurisprudencial, en el caso *Stoval v. Denno*<sup>20</sup>, dictado en el año 1967, la Suprema Corte aclaró que el criterio que guía la

<sup>16</sup> TRIBE, *op. cit.*, p. 28.

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> 381 US 618, p. 629 (1965).

<sup>19</sup> 381 US 618, p. 629.

<sup>20</sup> 388 US 293, p. 297.

resolución de la cuestión implica la ponderación de los siguientes aspectos: *a)* el propósito a ser regulado por el nuevo estándar, *b)* la extensión de la apoyatura de las autoridades en el viejo estándar, y *c)* el efecto en la administración de justicia de la aplicación retrospectiva del nuevo estándar<sup>21</sup>.

Más allá de la apertura de esta variable es necesario aclarar que no se ha abusado de la misma, ya que la jurisprudencia posterior de la Corte ha sido tendiente a la aplicación del criterio de la retroactividad<sup>22</sup>.

En síntesis, el hecho de que el Tribunal se haya desprendido de la vinculatoriedad del principio de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene efectos retroactivos concluye en que el sistema se aleje del modelo difuso clásico y puro, con base en la gestación jurisprudencial de 1803.

A ello se suma la flexibilización que se ha realizado en torno a la apreciación del *standing* o legitimación procesal<sup>23</sup>, aspecto que se verifica en casos sumamente controvertidos tales como *Bush vs. Gore*,<sup>24</sup> donde la doctrina critica ampliamente el reconocimiento de la legitimación activa al candidato a presidente Bush.

Asimismo, también acompaña esta línea jurisprudencial el ablandamiento del criterio de ponderación de la existencia de «caso o controversia»<sup>25</sup>. Finalmente, conforme explica Alberto B. Bianchi, debe agregarse la ampliación por parte de la Corte estadounidense de su competencia más allá de la protección de los derechos fundamentales, abarcando también a la protección del sistema democrático, actuando como guardiana del proceso político.<sup>26</sup> En consecuencia, el modelo clásico difuso ha sido flexibilizado, y de alguna manera (si se lo asimila sólo en su variable pura) abandonado, con la adopción de pautas lindantes con el modelo concentrado, por lo que es posible concluir que el sistema ha adoptado una solución híbrida.

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> Véase TRIBE, *op. cit.*, p. 26.

<sup>23</sup> Véase en este sentido a Alberto BIANCHI, «¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Colmes)», *LL*, 1990 -E- 1089.

<sup>24</sup> 531 US 98 (2000).

<sup>25</sup> Véase BIANCHI, *op. cit.*

<sup>26</sup> BIANCHI, *op. cit.*

#### 4. Acentuación de la jurisdicción constitucional de la Suprema Corte y abandono de su jurisdicción legal

A la idea de la Corte en cuanto intérprete auténtico y principal de los textos constitucionales debe sumarse la regulación de los mecanismos procesales de acceso al Tribunal y la aplicación de la jurisdicción vía *certiorari* que ha hecho la misma.

La 28 USC sección 1251-1257 prevé dos mecanismos procesales a los fines de acceder a la instancia revisora de la Suprema Corte: vía de apelación y el *certiorari*. Mientras que la primera de ellas reviste el carácter de mandatoria, la segunda de las mismas reserva un ámbito de discrecionalidad, donde el Tribunal puede decidir tratar o no algún pedido de *certiorari* intentado por las partes sobre la base de razones tales como falta de relevancia de la materia, no usual carácter de determinados hechos fácticos, perfil controversial de la problemática, deseo de dejar el tratamiento del tema al proceso político, etc.<sup>27</sup>

En primer lugar, resulta preponderante el impacto de la modificación legislativa dictada en el año 1988, en virtud de la cual se ha otorgado a la Corte la posibilidad de plena libertad en la selección de casos a resolver, habiendo derogado normas estatutarias que requerían abrir el debate de apelaciones en ciertos casos, como aquellos en que Cortes de Apelaciones Federales declaraban a leyes estatales inconstitucionales.

Esta reducción del ámbito de competencia del Tribunal ha sido elogiada, entre otros, por el Justice William H. Rehnquist, ex miembro del Tribunal Supremo, quien consideró que dicha modificación habría «cambiado al Tribunal de ser una Corte corregidora de errores con jurisdicción de apelación general a una Corte cuyos intereses especiales son la interpretación constitucional y cuestiones significantes de Derecho federal»<sup>28</sup>.

Asimismo, dentro de este marco normativo, el criterio adoptado por el Tribunal en la selección de los casos a resolver marca aún más su tendencia a abandonar el sistema difuso puro. El cúmulo de trabajo recibido por la Corte ha aumentado notoriamente en los últimos tiempos<sup>29</sup>; sin embargo,

<sup>27</sup> STONE y otros, *op. cit.*, p. 125. Véase Reglas de la Corte Suprema, regla 10 (1 de enero de 1990), y John E. NOWAK y Ronald D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, 4.<sup>a</sup> ed., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1991, pp. 28 y ss.

<sup>28</sup> William H. Rehnquist, citado por Charles LANE, «Caseload Reflects Court's Altered Role», *Washington Post*, 2 de febrero de 2004, p. A15 (traducción de la autora).

<sup>29</sup> STONE y otros, *op. cit.*, p. 126.

el número de causas sobre las cuales el Tribunal ha decidido pronunciarse ha sido notoriamente reducido<sup>30</sup>. Charle Lanes explica como en el período 2002-2003, la Corte ha expedido decisiones de fondo en 73 casos —en el siguiente período 2003-2004 ha mantenido un promedio similar—, mientras que en el período 1992-1993 fueron 107, y en 1976-1977 se alcanzó la suma de 176, promedio en aquella época<sup>31</sup>.

Los autores señalan que no se pretende deducir de esta reducción numérica una supuesta disminución en el trabajo de los ministros, quienes «son más activos en los argumentos orales, y escriben más cantidad y más largas opiniones que los miembros de la Corte anteriores»<sup>32</sup>. La reducción, al contrario, se debería a la intención de acentuar el carácter extraordinario de la revisión de la Suprema Corte, como se ha señalado precedentemente.

En este sentido, Phillip Allen Lacovara considera que la disminución de los pronunciamientos de la Corte se debe a dos factores: en primer lugar, así como cien años atrás fue imperioso que el Tribunal unificara la interpretación de la legislación federal, actualmente se carece de esa necesidad, mientras que posee el interés de resolver los casos cuando realmente necesiten ser decididos y serán primera plana. En segundo lugar, señala que se habría verificado una reducción de la cantidad de las cuestiones constitucionales generadas y los litigios constitucionales generados, comparados con la década de los sesenta o setenta<sup>33</sup>.

## 5. Un salto hacia el orden internacional de los derechos humanos

En conclusión, a través de su jurisprudencia, la Corte Suprema norteamericana ha reservado el control de constitucionalidad en el ámbito nacional al Poder Judicial federal y ha acentuado el carácter de fuerza vinculante de sus pronunciamientos, en cuanto intérprete supremo de la Constitución. Finalmente, ha hecho aplicación de su facultad discrecional de selección de casos para conocimiento y ha admitido la posibilidad de variar los efectos de la declaración. Estos extremos llevan a concluir que la Suprema Corte de Estados Unidos de América ha abandonado las pau-

<sup>30</sup> LANE, *op. cit.*

<sup>31</sup> Ídem.

<sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> Conforme Phillip Allen Lacovara, citado por LANE, *op. cit.*

tas propias de un sistema difuso, adoptando elementos de los sistemas concentrados, generando un sistema híbrido.

El último salto cualitativo está dado en recientes pronunciamientos de la Suprema Corte, donde la misma remite a normativa internacional para justificar la adopción de nuevos criterios argumentativos. Básicamente, en los casos *Lawrence v. Texas*<sup>34</sup> y *Roper v. Simmons*<sup>35</sup>, la Corte ha citado normativa del orden internacional de los derechos humanos, alguna de las cuales, incluso, no habían sido ratificadas por Estados Unidos de América. Asimismo, en el primero de los casos citados, el Tribunal llegó a referirse a jurisprudencia de los organismos supranacionales tuitivos de los derechos humanos. Como se desarrollará más adelante, este recurso al intérprete externo llegó a implicar la adopción de pautas interpretativas propias de estos regímenes. En consecuencia, puede apreciarse que este último momento de la Corte ha otorgado una nueva mutación al control de constitucionalidad, insertándose en el orden internacional de los derechos humanos y adoptando pautas de jurisdicción tuitiva.

### III. PERFILES DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La dinamicidad de los aspectos estructurales del control de constitucionalidad desarrollada precedentemente es acompañada por la adaptación y la dinámica de la argumentación jurisdiccional en su desarrollo. Llama la atención las marcadas diferencias que existen entre las pautas argumentativas utilizadas por la Suprema Corte en los tres precedentes citados anteriormente como los tres momentos de saltos cualitativos del sistema: *Marbury v. Madison*<sup>36</sup>, *Cooper v. Aaron*<sup>37</sup> y *Lawrence v. Texas*<sup>38</sup>.

Interesa en particular la selección y comparación de estos pronunciamientos; en primer lugar, en virtud de la importancia histórica que han revestido en la dinámica del control de constitucionalidad. Sin duda los dos primeros tienen en común el haber sido dictados por la Suprema Corte en momentos álgidos de alto conflicto institucional o social: el delimitamiento institucional de los poderes del estado en momentos de génesis

<sup>34</sup> 539 US (2003).

<sup>35</sup> 544 US 125 S. Ct. 1183 (2005).

<sup>36</sup> 1 Cranch (5 US) 137, 2L.Ed. 60 (1803).

<sup>37</sup> 358 US 1 (1958).

<sup>38</sup> 539 US (2003).

del sistema, por un lado, y el enfrentamiento a una realidad segregatoria y discriminatoria enraizada fuertemente en la sociedad, que llevaba en su haber cientos de muertes e innumerables violaciones a la dignidad humana, por el otro. El caso *Lawrence*, por su parte, es un fallo dictado por una Corte Suprema jaqueada en su legitimidad en virtud de la decisión sumamente política adoptada en el caso *Bush v. Gore*, y se refiere también a un enraizado problema que acosa en la actualidad a la sociedad estadounidense: la discriminación en razón de la orientación sexual. En los tres casos, entonces, la Corte enfrentaba una situación política y social sumamente sensible.

Pero en particular, lo que más recomienda la necesidad de la comparación entre los tres pronunciamientos citados es que en cada caso el Tribunal adopta un perfil argumentativo diverso, debido a la utilización de pautas interpretativas distintas y, hasta podría decirse, opuestas. El perfil adoptado en cada uno de estos casos es un modelo que también ha seguido el Tribunal frente a otros supuestos conflictivos. En el presente artículo se intentarán analizar las características propias de cada uno de estos modelos, teniendo en cuenta los hechos que subyacieron a los mismos, a fin de ponderar los aspectos positivos y negativos de cada uno de ellos.

Existieron también otros momentos que han influenciado en la dinámica del control de constitucionalidad estadounidense. Sin duda, uno que llama particularmente la atención es el fenómeno de la Corte durante el *New Deal*. Como es sabido, el Tribunal comenzó por obstaculizar aquellos intentos de legislación social por parte de la Nación y de los Estados. El caso paradigmático, en este sentido, es *Lochner v. New York*<sup>39</sup>, donde, en 1905, el Tribunal básicamente sostuvo que una ley que infringe la libertad de comercio y libertad de contratación, al prohibir que un empleado, en este caso de panaderías, trabaje más de diez horas por día o sesenta por semana, era inconstitucional al violar el debido proceso legal.

El período de oposición se extendió hasta 1937, durante el cual se declararon la inconstitucionalidad de más de 180 normas sociales. Sin embargo, la presión política se hizo intolerable tras el rotundo triunfo electoral del presidente Roosevelt en 1936, quien comenzó su segundo mandato con total apoyo del electorado. Éste presentó ante el Congreso un plan, denominado el plan para «empaquetar la Corte», donde se le autorizaba a designar un nuevo juez frente a cualquier magistrado que, habiendo cumplido ya los setenta años, no se acogía a su jubilación.

<sup>39</sup> 198 US 45 (1905).

Este plan le hubiese permitido designar seis miembros nuevos en la Corte Suprema. La ley no llegó a ser aprobada; sin embargo, en el Tribunal se generó una variación de criterio conocida en la historia como «el cambio que salvó a los seis». Básicamente *Justice Roberts*, quien venía sosteniendo con la mayoría la inconstitucionalidad de las leyes sociales, firmó el criterio hasta entonces minoritario, y así éste pasó a imponerse, abandonándose la jurisprudencia anterior. El caso *West Coast Hotel*<sup>40</sup> pasó a la historia de esta manera.

En el pronunciamiento se desarrolló un interesante análisis de cómo la Corte sostenía que la producción afectaba sólo indirectamente al comercio, y, en consecuencia, el Congreso no podía invocar su potestad de regular sobre dicha materia para dictar normas sobre la primera. Al cambiar la posición *Justice Roberts*, el criterio mayoritario pasa a ser el no distinguir entre afectación directa o indirecta, y, en consecuencia, el Congreso nacional, de mayoría oficialista, veía abierta la posibilidad de dictar leyes sociales referentes a la producción. Para arribar a esta posición la nueva mayoría sostuvo que no es posible dictar la sentencia sin tener en cuenta la realidad de cientos de trabajadores. El momento histórico fue conocido como «la revolución constitucional». Sin embargo, en lo que hace al presente trabajo, no se verificó un cambio argumentativo en los criterios adoptados por los integrantes de la Corte, sino la adopción del criterio opuesto por uno de ellos.

#### IV. *MARBURY V. MADISON*: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESTRATÉGICA

*Marbury v. Madison*<sup>41</sup> ha pasado a la historia como el punto de génesis del control de constitucionalidad difuso. A los fines de aportar una completa comprensión del caso es necesario poner el acento en la realidad que circundaba la lectura del mismo. Los hechos que sirvieron de origen al conflicto resumían el debate político del momento. El caso simbolizó el enfrentamiento entre federalistas y antifederalistas. Incluso la doctrina ha señalado que el caso ha reflejado el enfrentamiento entre dos de sus figuras predominantes, Marshall y Jefferson<sup>42</sup>. Si se analiza la pulseada políti-

<sup>40</sup> *West Coast Hotel vs. Parrish*, 300 US 379 (1937).

<sup>41</sup> 1 Cranch (5 US) 137, 2L.Ed. 60 (1803).

<sup>42</sup> D. DEWEY, *Marshall v. Jefferson: The political Background of Marbury v. Madison* 36, 41 (1970).

ca que subyace debe concluirse que si bien el actor no surge triunfante en el caso en concreto, la ecuación de poder tras el dictado de la sentencia sin duda beneficia a la Corte, y así a los federalistas. Es por ello que, según señala un sector de la doctrina, Marshall deliberadamente eligió el caso de Marbury para establecer el control judicial de constitucionalidad<sup>43</sup>.

Producida la derrota electoral del presidente federalista John Adams frente a Thomas Jefferson, los federalistas adoptan una serie de medidas durante el último tiempo del gobierno. Con John Marshall como secretario de Estado, el partido oficial decidió llevar adelante una serie de reformas como parte de un esfuerzo para transformar a la judicatura en un contrafuerte frente a la derrota electoral del gobierno. Mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Judiciary Act*) dictada el 16 de febrero de 1801, el Congreso, de afiliación federalista, junto con el presidente, crearon una serie de nuevas oficinas judiciales, tales como jueces de cámara y jueces de paz. En concreto, la ley reguló la creación de diez y seis nuevos puestos de jueces de segunda instancia y eliminó la competencia de la Suprema Corte al respecto. También decidió el Congreso disminuir el número de miembros de la Corte Suprema, de seis a cinco, a fin de evitar que el futuro presidente Jefferson tuviera el poder de designar un sucesor para *Justice Cushing*. Dos semanas después se dictó una nueva ley en virtud de la cual se creaban 42 cargos de jueces de paz para el distrito de Columbia. El presidente Adams nominó los candidatos a todos estos cargos, los cuales fueron confirmados el 2 y 3 de marzo por el Senado, tan sólo un día antes de que el presidente Jefferson asumió sus funciones. Uno de esos nuevos jueces designados era el mismo John Marshall, como *Chief of Justice* de la Suprema Corte. Marshall había tomado su juramento como *Chief of Justice* el 4 de febrero de 1801, pero continuó sirviendo como secretario de Estado hasta la medianoche del 3 de marzo, momento en que concluía la presidencia de Adams. Recibidos los pliegos con el acuerdo del Senado el día 2 y 3 de marzo, Marshall, como secretario de Estado, los firmó, y se dispuso a poner en ejercicio de sus cargos a los jueces.

Sin embargo, los tiempos se impusieron y las oficinas se cerraron el último día de la presidencia de John Adams, sin que todos los jueces hayan sido puestos en ejercicio de su cargo. Los acontecimientos se dieron de la siguiente manera: Jefferson estaba al tanto de los nombramientos y decidió adoptar una medida contundente. Conforme explica

<sup>43</sup> Véase Louis FISHER y Neal DEVINS, *Political Dynamics of Constitutional Law*, American Casebook Series, West Publishing Co., 1992, p. 30.

S. Randolph, «el entrante presidente consideraba la ley inconstitucional y actuó en la premisa con su usual frialdad y decisión. Habiendo elegido a Levi Lincoln como su *Attorney General*, le entregó su reloj y le ordenó que tomara posesión del Departamento de Estado, y no permitiera que ninguna pieza de papel fuese removida de él a partir de tal hora»<sup>44</sup>. A las doce de la noche del día 3 de marzo de 1801, momento en que se verificaría el cambio de administración, Lincoln arribó a la oficina indicada. Marshall fue sorprendido, ante lo cual sostuvo que el presidente Jefferson aún no había sido puesto en cargo. Lincoln respondió que el señor Jefferson se consideraba a sí mismo con el deber de un ejecutor de hacerse cargo de los papeles de gobierno hasta el momento de que se encontrase totalmente calificado. Marshall sostuvo que aún no era la hora exacta. La respuesta fue: «este es el reloj del presidente, y regula la hora»<sup>45</sup>. Así Marshall fue retirado de la oficina dejando sobre la mesa los folios correspondientes a los jueces cuyo nombramiento no había sido efectivizado. Finalmente, durante los primeros días de la presidencia de Jefferson, el Senado oficialista anuló la *Judiciary Act* señalada y el nuevo secretario de Estado, Madison, no puso en ejercicio de sus cargos a los jueces pendientes<sup>46</sup>. Marbury era uno de ellos.

El año siguiente, antes de que el caso fuese resuelto, el Congreso, con una nueva composición mayoritaria antifederalista, revocó la creación de las Cámaras de Apelaciones, pero dejó intacto el estatuto creador de los cargos de jueces de paz. El Congreso también resolvió abolir el término de actuación de la Corte Suprema de junio a diciembre, por lo que la misma dejó de actuar desde diciembre de 1801 a febrero de 1803. Finalmente, seis días después del dictado del caso *Marbury*, la Corte declaró la constitucionalidad de la derogación en la causa *Sturat v. Laird*<sup>47</sup>.

La pretensión que introdujo Marbury a la Suprema Corte era tendente a que la misma, en instancia originaria, dictase un mandato al secretario de Estado o bien al presidente, a fin de que lo pusiera en ejercicio de su cargo. El fallo fue redactado por John Marshall, en su carácter de *Chief of Justice*, lo cual de por sí ya despertó algunas críticas. Diversos sectores de la doctrina han señalado que, en cuanto que el mismo Marshall había sido

<sup>44</sup> S. RANDOLF, *The domestic Life of Tomas Jefferson*, 1858, pp. 307-308, citado por FISHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 34.

<sup>45</sup> RANDOLF, *op. cit.*

<sup>46</sup> FISHER y DEVINS, *op. cit.*

<sup>47</sup> 1 Cranch (5 US) 299 (1803).

el suscriptor, como secretario de Estado, de los pliegos de los magistrados, él debía haberse excusado de participar como juez en la causa<sup>48</sup>.

Iniciada la causa, Marshall resolvió, en primer término, emitir una orden «*show case*» destinada al presidente Jefferson a fin de que informase las razones por las que se había omitido poner en ejercicio de sus cargos a estos jueces. Sin embargo, Jefferson decidió desoír dicha orden y dio instrucciones al respecto a Madison. La orden fue duramente criticada por el Senado, de composición oficialista y, por lo tanto, antifederalista, como una palmaria invasión de potestades por parte de la Corte Suprema<sup>49</sup>. Incluso el Senado se negó a revocar sus procedimientos relativos al nombramiento de Marbury, absteniéndose de aportar datos que convalidasen que su nombramiento se encontraba perfeccionado<sup>50</sup>.

La omisión de Jefferson en responder la orden fue interpretada como elemento de previsión de que también ignoraría el mandato que la Corte podría expedir. La situación era sumamente complicada. Evidentemente, el *Chief Justice* John Marshall «sabía que si él le ordenaba al secretario de Estado Madison o al presidente Jefferson el expedir las comisiones a Marbury y los otros hombres que procuraban sus cargos como jueces de paz, tal orden sería ignorada. En palabras crudas, Marshall sería objeto de risa. Como lo ha señalado el *Chief Justice* Burger, la Corte “puede soportar vientos fuertes, pero no el ridículo, y las salas del Congreso se hubiesen sacudido con hilarantes risas” si Jefferson hubiese ignorado la orden de Marshall»<sup>51</sup>. De esto dependía el futuro institucional de la Corte. Un síntoma de esto fue que, en 1801, John Jay había rechazado su reelección como *Chief of Justice* por poseer una visión pesimista hacia ello, señalando que no tenía fe en que el Tribunal adquiriera suficiente «energía, peso y dignidad»<sup>52</sup>.

A ello se sumaba la amenaza de juicio político. El acoger la pretensión del actor incluso habría expuesto a la Corte a la posibilidad del inicio de procesos de juicios políticos a sus miembros. Este temor fue, justamente, señalado por Marshall en sus cartas, donde explicó que «una revisión de

<sup>48</sup> STONE y otros, *op. cit.*, p. 30.

<sup>49</sup> W. MURPHY, J. FLEMING y W. HARRIS, *American Constitutional Interpretation*, 203 (1986).

<sup>50</sup> 12 *Annals of Cong.* 35-37, 46 (1803).

<sup>51</sup> BUERGER, *Presidential Address to the Bentham Club*, London (England), University College, 1 de febrero de 1972 [reprinted in M. Cannon & D. O'Brien (eds.), *Views From the Bench*, 14 (1985)], citado por FISHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 12.

<sup>52</sup> Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, 2.<sup>a</sup> ed., University of Chicago Press, 1994, p. 19.

aquellas opiniones legales que no sean oídas por la legislatura sería ciertamente más compatibles con nuestro carácter que la remoción de un juez que las ha dictado sin conocimiento de su falla»<sup>53</sup>. El tiempo demostró que estos temores no eran infundados. Justamente un mes después de dictada la decisión, la Cámara baja del Congreso acusó al juez John Pickering, juez de distrito de New Hampshire<sup>54</sup>, y el Senado lo destituyó. Posteriormente, se ventiló la posibilidad de iniciar el mismo procedimiento con respecto al Justice Samuel Chase, en la Corte Suprema de Justicia<sup>55</sup>.

El problema que enfrentaba Marshall, en consecuencia, era que si la Suprema Corte dictaba la orden pretendida, se exponía en una doble manera. En primer lugar, corría el riesgo de que el Poder Ejecutivo no cumpliera la orden, y, de esta manera, el Tribunal se vería debilitado en la arena política. En segundo término, también corría el riesgo de que ello expusiera a sus miembros, y que Jefferson, invocando la invasión por parte del Tribunal de las atribuciones de otros poderes del Estado, les iniciara juicio político. Esta posibilidad, incluso, se convertía en más peligrosa, teniendo en cuenta que, de triunfar, implicaría a la postre que el ejecutivo actual, junto con el Senado oficialista, podían determinar la nueva configuración de la Corte Suprema.

Por otro lado, Marshall también tenía en cuenta que estaba pendiente del caso la conformación federalista de los tribunales. Es decir, era necesario que se mantuviera incólume el plan diagramado durante la presidencia de Adams en torno a estos nombramientos. En consecuencia, éste era el marco político institucional en que, bajo la pluma de Marshall, se dictaba el pronunciamiento en análisis.

El desarrollo argumentativo del fallo presenta algunas facetas sumamente interesantes. En primer lugar, Marshall procedió al análisis del mérito de la pretensión formulando dos cuestiones. La primera es si tiene el justiciable derecho a la comisión de puesta en ejercicio de su cargo que demanda. La segunda es si, en el caso que tenga derecho, prevé la ley de la nación algún remedio para satisfacerlo y si el remedio pedido es el adecua-

<sup>53</sup> Carta de John Marshall a Samuel Chase, 23 de enero de 1804, 3 (*The Life of John Marshall*, 177, A. Beveridge, 1919). Véase, asimismo, BURTON, «The Cornerstone of Constitutional Law: The extraordinary case of Marbury v. Madison», 36 *ABA J.* 805, 807 (1950), y FISHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 31.

<sup>54</sup> Se le imputó su adicción al alcohol y la irracionalidad de su desempeño como juez. McCLOSKEY, *op. cit.*, p. 28.

<sup>55</sup> Véase FISHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 12.

do. Finalmente, Marshall analizó la jurisdicción, siendo la cuestión si tiene la Suprema Corte jurisdicción para la expedición de dicho remedio.

A la primera pregunta, de si tiene el justiciable derecho a la comisión que demanda, la respuesta dada por Marshall fue afirmativa. Ello lo concluyó del hecho de que, a su entender, el nombramiento quedó completo gracias a la aprobación del Senado, la comisión no hace al acto de nombramiento. Finalmente sostuvo que supeditar el ejercicio del cargo a la comisión consistiría en una violación a su derecho.

Con respecto a la cuestión de si prevé la ley de la Nación algún remedio, también otorgó una respuesta afirmativa. Los tres argumentos troncales para pronunciarse en dicho sentido fueron que el gobierno de Estados Unidos es un gobierno de la ley y no de los hombres. Asimismo, si no se reconociera un remedio ante la violación de un derecho, el mismo quedaría sin efecto. Por último, distinguió el caso de los supuestos de cuestiones políticas no justiciables, asuntos a los que calificó como políticos o confidenciales por su naturaleza. Así, señaló que cuando las cabezas de departamento solamente ejecutan el deseo del presidente, o en casos en que el presidente posee un derecho legal, los actos son cuestiones políticas no justiciables. Pero cuando hay un deber impuesto a la cabeza del departamento por la legislatura o cuando un derecho individual depende del cumplimiento de dicho acto, el individuo dañado tiene derecho al remedio.

Dentro de la segunda cuestión, también analizó si es correcta la utilización del remedio de *writ of mandamus*, a lo que responde nuevamente de manera afirmativa, sobre la base de que justamente lo pretendido es generar la orden que satisfaga la puesta en ejercicio del cargo, y que, conforme lo señalado con anterioridad, no es óbice a ello que el ofensor sea secretario del Poder Ejecutivo nacional.

Tanto en la primera como en la segunda cuestión Marshall focalizó su argumentación en la utilización de métodos interpretativos sistemáticos, que procuran ponderar al texto constitucional como un todo coherente. Ello se desprende en particular de postulados tales como la ponderación que efectúa de la noción de cuestión política no justiciable, o bien del principio «no hay derecho sin garantía».

Finalmente, el fallo se dirige al estudio de la tercera cuestión, es decir, la relativa al tema jurisdicción. En concreto, Marshall señaló que lo que es necesario resolver es si tiene la Suprema Corte jurisdicción para expedir dicho remedio en instancia originaria. La respuesta fue negativa. Ello se debe a que el art. III de la Norma Suprema, relativo al Poder Judicial de la nación, consagra la competencia originaria y derivada de la Corte.

Con respecto a la primera, Marshall sostuvo que la previsión constitucional la regula de manera taxativa, por lo que no es válido que la misma sea ampliada o extendida por el Congreso. En consecuencia, estimó que la ley invocada por el actor, (*Judiciary Act* dictada en 1789, sec. 13) al pretender autorizar a la Corte a expedir *writ of mandamus* de manera originaria, resulta contraria al art. III citado.

En este tramo del fallo se encuentra el *holding* relativo al control de constitucionalidad por los Tribunales federales. El control judicial de constitucionalidad tenía relevante apoyo doctrinario previo al dictado del fallo en análisis. El tema había recibido tratamiento doctrinario, entre cuyos defensores puede citarse a *Justice Chase*<sup>56</sup>. Es más, llama la atención que en la Convención Constituyente estadounidense, tanto aquellos a favor como en contra del establecimiento de un órgano de control de constitucionalidad, reconocieron que las Cortes podrían revisar la validez de la ley del Congreso, y Alexander Hamilton había proclamado la misma doctrina en *El Federalista*<sup>57</sup>. Sin embargo, a pesar que ambos argumentos son coincidentes, Marshall no hizo referencia a tales discusiones y actuó al respecto como si el tema no hubiese revestido tratamiento antes.<sup>58</sup> Marshall optó por no referirse a tales argumentos históricos, sino que construyó su criterio sobre los siguientes basamentos: los textos constitucionales son un desprendimiento del Derecho a la autodeterminación de los pueblos. Y siendo un gobierno de la ley, y no de los hombres, se reclama su respeto. Si no se admitiera el control de constitucionalidad, el poder sería ilimitado. También señaló que la idea de una constitución escrita (rígida) es que ella constituye la ley fundamental de la nación, y un acto en conflicto con la misma debe ser nulo. Por lo tanto, sólo tiene el carácter de ley la ley constitucional. Dentro de este marco, la Constitución obliga a la Corte y los poderes del Estado. Este argumento constituye la noción básica de la idea de fuerza normativa de la Constitución. En consecuencia, como es deber del Poder Judicial decir lo que la ley es, si dos leyes entran en conflicto, la Corte debe decidir conforme la Constitución.

Dentro de la argumentación de Marshall, la doctrina elogia los ejemplos aportados o aquellos tradicionales principios en que basa su desarrollo. Por ejemplo, él señaló como ejemplos de actos inconstitucionales el establecimiento de tasas aduaneras estatales, los cuales eran rechazados

<sup>56</sup> Carta de Samuel Chase a John Marshall, 24 de abril de 1802 (reprinted in 6 *The Papers of John Marshall*, 109, 112, C. Hobson ed., 1990); FISHER y DINER, *op. cit.*, p. 32.

<sup>57</sup> *El Federalista*, núm. 78; STONE, *op. cit.*, p. 32.

<sup>58</sup> STONE, *op. cit.*, p. 32.

por la generalidad de la opinión pública. Desde otra perspectiva, se ha criticado reiteradamente que la justificación de Marshall para concluir que el Poder Judicial federal tiene la potestad de interpretar y aplicar la conclusión es algo no conclusivo. Es decir, algunos autores sostienen que la noción de Constitución escrita y respeto de la decisión del Poder Legislativo podrían haberse coordinado si se arbitraba la variable de que el mismo Congreso juzgue la constitucionalidad de sus actos<sup>59</sup>. Tribe responde a ello sosteniendo que aun en el supuesto que se considere que la Constitución fue indeterminada en torno al tema del control de constitucionalidad, el postulado de Marshall conforme al cual lo ejercen los jueces resuelve la indeterminación al adoptarse un sistema<sup>60</sup>.

Otro cuestionamiento que se realiza al fallo en análisis es que la *Judiciary Act* no era tajantemente conclusiva en su tenor literal, y que habría cabido la posibilidad de que la norma cuestionada sea interpretada de una manera acorde a la Constitución. Es decir, si bien el artículo autorizaba a la Corte a expedir *mandamus* con competencia originaria, podría haberse interpretado que ello sólo era posible con respecto a aquellas causas que, conforme la Constitución nacional, el Tribunal podía actuar con competencia originaria. Sin embargo, Marshall optó por comprender la norma legal como la autorización de la extensión de la competencia originaria de la Corte. Evidentemente esta opción lo habilitó para declarar la inconstitucionalidad de la misma.

Al estudiar la tercera cuestión, Marshall continuó con la utilización de métodos interpretativos clásicos. En primer lugar, se visualizó una interpretación gramatical al referirse al tenor literal con que el art. III, sección 2, párrafo 2, refiere a la competencia originaria de la Corte. Básicamente señaló que al regular la competencia originaria, la norma suprema enuncia «*all cases affecting...*» (todos los casos concernientes...), mientras que al referir a la competencia derivada señala «*in all other cases...*» (en todos los otros casos), de lo cual se desprende el carácter taxativo de la primera. Asimismo, los argumentos de base para la consagración del control judicial de constitucionalidad son derivaciones de la aplicación de métodos de interpretación sistemáticos, teleológicos y la ponderación de las consecuencias que podría acarrear el negar el control de constitucionalidad por la judicatura<sup>61</sup>, como se ha señalado precedentemente<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> TRIBE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>60</sup> TRIBE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>61</sup> STONE, *op. cit.*, p. 32.

<sup>62</sup> Véase, asimismo, STONE, *op. cit.*, p. 32.

Así, puede concluirse que las pautas interpretativas utilizadas por Marshall en la construcción argumentativa del voto de Marbury conllevan a encuadrar al mismo dentro del «originalismo», ya que procura «desentrañar» el sentido de la norma, partiendo de la base de los métodos gramaticales, teleológicos y sistémicos. Esta línea argumentativa se encuentra profundamente enraizada en la historia y los principios de legitimación política compartidos por Estados Unidos de América,<sup>63</sup> y se estructura sobre la idea de que «la fuente de las protecciones constitucionales se encuentra embebida en el texto, estructura, historia y experiencia nacional»<sup>64</sup>.

El estilo argumentativo adoptado por Marshall merece un análisis pormenorizado. En primer lugar, llama la atención el tratamiento inverso de las cuestiones en análisis. Es decir, el *Chief Justice* Marshall no comenzó la opinión en *Marbury* con la cuestión de la jurisdicción, a pesar de que lo usual y correcto es que ése sea el primer problema a examinar<sup>65</sup>.

Evidentemente, una solución alternativa hubiese sido ponderar en primer término la jurisdicción de la Suprema Corte para expedir el remedio y, arribando a una conclusión negativa, no pronunciarse sobre el fondo. Ello hubiese posibilitado que la Corte igualmente gestara el control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, ello hubiese privado a Marshall de sentar un *holding* que sirva como precedente para los jueces inferiores que tengan, en todo caso, que revisar la validez de los nombramientos de los jueces en otros posibles procesos. Jefferson mismo señaló que «el objeto fue claramente el instruir a cualquier otra Corte que tenga la jurisdicción en qué deberían hacer si Marbury peticionaba ante ellas»<sup>66</sup>.

Asimismo, cabe señalar que, como se ha mencionado, Marshall optó por interpretar la *Judiciary Act* de la manera más agresiva al texto constitucional. Como es sabido, siendo la declaración de inconstitucionalidad una última ratio del ordenamiento jurídico, lo correcto hubiese sido primero valorar si la norma legal era susceptible de ser interpretada de alguna manera compatible con la Constitución. En la práctica, ello hubiese signi-

<sup>63</sup> Roger P. ALFORD, «In search of a Theory for constitutional comparativism», 52 *UCLA L. Rev.*, 639, p. 646. Al respecto también puede consultarse a Néstor P. SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 30 y ss.

<sup>64</sup> En este punto Alford cita a Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 001-15, p. 75 (3.ª ed., 2000), *op. cit.*, p. 788.

<sup>65</sup> STONE, *op. cit.*, p. 31.

<sup>66</sup> Jefferson, 9 *The Writings of Thomas Jefferson* 517-18 (P. Ford ed., 1899); 10 *Ford* 141-42, 189, 225; 11 *The Writings of Thomas Jefferson* 214-15 (A. Berg ed., 1904); 15 *Bergh* 447-48; FISHER y DEVIS, *op. cit.*, p. 37.

ficado el mismo resultado para Marbury, ya que no se hubiese admitido la extensión de la competencia originaria a casos no expresamente previstos, pero en la ecuación final del fallo, la Corte no podría haber consagrado su potestad de control de constitucionalidad.

Con respecto a la mención de las cuestiones políticas no justiciables, sin duda constituye un acto de «*self restraint*», elogiado en un momento histórico de conflicto entre órganos. Sin embargo, no debe olvidarse que el intérprete de estas pautas, y, por lo tanto, quien en última instancia define el marco del concepto, es la misma Corte Suprema.

Finalmente, la estrategia del fallo se desprende también de que al rechazarse la posibilidad de que la Corte expida la orden se evitaba el peligro de un incumplimiento de la misma por el presidente Jefferson, hipótesis que, como se ha señalado anteriormente, tenía serias posibilidades de verificarse. Asimismo, no se configuraba la posible «invasión» de la Corte al Poder Ejecutivo, con lo que se diluía el riesgo de comienzo de procesos de juicio político. Este carácter trunco de la decisión encierra lo sólido de la misma, en cuanto la Corte, sin exponerse a la arena política, consolida su rol como cabeza de un poder del Estado.

Gracias a las ponderaciones desarrolladas precedentemente, la decisión recibe amplios aplausos en cuanto modelo de estrategia política. «La decisión es una obra de arte de la no dirección, un brillante ejemplo de la capacidad del *Chief Justice* Marshall para esquivar el peligro mientras parece que lo destruía, para avanzar en una dirección, mientras sus oponentes están mirando hacia otra»<sup>67</sup>.

Así se logró consolidar la presencia federalista en el Poder Judicial, robustecer al mismo con el control de constitucionalidad y protegerlo frente a los riesgos de juicio político o incumplimiento de su decisión. Ello es señalado por el *Chief Justice* Warren Burger al estudiar el fallo, quien considera que el núcleo de la estrategia de Marshall radica en el orden en que resuelve las cuestiones que, estima, están sometidas a consideración de la Corte, lo cual le permite tanto gestar el poder de control de constitucionalidad en la judicatura, consolidar la conformación del Poder Judicial frente a posibles reclamos de sus miembros, antes tribunales inferiores, y, a su vez, dictar un pronunciamiento que, al no hacer lugar a la pretensión, no expone a sus miembros al incumplimiento de la sentencia por el Poder Ejecutivo ni invade potestades de otros órganos<sup>68</sup>. Ello conlleva un

<sup>67</sup> McCLOSKEY, *op. cit.*, p. 40.

<sup>68</sup> FISHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 31.

doble análisis de la ecuación del fallo. Conforme explica Warren Burger, «el secretario de Estado de Jefferson, Madison, ganó la batalla; Marbury, los federalistas, han perdido, y la real guerra, la relevante guerra sobre la supremacía de la Corte Suprema en la adjudicación constitucional, ha sido ganada por Marshall y por los Estados Unidos»<sup>69</sup>.

Sin embargo, no debe dejar de remarcarse que la estrategia de Marshall también tiene otro punto de apoyo troncal, que es su capacidad de autolimitarse<sup>70</sup>. En *Marbury v. Madison*, entonces, Marshall logró algo más que reservar para el Poder Judicial la potestad de decir lo que la ley es e invalidar los actos contrarios a la Constitución. Aportó las bases de una jurisdicción constitucional estratégica que robustece a la Suprema Corte como cabeza de uno de los Poderes del Estado, agente en el campo político. La estrategia se basa en una respuesta mesurada por el Tribunal, pero que se construye sobre aquellos aspectos troncales para la supervivencia del mismo. Como explica McCloskey, «aunque pueda parecer paradójico, la Suprema Corte generalmente gana, en vez de perder poderes, cuando adopta una política de abstinencia»<sup>71</sup>. En este caso, con el éxito de procurar la salvaguarda institucional de la misma en un momento álgido y conflictivo de la gestación de los Estados Unidos de América.

## V. COOPER V. AARÓN: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AGUERRIDA

El 17 de mayo de 1954 es una fecha histórica en el desarrollo del control de constitucionalidad estadounidense. Sin duda, las sentencias dictadas en los casos *Brown v. Board of Education*<sup>72</sup>, *Brown v. Board of Education II*<sup>73</sup> y *Cooper vs. Aarón*<sup>74</sup> implicaron un giro de 180 grados en la argumentación jurisdiccional de dicho país. Los fallos constituyeron un lanzamiento del Tribunal Superior a la arena política, el abandono expreso de técnicas interpretativas que eran consideradas antes baluartes de la *judicial review*, y ejemplos paradigmáticos de las conquistas y límites de la habi-

<sup>69</sup> Chief Justice Warren Burger, Presidential Address to the Benthon Club, University College, London (England), 1 de febrero de 1972 [reprinted in M. CANNON y D. O'BRIEN (eds.), *Views From the Bench*, 7, 12-14, 1985]; FISHER y DINER, *op. cit.*, p. 37.

<sup>70</sup> McCLOSKEY, *op. cit.*, p. 25.

<sup>71</sup> McCLOSKEY, *op. cit.*, p. 30.

<sup>72</sup> 347 US 483, 74 St. Ct. 686, 98. L.Ed. 873 (1954).

<sup>73</sup> 347 US 483, 74 St. Ct. 686, 98. L.Ed. 873 (1954).

<sup>74</sup> 358 US 1 (1958).

lidad judicial para transformar la sociedad<sup>75</sup>. Básicamente, en dicha sentencia la Suprema Corte revocó un criterio que había permanecido firme durante setenta y cinco años y declaró inconstitucional las leyes de 17 Estados conforme a las cuales se establecían sistemas de educación segregada en escuelas públicas. Posteriormente, en *Cooper* se produjo la concentración del sistema en la Corte Suprema mediante el establecimiento, en la práctica, del monopolio de la interpretación constitucional por dicho Tribunal, incluso sobre los Estados.

A fin de comprender la magnitud de las decisiones en análisis es necesario partir de la referencia al precedente vigente en el momento de su dictado. En la causa *Plessy v. Ferguson*<sup>76</sup>, dictada en el año 1896, el Tribunal había considerado constitucional una ley estatal que requería a las empresas ferroviarias a otorgar «igual pero separadas» comodidades a blancos y no blancos sobre la base de que la distinción por raza no es inconstitucional.

Bajo el estatuto de Louisiana, en análisis en el caso citado, un pasajero que utilice un tren no designado conforme su raza habría cometido un crimen. Plessy, quien era 7/8 de origen caucásico y 1/8 de origen afroamericano, fue procesado bajo el estatuto, después de rehusarse a abandonar la parte del tren reservada para blancos. Un argumento fue especialmente señalado por la defensa: el estatuto preveía una excepción, enfermeras afroamericanas que estuvieran cuidando a pacientes de raza blanca sí podían viajar en el tren para ellos. Este extremo, acorde a la defensa, demostraba que el objetivo de los estatutos era, justamente, discriminar y humillar<sup>77</sup>. Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Louisiana como la Federal convalidaron la constitucionalidad del estatuto. Para arribar a tal conclusión realizaron una particular interpretación de la enmienda 14 de la Constitución, conocida como «cláusula de protección igualitaria»<sup>78</sup>.

En primer lugar, la Suprema Corte realizó una interpretación de la norma conforme su constituyente histórico, señalando que si bien la misma requiere trato igualitario, no veda la distinción en virtud de la raza. Entendió que la norma no fue dictada con el fin de abolir las distinciones basadas en el color, o para instrumentar la igualdad social, o conminar a las razas en términos insatisfactorios para las mismas. Conforme el prece-

<sup>75</sup> FISHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 261.

<sup>76</sup> 163 US 537 (1896).

<sup>77</sup> Joel D. JOSEPH, *Black Mondays. Worst decisions of the Suprema court*, Maryland, National Press, 1987.

<sup>78</sup> *Ecuil Protection Clause*.

dente en análisis, el término utilizado por la Constitución de «iguales» no exigía que sean «juntos». Sostuvo que la ley no era irrazonable, porque la legislatura tenía derecho a ponderar la realidad social, usos, costumbres y tradiciones del pueblo, en miras a promover su confort, el bien común y la preservación de la paz y buen orden. Señaló que las alocaiones separadas no implicaban una consideración inferior de las personas de color. Que es equivocado asumir que los prejuicios sociales pueden ser modificados a través de la legislación y que la protección igualitaria de los derechos no puede ser asegurada a las minorías raciales excepto por una política que fuerce la comunidad de razas. Sostuvo que esto no era verdad, ya que la legislación no puede abolir los sentimientos de la gente respecto a la raza. Si los derechos políticos y civiles de ambas razas deben ser iguales, uno no puede ser inferior a otro en los mismos. Finalmente concluyó con una frase que resume el pesimismo en materia de Derecho constitucional señalando que si una raza es inferior a otra socialmente, la Constitución no puede lograr que las mismas sean equiparadas.

En su disidencia, el *Justice* Harlan se embanderó en la lucha de los derechos civiles y sostuvo que, bajo los ojos de la Constitución y de la ley, no existe en este país una categoría superior o dominante de ciudadanos. Dejó así plasmada una frase que brilla en los protocolos de la Suprema Corte: «la Constitución es ciega al color de la piel».

El asunto volvió a ser analizado en el caso *Brown v. Board of Education (I)*<sup>79</sup> dictado en el año 1954. Elementos de composición afectaron el criterio de la Corte. El caso fue considerado apto para su tratamiento en el año 1952, estando el *Chief Justice* Winson en ejercicio de su cargo. En un principio, en esta oportunidad, la mayoría de cinco miembros se mostraba a favor de mantener la educación segregada. Sin embargo, en el año 1953 él falleció y asumió el cargo Warren como *Chief Justice*, quien marcó una nueva era en el Tribunal caracterizada por el gran protagonismo del mismo frente a las políticas públicas.

Dado lo enraizado que se encontraba el problema de la segregación racial, especialmente en el sur de Estados Unidos de América, la Suprema Corte optó por dictar una decisión unánime y limitada, y sin especificar un remedio concreto al caso<sup>80</sup>. El Tribunal modificó totalmente su criterio señalando que comodidades separadas en la educación pública son

<sup>79</sup> 347 US 483 (1954).

<sup>80</sup> FISHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 262.

inherentemente inconstitucionales y, en consecuencia, violan el derecho a la igualdad.

Previo al dictado del fallo, en cuatro Estados se denegaba la admisión a estudiantes de dicha raza en escuelas concurridas por alumnos blancos. En la mayoría de los casos los Tribunales inferiores habían rechazado las demandas iniciadas, amparándose en el precedente de *Plessy*. La causa constituyó una *class action* iniciada por los padres de un grupo de estudiantes afroamericanos, quienes invocaron que las escuelas no presentaban iguales comodidades, por lo que se violaba su protección igualitaria.

Los argumentos adoptados por la Corte en *Brown (I)* son novedosos e implican el abandono de pautas interpretativas originalistas. En primer lugar, señala el Tribunal que las fuentes históricas no tienen evidencia conclusiva, ya que no es posible rastrear de manera certera la intención de los *Framers* en 1868 respecto a segregación racial y había contradicciones entre los mismos. Asimismo, explica que no había educación pública en esa época y las personas afroamericanas generalmente no recibían educación formal.

Resulta interesante como la Corte instrumenta pautas de interpretación dinámica para dejar de lado la aplicación del precedente *Plessy*, señalando que no es posible leer la realidad con el reloj detenido en el tiempo del dictado del mismo.

Posteriormente, pasa a incorporar argumentos propios de la interpretación previsora. Expresa que no es posible evaluar las cualidades educativas de los establecimientos sólo a través de los aspectos o factores «tangibles» tales como programas, edificios, salarios de los docentes, etc., sino que es necesario tener en cuenta los «efectos» de la segregación en la sociedad, la educación pública y, particularmente, en los sectores afroamericanos. Concluye que existen factores intangibles que hacen que la educación segregada sea desigualitaria. Basada en nutrida evidencia sociológica, tales como estudios de campo, cuasi experimentos, etc., concluye que la segregación tiene efectos perniciosos, ya que genera un sentimiento de inferioridad en su estatus en la comunidad, y puede afectar sus mentes y corazones en una manera sin igual. Así, sostiene que las disposiciones legales de educación segregada retarda el desarrollo educacional y mental de los niños afroamericanos y los priva de uno de los beneficios que recibirían en un sistema de educación integrada. De esta manera, la educación segregada es inherentemente desigualitaria y viola la protección constitucional.

Las pautas interpretativas y los argumentos utilizados por la Suprema Corte en *Brown* fueron sumamente criticados, ya que se cuestiona que el

Tribunal basa su decisión más en aspectos sociológicos y su evidencia que en principios jurídicos. Evidentemente, el abandono de las pautas interpretativas literales e históricas y la adopción de las dinámicas y previsoras perfiló una argumentación jurisdiccional comprometida hacia la realidad social, mediante la cual el Tribunal adopta una posición activa en la determinación de aspectos propios de la política educacional.

En el año 1956 James F. Byrnes, que se desempeñó como *Associate Justice* durante los años 1941-1942, se mostró de una manera crítica a la respuesta aportada por la Suprema Corte en el caso en estudio, señalando que la misma habría invadido o usurpado potestades del Congreso<sup>81</sup>. El autor citado sostuvo: «la Corte no ha interpretado la constitución. La Corte la ha enmendado»<sup>82</sup>.

Poco tiempo después del fallo, esta jurisdicción constitucional aguerrida se enfrentó a su primer gran desafío: el lograr la ejecución de la decisión, es decir, la sumisión de los restantes poderes del Estado. Para evitar este inconveniente, el Tribunal había optado por no indicar los pasos a seguir por cada Estado en concreto. Se hizo necesario, entonces, un segundo pronunciamiento que reabriera la discusión respecto al remedio adecuado en miras a instrumentar la sentencia citada. Así, la Corte se pronunció en el año 1955 en *Brown v. Board of Education (II)*<sup>83</sup>.

En este segundo fallo el Tribunal adopta una solución original, que podría considerarse creativa, al prever distintos mecanismos de instrumentación de la medida y la extensión de la jurisdicción de las Cortes locales sobre el control de los mismos. El Tribunal sostiene que la plena instrumentación de lo decidido en el primer fallo puede requerir diversas soluciones locales. Señala que las autoridades escolares tienen la primaria responsabilidad para instrumentar la solución, y las Cortes tendrán que considerar cuándo una acción de las autoridades escolares constituye una instrumentación de buena fe de los principios constitucionales gobernantes. Asimismo, las Cortes deberán, en base a la equidad, ponderar la instrumentación del plan. Así, las Cortes deberán requerir que las escuelas hagan un comienzo hacia el pleno cumplimiento del fallo de manera rápida y razonable. Las escuelas, por su parte, tendrán la carga de la prueba respecto del tiempo adicional necesario. La jurisdicción de los tribu-

<sup>81</sup> James F. BYRNES, *Usurpation by the Court in The Supreme Court: views from inside*, editado por Alan F. WESTIN, New York, W. W. Norton & Company Inc., 1961, pp. 113 y ss.

<sup>82</sup> BYRNES, *op. cit.*, p. 113.

<sup>83</sup> 349 US 294 (1955).

nales permanecerá durante el tiempo en que las escuelas lleven adelante los proyectos de transición. En consecuencia, los casos son remitidos a las cortes inferiores a fin que adopten los procedimientos necesarios y dicten las órdenes y decretos consistentes con este pronunciamiento tendientes a que se admita a los estudiantes en las escuelas públicas sobre bases no discriminatorias, con «velocidad deliberada». Este último estándar es, sin duda, impreciso<sup>84</sup>.

La resistencia al fallo hace eclosión en Arkansas. Básicamente, en dicho Estado diversas masas populares impidieron que estudiantes de la raza negra ingresaran en la Escuela Superior de Little Rock y las autoridades locales no controlaron la situación. La Corte de Distrito hizo lugar al reclamo de los estudiantes afroamericanos, que postulaban la instrumentación inmediata del plan desegregatorio, pero la Cámara de Apelaciones revocó la decisión y dio lugar a un pedido de la dirección de la escuela Little Rock en el que se solicitaba un año y medio de plazo para llevar adelante el plan desegregatorio fundamentándose en la extrema hostilidad pública hacia la desegregación generada por Orbas Faubus, gobernador de Arkansas, quien despachó unidades de la Guardia Nacional de Arkansas para bloquear la desegregación planeada por la dirección de la escuela local, a pesar de haber recibido tres órdenes judiciales tendientes a que instrumentara la misma.

El caso arribó a la Suprema Corte con la carátula *Cooper v. Aaron*<sup>85</sup>. El Tribunal dictó sentencia en el año 1957 confirmando el criterio de primera instancia y asumiendo una posición aguerrida y activa en la defensa de sus decisiones en *Brown (I)* y *(II)*. Insiste reiteradamente en que «los derechos constitucionales de los reclamantes no pueden ser sacrificados en virtud de la violencia y el desorden que han seguido a las acciones del gobernador y la Legislatura»<sup>86</sup>.

La Suprema Corte analiza en concreto si la acción del gobernador y la Legislatura se encuentra sometida al *holding* dictado en el caso *Brown*. El Tribunal otorga a su jurisprudencia un carácter netamente vinculante en torno a la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad. Para argumentar en tal sentido, parte de considerar que el art. VI de la Constitución refiere a la misma como «la ley suprema de la tierra». Así, remitiendo a *Marbury v. Madison*<sup>87</sup>, sostiene que en dicho preceden-

<sup>84</sup> TRIBE, *op. cit.*, p. 1033.

<sup>85</sup> 358 US 1 (1958).

<sup>86</sup> Ídem, p. 16.

<sup>87</sup> 1 Cranch (51 US) 137 (1803).

te la Corte había declarado el básico principio que la judicatura federal es suprema en la exposición de la norma constitucional, y ese principio ha sido desde entonces respetado por la Corte y el país como un permanente e indispensable aspecto del sistema constitucional. La Corte, al resolver en contra a un gobernador que sostiene el poder de anular una orden de una corte federal, señala que si tuviera tal poder «es manifiesto que el error de un gobernador, y no la Constitución de los Estados Unidos, sería la ley suprema sobre la tierra, y las restricciones de la Constitución Federal sobre el ejercicio del poder estatal serían frases impotentes»<sup>88</sup>. De ello se sigue que la interpretación de la enmienda 14 enunciada por la Suprema Corte en el caso *Brown (I)* es la ley suprema de la tierra. El efecto vinculante, en consecuencia, se desprende del art. VI, al consagrar la supremacía constitucional, y del hecho de que cada miembro de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial está solemnemente obligado a sostener esta Constitución<sup>89</sup>.

Finalmente, el caso se resuelve en los hechos con una pulseada política del Tribunal Superior y el presidente Eisenhower dictando una orden ejecutiva mandando la Guardia Nacional a fin de que se ejecute la orden de Brown. Así, en la práctica, los estudiantes minoritarios podían ingresar sólo bajo protección militar federal.

Numerosos autores han resaltado la extensión de este precedente. Así, se ha sostenido que *Cooper* sugiere que las cortes han sido confiadas con una especial y distintiva función como últimos guardianes del significado de la Constitución y otros miembros del gobierno no deben interpretar la Constitución para sí mismos, pero, en cambio, deben mirar la interpretación de las Cortes y tomarla como autoridad<sup>90</sup>. Ahora bien, en el caso mencionado, el núcleo de donde derivaba la vinculatoriedad de los precedentes de la Suprema Corte se apoyaba en el hecho de haber sido emitidos por el órgano estatal a cuyo cargo se encuentra la interpretación constitucional. Es la supremacía del sistema de judicatura federal, y en particular de la Corte, lo que otorga a dicha interpretación constitucional y a los precedentes de la Suprema Corte su vinculatoriedad<sup>91</sup>. En este marco debe comprenderse la frase señalada por el *Justice Jackson* en el sentido de que «las decisiones de la Suprema Corte no son finales porque sean infalibles, pero son infalibles porque son finales»<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> *Sterling v. Constantin*, 287 US 378, 397-398.

<sup>89</sup> *TRIBE*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>90</sup> *STONE* y OTROS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>91</sup> Véase *STONE*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>92</sup> *Brown v. Allen*, 344 US 443, 540 (1953).

Dicha vinculatoriedad debe ser comprendida englobada en un sistema de *stare decisis*, propio de los países del *common law*. El *stare decisis* implica una «política de las Cortes basada en seguir el precedente y no disturbar el punto sentado»<sup>93</sup>. Conforme a la misma «cuando una Corte ha sentado un principio de Derecho como aplicable a una cierta categoría de hechos, ella se adherirá a dicho principio y lo aplicará a casos futuros, donde los hechos son sustancialmente los mismos, sin tener en cuenta si las partes son las mismas»<sup>94</sup>. Respecto a la jerarquización del control de constitucionalidad, la Corte reitera el principio en 1962 en el caso *Baker v. Carr*<sup>95</sup>, señalando que «el decidir cuándo un asunto tiene ha sido regulado por la Constitución es atribuido a una rama de gobierno, o bien cuando una acción de dicha rama excede cualquiera sea su autoridad, es un ejercicio delicado de interpretación constitucional y es responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución». El mismo criterio es reiterado en *Powell v. McCormack*<sup>96</sup>.

Ahora bien, al ponderar la eficacia de esta decisión, Fischer y Devins hacen una comparación entre la causa *Cooper* y la causa *Nixon*. Así, los autores señalan: «la supremacía de la judicatura ha sido un útil punto de apoyo en algunas coyunturas particulares de nuestra historia constitucional, incluido la confrontación de Little Rock en 1958 y la crisis del Watergate en 1974. El gobernador Orval Faubus de Arkansas desafió tres órdenes de la Corte para integrar la “Little Rock Central High School”. El presidente Nixon amenazó con ignorar cualquier orden de las Cortes que le requiriera entregar documentos relativos al escándalo del Watergate. La unanimidad en las decisiones de la Corte Suprema contribuyó a la estabilidad política en Little Rock y a la entrega de las grabaciones incriminantes por el presidente Nixon. Sin embargo, la importancia de estos fallos radica más en su utilidad política que en las doctrinas legales. Los dos casos en sí mismos fallan en avanzar en la causa de la desegregación o en la definición de privilegios del Poder Ejecutivo. Las clarificaciones en ambas áreas han aparecido a través del proceso político»<sup>97</sup>.

Con posterioridad al fallo dictado en *Cooper*, la Corte también dictó varios fallos con miras a dotar de eficacia a sus decisiones dictadas en la

<sup>93</sup> *Black's Law Dictionary*, 6.ª ed., Centennial Edition, p. 978.

<sup>94</sup> Ídem.

<sup>95</sup> 369 US 186, 211 (1962).

<sup>96</sup> 395 US 486, 549 (1969).

<sup>97</sup> FISCHER y DEVINS, *op. cit.*, p. 15.

serie *Brown*, entre los que pueden citarse *Goss v. Board of Education*<sup>98</sup>, *Griffin v. County School Board*<sup>99</sup> y *Green v. County School Board*<sup>100</sup>.

De los pronunciamientos citados se desprenden diversas conclusiones. En primer lugar, el hecho de que la Corte Suprema se involucrara en la realidad política y social coyuntural a una causa bajo su conocimiento, adoptando una posición activa en la determinación de las futuras políticas educacionales, reclamó que el Tribunal se replanteara su modelo de ejercicio de jurisdicción constitucional. Básicamente, implicó la adecuación, también de manera creativa, de los aspectos procesales relativos al caso, e incluso institucionales, mediante el diseño del plan de acción de las Cortes estatuales en el control de la instrumentación.

Desde el punto de vista argumentativo, la Suprema Corte se vio obligada a dejar de lado pautas interpretativas originalistas, tales como la interpretación literal e histórica para adoptar criterios interpretativos dinámicos y previsores, que le permitan incorporar a su discurso la ponderación de aspectos sociológicos y psicológicos. Sin duda, gran parte de la legitimación del Tribunal en esta jugada se debe al efectivo recurso a documentos y técnicas de evidencia sociológica que permitió que la Corte pueda basar sus conclusiones al respecto en argumentos científicos y no meramente en su sano juicio o criterio personal.

Ahora bien, ello no concluyó el desafío del Tribunal, sino, por el contrario, se abrió un período de expectativa donde entró en juego el problema de la efectiva vigencia de la decisión judicial. El temor del incumplimiento de la sentencia del Tribunal cobró cuerpo, y fue necesario un nuevo pronunciamiento donde la Suprema Corte afanzara su rol institucional y recalcará la obligatoriedad de sus fallos. Sin embargo, la decisión final, la solución fáctica, recayó en una cuestión de poder, en la imposición de las fuerzas federales, mediante el Poder Ejecutivo. Esto lleva a concluir que la adopción de pautas interpretativas constructivistas o activas reclama que se preste especial atención a la problemática del efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales. De nada servirían sentencias comprometidas y aguerridas si las mismas mueren en agonía en los protocolos dentro de los palacios de justicia. Si los tribunales deciden adoptar técnicas interpretativas aguerridas, comprometidas, y así se lanzan a la arena del conflic-

<sup>98</sup> 373 US 683 (1963).

<sup>99</sup> 377 US 218 (1964).

<sup>100</sup> 391 US 430 (1968).

to político, necesitan estar armados para su defensa o bien morirán en la indiferencia e incumplimiento.

Otro aspecto a concluir del caso *Cooper* se debe a que un sistema donde existe un órgano que monopoliza el control de constitucionalidad no puede ser calificado como un sistema difuso puro. Al contrario, reviste una fuerte connotación concentrada. Si la Corte asume tal carácter de único intérprete de la Constitución, esto implica una mutación endógena del Tribunal hacia una conformación híbrida, con elementos de tribunal de constitucionalidad concentrado en los hechos, como se ha señalado con anterioridad.

## VI. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL RECEPTORA DEL ORDEN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 1. El autismo en la interpretación constitucional

Durante siglos la Corte Suprema estadounidense se ha mostrado reticente a la introducción de categorías de Derecho transnacional en su proceso de elaboración de decisiones<sup>101</sup>. Aferrada al originalismo en materia interpretativa, sus argumentaciones se entroncaban en consideraciones sistemáticas, en apreciaciones de la literalidad de la norma suprema y, principalmente, en una interpretación voluntarista histórica basada en el espíritu de los *Framers*, grandes fundadores y arquitectos del constitucionalismo nacional.

Como se ha señalado, el originalismo implica una lectura de las normas constitucionales con la mirada orientada hacia dentro de las fronteras patrias. Esto conllevó lo que podría llamarse una interpretación «nacionalista» del texto supremo, ajena, y de alguna manera autista, a la realidad internacional. En consecuencia, la jurisprudencia resultante parte de sugerir que las «decisiones internacionales, declaraciones y exhortaciones no tienen cabida en aquellas fuentes. Concluir de otra manera sería un completo nuevo rango de materiales para los textos, precedentes y doctrinas

<sup>101</sup> Véase, por ejemplo, el criterio vertido por Charles LANE, «Thinking outside the US», *Washington Post*, lunes, 4 de agosto de 2003, p. A13. Asimismo, véase Sandra DAY O'CONNOR, «Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law», 96 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 348, 351 (2002), p. 350, citado por Roger P. ALFORD, «Federal Courts, International Tribunals, and the Continuum of Deference», 43 *Va. J. Int'l L.* 675, p. 776.

de donde el objetivo herculeano de construir juicios constitucionales en casos particulares debe proceder»<sup>102</sup>. El ejemplo paradigmático respecto a la negativa a la introducción del Derecho comparado o normas internacionales en el discurso jurídico jurisdiccional norteamericano puede encontrarse en la opinión del Justice Thomas al denegar el *certiorari* en *Foster v. Florida*<sup>103</sup>, donde se sostiene que «esta Corte no debería imponer modos, modismos o modas extranjeras en americanos»<sup>104</sup>.

Dentro del marco de acción de la interpretación originalista, el campo de juego de las pautas internacionales o de Derecho comparado se encuentra sumamente reducido a su capacidad de brindar luz a la «intención originaria» del constituyente, es decir, aquellos casos en que la experiencia extranjera o el Derecho internacional contribuyen a desentrañar la génesis volitiva de la norma doméstica. Así lo explica Alford, sosteniendo que «originalismo es una teoría constitucional que juzga la propiedad de la comparación constitucional basada en su habilidad para facilitar un entendimiento de su intención original»<sup>105</sup>.

En consecuencia, sobre todo en los primeros años de la nación, existen antecedentes en los que, en el marco interpretativo señalado, las Cortes estadounidenses hacen referencia a normas extranjeras pertenecientes a países del *common law*, en particular del *common law* inglés<sup>106</sup>. Asimismo, también se verifican precedentes donde se hace mención a la ley de gentes en casos relativos a comercio internacional. Sin embargo, posteriormente la referencia al Derecho comparado (dentro del marco de los sistemas partidarios del *common law*) se ha ido restringiendo. Así, O'Scannlain señala, por ejemplo, que entre 1990 a 2003 sólo 43 decisiones de las Cortes federales de apelaciones se refirieron a precedentes británicos<sup>107</sup>.

Las razones que aportan fundamento a una lectura autista de las normas supremas son de diversa índole. Desde un punto de vista teórico, como señala Roger P. ALFORD, el recurso o no al intérprete externo se

<sup>102</sup> Anne-Marie SLAUGHTER, «A Global Community of Courts», 44 *Harv. Int'l L. J.* 191, 198-99 (2003), p. 203, citando a Charles FRIED, «Scholars and Judges, Reason and Power», 23 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 807, 820-21 (2000), todos ellos citados por ALFORD, *op. cit.*, pp. 790-791.

<sup>103</sup> 537 US 990 (2002), citada por Scalia en su posición minoritaria en *Lawrence vs. Texas*.

<sup>104</sup> Ídem.

<sup>105</sup> ALFORD, *op. cit.*, p. 645.

<sup>106</sup> Véase en este sentido a Rex D. GLENSY, «Wich countries Count? Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority», 45 *Va. J. Int'l L.* 357, p. 361.

<sup>107</sup> Diarmuid F. O'SCANNLAIN, «Speech: What role should foreign practice and precedent play in the interpretation of domestic law?», 80 *Notre Dame L. Rev.*

encuentra determinado por la teoría constitucional y metodología interpretativa que subyace al operador. Es decir, «debidamente entendido, el interés personal en incurrir en Derecho comparado constitucional dependerá en la teoría de cada uno respecto argumentación constitucional»<sup>108</sup>.

Algunas posiciones argumentativas resultan más reticentes a la apertura. Así, se ha señalado anteriormente que ello se veía restringido en un primer momento dado que «si un juez interpreta la Constitución basado en la teoría de la intención original, entonces las prácticas globales contemporáneas serán de poco servicio»<sup>109</sup>. Por su parte, dentro de la crítica al control contra mayoritario «si un juez basa su argumentación en la teoría de la referencia a la legislatura, entonces las experiencias comparativas que ofrecen distintas concepciones de “lo bueno” serán de poca relevancia»<sup>110</sup>.

Otras líneas argumentativas resultan más flexibles, admitiendo la posibilidad de abrir las puertas a prácticas extranjeras y al Derecho internacional; sin embargo, ello no se logra de manera automática. En este sentido, continúa explicando el autor citado, «si un juez expone la teoría de que una Constitución engloba principios de Derecho natural, entonces la evidencia de normas universales va a solventar tal concepción. Si un juez es “constitucionalista pragmático” las consecuencias en el mundo real tanto en casa como en el exterior serán apropiadas para aportar luz empírica en las soluciones propuestas a problemas comunes»<sup>111</sup>.

## 2. Acercando la mirada hacia el orden internacional

Poco a poco, a través de diversas presentaciones, principalmente generadas mediante la utilización de la figura del *amicus curiae* y posiciones adoptadas en votos minoritarios, se han formulado frente y dentro del Tribunal argumentos que exigen efectuar una mirada hacia el orden internacional. Así, la interpretación constitucional se moderniza con la incorporación de patrones internacionales en la creación de los estándares de revisión.

La recepción abarca distintos aspectos. Se tiene en cuenta tanto el Derecho comparado como fuente persuasiva, como también la normativa internacional, los pronunciamientos de organismos jurisdiccionales supranacionales y la opinión de la comunidad internacional en general, como

<sup>108</sup> ALFORD, *op. cit.*, p. 641.

<sup>109</sup> Ídem.

<sup>110</sup> Ídem.

<sup>111</sup> Ídem.

pautas que no pueden desconocerse y que, de alguna manera, impactan en la construcción de los esquemas valorativos propios, relativos no sólo a cuestiones que tienen que ver con aspectos internacionales, sino también al Derecho constitucional doméstico.

Explicando la mutación, el ex *Chief of Justice* William H. Rehnquist ha sostenido: «por cerca de un siglo y medio, las Cortes en los Estados Unidos ejercieron su poder de jurisdicción constitucional sin mirar otra cosa que a sí mismos, porque las Cortes solamente ejercían dicho tipo de autoridad. Cuando muchas nuevas Cortes constitucionales fueron creadas tras la Segunda Guerra Mundial, esos tribunales naturalmente tuvieron en cuenta las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, entre otras fuentes, para desarrollar su propia ley. Pero ahora que el Derecho constitucional se encuentra tan sólidamente establecido en tantos países es hora que las Cortes de Estados Unidos comiencen a mirar las decisiones de otras Cortes constitucionales como ayuda para su propio proceso deliberativo»<sup>112</sup>.

Aquellas observaciones, que en un principio se han mostrado de manera aislada, en pronunciamientos disidentes o particulares, hoy se han exployado en criterios mayoritarios relativos a temas viscerales para la sociedad americana. Durante los ciclos 2003 y 2004 las referencias adquieren carácter categórico. Ken I. Kersch señala que existen tres aspectos que remarcan la notabilidad e importancia de las alusiones de la Corte Suprema al orden internacional en sus recientes pronunciamientos: en primer lugar, dichas referencias se realizan en decisiones que no involucran asuntos internacionales, sino aspectos de política doméstica que son el corazón de la contienda político-partidaria. En segundo plano, en lugar de consistir en alusiones casuales, representan un calculado paso de jueces claves de la Corte —liderados por el *Justice* Breyer, pero también acompañado por los *Justice* Ginsburg, Kennedy y O'Connor—. En tercer término, estos esfuerzos de la judicatura americana están teniendo lugar en un contexto distintivo de reforma intelectual, donde muchos activistas y doctrinarios, tanto de Estados Unidos como del resto del mundo, están comenzando a entender que el transnacionalismo es imperativo<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> William H. REHNQUIST, *Constitutional Court - Comparative Remarks* (1989), reimpresso en Alemania [Paul KIRCHHOF y Donald P. KOMMERS (eds.), 1993], y sus opiniones en *Raines v. Byrd*, 521 US 811, 828 (1997), y *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702, 710, 718 n.16, 785-87 (1997), citados por Harold HONGJU KOH, «On American Exceptionalism», 55 *Stan. L. Rev.* 1479, nota 113.

<sup>113</sup> Ken I. KERSCH, «The new legal transnationalism. The globalized judiciary, and the rule of law», 4 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 345, p. 345.

La respuesta no ha sido unívoca. Harold Hongju Koh encuadra la postura de los miembros de la Corte Suprema de Estados Unidos respecto al rol de este país en el mundo en dos líneas: la jurisprudencia nacionalista y la jurisprudencia transnacionalista<sup>114</sup>. En la primera corriente se ubicaría Scalia y Thomas, quienes «se caracterizan por compromisos a la territorialidad, política nacional, deferencia al poder ejecutivo y resistencia al compromiso hacia el Derecho internacional en cuanto significa una limitación de las prerrogativas nacionales»<sup>115</sup>. La otra corriente, denominada «jurisprudencia transnacionalista», tendría, conforme dicho autor, inicio con John Jay y John Marshall, el ministro Gray en el caso *Paquete Habana*,<sup>116</sup> Douglas y White en la Corte Warren y Burger, y, finalmente, Blackmun, siendo en la actualidad sus exponentes Stephen Breyer y Ruth Bader Ginsburg<sup>117</sup>.

Sin duda el discurso legal se ha visto totalmente alterado. La mutación de la teoría argumentativa también implicó un cambio en la concepción misma de la actuación jurisdiccional. Melissa A. Waters plantea una nueva visión de la judicatura en el ámbito mundial. Sostiene que las Cortes, participando en el diálogo judicial internacional, crean «comunidades interpretativas» que se enganchan en un proceso de interacción, interpretación y reinterpretación judicial, y la internalización doméstica de una determinada norma internacional. De esta manera, participan en la construcción y desarrollo de un amplio diálogo judicial internacional, tanto bajo la ley doméstica como internacional. Este diálogo contribuye en una gradual convergencia hacia una costumbre internacional<sup>118</sup>. En un sentido similar, Kersch señala que la judicatura es consciente de la transformación que está gestando y cómo contribuyen a la construcción de una comunidad judicial global<sup>119</sup>.

El potenciamiento de la judicatura que acompaña a estas pautas interpretativas ha sido criticado por algunos autores que se mantienen enfrentados a esta doctrina. Kersch, por ejemplo, sostiene que «mientras el nuevo transnacionalismo sostiene una preocupación por los reclamos de democracia y estado de Derecho, si es aplicado dentro de Estados avanzados,

<sup>114</sup> HONGJU KOH, *op. cit.*

<sup>115</sup> Ídem, 1513.

<sup>116</sup> 175 US 677, 700 (1900), en cuanto dice: «el Derecho internacional es parte de nuestra ley...», cita de HONGJU KOH, *op. cit.*, p. 1513.

<sup>117</sup> Ídem.

<sup>118</sup> Melissa A. WATERS, «Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing international law», 93 *Geo. L.J.* 487.

<sup>119</sup> KERSCH, *op. cit.*, p. 359.

industrializados y democráticos, como los Estados Unidos, cuando es dirigido hacia cuestiones domésticas de carácter político o constitucional es parte de un manejo elitista, con motivaciones políticas de carácter internacional hacia el gobierno de los jueces, lo cual no sólo atenta contra la ética de la regla democrática del autogobierno, sino también contra el Estado de Derecho»<sup>120</sup>. Conforme a dicho autor, estas pautas analíticas han permitido que la judicatura haya procurado la «revolución de los derechos», de tal manera que, consagrándose el Poder Judicial como auténtico intérprete de la Constitución, se constituye en guardián del sistema, y, como tal, supremo rector del mismo<sup>121</sup>.

Finalmente, la resistencia se instauró también en el campo legislativo. La Cámara Baja del Congreso de Estados Unidos de América aprobó una resolución determinando que «las leyes de Estados Unidos no deberían estar basadas en todo o en parte en juicios, leyes o pronunciamientos de instituciones extranjeras, a menos que tales pronunciamientos extranjeros son incorporados en la historia legislativa de leyes aprobadas por las ramas legislativas electas de los Estados Unidos, o de otra manera informen un entendimiento del sentido original de las leyes de Estados Unidos»<sup>122</sup>. Ello lo basa en que tal práctica jurisprudencial atentaría contra la división de funciones propia de un régimen republicano. Por su parte, algunos senadores también introdujeron un proyecto de ley conocido como el Acta de Restauración Constitucional de 2004, sobre la base de la cual se establece que al interpretar y aplicar la Constitución de los Estados Unidos, una Corte no puede apoyarse en alguna constitución, ley, decreto administrativo, resolución judicial u otra acción de cualquier Estado extranjero u organización o agencia internacional, que no sea el Derecho constitucional y *common law* inglés<sup>123</sup>.

Sin embargo, los argumentos a favor de la interpretación transnacionalista varían tanto en torno a los aspectos morales relativos a un proceso histórico inexorable de globalización, como a la relevancia técnica de incorporar conocimientos, sin discriminar su origen<sup>124</sup>. El patrón de la tendencia jurisprudencial consiste en partir de la base de la interdependen-

<sup>120</sup> KERSCH, *op. cit.*, p. 346.

<sup>121</sup> KERSCH, *op. cit.*, pp. 350 y ss.

<sup>122</sup> H. R. Res. 568, 108th., Cong. (2004); Press Release, Rep. Tom Feeney, Reaffirmation of American Independence Resolution Approved (May 13, 2004), at. [http://www.house.gov/apps/list/press/f124\\_feeney/ResConstitutionSubPassage.htm](http://www.house.gov/apps/list/press/f124_feeney/ResConstitutionSubPassage.htm), citado por John K. SETEAR, «A forest with no trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 term», 91 *Va. L. Rev.*, 579, p. 583.

<sup>123</sup> O'SCANNLAIN, *op. cit.*, p. 1899.

<sup>124</sup> KERSCH, *op. cit.*, p. 364.

cia política y económica, mirar hacia reglas de Derecho internacional, y el compromiso hacia la necesidad de utilizar como medio la coordinación con sistemas internacionales de intereses y promover el desarrollo de un sistema internacional de justicia eficaz<sup>125</sup>.

Algunos autores plantean el carácter inevitable del fenómeno, ya que si bien el mismo puede no encuadrarse en la postura clásica interpretativista, es impuesto por una realidad universal. En este sentido Spiro sostiene que «el Derecho internacional puede ser un proceso donde los Estados Unidos y entidades americanas puedan participar, pero no es una criatura de la Constitución. Sin embargo, resistir y aislarse no son opciones viables. Uno puede esperar un mayor desarrollo de normas internacionales dentro de los discursos respecto a derechos internos. A largo plazo, las normas internacionales serán ubicadas no como solamente agentes persuasivos, sino como triunfos. Las concepciones nacionalistas son vulnerables frente al cambio de la arquitectura del Derecho internacional y la comunidad internacional»<sup>126</sup>.

Rex D. Glensy sostiene que las críticas del análisis comparativo son incorrectas. Para ello se basa, en primer lugar, en la idea de que «el análisis comparativo difícilmente es un fenómeno “nuevo”; ha sido debatido y utilizado tanto en este país como en el exterior por centurias, si no milenios. Asimismo, el reclamo de que la soberanía de los Estados Unidos es, de alguna manera, comprometida por el uso de fuentes extranjeras es insostenible, planteado bajo escrutinio, por el solo hecho que jueces domésticos, guiados por su entrenamiento doméstico, van a ser siempre los que tomen la decisión que determine si debe realizarse este estudio comparativo»<sup>127</sup>.

De esta manera numerosos doctrinarios, órganos jurisdiccionales y sectores de la sociedad civil apoyan tal posibilidad, e incluso argumentan mundialmente a favor de la misma, muchos de ellos organizados a través de organizaciones no gubernamentales<sup>128</sup>.

Sin embargo, también existen reticencias de orden práctico a la interpretación transnacionalista, ya que se cuestiona la posibilidad de adaptación de la norma comparada a la realidad sociopolítica de Estados Unidos.

<sup>125</sup> HONGJU KOH, *op. cit.*, pp. 1513-1514, y Jenny MARTÍNEZ, «Towards an International Judicial System», 56 *Stan. L. Rev.* (forthcoming 2003), allí citado.

<sup>126</sup> Peter J. SPIRO, «Treaties, International Law, and Constitutional Rights», 55 *Stan. L. Rev.* 1999, p. 2027.

<sup>127</sup> Rex D. GLENSY, «Which countries Count? *Lawrence v. Texas* and the Selection of Foreign Persuasive Authority», 45 *Va. J. Int'l L.* 357.

<sup>128</sup> Véase en este sentido a KERSCH, *op. cit.*, p. 360.

Así, se señala que «dado que la ley extranjera puede ser mal ubicada a las condiciones americanas, se recomienda recurrir exclusivamente en autoridades domésticas»<sup>129</sup>. A ello se suma las críticas a la misma capacidad del poder judicial de comprender completamente aquellas instituciones «prestadas»<sup>130</sup>. Si se mantiene, se cuestiona la propia selección de la norma comparada. En las palabras del congresista Feeney: «Como un juez, si el análisis comparativo es un proceso apropiado puede discernir cuál de los países es apropiado para citar y cuál de los países no»<sup>131</sup>.

Sin duda, los cuadros judiciales, en virtud de estos cambios y desafíos, se han visto enfrentados a un replanteamiento. Roger A. Alford señala que «las Cortes han quedado perplejas por el problema, y sus pronunciamientos reflejan un limitado entendimiento del rol del Derecho internacional y tribunales internacionales en decisiones en Cortes domésticas»<sup>132</sup>. Evidentemente, una interpretación transnacionalista requiere que los operadores jurídicos se formen en disciplinas no siempre estudiadas con la exigencia necesaria. Justamente, la interpretación transnacionalista y el recurso al intérprete externo remiten a dos disciplinas como elementos determinantes que deberían ser conocidos por el intérprete: *a*) el orden internacional o regional de los derechos humanos que vincula a su país, y *b*) el Derecho comparado en general, abarcativo de los diversos órdenes normativos nacionales, así como de los órdenes regionales de derechos humanos no aplicables directamente a dicho país.

En este sentido, Deena R. Hurwitz resalta la necesidad de formación transnacionalista del jurista del siglo XXI. Dicho autor sostiene que «globalización podrá ser un proceso todavía en surgimiento, pero no es más que un mero discurso teórico. Al contrario, se está convirtiendo rápidamente en el horizonte para todas las disciplinas... Hoy en día cualquier noción de que una ley nacional es independiente de la norma internacional es un chiste. Todos nuestros problemas son transnacionales y pueden ser controlados sólo por la cooperación transnacional. Existe un proceso constitutivo global de decisiones con autoridad en los que el Derecho internacional público y privado, así como el Derecho comparado, se combina en lo que Philip Jessup llamó “*transnational law*”. Es inútil hoy hablar de una jurisprudencia de Derecho nacional. Lo que se necesita es una teoría y procedimiento para cuestionarse sobre el total proceso de decisión. Los nuevos

<sup>129</sup> O'SCANNLAIN, *op. cit.*, p. 1903.

<sup>130</sup> KERSCH, *op. cit.*, p. 367.

<sup>131</sup> GLENSY, *op. cit.*

<sup>132</sup> ALFORD, *op. cit.*

problemas de derechos humanos acompañan la globalización... Debido a su inherente carácter transnacional, estos aspectos hacen nacer la idea de que los derechos humanos —y sus violaciones— afectan a los miembros de la comunidad global, sin importar dónde ocurrió la violación... En miras a variar los paisajes, los abogados hoy deben familiarizarse, al fin, con los componentes de regímenes internacionales y normas de derechos humanos internacionales, así como elementos de ética legal transnacional»<sup>133</sup>.

### 3. Génesis de la apertura

Conforme se ha señalado, la Corte Suprema de Estados Unidos de América, al principio tímidamente y luego con mayor vigor, dio lugar en su argumentación jurisdiccional a las valoraciones internacionales y de Derecho comparado. Originariamente, más allá de las referencias a los países de *common law* que influyeron en la génesis histórica del sistema legal estadounidense, también pueden vislumbrarse algunas referencias a las prácticas de otros países. Así, en *Fong Yue Ting v. United States*<sup>134</sup> pueden encontrarse algunas alusiones a las naciones soberanas e independientes, al evaluar la constitucionalidad de una ley que preveía la expulsión de trabajadores chinos. Debe aclararse que este modelo argumentativo fue señalado por algunos autores como una mera acumulación de información, probablemente motivado por el carácter internacional de la ley en análisis<sup>135</sup>. El problema que se planteaba es que en aquellas raras instancias en que la Corte hacía referencias a sistemas comparados, las mismas aparecían nada más que como observaciones corteses, sin constituir el elemento central o definitorio respecto a la Constitución americana que tenga un soporte independiente extranjero<sup>136</sup>.

El aumento de la remisión al orden internacional y al Derecho comparado se verifica conjuntamente con el crecimiento de los litigios relativos a

<sup>133</sup> Deena R. HURWITZ, «Lawyering for Justice and the Inevitability of International Human Rights Clinics», 28 *Yale J. Int'l L.* 505, pp. 506-508. Asimismo, véase Catherine POWELL, «Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States», 150 *U. Pa. L. Rev.* 245 (2001); Beth STEPHENS, «Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations», 27 *Yale J. Int'l L.* 1, 34 (2002), citados por dicho autor.

<sup>134</sup> 149 US 698 (1893).

<sup>135</sup> GLENSY, *op. cit.*, p. 368.

<sup>136</sup> GLENSY, *op. cit.*, p. 372.

derechos civiles a fines de la mitad del siglo xx en Estados Unidos<sup>137</sup>. Ello se debe a la misma naturaleza de la temática. Explica Glensy que «existe un elemento en materia de derechos civiles que, como una cuestión intrínseca, trasciende la noción de fronteras y se refleja directamente en la sociedad que está enfrentando tales asuntos. Y es en estas instancias —cuando las cuestiones se acercan al corazón de nuestra conciencia colectiva— donde la Corte Suprema ha analizado si es apropiado consultar con otras naciones respecto a qué rutas, desde un punto normativo, deben ser seguidas. En otras palabras, es nuestra humanidad sobre todas las cosas lo que nos une con otras naciones y, consecuentemente, con otros sistemas legales»<sup>138</sup>.

En un primer lugar aparecieron algunos votos minoritarios que referían a estas disciplinas. La referencia al Derecho internacional e incluso al orden internacional de los derechos humanos se volcaba esporádicamente en opiniones disidentes o concurrentes. Como ejemplo de la referencia a pautas del orden internacional de los derechos humanos puede citarse *Thompson v. Oklahoma*<sup>139</sup>, la opinión mayoritaria refirió a estándares internacionales para la ejecución de imputados de quince años de edad —el *Justice O'Connor*, en su opinión concurrente, refiere a que Estados Unidos ratificó el art. 68 de la Convención de Ginebra para establecer un mínimo de dieciocho años de edad para la pena capital en determinadas circunstancias—; por su parte, *Justice Kennedy*, en *Zadvydas v. Davis*<sup>140</sup>, sostuvo que una particular detención de extranjeros resulta acorde a la opinión internacional y citó la del Grupo de Trabajo en detenciones arbitrarias del Alto Comisionado para refugiados de la ONU; *Justice Breyer*, en *Nixon v. Shrink Mo. Gov't PAC*<sup>141</sup>, refirió a que la jurisprudencia de la Corte respecto a la primera enmienda es acorde a las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en *Knight v. Florida*<sup>142</sup>, refirió a que la Corte ha remitido a patrones de Derecho internacional.

Más recientemente, también puede citarse la opinión separada realizada por *Justice Ginsburg* (a la que posteriormente remite *Justice Breyer*) en el caso *Grutter v. Bollinger*<sup>143</sup>, relativa a las acciones afirmativas. En dicha causa, el magistrado sostuvo que tales herramientas deben tener un punto

<sup>137</sup> GLENSY, *op. cit.*, p. 369.

<sup>138</sup> GLENSY, *op. cit.*, pg. 369.

<sup>139</sup> 487 US 815, 830 (1988).

<sup>140</sup> 533 US 678, 721 (2001).

<sup>141</sup> 528 US 377, 403 (2000).

<sup>142</sup> 528 US 990, 997 (1999); véase, en el mismo sentido, su opinión en *Printz v. United States*, 521 US 898, 977 (1997).

<sup>143</sup> 123 S. Ct. 2325 (2003).

final lógico de acuerdo al entendimiento internacional del marco de las acciones afirmativas. En miras a determinar el mismo, sostuvo que la referencia a veinticinco años como pauta de temporaneidad de una acción afirmativa resulta consistente con la convención internacional contra todas las formas de discriminación racial, instrumento que había sido ratificado por los Estados Unidos<sup>144</sup>. Por otra parte, también cita la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual no había sido ratificada por Estados Unidos<sup>145</sup>.

Asimismo, existen variadas referencias a Derecho comparado. Por ejemplo, en *Washington v. Glucksberg*<sup>146</sup>, Justice Rehnquist sostuvo que en casi todos los Estados americanos y en casi todas las democracias occidentales es un crimen asistir al suicida, y dicho ministro, en *Planned Parenthood v. Casey*<sup>147</sup>, citó decisiones respecto el aborto del Tribunal Constitucional alemán y canadiense; en *Enmund v. Florida*<sup>148</sup>, Justice J. White se refirió a la normativa de Inglaterra, India, Canadá y un número de países; Justice Souter, en *Glucksberg*<sup>149</sup>, examina la jurisprudencia alemana respecto al suicidio asistido; incluso Justice Scalia, quien se ha mostrado más reticente a la inclusión de patrones internacionales en el discurso jurisdiccional americano, en *McIntyre v. Ohio Elections Commission*<sup>150</sup>, consideró que las normas australianas, canadienses e inglesas en torno a la prohibición de campañas anónimas sugestionan que tales negaciones no son requeridas en los sistemas democráticos; en *Holder v. Hall*<sup>151</sup>, Justice J. Thomas se refirió a los sistemas de votación belgas, libaneses, neocelandés, alemán y de Alemania Occidental y Zimbabwe; Justice O'Connor, en *United States v. Stanley*<sup>152</sup>, se refirió a los procesos ante los Tribunales de Nuremberg al referir a experimentación en humanos no consensuada; Justice Harlan, en *Poe v. Ullman*<sup>153</sup>, buscó ayuda en el común entendimiento de los países angloparlantes para definir nociones de privacidad; en *Malinski v. New York*<sup>154</sup>, Justice Frankfurter también se refirió a la historia de la libertad en los paí-

<sup>144</sup> Ratificada por Estados Unidos en 1994, citado por LANE, *op. cit.*, p. A13.

<sup>145</sup> Véase, en este sentido, a SETEAR, *op. cit.*

<sup>146</sup> 521 US 702, 710, 718 n. 16, 785-87 (1997).

<sup>147</sup> 505 US 833, 945 n. 1 (1992).

<sup>148</sup> 458 US 782, 796-797 n. 22 (1982).

<sup>149</sup> 521 US at 785-87 (1997).

<sup>150</sup> 514 US 334, 381 (1995).

<sup>151</sup> 512 US 874, 906 n. 14 (1994).

<sup>152</sup> 483 US 669, 710 (1987).

<sup>153</sup> 367 US 497, 548 (1961).

<sup>154</sup> 324 US 401, 413-14 (1945).

ses angloparlantes; en *Ingraham v. Wright*<sup>155</sup> se refirió a que el concepto de libertad ordenada no es sólo americana, sino enrostrada en la historia legal de los pueblos angloparlantes y sistemas legales vecinos; en *Miranda v. Arizona*<sup>156</sup> se comparó la práctica estadounidense con India, Sri Lanka y Escocia; en *Quinn v. United States*<sup>157</sup>, *Rochin v. California*<sup>158</sup> y *Rast v. Van Deman & Lewis Co.*<sup>159</sup>, también se refirió a la tradición de naciones angloparlantes<sup>160</sup>.

Justice Breyer ha bregado en este sentido en sus posiciones disidentes en diversos precedentes. Así, ha sostenido que «por supuesto, nosotros estamos interpretando nuestra propia Constitución, no aquella de otras naciones, y deben existir diferencias políticas y estructurales relevantes entre sus sistemas y el nuestro. Pero su experiencia puede, sin embargo, aportar una luz empírica sobre las consecuencias de diferentes soluciones a un problema legal común. En este caso el problema de reconciliar la autoridad central con la necesidad de preservar la libertad relativa a la autonomía de entidades gubernamentales menores»<sup>161</sup>. Asimismo, ha sostenido que «el solo prestar atención al criterio de otras naciones puede ayudar al Congreso a determinar la justicia y propiedad de medidas adoptadas por América»<sup>162</sup>.

También debe resaltarse un avance de la inclinación a la introducción de análisis comparativo o transnacional en planteamientos realizados por peticionantes o *amicus curiae* en diversos casos<sup>163</sup>. Por ejemplo, el escrito presentado por Mary Robinson, de Amnesty International USA, como *amicus curiae* en *Lawrence v. Texas*, el cual se ha referido al hecho de que «Cortes internacionales y extranjeras han derogado la criminalización de la sodomía entre adultos consintientes»<sup>164</sup>. En dicha presentación se argumentó que la igualdad ante la ley y derecho a la privacidad garantizados por la Constitución deberían ser interpretados bajo la luz, entre otros, de

<sup>155</sup> 430 US 651, 673 n. 42 (1977).

<sup>156</sup> 384 US 436, 488 n. 59, 521-22 (1966).

<sup>157</sup> 349 US 155, 167 (1955).

<sup>158</sup> 342 US 165, 169 (1952).

<sup>159</sup> 240 US 342, 366 (1916).

<sup>160</sup> ALFORD, *op. cit.*, nota 345; véase, asimismo, HONGJU KOH, *op. cit.*, nota 114.

<sup>161</sup> *Printz v. United States*, 521 US 898, 977 (1997).

<sup>162</sup> *Foster v. Florida*, 537 US 990, 993 (2002).

<sup>163</sup> SPIRO, *op. cit.*, p. 2026.

<sup>164</sup> Escrito de Mary Robinson, Amnesty International USA, como *amicus curiae*, en *Lawrence v. Texas*, cert. concedido, 123 S. Ct. 661 (2002) (No. 02-102), 2003 WL 164-151, citado por ALFORD, *op. cit.*, p. 789.

la Convención Europea de Derechos Humanos conforme ha sido interpretada por la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>165</sup>.

Existen, asimismo, antecedentes en pronunciamientos de Cortes inferiores que remiten a normas internacionales de los derechos humanos. Así, podría citarse, por ejemplo, la decisión de la Corte Federal del segundo circuito en *Filartiga v. Pena-Irala*<sup>166</sup> y la Corte Federal del noveno circuito en *Doe v. Unocal*,<sup>167</sup> donde se analizó estándares brindados por el Derecho internacional de los derechos humanos para su aplicación local<sup>168</sup>. También en el caso *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, la Corte del noveno circuito se basó en los Juicios de Nuremberg y la Corte Internacional de Justicia en la definición de derechos humanos fundamentales que eran obligatorios bajo el Derecho internacional, incluso en el supuesto de ausencia de consentimiento estatal (normas del *ius cogens*).<sup>169</sup>

#### 4. Un primer avance: el caso *Lawrence v. Texas*

El 26 de junio de 2003, la Corte, en *Lawrence v. Texas*<sup>170</sup>, da las bases de lo que podría considerarse un incipiente tercer salto cualitativo en la delimitación de su ámbito de accionar<sup>171</sup>. El precedente citado, que declara la inconstitucionalidad de la penalización de la sodomía, habría realizado un giro de 180 grados en la política jurisdiccional respecto a la consideración de normas internacionales de derechos humanos y jurisprudencia de Tribunales con jurisdicción internacional como pauta a los fines de la

<sup>165</sup> Ídem, nota 436.

<sup>166</sup> 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980). Citado por ALFORD, *op. cit.*, p. 757.

<sup>167</sup> *John Doe I v. Unocal Corp.*, nos. 00-56603, 00-57107, 00-56628, 00-57195, 2002 WL 31063976 (9th Cir. Sept. 18, 2002) (emphasis omitted), vacated, *Doe v. Unocal Corp.*, nos. 00-56603, 00-56628, 2003 WL 359787 (9th Cir., Feb. 14, 2003), citados por ALFORD, *op. cit.*

<sup>168</sup> ALFORD, *op. cit.*, p. 757

<sup>169</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 715 (9th Cir. 1992), cert denied, *Republic of Argentina v. De Blake*, 507 US 1017 (1993), citados por ALFORD, *op. cit.*, p. 757.

<sup>170</sup> 539 US (2003).

<sup>171</sup> Respecto a la actuación de la Corte Suprema de Estados Unidos de América como Tribunal Constitucional en la práctica, puede consultarse a María Sofía SAGÜÉS, «Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de *Lawrence v. Texas*», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, t. I, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, México, enero-junio de 2004, pp. 199 y ss.

construcción de estándares de revisión. Específicamente, la Corte refiere a pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos, cita su instrumento y adopta pautas de interpretación evolutiva propias de los derechos humanos, lo cual puede llevar a preguntarse si este pronunciamiento constituyó una primera autoconsagración de la Corte Suprema de Estados Unidos como Tribunal Constitucional tutelador de los derechos humanos insertado en las actuales corrientes del orden internacional.

*Justice* Kennedy, quien redactó la posición mayoritaria, en primer lugar argumentó en torno al precedente *Bowers v. Hardwick*<sup>172</sup>, conforme al cual se negaba que la Constitución federal otorgase derecho fundamental a los homosexuales a realizar la actividad penada. Kennedy señaló que el mismo se encontraba, y se encontraría en la actualidad, equivocado.

Destruído el argumento de *Bowers* respecto de la existencia de raíces ancestrales en Estados Unidos de América en torno la penalización de conductas homosexuales, Kennedy pasó a analizar si dicho precedente se encontraba acertado al considerar que decisiones de individuos respecto a conducta homosexual han sido objeto de intervención estatal a lo largo de la *historia de las civilizaciones occidentales*<sup>173</sup>. Ésta es la primer arista que vislumbra un análisis de Derecho comparado.

La razón por la cual Kennedy se inmiscuye en un estudio de este tipo encuentra su fundamento en el hecho de que en su voto concurrente en el caso *Bowers*, el *Justice* Burger, tras adherirse a la opinión mayoritaria, pasó a señalar especialmente que las decisiones de los individuos relativas a conductas homosexuales han sido sujetas a intervención estatal a lo largo de la «historia de las civilizaciones occidentales». En consecuencia, al haber sido dicha referencia al Derecho comparado fuente parcial de un precedente cuya validez o aplicabilidad se discutió en el caso en estudio, se analizaría al Derecho comparado no como fuente en sí, sino como presupuesto de un razonamiento anterior. Es decir, si había o no Derecho comparado en el sentido que el fallo *Bowers* refería (en la opinión del *Justice* Burger), a los fines de concluir si dicho precedente se encontraba o no equivocado<sup>174</sup>.

Kennedy no otorgó mayor relevancia, en este punto, a la referencia a las civilizaciones occidentales realizada por *Bowers*. En primer lugar, manifestó que los fundamentos de las aserciones de *Bowers* en dicho sentido son, de alguna manera, inconducentes. Sostuvo que existen dudas entre la

<sup>172</sup> 478 US 186 (1986),.

<sup>173</sup> Ídem, p. 11.

<sup>174</sup> Ídem.

doctrina respecto de si, realmente, ese fenómeno se había dado respecto a conductas homosexuales privadas consentidas entre adultos.

Resulta extraño que si bien manifestó otorgar poco valor al citado argumento, señalando que las leyes y tradiciones americanas del pasado medio siglo resultan de mayor relevancia en torno a este tema —indicando que, justamente, las mismas muestran una emergente atención al hecho de que la libertad da protección sustancial a una persona adulta a decidir cómo conducir sus vidas privadas en materias relativas a sexo—<sup>175</sup>, volvió a analizar su validez de manera extensa. Refirió a que, mas allá de si fueron o no aparentes al momento de dictarse *Bowers*, la historia y tradiciones deben ser el punto de partida, pero no en todos los casos el punto de llegada del análisis del debido proceso sustantivo<sup>176</sup>.

Puntualizó que no se tuvieron en cuenta otras fuentes de Derecho que se dirigían en dirección opuesta a la de aquel fallo. Así, por ejemplo, la postura mayoritaria de la Corte se remitió al Comité asesor del Parlamento británico (*Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*), el cual, en el año 1957, ya había recomendado repeler leyes que penalicen la conducta homosexual, lo cual recibe consagración parlamentaria diez años después<sup>177</sup>. En torno a la validez del análisis externo efectuado en *Bowers*, sostuvo que debió haberse dado especial relevancia a la posición de un tribunal de jurisdicción transnacional. Tras puntualizar la importancia del mismo, la postura mayoritaria de la Corte recalcó el criterio volcado por la Corte Europea de Derechos Humanos en un caso que reviste aristas similares a *Bowers* y *Lawrence*. Se citó así el caso *Dudgeon v. United Kingdom*<sup>178</sup>, donde la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la penalización de la conducta sexual consentida entre homosexuales adultos resulta contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos. Kennedy resaltó que el hecho de que dicho pronunciamiento resulte mandatorio en todos aquellos países miembros del Consejo de Europa (21 naciones en aquel momento y 45 naciones ahora) demostró la equivocación de la premisa sostenida en *Bowers* en torno a que lo reclamado en dicho caso resulta insustancial en las civilizaciones occidentales<sup>179</sup>.

<sup>175</sup> Ídem.

<sup>176</sup> Ídem.

<sup>177</sup> Ídem, p. 12, Wolfenden Report: report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution (1963).

<sup>178</sup> 45 Eur. Ct. H.R. (1981).

<sup>179</sup> 539 US (2003), p. 12.

Finalmente, siguiendo el análisis, Kennedy pasó a sostener que «desde el momento que *Bowers* se apoya en valores que nosotros compartimos con una más amplia civilización, debe ser notado que el razonamiento y criterio decisorio de *Bowers* ha sido negado en todas partes»<sup>180</sup>. Esta última conclusión reviste vital importancia en cuanto sirvió como puente de transición hacia el análisis del tratamiento que el Derecho comparado en general, y en particular el Derecho internacional de los derechos humanos, otorga a la materia en la actualidad.

Así, la posición mayoritaria de la Corte tomó como referencia, en primer lugar, pronunciamientos de tribunales con jurisdicción transnacional, en concreto, la Corte Europea de Derechos Humanos, citando a los casos *Dudgeon v. United Kingdom*<sup>181</sup> y otros precedentes tales como *P. G. & J. H. v. United Kingdom*, App. No. 00044787/98<sup>182</sup>; *Modinos v. Cyprus*<sup>183</sup>, y *Norris v. Ireland*<sup>184</sup>.

En segundo lugar, pasó a realizar un análisis de Derecho comparado a nivel internacional, tomando como referencia el informe presentado como *amicus curiae* por Mary Robinson (pp. 11-12). Básicamente, realizó una textual referencia al orden internacional de los derechos humanos, en cuanto, bajo la pluma de Kennedy, la posición mayoritaria de la Corte sostiene: «El derecho de los peticionados pretendido en el caso ha sido aceptado como una parte integrante de la libertad humana en muchos otros países»<sup>185</sup>. Finalmente, sostuvo que no existe prueba de que en Estados Unidos de América el interés del gobierno en circunscribir o limitar la elección personal es, de alguna manera, legítimo o urgente<sup>186</sup>.

En virtud de la totalidad de los argumentos expuestos, Kennedy, y con él la mayoría de la Corte, concluyó que *Bowers* «no era correcto cuando fue decidido, y es incorrecto ahora. No debe ser considerado precedente vinculante»<sup>187</sup>. Desde el punto de vista sustancial, el fallo tuvo su andamiaje en el derecho a la libertad, consagrado bajo la cláusula del debido proceso, el cual les otorga el pleno derecho de realizar conductas sexuales sin

<sup>180</sup> Ídem, p. 16.

<sup>181</sup> 45 Eur. Ct. HR (1981).

<sup>182</sup> 56 Eur. Ct. HR (Sept. 25, 2001).

<sup>183</sup> 259 Eur. Ct. HR (1993)

<sup>184</sup> 142, Eur. Ct. HR (1988). Todos ellos citados por la SCUS, 539 US (2003), p. 16.

<sup>185</sup> «The right the petitioners sep in this case has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries», 539 US (2003), p. 16.

<sup>186</sup> 539 US (2003), p. 16.

<sup>187</sup> Ídem, p. 17.

intervención del gobierno<sup>188</sup>. Desde el punto de vista del discurso jurídico, el fallo mayoritario posee aristas que se expanden, especialmente en cuanto al rol asumido por la Corte en el ambiente del orden internacional de los derechos humanos.

Finalmente, Kennedy adoptó, en la resolución del tema, la pauta exegetica de la «interpretación evolutiva». El fallo concluye con una exhortación liberal respecto a la interpretación de los derechos civiles y libertades fundamentales constitucionales, señalando que «como la Constitución asegura, las personas en cada generación pueden invocar sus principios en su propia búsqueda de mayor libertad»<sup>189</sup>. Esta frase, más allá de su elocuencia, llama particularmente la atención, ya que la interpretación evolutiva es uno de los patrones exegeticos de interpretación de normas relativas a los derechos humanos, conforme lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>190</sup>. Así no sólo se incorpora el orden internacional de las libertades desde el punto de vista de fuente sustantiva a considerar, sino también las pautas interpretativas propias del mismo.

En conclusión, el Derecho internacional y el orden internacional de los derechos humanos golpeaban permanentemente las puertas de la jurisdicción constitucional norteamericana, ingresando esporádicamente por recovecos y pequeños pasadizos. En *Lawrence*, en cambio, hace una tímida entrada por la puerta principal.

## 5. Retrocesos en el período 2003-2004 de la Suprema Corte

El período 2003 de la Corte plantea ciertas dicotomías. La Corte Suprema se vio expuesta a varios relevantes casos que planteaban cuestiones de Derecho internacional. No en todos ellos dio una respuesta contundente.

Veamos algunos ejemplos. En el plano de orden internacional de los derechos humanos, algunos casos recibieron especial importancia y atención por parte de la comunidad internacional. Dentro de los denominados «casos post 9/11» numerosas disposiciones dictadas en Estados Unidos han sido cuestionadas en torno a su constitucionalidad. La «USA Patriot Act»<sup>191</sup>, con

<sup>188</sup> Ídem, p. 18.

<sup>189</sup> «As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom», ídem, p. 18, traducción de la autora.

<sup>190</sup> Corte IDH, Resolución del 31 de agosto de 2001, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Serie C, núm. 79.

<sup>191</sup> HR 3162, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools

base en el uso de poderes de emergencia durante «circunstancias extraordinarias» en respuesta de los ataques terroristas del 11 de septiembre, ha sido imputada de «hacer vulnerable la libertad civil más básica de todas, el derecho a la revisión judicial de la autoridad ejecutiva»<sup>192</sup>. Especialmente, la «Military Order 66 F.R. 57833»<sup>193</sup>, que establece que los tribunales militares tendrán jurisdicción exclusiva con respecto a sospechosos de terroristas, fue considerada como ampliamente vulneradora de tales derechos.

La constitucionalidad de dichas disposiciones, junto al dictado de detenciones indefinidas, incomunicaciones, negaciones de acceso a asistencia letrada, son cuestiones que fueron presentadas ante la Suprema Corte<sup>194</sup>. Se procuraba la revisión del uso por el Poder Ejecutivo de la categoría de «enemigo combatiente» para englobar a los sujetos que son imputados de actos terroristas, puesto que dicha etiqueta, conforme el criterio del gobierno, los excluiría de ser considerados tradicionales prisioneros de guerra ni criminales ordinarios, y, en consecuencia, se verían privados del pleno goce de sus derechos civiles y libertades fundamentales consagrados por la Constitución Nacional<sup>195</sup>.

En un primer término, la Corte se ha pronunciado en tres casos englobados bajo la categoría de «*enemy combatant cases*».<sup>196</sup> *Rasul et. al. v. Bush*<sup>197</sup>, *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>198</sup>, y *Rumsfeld v. Padilla*<sup>199</sup>. Éstos coincidían en presentar la fundamental cuestión de los límites legales y constitucionales del Poder Ejecutivo en su manejo del arresto y detención de sospechosos de actos terroristas. Sin embargo, la Suprema Corte de los Estados

---

required to intercept and obstruct terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001, Pub. L. No. 107, § 10756 (2001).

<sup>192</sup> Melissa K. MATHEWS, «Current Public Law and Policy Issues: Restoring The Imperial Presidency: An Examination Of President Bush's New Emergency Powers», 23 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 455 (2002), p. 464.

<sup>193</sup> 13 de noviembre de 2001.

<sup>194</sup> Véase John MINTZ, «Both sides say Tribunals will be fair Trials», *Washington Post*, viernes, 23 de mayo de 2003, p. A03.

<sup>195</sup> Warren RICHEY, «Detainee cases hit Court», *The Christian Science Monitor*, 23 de enero de 2004. Véase, asimismo, Anne GEARAN, *Suprem Court Mulls Enemy Combatant Case*, Associated Press, 4 de febrero de 2004.

<sup>196</sup> Al respecto puede consultarse a María Sofía SAGÜÉS, «Justicia para el terror: un cauteloso ejercicio de la jurisdicción constitucional por la Suprema Corte de Estados Unidos de América», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, t. III, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, enero-junio de 2004.

<sup>197</sup> 124, S. Ct. 2686 (2004).

<sup>198</sup> 124, S. Ct. 2633 (2004).

<sup>199</sup> 124, S. Ct. 2711 (2004).

Unidos no ha aportado una única y frontal posición en torno a los temas bajo su estudio. En sus fallos, la Corte reconoció algunos límites para el Poder Ejecutivo, pero dejó abierto el debate en torno a cuestiones sustanciales sobre cuáles eran esos límites y quién debe implementar tales decisiones. Las decisiones jurisdiccionales en la guerra al terror parecen haber sido esbozadas por una Corte que sólo tuviera en su paleta tonos grises. Puede encontrarse un poco de luz en algunos conceptos sumamente positivos desde el punto de vista del acceso a la justicia. Sin embargo, no fueron relevantes las consideraciones del Derecho internacional.

El caso *Rasul* versaba sobre los aproximadamente 600 individuos extranjeros que, desde enero de 2002, el gobierno de Estados Unidos mantuvo capturados durante la campaña en Afganistán contra Al Qaeda y el régimen Talibán, reclusos sin expresión de cargos o acceso a asistencia letrada en una prisión militar especialmente construida en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo (Cuba). Dicha base es ocupada desde 1903 en virtud de un contrato de arrendamiento con Cuba, en virtud del cual este último retiene «total soberanía»<sup>200</sup> sobre las áreas alquiladas, mientras que Estados Unidos ejerce completa jurisdicción y control<sup>201</sup>. En el año 1934 las partes firmaron un acuerdo donde se establece que el contrato permanecerá vigente en la medida que Estados Unidos continúe explotando la base. Varias peticiones de *habeas corpus* fueron intentadas ante diversas Cortes por familiares de dos ciudadanos australianos y doce ciudadanos de Kuwait detenidos en Guantánamo, básicamente en miras al respeto del derecho al debido proceso.

En dicha causa, la Corte abre la puerta de entrada de los estrados a los extranjeros «enemigos combatientes», básicamente al sostener que la base citada se encuentra sometida a la «jurisdicción» de Estados Unidos de América —sobre la base del análisis de los términos del contrato citado— y al resolver no aplicable el precedente en sentido contrario. Planteado el marco circundante al debate, y dada la sensibilidad para el pueblo norteamericano ante la cuestión, si bien la decisión es sumamente restringida en el reconocimiento de los derechos —ya que sólo abre el acceso a las Cortes con base estatutaria y no constitucional, sin referirse al control de la sustancia de las medidas adoptada por el Ejecutivo—, ello igualmente constituye un primer paso en avance al reconocimiento de la plenitud de los derechos de los extranjeros al acceso a la justicia. Sin embargo, no puede dejar de puntualizarse que, al fallar la decisión en estudio, el Tri-

<sup>200</sup> *Ultimate sovereignty*.

<sup>201</sup> 124 S. Ct. 2690-91.

bunal no ha hecho uso del Derecho internacional como un componente determinante de su opinión<sup>202</sup>.

Por su parte, Yacer Esam Hamdi es un ciudadano norteamericano nacido en Lousiana, detenido en Afganistán —en el campo de batalla, portando un rifle de asalto—, en virtud de considerársele sospechoso de colaborar como soldado del régimen Talibán. Habiendo sido definido por el Ejecutivo como «enemigo combatiente», fue detenido en la base naval de Guantánamo Bay, permaneciendo en el carácter de incomunicado<sup>203</sup>. Posteriormente, al verificarse su ciudadanía, fue trasladado sin término a las dependencias militares de Norfolk, VA (USA)<sup>204</sup>. Allí es mantenido detenido y no recibe la imputación de ningún crimen.

Planeado el *habeas corpus*, la decisión dictada en *Hamdi*<sup>205</sup> es otro cúmulo de tonos grisáceos. La habilitación de la potestad ejecutiva de apriisionamiento en virtud de la autorización del Congreso aparece como excesivamente generosa, dado los términos de la ley. Por su parte, no debe olvidarse que el test formal-institucional es el ámbito mínimo de control de constitucionalidad de los poderes de emergencia que ha sido generalmente reconocido generalmente por la Suprema Corte. Es decir, no hay innovación al respecto.

En materia de Derecho humanitario, el *Justice O'Connor*, que redacta la postura mayoritaria, seguida por los *Justices Rehnquist, Kennedy y Breyer*, al ponderar la autoridad presidencial para mantener detenido en carácter de «enemigo combatiente» a un ciudadano americano apresado en un país extranjero, remite a las Convenciones de Ginebra relativas al tratamiento de los prisioneros de guerra, si se verifica la existencia de conflicto bélico. La luz aparece al pretender canalizar dicho balance teniendo en cuenta el núcleo esencial del derecho en crisis y ponderando si existían medidas menos restrictivas. Ello de por sí es una apertura en el margen de control sustancial del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, si bien en la aplicación del primero de los criterios citados el test propiciado para sopesar tal aspecto, en la práctica, implica en concreto una vuelta al criterio de control de eficiencia de la medida que se vislumbró en precedentes anteriores. Es el segundo de los puntos a considerar el que resulta más recalable, puesto que el ponderar las diversas opciones o alternati-

<sup>202</sup> Véase comentario de SETEAR, *op. cit.*, p. 585.

<sup>203</sup> Posteriormente el gobierno ha autorizado a Hamdi el derecho a un abogado, pero en circunstancias consideradas por algunos como insuficientes. Véase GEARAN, *op. cit.*

<sup>204</sup> RICHEY, *op. cit.*

<sup>205</sup> 124, S. Ct. 2633 (2004).

vas que poseía el Ejecutivo a la hora de limitar el derecho resulta, de por sí, el afianzamiento de un recomendable criterio, antes apenas esbozado en algunos casos por el tribunal.

Las sombras vuelven a abarcar la situación dada, la ambigüedad que expresa la mayoría de la Corte en torno a las características que deberían revestir los procesos ante los denominados «tribunales neutrales». Asimismo, la escueta cobertura del fallo, que sólo se refiere a los supuestos de detenidos en guerra entre Estados, deja huérfanas a las instituciones políticas y judiciales respecto a los criterios para afrontar las nuevas causas que se ventilen en torno a la lucha contra el terrorismo.

El caso de Padilla presenta aspectos fácticos propios. El 8 de mayo de 2002 José Padilla, un ciudadano estadounidense convertido al Islam, fue arrestado en el aeropuerto de Chicago O'Hare, en virtud de una orden a fin de convocarlo como testigo para una causa tramitada en el distrito de Nueva York en conexión con una investigación llevada a cabo por un gran jurado en torno a los hechos terroristas del 11 de septiembre. Una vez transportado a Nueva York, el 22 de mayo su defensor público introdujo una moción para declarar vacante la orden. Con anterioridad a que dicha moción fuera decidida, el 9 de junio el gobierno notificó al Tribunal que el presidente había catalogado a Padilla como «enemigo combatiente» y ordenó su detención. Al respecto, se alegó que se encontraba planeando la construcción y detonamiento de una bomba sucia en los Estados Unidos. Así, fue trasladado en custodia a la prisión naval ubicada en Charleston, South Carolina, donde fue mantenido incomunicado por veintiséis meses, sin que se presentaran cargos contra el mismo<sup>206</sup>. Dos días después, el abogado en su anterior causa inició una petición de *habeas corpus* ante la justicia de Nueva York contra el presidente Bush, secretario Rumsfeld y Melanie Marr (comandante de la Base de Charleston), indicando que la detención resultaba inconstitucional.

La resolución del Tribunal en *Padilla*<sup>207</sup> debe su carácter gris, justamente, a la prevalencia de consideraciones formales por sobre el reclamo de tutela jurisdiccional. Se resuelve que el legitimado pasivo no era el correspondiente, conforme a la ley de *habeas corpus*, y que, en consecuencia, el juez de Nueva York no tenía jurisdicción para dictar tal pronunciamiento. Dado que el demandante había sido detenido en territorio

<sup>206</sup> *Supreme Court to Hear "Dirty Bomber" Case - Decision Will Determine Whether US Can Hold Citizens Indefinitely as "Enemy Combatants"*, The Associated Press, viernes, 20 de febrero de 2004, 1,30 pm.

<sup>207</sup> 124 S. Ct. 2711 (2004).

americano, y no en el campo de batalla, cualquier definición del Tribunal hubiese implicado tomar criterio en torno a dicho punto controvertido más allá del «detalle» respecto a su carácter de ciudadano americano. La templada respuesta del Tribunal no implica una luz para Padilla, quien deberá recorrer nuevamente todo el camino para obtener la sentencia que pondere sus méritos.

Visto desde esta óptica, la evaluación de los casos en estudio exigiría una conclusión negativa, señalando que la Corte ha pecado de excesiva cautela. Ello sumando al momento histórico del dictado de las resoluciones en pleno proceso electoral, la falta de contundencia puede verse aún más criticable. A favor del criterio de la Corte podría mencionarse el amplio campo de acción de la revisión pendiente. Si bien la solución a los cuestionamientos sociales e internacionales no se ha canalizado en su plenitud, el Poder Judicial en sí mismo podría aparecer fortalecido. Nótese que se ha abierto notablemente el ámbito de revisión respecto a los extranjeros detenidos, donde incluso relevantes aspectos procesales quedarían bajo entendimiento de los tribunales, y se han ampliado las pautas de revisión de la sustancia de la decisión del Ejecutivo en tiempos de guerra. En los próximos títulos se analizará la respuesta brindada por la Suprema Corte más adelante.

La falta de carácter asertivo en aquellas causas relativas a Derecho internacional se repite en otros pronunciamientos, lo cual marcaría una regla general conforme a la cual el Tribunal evade el análisis o la aplicación de derecho internacional durante el término 2003<sup>208</sup>. Así, en *Sosa v. Álvarez-Machain*<sup>209</sup> el Tribunal ha señalado que los individuos pueden demandar bajo la *Alien Tort Claims Act*, en violación de la «ley de las naciones», pero no ha indicado y deja incierto cuándo dichas demandas serán permitidas<sup>210</sup>. Por su parte, tampoco se pronunciaron en profundidad respecto a temas relativos a asuntos comerciales. Sobre ellos versaban las causas *F. Hoffman-La Roche v. Empagran*<sup>211</sup> —referente al marco del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FITAIA)—, *Olympic Airways v. Husain*<sup>212</sup> —relativo a la responsabilidad de una aerolínea por la muerte de un

<sup>208</sup> SETEAR, *op. cit.*, p. 586.

<sup>209</sup> Supreme Court of the United States of America, 124, S. Ct. 2739 (2004).

<sup>210</sup> Respecto a este caso, puede consultarse «Note: The offences clause after *Sosa V. Alvarez-Machain*», 118 *Harv. L. Rev.* 2378.

<sup>211</sup> 124 S. Ct. 2359 (2004).

<sup>212</sup> 124 S. Ct. 1221 (2004).

pasajero— y *Republic of Austria v. Altmann*<sup>213</sup> —concerniente a expropiación, inmunidad soberana y el deber de cumplimiento de las disposiciones de la rama ejecutiva respecto a los efectos de los litigios sobre la política internacional de Estados Unidos—. Setear comenta que «el principio de Derecho internacional aplicado en *Empagran* es tan vago que incluso la menos inventiva Corte de Estados Unidos puede sentirse nada condicionada por él. *Olympic Airways* ignora las decisiones de Cortes extranjeras con una flagrantia suficiente que incluso sorprende al *Justice Scalia*. La Corte resuelve *Altmann* tratándolo como un caso de interpretación legal, y, en particular, sobre la aplicación retroactiva de estatutos<sup>214</sup>. Sin embargo, en otros pronunciamientos, la Corte adopta una postura aguerrida y se vuelve al orden internacional de manera expresa y directa.

## 6. Retomando el camino

### a) *La pena de muerte*

La doctrina es constante en señalar que el más relevante ejemplo de la falta de éxito de los intentos de remitir Derecho internacional en general, y decisiones de Tribunales internacionales en particular, como elemento que permita dar contenido al ámbito de garantías constitucionales eran los litigios respecto a la aplicación de la pena de muerte.<sup>215</sup> Por ejemplo, se ha intentado introducir la referencia a patrones internacionales al construir estándares de decencia que permitan categorizar cuando una pena debe ser considerada cruel o inusual<sup>216</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido siempre favorable a dicha apertura, remitiendo de manera vacilante a patrones de la comunidad internacional o bien a parámetros netamente estadounidenses<sup>217</sup>.

Desde el año 1958, la Corte Suprema de Estados Unidos ha considerado que la prohibición de la octava enmienda contra una pena cruel e inusual contenía un «estándar en evolución de decencia que marca el pro-

<sup>213</sup> 124 S. Ct. 2240 (2004).

<sup>214</sup> SETEAR, *op. cit.*, p. 584.

<sup>215</sup> ALFORD, *op. cit.*, pp. 776-777.

<sup>216</sup> *Trop v. Dulles*, 356 US 86, 101, opinión mayoritaria, pp. 102-103, citado por ALFORD, *op. cit.*, p. 777.

<sup>217</sup> ALFORD, *op. cit.*, p. 777.

greso de una sociedad madura»<sup>218</sup>. En la causa *Trop v. Dulles*, el Tribunal expresamente escrutó la práctica y opinión internacional para concluir que constituye un «evolutivo estándar de decencia» en términos de la enmienda citada<sup>219</sup>. Específicamente en torno al tema que nos ocupa, en el año 1988, en el caso *Thompson*<sup>220</sup>, si bien analizó la condena internacional de la aplicación de la pena de muerte a juveniles, rechazó tal argumento<sup>221</sup>.

En el año 1989 la Corte estableció la línea en los dieciséis años. Ello lo decidió en el precedente *Stanford v. Kentucky*<sup>222</sup>, donde la Corte sostuvo que para procurar el establecimiento de los criterios de decencia que determinan si una pena es cruel e inusual los conceptos de Estados Unidos de América son dispositivos, mientras que las prácticas de otras naciones pueden ser relevantes para determinar si un uso uniforme es meramente un accidente histórico o un concepto de ordenada libertad que ocupa ese lugar no sólo para los americanos<sup>223</sup>. Como se desprende de este precedente, el Derecho internacional, así como la jurisprudencia de tribunales de jurisdicción transnacional, ocuparía solo un lugar accesorio, de alguna manera «acompañante» de los criterios norteamericanos.

Un caso particular es el tratamiento de la aplicación de la pena de muerte en débiles mentales. En *Atkins v. Virginia*<sup>224</sup> la Corte Suprema sostuvo que dicha práctica es inconstitucional, por contrarrestar un consenso nacional surgiendo en contra de la misma, pero no tomó como pauta determinante los usos o criterios de otras naciones. En su caso, señala que dicho consenso en generación en Estados Unidos es compartido por otras naciones<sup>225</sup>. En consecuencia, algunos autores sostienen que el análisis realizado por la Corte resulta un reflejo de *Stanford*<sup>226</sup>.

En realidad, dicho caso es criticado, en cuanto la referencia a la práctica internacional es meramente tangencial e intrascendente, consistente

<sup>218</sup> Véase a Elizabeth BURLESON, «Juvenile execution, terrorist extradition, and Supreme Court Discretion to consider international death penalty jurisprudence», 68 *Alb. L. Rev.* 909, p. 915. En torno al concepto del Derecho constitucional contra la penalidad excesiva puede consultarse a YOUNGJAE LEE, «The constitutional right against excessive punishment», 91 *Va. L. Rev.* 677.

<sup>219</sup> Andy HAAS, «Court finds juvenile execution unconstitutional; a change from historic perspective», 29 *AK Bar Rag* 1.

<sup>220</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815, 830 (1988).

<sup>221</sup> Véase BURLESON, *op. cit.*, p. 915.

<sup>222</sup> *Stanford v. Kentucky*, 492 US 361, 369 (1989).

<sup>223</sup> *Stanford v. Kentucky*, 492 US 361, 369 (1989). ALFORD, *op. cit.*, p. 777.

<sup>224</sup> 536 US 304 (2002).

<sup>225</sup> 536 US 304 (2002).

<sup>226</sup> ALFORD, *op. cit.*, p. 779.

en una mera remisión a una sección del escrito presentado por la Unión Europea que sintetiza prácticas internacionales. *Justice* Scalia en su disidencia en dicho fallo expresamente establece: «no debemos olvidar que es una Constitución para los Estados Unidos lo que estamos exponiendo. Allí donde no existe un consenso arreglado entre nuestra propia gente, las opiniones de otras naciones, si bien pueden iluminar a los jueces de esta Corte como correctas, no pueden ser impuestas a los americanos a través de la Constitución»<sup>227</sup>. Generalmente, en síntesis, la Corte ha declinado el asociar la importancia del Derecho internacional o de la jurisdicción transnacional al realizar un análisis constitucional<sup>228</sup>.

Otros autores otorgan mayor relevancia al antecedente citado, considerando que si bien la referencia a la comunidad internacional se encuentra sólo en una nota al pie, su inclusión influyó para llevar la temática al centro de discusión. Así, explica Spiro que tan relevante fue dicha consideración, que voces en contrario se levantaron en dos opiniones de los magistrados Scalia y Rehnquist, opuestos a la jerarquización o relevancia de la normativa internacional<sup>229</sup>.

b) *El caso Roper v. Simmons*<sup>230</sup>

En 1993 Chris Simmons fue sentenciado a pena capital por un delito cometido a la edad de diecisiete años. Las apelaciones a las Cortes estatales y federales duraron hasta 2002, pero ambas apelaciones fueron rechazadas. Finalmente, la Corte Suprema de Missouri decidía sobre la ejecución de Simmons en 2002, al mismo tiempo que la Corte Suprema estaba decidiendo *Atkins v. Virginia*<sup>231</sup>. Así, la Corte Suprema estadual reconsideró el caso y sostuvo que ejecutar menores es inconstitucional.

El 1 de marzo de 2005, en una decisión también redactada bajo la pluma del *Justice* Kennedy, se invalida dicha posibilidad mediante el dictado del fallo *Roper v. Simmons*, donde se deja de lado la jurisprudencia de la Suprema Corte, liderada por *Stanford v. Kentucky*,<sup>232</sup> y se declara la

<sup>227</sup> Ídem, p. 348.

<sup>228</sup> Ídem, pp. 781-782.

<sup>229</sup> SPIRO, *op. cit.*, p. 2027.

<sup>230</sup> 544 US, 125 S. Ct. 1183 (2005).

<sup>231</sup> Tracy CARBASHO, «ACBA members react as juvenile death penalty is outlawed by high Court: US Supreme Court rules 5-4 prohibit death penalty on those under age 18», 7 *Lawyers J.* 1.

<sup>232</sup> *Stanford v. Kentucky*, 492 US 361, 369 (1989).

inconstitucionalidad de la aplicación de la pena capital a aquellos delincuentes que cometieron el crimen en momentos en que eran menores de edad (dieciocho años), lo cual es considerado contrario a la enmienda octava, que estatuye la prohibición de penas crueles y degradantes. Para ello, la Corte se basa en la inexistencia de consenso nacional, ello expresado en particular por las legislaturas nacionales que derogaron la práctica, así como en el ejercicio de su criterio independiente de juzgamiento en cuanto Supremo Tribunal.

El caso no puede pasar inadvertido. En primer lugar, planteaba aristas lindantes con el problema del racismo, dado que algunos de los delincuentes juveniles privados de su libertad de por vida pertenecen a grupos minoritarios, tales como afroamericanos o tienen nacionalidad latina.<sup>233</sup> Asimismo, el criterio de la Corte, como explica Jennifer Eswari Borra, abre la puerta a la posibilidad de declaración de la inconstitucionalidad de la pena de muerte en general, o por lo menos al establecimiento progresivo de mayores limitaciones a la aplicación de la misma<sup>234</sup>.

Tres son las pautas sobre las cuales Kennedy construye su razonamiento: el consenso nacional, el juicio independiente de los miembros de la Suprema Corte, y la ley y práctica internacional<sup>235</sup>. En lo relativo a la construcción de su propio criterio, la mayoría analiza la evidencia científica conforme a la cual la capacidad de los delincuentes juveniles para razonar y restringir sus impulsos es mucho menor que la de los adultos. Con ello, combinado con un aumento de la vulnerabilidad debido a presión externa y a un carácter en desarrollo, se concluye que estas diferencias quitan peso a cualquier conclusión respecto a que los delincuentes juveniles caen entre los peores criminales<sup>236</sup>.

Si bien el caudal argumentativo de la Corte se concentra en la idea de si existe o no-consenso interno o nacional en torno a la práctica de referencia, el *Justice Kennedy* expresamente, en el considerando IV, se aboca al cuestionamiento del impacto del orden internacional de los derechos humanos en la jurisdicción constitucional estadounidense. Cuantitativamente el análisis no es en absoluto menor. No sólo se dedica plenamente

<sup>233</sup> México, al apoyar un escrito de *amicus curiae* presentado por la Unión Europea, explica que de los setenta y tres condenados que se encuentran en esta situación, tres son nacionales de México. Escrito presentado por la Unión Europea y miembros de la comunidad internacional, ap. 2do., *Roper v. Simmons*, en [www.internationaljusticeproject.org/juv-SimmonsEUamicus.pdf](http://www.internationaljusticeproject.org/juv-SimmonsEUamicus.pdf), citado por BURLESON, *op. cit.*

<sup>234</sup> Jennifer ESWARI BORRA, 13 *Am. UJ Gender Soc. Pol'y & L.* 707.

<sup>235</sup> BURLESON, *op. cit.*, p. 919.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 920.

te un considerando al tema, sino que constituye el 20 por 100 del total de páginas de la sentencia<sup>237</sup>.

Así, sostiene que «es correcto el reconocimiento del significativo peso de la opinión internacional contra la aplicación de la pena de muerte a menores, basado gran parte de ella en el entendimiento de que la inestabilidad y falta de balance emocional de los jóvenes puede ser en reiteradas oportunidades un factor en el crimen. La opinión de la comunidad mundial, mientras no es determinante de nuestra decisión, aporta una respetada y significativa confirmación para la determinación de nuestras conclusiones»<sup>238</sup>.

De lo expuesto se desprende que si bien se considera que los criterios del orden internacional de los derechos humanos no obligan a la Suprema Corte de Estados Unidos de América en sus pronunciamientos, la cual mantiene su obligación de interpretar por sí las disposiciones constitucionales, tales consideraciones sí constituyen un argumento positivo a ponderar, que contribuye con aportar solidez al razonamiento. En tal sentido, se refiere a los precedentes *Trop*<sup>239</sup>, *Atkins*<sup>240</sup>, *Thompson*<sup>241</sup> y *Enmund*<sup>242</sup> que se han citado con anterioridad, donde se había hecho una referencia mínima al orden internacional, las «naciones civilizadas de la tierra», «otras naciones», y los «puntos de vistas de la comunidad internacional», en la interpretación de la octava enmienda, en cuanto estatuye la prohibición de las penas crueles y degradantes.

La referencia nominal a la «comunidad internacional» tiene relevancia. Explica Kontorovich que «la frase “opinión de la comunidad mundial” es una políticamente correcta actualización de “opiniones del género humano” con respecto de las cuales la Declaración de Independencia sostiene que debe ser dado respeto decente. Recuérdese, en este sentido, que la declaración de independencia proclama que la recientemente formada república exhibirá un “decente respeto por las opiniones del género humano”<sup>243</sup>.

<sup>237</sup> Eugene KONTOROVICH, «Disrespecting the “Opinion of Mankind”»: International law in constitutional interpretation», 8 *Green Bag* 2d. 261.

<sup>238</sup> «It is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty, resting in large part on the understanding that the instability and emotional imbalance of young people may often be a factor in the crime... The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respect and significant confirmation for our own conclusions».

<sup>239</sup> 356 US, AT 102, 103.

<sup>240</sup> 536 US 304 (2002).

<sup>241</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815, 830 (1988).

<sup>242</sup> *Enmund v. Florida*, 458 US 782, 796-797 n. 22 (1982).

<sup>243</sup> «A decent respect for the opinions of mankind...».

La similitud en el lenguaje no es fortuita. El *Justice Ginsburg*, hablando tan sólo un mes después de *Roper*, dijo que la decisión representa “tal vez la más completa expresión hasta la fecha en la propiedad y utilidad de mirar las opiniones de la humanidad”. En años recientes, el preámbulo de la declaración ha sido frecuentemente citado por los capitanes de la visión internacionalista como evidencia de que la ley americana debe mirar e incorporar valores internacionales. Porque Thomas Jefferson, el autor de la Declaración, insistió en prestar un “decente respeto por las opiniones de la humanidad”, los internacionalistas coinciden en que el uso de ley extranjera es tan americana como la tarta de manzana, especialmente en tales “opinables” cuestiones como la moralidad de la pena capital. En esta vista, *Roper* no es una partida, sino un tradicionalista regreso a los principios de fundación»<sup>244</sup>.

Siguiendo el mismo criterio que se señalara en *Lawrence vs. Texas*, la Corte parte tanto del análisis de Estados extranjeros en particular, como de los instrumentos internacionales, si bien en el presente caso no se recurrió a la cita de pronunciamientos de Tribunales internacionales. Así, a fin de arribar a su conclusión, la Corte primero tiene en cuenta que Estados Unidos sería el único país en mantener la práctica. Posteriormente clarifica el punto señalando que, desde 1990, sólo siete países fuera de Estados Unidos aplicaron la institución, citando Irán, Pakistán, Arabia Saudita, Yemen, Nigeria, la Democrática República del Congo y China, mientras que posteriormente la han abolido, o realizaron una desaprobación pública de tal práctica. Cita especialmente el antecedente de Gran Bretaña, en virtud de los vínculos históricos que la unen con Estados Unidos, puntualizando que en dicho país se habría derogado la institución, incluso con anterioridad a la vigencia de las Convenciones internacionales sobre la materia.

En segundo término se refiere al art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en virtud del cual se prohíbe la aplicación de la pena de muerte por crímenes cometidos por jóvenes menores a dieciocho años, señalando expresamente que dicho documento «ha sido ratificado por todo país en el mundo con excepción de Estados Unidos y Somalia». Cabe aclarar que si bien ambos Estados no han ratificado el documento, sí lo han firmado. De esta manera la apertura de la jurisdicción constitucional estadounidense no sólo se verifica en torno a la cita y ponderación del Derecho comparado, sino de los valores que se desprenden del consenso internacional y del orden internacional de los derechos humanos.

<sup>244</sup> KONTOROVICH, *op. cit.*, p. 261.

Cabe aclarar al respecto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también prohíbe la aplicación de pena de muerte a menores de dieciocho años (art. 6, ap. 5). Estados Unidos ha ratificado dicho documento. Sin embargo, realizó una reserva al art. 6 estableciendo que «reserva el derecho, sujeto a sus limitaciones constitucionales, a imponer la pena capital en cualquier persona (otra que mujeres embarazadas) debidamente condenada bajo normas legales existentes o futuras que permitan la imposición de la pena capital, incluyendo tal pena en virtud de crímenes cometidos por personas menores a los dieciocho años de edad». El Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró que tal reserva es inválida desde que entra en conflicto con el espíritu y propósito de la Convención<sup>245</sup>.

El *Justice O'Connor*, en una opinión disidente, parte de considerar que no existe el consenso nacional en torno a la abolición de la figura. Asimismo, se manifiesta contrario a la argumentación efectuada por la mayoría en torno a si resultaría o no proporcional la distinción por edad en la aplicación de la pena de muerte. Sobre la base de tales conclusiones, manifiesta que si bien existe una práctica internacional derogatoria, la evidencia de tal consenso internacional no altera su conclusión en torno a la interpretación de la octava enmienda. Sostiene que, evidentemente, hay un aspecto especial de dicha pauta, en virtud de lo cual la misma se enlaza con los valores de las sociedades civilizadas. Así, sostiene que «el evolutivo entendimiento nacional en lo que hace a dignidad humana ciertamente no se encuentra totalmente aislado, pero tampoco inherentemente adherido a los valores preeminentes en otros países. Al contrario, no deberíamos estar sorprendidos en encontrar congruencias entre los valores domésticos e internacionales, especialmente donde la comunidad internacional ha encontrado un acuerdo... expresado en normas internacionales o internas. Por lo menos, la existencia de un consenso internacional de esta naturaleza puede servir para confirmar la razonabilidad de un consenso uniforme y genuino en Estados Unidos. El presente caso no presenta tal consenso doméstico, y el surgimiento reciente de un consenso global en contrario no puede alterar tal hecho básico»<sup>246</sup>.

El accionar judicial, conforme la *Justice*, no puede llegar tan lejos. En sus palabras. «si fuera mi trabajo el de un legislador, en vez del de un juez, entonces yo también me encontraría inclinada a dar apoyo a la legislación que establezca un mínimo de dieciocho años en este contex-

<sup>245</sup> En torno a este punto, puede consultarse a BURLESON, *op. cit.*, p. 917.

<sup>246</sup> 544 US 125 S. Ct. 1183 (2005).

to». Es decir, si bien recalca el carácter relevante de la práctica internacional en el análisis del caso, ello de por sí no basta para contrariar la falta de existencia del consenso nacional,<sup>247</sup> y la alteración de las pautas normativas nacionales.

El *Justice* Scalia, a cuya disidencia se adhieren Rehnquist y Thomas, adopta una postura más aguerrida. Sostiene así que: «a pesar que los puntos de vista de nuestros propios ciudadanos son esencialmente irrelevantes en esta decisión adoptada por la Corte, las opiniones de otros países y la autoproclamada comunidad internacional toma el centro del escenario»<sup>248</sup>. Expresa que la no firma de los Tratados internacionales a que hace referencia la mayoría no es más que una muestra de la opinión contraria de la nación. Rechaza la idea de que las normas de Estados Unidos de América deban conformarse con las del resto del mundo, citando jurisprudencia donde el Tribunal sostiene criterios que no resultan acordes a los principios del orden internacional o del Derecho comparado. De manera contundente, condena que el Derecho comparado e internacional es citado para dejar de lado normas y tradiciones propias del pueblo americano.

Resulta relevante aclarar como el *Justice* Kennedy responde a aquellas críticas en torno a la intromisión de pautas extranjeras en la jurisdicción constitucional estadounidense. Dicho ministro, llevando la bandera de la postura mayoritaria, sostiene que «no minimiza nuestra fidelidad a la Constitución o nuestro orgullo en sus orígenes el reconocer que la expresa afirmación de determinados derechos fundamentales por otras naciones y pueblos simplemente subraya el carácter central de aquellos mismos derechos concebidos en nuestra herencia de libertad»<sup>249</sup>.

## 7. Nuevos cuestionamientos en la tutela judicial efectiva en la guerra al terror

Dos decisiones del año 2006 fueron sumamente relevantes en el control de constitucionalidad de la «guerra al terror»: un nuevo pronunciamiento

<sup>247</sup> John R. CROOK, «Contemporary practice of the United States relating to international law: US Supreme Court Holds Juvenile Death Penalty unconstitutional, citing treatise and Foreign Practice», 99 *AJIL* 487, p. 488.

<sup>248</sup> Disidencia del Dr. Scalia, considerando III.

<sup>249</sup> «It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom».

en torno al caso Padilla y, finalmente, la revisión jurisdiccional del sometimiento de los imputados a Comisiones Militares, en virtud del un *habeas corpus* iniciado por Handam.

Como se ha señalado anteriormente, para que Padilla pueda intentar garantizar su derecho se hizo necesario que intentara recorrer un nuevo camino jurisdiccional, y el camino se ha bifurcado por segunda vez en el siguiente término de la Suprema Corte. Recientemente, el 3 de abril de 2006, el Tribunal ha rechazado la apelación introducida por José Padilla. En consecuencia, el caso ha sido considerado como el representante de una de las más agresivas afirmaciones de la autoridad presidencial en tiempos de guerra, desde el atentado realizado el 11 de septiembre de 2001<sup>250</sup>.

Una vez dictada la Sentencia de la Corte en el año 2004, Padilla inició otro *habeas corpus* siguiendo las instrucciones señaladas, el cual fue despachado favorablemente en primera instancia. Sin embargo, en noviembre del 2005 el Poder Ejecutivo hizo un movimiento estratégico al transferirlo de la base naval en que se encontraba a una prisión civil, a fin de ser sometido ante una corte criminal en Miami. En su momento, los abogados defensores de Padilla se opusieron al traslado y solicitaron a la Suprema Corte que se considerase la materia cuanto antes<sup>251</sup>; sin embargo, en enero el Tribunal lo autorizó. El imputado fue trasladado a Miami para enfrentar los cargos criminales, ahora bajo la alegación de que formaba parte de una cédula terrorista ubicada en Norteamérica destinada a recolectar fondos y soldados para alentar la violencia fuera de Estados Unidos. Tras la traslación del detenido a Miami el gobierno argumentó que el debate respecto a su detención indefinida en la base anterior había devenido abstracto. Acogiendo tal posición, la Corte de Apelaciones de Circuito núm. 4 de Richmond (Va.) sostuvo que los derechos constitucionales de Padilla no estaban siendo violados.

El nuevo planteamiento introducido por Padilla (*Padilla v. Hanft*, núm. 05-533) fue que se «clarifique hasta dónde puede ir el gobierno cuando procura el apresamiento de terroristas americanos en este País»<sup>252</sup>. En la Suprema Corte de Estados Unidos, el fallo de fecha 3 de abril del corriente año ha sido dividido por un voto de 6 a 3. Si bien la mayoría de la Corte hizo lugar al planteo del Poder Ejecutivo y, por lo tanto, decidió no

<sup>250</sup> Charles LANE, «Justices Won't Review Padilla case», *Washington Post*, 4 de abril de 2006, p. A06.

<sup>251</sup> «Padilla's lawyers oppose transfer», *Washington Post*, 31 de diciembre, p. A04.

<sup>252</sup> Gina HOLLAND, «Supreme Court rejects challenge to Bush's wartime detention powers case», *FindLaw*, lunes, 3 de abril de 2006.

revisar la petición de Padilla, tres miembros, los *Justices* Souter, Ginsbourg y Breyer, señalaron que el Tribunal debía haber abierto la causa.

El argumento de la mayoría parte de sostener que estando actualmente sometido a la jurisdicción de un Tribunal criminal, el *habeas corpus* generado en la privación de justicia anterior habría devenido abstracto. En consecuencia, los *Justices* han procurado dejar a dicho juicio el desarrollo de su curso antes de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

El *Justice* Kennedy, en un voto concurrente acompañado por los *Chief of Justice* Roberts y Stevens, explicó que no corresponde el tratamiento de los argumentos relativos a la separación de poderes, o el rol y la función de las Cortes, debido a que el curso de los actuales procedimientos legales han vuelto a dichos planteamientos, por lo menos por ahora, hipotéticos. Sin embargo, recalcó que el Tribunal criminal de Miami debe velar atentamente por el cumplimiento de los derechos procesales y sustanciales del imputado, y si así no lo hiciere, quedarían habilitados los respectivos remedios judiciales.

Como señala la doctrina<sup>253</sup>, la decisión es una victoria para la administración Bush porque deja intacto lo resuelto por una corte de apelaciones que ha convalidado la autoridad del presidente para detener Padilla como un «enemigo combatiente». Sin embargo, los abogados defensores de Padilla han quedado muy conformes con la posición adoptada por Kennedy<sup>254</sup>.

Otro criterio debe sostenerse en torno al siguiente pronunciamiento del Tribunal. El 29 de junio de 2006, la Suprema Corte de Estados Unidos de América se levantó en pie en defensa de los derechos humanos y enfrentó al Poder Ejecutivo, indicando que había abusado de su poder frente a los extranjeros cautivos en Guantánamo. En la causa *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>255</sup>, el Tribunal adoptó criterios que permiten sostener que, en principio, abandonó alguna tibieza con que manejaba la materia en los anteriores pronunciamientos. Sin embargo, continúan pendientes temas nucleares cuya resolución se reclama imperiosamente.

La decisión citada contiene no sólo aspectos fundamentales en la actual coyuntura de la lucha contra el terrorismo en dicho país, sino también en su ordenamiento jurídico en general.

<sup>253</sup> LANE, *op. cit.*

<sup>254</sup> David L. HUDSON, «Padilla Decision leaves unanswered questions», *Supreme Courts denies review*, «but the issue of detainee status still alive».

<sup>255</sup> Argued March 28, 2006-Decided June 29, No. 05-184, 2006.

En primer lugar, el Tribunal abandonó sus precedentes dictados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, retrocediendo hacia los criterios que se manejaron durante la posguerra civil americana, pero también dando así muestra del impacto del orden internacional de los derechos humanos frente a los sistemas jurídicos regionales. Específicamente, el *Justice* Steven se refiere a que los precedentes no seguidos han devenidos inaplicables en virtud de los cambios generados en las leyes federales y el Derecho internacional de guerra.

En segundo término, reafirma la necesidad del respeto pleno del sistema de división de funciones y frenos y contrapesos, ya que rechaza la posición invocada por el Ejecutivo en torno a la existencia de poderes inherentes del presidente que le permitan actuar de manera unilateral en materia de seguridad nacional. Básicamente la Corte considera que el presidente no puede actuar en contrario a una decisión válidamente formulada por el Congreso.

Hace aplicables las Convenciones de Ginebra a los sospechosos de actos terroristas capturados en Afganistán, y de esta manera permite considerar que los métodos de interrogación supuestamente utilizados en la base naval de Guantánamo constituirían crímenes de guerra.

Ahora bien, una lectura más particularizada de la decisión presenta algunas serias flaquezas, ya que implica un juego con un muy estrecho margen de mayoría, donde un equilibrio de 5 a 3 votos lleva a enlazar la resolución a la coyuntural composición del Tribunal. Asimismo, la Corte no se ha pronunciado sobre actos sumamente cuestionados del Poder Ejecutivo, dejando pendientes temáticas fundamentales.

El *habeas corpus* donde se dicta esta decisión histórica fue iniciado por Salim Ahmed Hamdan, quien fue detenido a fines del 2002 en Afganistán y trasladado a la base naval de Guantánamo Bay (Cuba). Los cargos que habían sido traídos contra él eran el haber conspirado para cometer crímenes juzgables por tribunales militares al atacar civiles en su carácter de chofer y guardaespaldas de Osama bin Laden. En el año 2003 el presidente lo eligió para ser sometido a Tribunal militar. Hamdan cuestionó la validez constitucional de las comisiones militares creadas por la administración del presidente Bush. Su petición había sido rechazada por la Corte de Apelaciones, por considerar la reclamación prematura, ya que aún no había sido dictado el pronunciamiento por el Tribunal militar.

El problema se había suscitado cuando, una vez abierto el *habeas corpus* ante la Suprema Corte, el Congreso dictó en diciembre de 2005 la Ley de Tratamiento a los Detenidos en virtud de la cual, si bien se prohíbe la

tortura, se limita sumamente la posibilidad de que los mismos interpongan acciones en cortes federales en miras a la revisión de su confinamiento o los procedimientos existentes para evaluar su culpabilidad. En concreto, sólo se permite la interposición de un recurso en concreto, una vez finiquitado el procedimiento ante la comisión.

En consecuencia, el núcleo central de la decisión versa sobre la posibilidad de que se establezcan legislativamente límites a los casos ya presentados y abiertos a consideración de la Suprema Corte.

El *Justice* Stevens tomó la responsabilidad de redacción del pronunciamiento, al que se suscribieron los *Justices* Souter, Ginsburg y Breyer. Kennedy acompañó en parte el mismo. Por su lado, como era previsible, Scalia, Thomas y Alito disintieron. Roberts se excusó, dado que había fallado en la causa en una instancia anterior.

La decisión se encauza en los siguientes pilares argumentativos. En primer lugar, se habilita el tratamiento jurisdiccional del caso por la Corte Suprema de Justicia. Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal considera que la Ley de Tratamiento de los Detenidos no ha alterado la jurisdicción de la Suprema Corte.

Esto así conforme los debates parlamentarios de la norma citada, ya que en los mismos no se ha hecho mención a los casos pendientes, de lo que debe concluirse que si hubiese sido la intención del legislador aplicar la norma a casos en trámite así se hubiese sostenido. Asimismo, explica que el Tribunal que juzga a Handam no forma parte de un sistema integrado de cortes.

En cuanto al respeto al principio de división de funciones, sostiene que el establecimiento de las «comisiones militares» resultó violatorio del mismo y, en consecuencia, no están autorizadas para fallar el caso.

En primer lugar, la Corte declara que es necesaria una ley del Congreso o exigencia militar a fin de justificar el sometimiento de personas a su juzgamiento por comisiones militares. En este caso en concreto no se verificaban ninguna de estas dos exigencias dado que Handam se encontraba detenido por muchos años, sin participar activamente en el campo de batalla, y, por su parte, el Congreso no ha autorizado las comisiones militares. Asimismo, el Tribunal es contundente al sostener que el Poder Ejecutivo no tiene poderes inherentes para someter al procesado a la jurisdicción militar.

Por último, las Comisiones también resultan violatorias del Código de Justicia Militar y del derecho de guerra. La argumentación realizada por el Tribunal parte de afirmar que, conforme al precedente *Quirin* y el Código

de Justicia Militar, estos tribunales deben actuar conforme el derecho de guerra. Dentro de este marco, el artículo común núm. 3 de las Convenciones de Ginebra regula la situación de los prisioneros y no combatientes.

Una primera duda que se planteó es si dicho artículo es aplicable a las tácticas de guerrilla de Al Qaeda, dado que dicha organización terrorista no es signataria de la convención. Sin embargo, la Corte sostuvo que se aplican las convenciones por considerar que el Código de Justicia Militar remite al derecho de la guerra, e igualmente se aplica el art. 3 relativo a conflictos no internacionales.

Así, explica el Tribunal que incluso cuando Handam sea un individuo peligroso que pueda causar un gran daño o la muerte de personas civiles inocentes, el Ejecutivo debe cumplir con las reglas prevalecientes del Estado de Derecho al juzgarlo y someterlo a una sanción penal.

En consecuencia, los detenidos sólo pueden ser procesados mediante el cumplimiento del debido proceso al que refiere el derecho de guerra ante un Tribunal que satisfaga las mismas protecciones que una corte marcial, aspectos que no son satisfechos por las comisiones militares.

Entre los vicios de los procedimientos a realizar ante la Comisión se menciona y analiza especialmente la posibilidad de exclusión del imputado y su asesor durante la producción de pruebas, en virtud del secreto de la información, la preservación de la integridad física de los testigos u «otros asuntos de interés de la seguridad nacional».

Ello toma especial relevancia debido a que, conforme al Tribunal, el Poder Ejecutivo no ha incorporado elementos que permitan verificar que no era posible el establecimiento de cortes marciales. Básicamente, el Poder Ejecutivo habría dicho que dichos procedimientos eran «impracticables», pero no dio explicaciones.

Asimismo, el pleno respeto a las convenciones exige que el imputado no pueda ser condenado por actividades normales en las hostilidades que llevan a su detención, debería recibir la decisión de un tribunal competente y tendría los mismos derechos al debido proceso que un soldado americano, por el principio de no discriminación. En consecuencia, correspondería llevar adelante un proceso conforme lo reconocen los pueblos civilizados (entre estas reglas, estar presente durante el testimonio, conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, inc. 3).

Dos argumentos sostenidos por *Justice Stevens* no fueron compartidos por *Kennedy*. El primero de ellos parte de la base de que la conspiración por sí misma, sin la imputación de otros actos al procesado, no constituye crimen de guerra.

Respecto al tema, el voto en estudio sostuvo que el gobierno no ha imputado a Handam una ofensa que, conforme el Derecho de guerra, pueda ser juzgada por comisiones militares. Para que así sea debe existir un precedente pleno y no ambiguo, y no hay tal precedente en torno a la figura de la «conspiración».

La pregunta es si es la conspiración un crimen conforme al Derecho de guerra, puesto que, en caso contrario, no se podría juzgar a Handam por él debido a que no habría jurisdicción. Un amplio sector de la doctrina, entre los que puede citarse al profesor George P. Fletcher<sup>256</sup>, se pronunció de manera negativa. Así, partió de sostener que el Derecho de la guerra rechazó la tipicidad de esta conducta. El autor citado señaló que dicho tipo penal es un crimen de preparación, por lo que no es aceptado actualmente, lo cual resulta coincidente con la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. Efectivamente, cuatro votos de la mayoría aceptaron esta posición.

El *Justice* Scalia, en su disidencia, entiende que no corresponde pronunciarse a la Corte Suprema por aplicación de la DTA, debido a que no hay sentencia final de las comisiones militares. Para arribar a tal solución prevalece la interpretación literal sobre la teleológica de la norma en análisis, y sostiene que los congresistas sabían que el caso estaba pendiente ante la Corte Suprema, y fueron concluyentes al establecer la imposibilidad de revisión jurisdiccional previa a la sentencia militar. Asimismo, considera que no hay fundamento para considerar que la decisión en revisión de la Corte de circuito de D.C. no es suficiente.

Finalmente sostiene que, incluso en caso de que correspondiera, razones de equidad recomiendan no hacerlo. Ello es así por cuanto el *habeas corpus* es una solución residual, a lo que se suma que hay razones militares que justifican la jurisdicción militar. En síntesis, conforme al magistrado citado, tal aspecto es una decisión del Poder Ejecutivo, no de la Suprema Corte estadounidense.

El *Justice* Thomas centra su disidencia en la teoría de la división de funciones. Explica que es necesario reconocer los poderes de guerra del presidente, en virtud de la imperiosa necesidad de una respuesta única en caso de conflicto bélico. Asimismo, manifiesta que las comisiones militares satisfacen los requisitos del Código de Justicia Militar, debido que el *common law* es el orden que determina la jurisdicción de las comisiones. Final-

<sup>256</sup> Disertación brindada en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires (Argentina), lunes, 1 de agosto de 2006.

mente, expresa que se han deducido imputaciones válidas contra Handam, las cuales son: el formar parte o unirse a un grupo o empresa que compartan un propósito criminal, conspiración.

En resumen, la posición mayoritaria de la Corte Suprema ha reafirmado algunos posibles límites de las potestades legislativas en la lucha contra el terrorismo. Para arribar a tal solución se afianzó en el sistema de división de funciones y, asimismo, en una fuerte injerencia del Derecho de guerra y el debido proceso consagrado dentro de sus pautas.

Sin embargo, muchos aspectos troncales han resultado irresueltos. Así, el pronunciamiento no rechazó la potestad del Ejecutivo de mantener prisioneros detenidos en Guantánamo sin límite temporal, ni la de otorgar a los sospechosos de actos terroristas la calidad de «enemigos combatientes». Esto lleva a muchos doctrinarios a preguntarse si realmente el fallo puede ser definido como una victoria de los derechos humanos<sup>257</sup> o un cheque en blanco para la administración. Evidentemente no es posible ponderar de manera extremista el fallo. Si bien se verifica un efectivo avance al resolver la aplicación de las Convenciones de Ginebra y sostener que no es posible imputar a Handam el delito de conspiración, aspectos generales de política criminal de lucha contra el terrorismo aún se verifican como irresueltos.

Asimismo, queda abierta la duda con relación a la revisión jurisdiccional de actos del Poder Ejecutivo fuera de Estados Unidos y la base de Guantánamo Bay. Así, se alerta que en virtud de la jurisprudencia de esta misma Corte<sup>258</sup> en la causa *Rasul*<sup>259</sup> los *habeas corpus* pudieron ser interpuestos por los detenidos en Guantánamo en virtud de que Estados Unidos tiene «jurisdicción» sobre dicha base naval conforme surge del convenio celebrado con Cuba en 1903. Pero podría considerarse distinta la solución si los detenidos se encontraran en otras bases ubicadas en otro lugar del globo, fuera del marco territorial y jurisdiccional estadounidense.

En consecuencia, la respuesta jurisdiccional de la Corte no ha resultado conclusiva, y, por el contrario, en algunos temas concretos ha acentuado las potestades presidenciales en la lucha contra el terrorismo. Así, la evaluación es crítica. Sin embargo, no debe negarse el aspecto positivo que ha

<sup>257</sup> Véase Michael C. DORF, «The Hidden —and obvious— lessons in the Supreme Court's divided ruling invalidating military commissions», *Findlaw*, viernes, 30 de 2006.

<sup>258</sup> Cuando la misma aún se encontraba compuesta por Justice Renquist y Ginsbourg, ahora reemplazados por Alito y Roberts.

<sup>259</sup> 124, S. Ct. 2686.

revestido la aceptación de la aplicación del art. 3 de las Convenciones de Ginebra en torno al tema.

## 8. Evaluación

El reconocimiento de la Corte a los estándares legales internacionales y a la opinión de la comunidad internacional al determinar aquellas cuestiones relativas al «evolutivo estándar de decencia» es un reconocimiento de nuestra común humanidad y la importancia de los valores universales<sup>260</sup>. Con la referencia a la interacción de su texto constitucional y el orden internacional de los derechos humanos, la Suprema Corte de Estados Unidos ha gestado su perfil, dejando de lado no sólo su rol de juez de legalidad para pasar a constituirse en juez constitucional, sino actualmente en Tribunal tuitivo de los derechos humanos.

Este aspecto, que sufrió retrocesos en los primeros casos relativos a la guerra contra el terror, nuevamente fue consolidado en *Ropper*, para adoptar recientemente un lugar de incógnita en la jurisprudencia del Tribunal. Los recientes pronunciamientos relativos a los casos Guantánamo, si bien hacen hincapié en el Derecho internacional, no resultan totalmente satisfactorios.

Sin embargo, no puede negarse el impacto del concepto universal de dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal en materia de derechos fundamentales y libertades civiles. En mérito a lo expuesto, puede concluirse con Glensy que «con el apoyo de una sólida mayoría de jueces de la Corte Suprema, parece que el análisis comparativo ha ganado un espacio dentro del torbellino de ideas de la jurisprudencia americana»<sup>261</sup>. Así, entra firmemente al escenario del discurso jurisdiccional norteamericano el Derecho comparado y la normativa transnacional. La fuerza y mantenimiento de dicho espacio dependerá mucho de la analítica y lógica coherencia de los jueces que deciden emplear esta variable de interpretación judicial<sup>262</sup>.

Resulta paradigmático cómo la Corte Suprema toma la voz cantante en este cambio de estructuras discursivas, justamente en una nación donde, generalmente, las otras ramas del gobierno se han mostrado a veces reti-

<sup>260</sup> HASS, *op. cit.*

<sup>261</sup> GLENSY, *op. cit.*, p. 399.

<sup>262</sup> GLENSY, *op. cit.*, p. 399.

centes a la apertura hacia organismos jurisdiccionales del orden internacional de los derechos humanos<sup>263</sup>. Si las normas internacionales pueden internalizarse en sistemas legales domésticos a través de una variedad de canales legales, políticos y sociales,<sup>264</sup> en el caso de Estados Unidos de América, la Corte Suprema ha tomado un rol predominante en este fenómeno. La reacción positiva de la Suprema Corte de Estados Unidos de América frente al orden internacional de los derechos humanos, y su incorporación tanto desde el punto de vista sustantivo como hermenéutico, muestran como más allá de la posición de los gobiernos, los órdenes jurídicos no pueden mantenerse aislados a la internacionalización de la dignidad humana.

## VII. CONCLUSIÓN

La dinámica de la acción de la Suprema Corte de Estados Unidos de América en su ejercicio de control de constitucionalidad constituye un interesante ejemplo de la mutación endógena de un modelo difuso hacia un sistema híbrido con algunos perfiles propios de los sistemas concentrados, dado que monopoliza la interpretación constitucional, tiene la potencialidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efecto retroactivo o no, y a su vez concentra su accionar en la jurisdicción constitucional, abandonando la jurisdicción legal.

Estos cambios se vislumbraron a través de la adopción de diferentes perfiles de acción. En algunos momentos históricos, el Tribunal ejerció una jurisdicción constitucional que podría denominarse estratégica, enfrentando crisis políticas mediante la adopción de decisiones que, sin arriesgar su institucionalidad, apuntalaban su poder como órgano de gobierno en un sistema tripartito de funciones. Tal es el caso del fallo dictado en *Marbury v. Madison*, bajo la pluma de John Marshall, mediante el recurso a pautas interpretativas gramaticales, históricas y sistemáticas.

Otro perfil fue el adoptado en los casos *Brown v. Board of Education*, donde el *Justice* Warren, mediante la utilización de pautas interpretativas dinámicas y previsoras, lleva a la Corte a una posición arriesgada, pero

<sup>263</sup> Véase Henry J. STEINER y Philip ALSTON, *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, pp. 987 y ss., y Thomas BUERGENTHAL, Dinah SHELTON y David STEWART, *International Human Rights*, 3.ª ed., West Group, pp. 347 y ss.

<sup>264</sup> Harold HONGJU KOH, «The Robert L. Levine Distinguished lecture series: a world drowing in guns», 71 *Fordham L. Rev.* 2333.

comprometida, en el ejercicio de una jurisdicción constitucional que puede denominarse aguerrida. Las consecuencias sociales, sin duda aplaudidas, sin embargo pusieron al Tribunal frente a la encrucijada de la dificultad práctica de llevar adelante la ejecución de sus decisiones. La respuesta dada en *Cooper v. Aarón* constituyó una puesta en pie de la Corte, consolidando las potestades institucionales necesarias como poder del Estado y acercándola al modelo de Tribunal concentrado de constitucionalidad.

Finalmente, el Tribunal innovó en su modalidad de acción en dos recientes pronunciamientos, donde adopta un perfil de Tribunal Constitucional tuitivo de los derechos humanos, e inserto en el orden internacional. En *Lawrence v. Texas* y *Roper v. Simmons*, la misma Corte busca apoyatura en el orden internacional de los derechos humanos, su normativa, su jurisprudencia y sus pautas interpretativas evolutivas, para enfrentar el problema de la discriminación y la criminalidad juvenil.

Ello nos muestra tres variables distintas posibles a adoptar por los tribunales al enfrentarse a los conflictos políticos y sociales. En cada caso, la resolución en los hechos culminó de manera satisfactoria para el Tribunal. Sin duda, la elección por cada uno de ellos implica el tomar partido en la adopción misma del concepto que entendemos por Constitución, y su proyección a través de la aplicación de uno de los poderes del Estado.