

OWEN FISS

**EL DERECHO
COMO RAZÓN PÚBLICA**

Traducción de
Esteban Restrepo Saldarriaga

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2007

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	13
PREFACIO	15
CAPÍTULO I. LAS FORMAS DE LA JUSTICIA	21
1. ADJUDICACIÓN Y VALORES PÚBLICOS	26
2. FORMA Y FUNCIÓN	37
3. LA TRANSFORMACIÓN	38
3.1. El centro de atención del proceso: daño individual <i>versus</i> condición social	38
3.2. Estructura de las partes: el demandante	39
3.3. Estructura de las partes: el demandado	43
3.4. La posición del juez	44
3.5. La etapa de los remedios	47
4. EL SIGNIFICADO DE LA TRANSFORMACIÓN	49
5. EL PROBLEMA DEL REMEDIO.....	65
6. EL NUEVO FORMALISMO	67
7. LOS DILEMAS DEL INSTRUMENTALISMO.....	70
CAPÍTULO II. LOS FUNDAMENTOS SOCIALES Y POLÍTICOS DE LA ADJUDICACIÓN	77
1. DOS MODELOS DE LA ADJUDICACIÓN	79
2. LAS FUENTES DE RESISTENCIA.....	84
CAPÍTULO III. EL GRADO CORRECTO DE INDEPENDENCIA.	89
CAPÍTULO IV. LA BUROCRATIZACIÓN DE LA JUDICATURA.	97
1. LA BUROCRACIA JUDICIAL.....	99

	Pág.
2. LAS PATOLOGÍAS DE LA BUROCRACIA	105
3. EL MODELO WEBERIANO	106
4. EL MODELO DE HANNAH ARENDT	109
5. LAS SOLUCIONES	117
CAPÍTULO V. CONTRA LA CONCILIACIÓN.....	127
1. EL DESEQUILIBRIO DE PODER	131
2. LA AUSENCIA DE UN CONSENTIMIENTO DOTADO DE AUTORIDAD	133
3. LA AUSENCIA DE UN FUNDAMENTO PARA LA SUPERVI- SIÓN JUDICIAL	137
4. JUSTICIA EN LUGAR DE PAZ	140
5. LA VERDADERA DIVISIÓN	142
CAPÍTULO VI. LOS ENCANTOS DEL INDIVIDUALISMO	147
CAPÍTULO VII. LA TEORÍA POLÍTICA DE LA ACCIÓN DE CLASE	169
CAPÍTULO VIII. LA INCONVENIENCIA DEL DERECHO PENAL.	183
1. DIFICULTADES PROCESALES	185
2. EL INDIVIDUALISMO DEL DERECHO PENAL	188
3. DERECHOS INCIPIENTES	194
4. LOS PERJUICIOS DE LA VIDA COTIDIANA.....	198
CAPÍTULO IX. OBJETIVIDAD E INTERPRETACIÓN	201
1. LA IDEA DE UNA OBJETIVIDAD SUJETA A LÍMITES	204
2. LAS NECESIDADES ESPECIALES DEL DERECHO	213
2.1. La naturaleza prescriptiva del texto	213
2.2. La pretensión de autoridad.....	218
2.3. La eficacia y el elemento de instrumentalismo	222
3. LA NEGACIÓN DE SIGNIFICADO.....	225
CAPÍTULO X. EL JUICIO COMO UNA PRÁCTICA.....	227
1. LIBERTAD <i>VERSUS</i> DETERMINISMO EN LA INTERPRE- TACIÓN.....	229
2. LAS FUENTES DE LA LIMITACIÓN.....	234
2.1. La utilidad de las reglas de disciplina	235
2.2. La necesidad de reglas de disciplina	237
3. LO QUE ESTÁ EN JUEGO	247
CAPÍTULO XI. ¿LA MUERTE DEL DERECHO?	249

	Pág.
1. EL DERECHO COMO EFICIENCIA.....	252
2. EL DERECHO COMO POLÍTICA.....	259
3. EL DERECHO COMO RAZÓN PÚBLICA	264
CAPÍTULO XII. RAZÓN <i>VERSUS</i> PASIÓN.....	267
CAPÍTULO XIII. LA RAZÓN IRREPRIMIBLE.....	283
CAPÍTULO XIV. <i>BUSH V. GORE</i> Y EL ASUNTO DE LA LEGI- TIMIDAD	293
POSTFACIO	309
BIBLIOGRAFÍA	317
TÍTULOS PUBLICADOS	329

PREFACIO

Los ensayos contenidos en este libro defienden una tesis que alguna vez pareció evidente pero que hoy está pasada de moda: el derecho es una expresión de la razón pública y suministra una estructura a nuestra vida en común. Los jueces son instrumentos del derecho y encarnan esa razón. Su función consiste en evaluar la realidad práctica a la luz de los valores que el derecho dota de autoridad, y en hallar luego las vías adecuadas para adaptar la realidad a estos valores.

Esta concepción del derecho hunde sus raíces en la decisión de 1954 de la Corte Suprema en el fallo *Brown v. Board of Education*. En este caso, la Corte primero declaró inconstitucional la doctrina «separados pero iguales» y, luego, persiguió transformar los sistemas escolares del régimen de Jim Crow en instituciones unitarias, no fundadas en criterios raciales. Las preocupaciones de la Corte no terminaron con las escuelas públicas; en casos posteriores, se extendieron a la policía, a la vivienda, a los hospitales, a las cárceles y a las agencias de empleo, y, muy pronto, alcanzaron la integridad del Estado moderno. Durante esta época del derecho estadounidense, usualmente identificada con el período de Earl WARREN como presidente de la Corte Suprema, este órgano persiguió hacer efectivas las promesas de la Constitución y utilizó toda la autoridad a su disposición (y mucha más) para lograr este propósito. Aunque la igualdad estuvo en la médula de este programa de reforma, la visión de la Corte se extendió a todo el ámbito del *Bill of Rights*.

Hoy es difícil concebir el derecho en estos términos. La fe en la razón pública ha sido destruida, así como la creencia en que los jueces pueden o están dispuestos a usar la razón para dar significado concreto a los valores constitucionales. Muchos apuntan con dedo acusador a la decisión de la

Corte Suprema de diciembre de 2000 en el fallo *Bush v. Gore* como la causa de esta deplorable situación. Esta sentencia impidió un nuevo conteo manual de miles de tarjetas electorales del estado de Florida, y, con ello, trascendió los más elementales principios jurídicos. Sin embargo, como lo explico en el capítulo final de este libro, *Bush v. Gore* no tiene ninguna particularidad especial. Más bien, constituye la culminación de veinticinco años de historia de la Corte Suprema, bajo las presidencias de Warren BURGER y, luego, de William REHNQUIST, en los cuales se repudió el legado de la Corte WARREN y se dio al traste con la realización progresista de la Constitución. Aunque durante este período los magistrados rindieron tributo a *Brown v. Board of Education* y a los múltiples casos que este fallo alentó, de hecho los pusieron de cabeza para negarles gran parte de su significado práctico.

Ante estos cambios, algunos académicos, tanto de la derecha como de la izquierda, se han apartado por completo del derecho. Los seguidores de los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*) presentaron «el derecho como política» y, de esta forma, negaron su integridad y su incomparable pretensión de razón pública. La obra de los teóricos críticos raciales (*Critical Race Theorists*) y de la rama del movimiento Derecho y Literatura (*Law and Literature*), que redujo el derecho a una forma de narración de historias, tuvo una consecuencia similar. Los republicanos cívicos (*Civic Republicans*) de la era BURGER-REHNQUIST expresaron su desencanto con la Corte de modo más matizado. Dieron la espalda a los jueces y depositaron su confianza en los órganos de naturaleza más política —incluido el Congreso— para que dieran contenido específico a nuestros valores públicos. El movimiento denominado Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*), cuyos mayores éxitos se produjeron durante los años setenta y ochenta, tuvo una orientación política completamente distinta: exaltó el mercado y proclamó «el derecho como eficiencia». Aunque este movimiento tuvo una apariencia más conservadora, se nutrió del mismo desencanto con la Corte Suprema que dio surgimiento a los Estudios Críticos del Derecho, a la Teoría Crítica Racial, a Derecho y Literatura y al Republicanismo Cívico.

Los ensayos recogidos en este libro ofrecen una alternativa distinta. Persiguen identificar el lugar adecuado del proceso judicial (adjudicación) en la sociedad estadounidense y defienden sistemáticamente una concepción del juez como el instrumento supremo de la razón pública. Escribí todos estos ensayos durante el período de veinticinco años en que se produjo el retroceso, con el fin de responder a los descorazonadores desarrollos doctrinales de la Corte Suprema bajo la égida de BURGER y REHNQUIST. En este sentido, los ensayos toman como punto de partida las mismas preocupaciones de muchos de los movimientos jurídico-filosóficos de este perí-

odo. Sin embargo, al final, ofrecen una base para depositar nuestras creencias en el poder duradero de la razón en la vida pública.

Algunos de los capítulos del libro —«Objetividad e interpretación» (capítulo IX), «El juicio como una práctica» (capítulo X), «¿La muerte del derecho?» (capítulo XI) y «Razón *versus* pasión» (capítulo XII)— confrontan directamente los movimientos teóricos que emergieron como una respuesta a las doctrinas de las cortes BURGER y REHNQUIST. Estos ensayos identifican las premisas teóricas de esos movimientos y explican cómo contradicen la comprensión más elemental del derecho. Allí, urjo un retorno al derecho y presento una teoría general de la adjudicación que podría hacerlo posible. Señalo que la autoridad de los jueces no surge de ninguna peculiar habilidad moral —de la cual carecen— sino de los límites del cargo a través del cual ejercen el poder. En mi opinión, la judicatura suscita nuestro respeto porque está aislada de la política e implicada en un diálogo especial con el público. Los jueces están obligados a escuchar reclamos que preferirían ignorar en otras circunstancias, a asumir responsabilidades personales por sus decisiones y a justificarlas con base en razones públicamente aceptables. Esa es la fuente de su atractivo.

Aunque los fundamentos de la autoridad judicial pueden estar suficientemente claros, con frecuencia son controvertidos. «El grado correcto de independencia» (capítulo III) otorga un contenido específico al ideal de la independencia judicial y explica cuán difícil resulta reconciliar la demanda judicial por el aislamiento político con principios democráticos. Buscamos, al mismo tiempo, el logro de la justicia y la democracia. De manera similar, «La burocratización de la judicatura» (capítulo IV) describe cómo la creciente burocratización de la rama judicial —la proliferación de centros de decisión y la difusión de la responsabilidad entre los mismos— amenaza la integridad del proceso dialógico sobre el que descansa la autoridad de los jueces. Los burócratas deciden por voluntad, no por razón pública. Conforme a esto, propongo nuevos arreglos institucionales para reducir la transformación de los jueces en burócratas y, así, fortalecer la autoridad judicial.

A mi teoría de la adjudicación subyace la noción de que la función de los jueces no consiste en resolver conflictos sino en dar significado y expresión concretos a los valores públicos contenidos en el derecho. Los jueces persiguen la justicia, no la paz. Dos de los capítulos del libro, «Las formas de la justicia» (capítulo I) y «Los fundamentos sociales y políticos de la adjudicación» (capítulo II), desarrollan esta concepción de la función judicial. Sin dejar de reconocer, por una parte, que una controversia entre dos vecinos podría constituir una ocasión para el ejercicio del poder de los jueces y, de otro lado, que la resolución de este conflicto podría ser una

consecuencia afortunada de una decisión judicial, enfatizo el carácter esencialmente público de la adjudicación. Estos dos primeros capítulos introducen un modelo de litigio que denomino «reforma estructural». Surgido de la experiencia de la desegregación de las escuelas y de los litigios más recientes en materia carcelaria, este modelo de la función judicial se funda en la noción de que la amenaza primaria a los valores constitucionales en la sociedad contemporánea deriva de la operación de organizaciones burocráticas y confía al juez el deber de dirigir la reconstrucción de las mismas. A diferencia del ataque contra los remedios anejos a la desegregación escolar contenido en el voto concurrente del magistrado THOMAS en el caso de Kansas City (*Missouri v. Jenkins*, 1995), presento la reforma estructural como el triunfo definitivo de la razón pública.

Esta forma de litigio hace énfasis en el mandamiento judicial (*injunction*). Este remedio tradicional se convierte en el vehículo principal mediante el cual el juez dirige la tarea reconstructiva. Otros remedios, tales como las indemnizaciones o los juicios penales, han jugado un papel menos importante que el que les asignan las versiones tradicionales de la adjudicación. Exploro las razones que sustentan esta transformación en «La inconveniencia del derecho penal» (capítulo VIII). Este ensayo fue escrito originalmente para un público internacional interesado, de modo primario, en la protección de los derechos humanos y tiene especial relevancia en ese ámbito. Como lo ejemplifican los acontecimientos verdaderamente extraordinarios de los años noventa, particularmente la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y, más recientemente, de la Corte Penal Internacional, cualquier progreso en materia de protección de los derechos humanos tiende a medirse, casi exclusivamente, en términos de la puesta en marcha de la jurisdicción penal. Sin embargo, la experiencia de los Estados Unidos durante la época de los derechos civiles, en la cual se dio primacía al mandamiento judicial y éste fue replanteado en términos estructurales, podría ofrecer razones para dudar de esta tendencia.

Además de dar primacía al mandamiento judicial, el modelo estructural implica un replanteamiento de la estructura de las partes trabadas en un litigio, la cual asume un carácter menos individualista y adopta una visión basada en los grupos sociales. Tanto «La teoría política de la acción de clase» (capítulo VII) como «Los encantos del individualismo» (capítulo VI) analizan esta característica del juicio estructural e intentan reconciliarla con el ideal de que cada persona tiene el derecho de acceder a la justicia. Ciertamente, la adjudicación dirigida a la protección de derechos de grupo busca hacer efectivos los intereses de los individuos que componen el grupo de que se trate. Empero, en algunas ocasiones, la orden de un juez tiene el efecto opuesto y pone en peligro esos intereses.

En este caso, se requieren esfuerzos para reconciliar los intereses del individuo con los de la colectividad.

El asalto sobre el poder judicial iniciado en las últimas décadas del siglo xx ha adoptado múltiples formas. La primera ha consistido en sustituir la adjudicación por una extensa variedad de dispositivos de naturaleza más privada: negociación, mediación y arbitraje. Todas estas alternativas presuponen que el objetivo primario de la adjudicación es la resolución de conflictos. Este movimiento, originalmente abanderado por el presidente de la Corte Suprema, Warren BURGER, y que hoy goza de amplio apoyo político, ha llegado a ser conocido como «Resolución Alternativa de Conflictos» (RAC). Además, refleja varios de los impulsos que alimentaron el programa de las cortes BURGER y REHNQUIST consistente en repudiar el activismo de la Corte WARREN. En «Contra la conciliación» (capítulo V), analizo las fuerzas que dieron surgimiento al movimiento de la RAC y ofrezco razones para oponerse al mismo. A mi juicio, los defensores de la RAC caracterizan de forma equivocada los propósitos de la adjudicación y desdennan la importancia de la razón pública en la vida social. Aunque en décadas recientes la RAC ha alcanzado grandes éxitos en círculos profesionales, ello no es más que un signo adicional del predicamento de nuestros tiempos.

Los ensayos recogidos en este libro son publicados hoy porque creo que la actual desazón no puede durar para siempre. Muy pronto, mientras el nuevo siglo se desarrolla, retornaremos nuevamente al derecho y ofreceremos a los jueces el respeto que se merecen. Sin embargo, no debemos permitir que esta espera degenera en una nostalgia inútil; debemos resistir, en acción y en espíritu, el retroceso de los derechos que hoy tiene lugar. Con el fin de inspirar este esfuerzo y recargar las energías de una nueva generación, debemos recordar que el siglo xx se inició con un desencanto similar de los Progresistas —manifestado a través de su rebelión contra las decisiones de la Corte Suprema de su época— con los usos del poder judicial. Uno de estos fallos invalidó una ley de Nueva York que establecía un límite al horario de trabajo en las panaderías; en otra decisión, la Corte validó el uso del mandamiento judicial para poner término a una huelga del Sindicato de Ferrocarriles de los Estados Unidos; y, finalmente, otra de estas sentencias declaró inconstitucional el primer impuesto federal sobre la renta decretado en tiempos de paz.

Descorazonados con estas y otras decisiones, los Progresistas se distanciaron de los tribunales para acercarse a la legislatura, depositando su confianza en las agencias administrativas como una alternativa a la adjudicación. Sin embargo, al final, esta posición demostró ser insostenible. Tras los tiempos difíciles del *New Deal*, los progresistas constataron la incom-

parable autoridad del derecho en el orden político estadounidense. Se enfrentaron a la Corte y cuando ésta capituló («el cambio a tiempo que salvó a nueve») escribieron una nueva carta de navegación para los jueces. Esta carta tomó forma en la más famosa de todas las notas a pie de página —la nota a pie de página número cuatro del fallo *United States v. Carolene Products Co.*—, la cual, en última instancia, tuvo su máxima expresión en *Brown v. Board of Education* y en las decisiones que este fallo inspiró. Los Progresistas concluyeron que debían distinguir entre sustancia y procedimiento y que podría ser apropiado que los jueces desempeñaran un papel fuerte y activo, pese al modo en que los tribunales de la Época Dorada utilizaron el poder judicial para avanzar ideales sustantivos erróneos.

Independientemente de su decepción con las decisiones de la Corte Suprema de nuestros días, los juristas y el público en general terminarán por darse cuenta de que la razón del derecho es necesaria para convertir en realidad nuestros ideales constitucionales. Al defender el legado de *Brown v. Board of Education* en estos ensayos, estoy pidiendo al lector que imagine, cuando el ciclo de la reacción vuelva una vez más, todo lo que el derecho puede aportar cuando es entendido plenamente: la justicia.

CAPÍTULO I

LAS FORMAS DE LA JUSTICIA

En septiembre de 1968, después de haber trabajado por dos años en la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia, inicié mi carrera como profesor en la Universidad de Chicago. Para comenzar, me fue asignado lo que entonces era el curso tradicional en equidad. En respuesta a esta primera asignación, intenté dar cuenta de mi extraordinaria experiencia profesional en el Departamento de Justicia.

Las lecturas de este primer curso fueron recogidas en cinco volúmenes de material fotocopiado (uno de los muchos excesos de un profesor novato). Hacia 1972, había logrado extraer lo mejor de este material, con el cual Foundation Press publicó la primera edición de *Injunctions*. Aunque en este libro, al igual que en sus ediciones temporales anteriores, exploré el mandamiento judicial en una amplia variedad de contextos —derecho de la competencia, derecho laboral, actividades insalubres y molestas, y litigio comercial ordinario—, su núcleo fundamental estaba centrado en los casos de derechos civiles de los años sesenta. Estos fallos sometían a una exigente prueba la jurisprudencia tradicional en materia de equidad.

Un libro de casos es un lujo. Permite que un profesor principiante compile un material que estima es importante, pero que aún no entiende en su totalidad. Este era exactamente el caso de *Injunctions*. Si bien al organizar el material tomé cierta clase de decisiones en torno a qué documentos debían ser incluidos y me referí a los mismos en las notas desperdigadas que redacté para acompañarlos, mis posiciones frente al papel de los jueces en el litigio de derechos civiles sólo tomaban verdadero cuerpo al preparar la clase que debía dictar cada día y reflexionaba sobre la clase anterior.

En 1974 me vinculé a la Universidad de Yale. Allí continué este proceso de exploración, el cual adoptó un giro dramático cuando dicté el ciclo de conferencias Addison C. HARRIS en la Universidad de Indiana. Estas confe-

rencias fueron posteriormente publicadas en 1976 como *The Civil Rights Injunction*. El proceso siguió su curso con la aparición del ensayo «Dombrowski» en una de las entregas de 1977 del *Yale Law Journal* (vol. 86, p. 1103). Este trabajo se fundó, en gran parte, en mis clases en Yale. Tras la publicación de «Dombrowski», fui invitado a escribir el Prólogo al número de la *Harvard Law Review* dedicado al Término Judicial de 1979 de la Corte Suprema, el cual constituyó una oportunidad adicional para profundizar mis teorías. El resultado fue el ensayo «The Forms of Justice» (vol. 93, p. 1).

A lo largo de la década en que mis posiciones se fueron desarrollando, el mandamiento judicial alcanzó una prominencia cada vez mayor y su uso adoptó nuevas y variadas formas. El alcance de los remedios en casos de desegregación escolar se tornó más ambicioso y los jueces federales inferiores ampliaron el uso de sus mandamientos judiciales para reformar toda clase de instituciones estatales. Esta fue una época en la cual, sólo por mencionar dos de los ejemplos que se estudian en el capítulo, el juez Jack WEINSTEIN anunció sus audaces planes para desegregar las escuelas de Coney Island y el juez J. Smith HENLEY inició su programa de reestructuración de las cárceles de Arkansas.

Extrañamente, esta fue la misma época en que la Corte Suprema desató su ataque contra el mandamiento judicial en materia de derechos civiles, particularmente en su variedad estructural. El giro decisivo se produjo con el fallo *Rizzo v. Goode* de 1976, en el cual fueron anuladas una serie de órdenes de tribunales inferiores que intentaban poner término a los abusos cometidos por la policía de Filadelfia contra la población negra. La decisión de la Corte Suprema fue escrita por William REHNQUIST, quien, por ese entonces, sólo era magistrado del tribunal, pero ya dejaba entrever su liderazgo entre el grupo de magistrados recientemente nominado por el presidente NIXON. Al respecto, puede consultarse el ensayo «The Rehnquist Court», publicado en la entrega del 10 de marzo de 1982 de *The New Republic* y escrito en coautoría con Charles KRAUTHAMMER.

La Constitución establece la estructura del Estado, crea los órganos que lo componen, describe las funciones de los mismos y determina cómo se relacionan entre sí. Asimismo, la Constitución identifica los valores que habrán de informar y limitar esa estructura estatal. Sin embargo, los valores constitucionales (libertad, igualdad, debido proceso, libertad de expresión, libertad religiosa, propiedad, libertad contractual, seguridad personal, prohibición de tratos crueles y desproporcionados) son ambiguos, en tanto admiten un sinnúmero de significados que, con frecuencia, entran en conflicto. Aparece, así, la necesidad de conferirles un significado específico, de otorgarles un contenido operativo y, en caso de conflicto, de establecer prioridades entre los mismos.

Todos nosotros, como individuos y actores institucionales, estamos llamados a desempeñar un papel en este proceso. En la sociedad moderna,

caracterizada por la omnipresencia del Estado, los valores constitucionales determinan la calidad de nuestra existencia social —pertenecen verdaderamente al público— y, en consecuencia, el espectro de voces que les dan significado es tan amplio como el público mismo. Las ramas legislativa y ejecutiva del Estado, así como las instituciones privadas, poseen una voz; por ello, los tribunales también deberían tenerla. Aunque los jueces no tienen el monopolio de la tarea de dar significado a los valores públicos plasmados en la Constitución, ello no significa que deban permanecer en silencio. Por el contrario, ellos también pueden contribuir al debate público.

El proceso judicial o de adjudicación es el proceso social mediante el cual los jueces confieren un significado a nuestros valores públicos. La reforma estructural —objeto de este ensayo— constituye una forma de adjudicación caracterizada por la naturaleza constitucional de los valores públicos y, mucho más importante, por el hecho de implicar un encuentro entre la judicatura y las burocracias estatales. El juez intenta que nuestros valores constitucionales cobren significado en el funcionamiento de estas organizaciones. Así, la reforma estructural confirma el carácter burocrático del Estado moderno, mediante la adaptación de las formas procedimentales tradicionales a la nueva realidad social.

Esta nueva forma de litigio se fundamenta en la noción de que la calidad de nuestra vida social resulta afectada, de manera importante, por el funcionamiento de organizaciones a gran escala y no solamente por individuos que actúan dentro o fuera de las mismas. Asimismo, se basa en la constatación de que nuestros valores constitucionales no pueden ser plenamente asegurados sin efectuar cambios básicos en la estructura de estas organizaciones. El juicio estructural es aquel en el cual el juez —situado dentro de un proceso que confronta a una burocracia estatal con valores de dimensión constitucional— asume la tarea de reestructurar una organización pública a fin de eliminar la amenaza que los arreglos institucionales vigentes implican para valores de dimensión constitucional. La orden o mandamiento judicial (*injunction*) es el instrumento apropiado para transmitir estas directivas reconstructivas.

Como género del litigio constitucional, la reforma estructural tuvo su origen en la era de la Corte WARREN de los años cincuenta y sesenta y en el extraordinario esfuerzo de llevar a la práctica la regla central del fallo *Brown v. Board of Education*¹. Ello requirió que las cortes transformaran radicalmente el *statu quo* y emprendieran la reconstrucción de la realidad social, tal como en efecto lo hicieron. En este proceso, los tribunales debieron superar resistencias de la mayor intensidad y, de manera más proble-

¹ 347 US 483 (1954), 349 US 294 (1955).

mática, se vieron en la necesidad de penetrar y reestructurar organizaciones a gran escala, tales como el sistema de escuelas públicas. Aunque las imágenes de esta lucha fueron de carácter individualista y rural (el niño negro entrando en una escuela de blancos), la realidad era decididamente burocrática, especialmente a mediados de los años sesenta, cuando la atención se trasladó a los centros urbanos y a la nación en general.

Se decía que el fallo *Brown* requería nada menos que la transformación de «sistemas escolares duales» en «sistemas escolares unitarios, no basados en criterios raciales», lo cual implicaba una reforma organizacional continua y profunda. Este proceso requería, entre otras muchas cuestiones, nuevos procedimientos para la asignación de estudiantes, nuevos criterios para la construcción de escuelas, la reasignación de plantas profesoras, la revisión de los sistemas de transporte para que incluyeran nuevas rutas y distancias, la reasignación de recursos entre escuelas y nuevas actividades, la modificación de los currículos, el aumento de las asignaciones presupuestarias, la revisión de los horarios para la práctica deportiva entre escuelas y nuevos sistemas de información para el control del desempeño de la organización². Con el tiempo, la desegregación racial llegó a ser entendida como un proceso de transformación total en el cual el juez asumía la tarea de reconstruir una institución social en funcionamiento. Así, esta evolución requirió la revisión de conceptos procesales tradicionales relativos a la estructura de las partes, la expedición de nuevas normas para la regulación del comportamiento judicial y formas renovadas de enfocar la relación entre derechos y remedios.

Al principio, nadie tenía un mapa de los caminos a seguir. Nadie tenía una visión clara de lo que implicaría el intento de erradicar un sistema de castas enclavado en la burocracia estatal o de cómo una empresa de esta naturaleza llegaría a transformar la forma de juzgar. Los jueces federales de inferior jerarquía recibieron su mandato de la Corte Suprema, y, con éste, descubrieron la magnitud de la tarea a realizar y ajustaron las formas procesales tradicionales a las exigencias que imponía esta labor. La legitimidad fue asimilada a la necesidad y, en este sentido, el procedimiento se tornó dependiente de la sustancia. Así, el compromiso inaplazable con la igualdad racial motivó la innovación procedimental y justificó apartarse de la tradición.

En los momentos críticos, la Corte WARREN hizo su aparición en escena. En estas ocasiones, los magistrados enfatizaron la continuidad de su

² Véanse, entre otros fallos, *Lee v. Macon County Board of Education*, 267 F. Supp. 458 (M.D. Ala.) (*per curiam*) (corte de tres jueces), confirmado *per curiam* bajo el nombre de *Wallace v. United States*, 389 US 215 (1967); *United States v. Jefferson County Board of Education*, 372 F. 2d 836 (5th Cir. 1966), confirmado *per curiam*, 380 F. 2d 385 (5th Cir.) (corte en pleno), *certiorari* denegado, 389 US 840 (1967).

compromiso con el fallo *Brown* y reconocieron el carácter comprensivo de la reforma requerida: el sistema escolar dual debía ser erradicado «en la raíz y en las ramas»³. Este proceso continuó y, con el tiempo, las lecciones de la desegregación del sistema escolar fueron transferidas a otros contextos: a la protección de la seguridad de la persona y de la vivienda frente a abusos policiales, a la realización del ideal de tratamiento humanitario en prisiones y hospitales mentales, al aseguramiento del debido proceso en el sistema de seguridad social y al logro de una igual distribución de recursos entre los sistemas educativos de los estados. De este modo, la desegregación escolar se convirtió en una ocasión de vital importancia para llevar a cabo innovaciones procedimentales que trascendieron la pretensión sustantiva, dando surgimiento a una nueva concepción de la adjudicación, particularmente adecuada para enfrentar una nueva unidad del derecho constitucional: la burocracia estatal.

Sin embargo, desde mediados de los años setenta ha venido formándose una nueva posición dentro de la Corte Suprema, encabezada por su presidente Warren BURGER. Un bloque firme de magistrados —que algunas veces logra el apoyo del centro de la Corte— ha intentado revertir procesos pendientes de resolución en los tribunales inferiores. Irónicamente, el asalto más importante ocurrió en los casos de desegregación escolar de mediados de la década de los setenta. En otros casos —en materia racial y en todas las otras áreas— el patrón ha sido mixto: en un caso policial, la Corte BURGER criticó duramente la reforma estructural⁴; en un caso penitenciario, la apoyó con firmeza⁵; y, así, sucesivamente⁶. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la división en el seno de la Corte ha sido profunda. En efecto, aun en aquellas oportunidades en que la reforma estructural ha sobrevivido, no ha faltado, por lo menos, un voto disidente de particular dureza.

³ *Green v. County School Board*, 391 US 430, 438 (1968).

⁴ *Rizzo v. Goode*, 423 US 362 (1976).

⁵ *Hutto v. Finney*, 437 US 678 (1978). En otras oportunidades, la Corte ha sido más ambivalente al controlar la constitucionalidad de las condiciones carcelarias. Compárense *Bounds v. Smith*, 430 US 817 (1977) (obligación de proveer bibliotecas de derecho y asistencia jurídica); *Wolff v. McDonnell*, 418 US 539 (1974) (criterios mínimos de los procesos disciplinarios); y *Procunier v. Martínez*, 416 US 396 (1974) (inconstitucionalidad de normas que permitan la censura de correspondencia), con *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union*, 433 US 119 (1977) (validez constitucional de regulaciones que prohibían a los reclusos solicitar a otros su vinculación a un sindicato); *Meachum v. Fano*, 427 US 215 (1976) (niega el derecho a una audiencia de clarificación de hechos en casos de transferencia de reclusos); y *Pell v. Procunier*, 417 US 817 (1974) (validez constitucional de la prohibición de conceder entrevistas a los diarios u otros medios de comunicación).

⁶ Véanse *Hills v. Gautreaux*, 425 US 284 (1976) (vivienda pública); *Gerstein v. Pugh*, 420 US 103 (1975) (detención previa al juicio); *Spomer v. Littleton*, 414 US 514 (1974) (oficina del fiscal); *O'Shea v. Littleton*, 414 US 488 (1974) (sistema de tribunales estatales); *Gilligan v. Morgan*, 413 US 1 (1973) (Guardia Nacional).