



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 25, julio-diciembre 2011

STEPHEN BREYER, *Making Our Democracy Work, A Judge's View*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 2010, 270 pp.

Stephen Breyer es un juez asociado (ministro) de la Suprema Corte de los Estados Unidos que se ha caracterizado por ser un juez comprometido ideológica y socialmente. Sobresalen en él sus características personales, sus cualidades académicas, su quehacer judicial y su independencia de criterio. Es integrante del ala liberal de la Suprema Corte, aún en minoría frente a los conservadores que han dominado en los últimos lustros. Breyer es un juez abierto no sólo a las tendencias, movimientos de avanzada y corrientes en boga en los Estados Unidos. Breyer, sale de su país, participa regularmente en reuniones académicas y en congresos judiciales internacionales que congregan a jueces de los tribunales supremos del mundo. *Making our Democracy Work A Judge's View* no es el primer texto que Breyer pone a consideración del público lector. El juez Breyer ha tenido la disciplina de producir textos sobre su quehacer jurisdiccional que enriquecen la cultura jurídica de las escuelas de derecho y que son motivo de análisis y debate en los terrenos político y académico.

Entre otras obras, producto de su pluma ágil y simple, sobresale *Active Liberty, Interpreting our Democratic Constitution*, en el que presentó sistematizadamente sus puntos de vista sobre teoría jurídica, a partir de la idea de que el Poder Judicial debe resolver las controversias con la finalidad de animar la participación democrática en las decisiones gubernamentales. Propuso en este libro una innovadora forma de interpretar las leyes para desentrañar el espíritu que animó al legislador. En su libro anterior, Breyer afirma que los esfuerzos constitucionales para crear instituciones políticas no significan nada sin la participación del pueblo en las decisiones de la vida política. De igual manera el propósito constitucional de asegurar una democracia constitucional funcional poco representa, si el público simplemente ignora las interpretaciones de la Constitución que no son de su agrado.

Ahora Stephen Breyer presenta *Making our Democracy Work, A Judge's View*, en el que describe el camino recorrido por la Suprema Corte de Estados Unidos para lograr la aceptación popular. Además, explica como se ha logrado que las resoluciones sean aceptadas con fuerza de ley. Breyer, en este texto, se ocupa de revelar de donde proviene el poder de la revisión judicial, en tanto que la Constitución de los Estados Unidos no dice nada respecto a la facultad de anular definitivamente normas que violan la Constitución. Compara lo que sucede en Canadá, donde la Corte Suprema de ese país puede anular una ley por considerarla inconstitucional, pero esa no es necesariamente la última palabra. La legislatura puede en ciertos casos, sin necesidad de reformar la Constitución, restaurar la legislación impugnada, como también se puede hacer en Gran Bretaña o en Nueva Zelanda. Refiere la práctica de estos países en los que si un tribunal no puede conciliar consistentemente una ley con la carta de derechos, puede formular una “declaración de incompatibilidad”, lo que no necesariamente invalida la legislación. Al formular tal declaración, dependerá del Parlamento decidir si reforma o desecha la legislación que adolece, según la decisión judicial, de constitucionalidad por haber violado derechos ciudadanos. El Parlamento puede dejar la ley en su lugar inalterada independientemente de la decisión judicial.

No sucede lo mismo en sistemas jurídicos como el de Estados Unidos. Sin embargo, el punto clave es si en un sistema democrático, como se precia de ser el estadounidense, en que los pilares son la representación política y la responsabilidad de los funcionarios electos, es válido que las decisiones de unos cuantos jueces que no son electos democráticamente, que son ejemplarmente independientes y están institucionalmente aislados del impacto directo de la opinión pública, definan cuestiones de orden público. No obstante, Breyer aborda en su libro la cuestión de la opinión pública que juega un papel tan definitorio en las democracias. Si bien los jueces asociados de la Suprema Corte son electos de por vida, eso no garantiza que sean inmunes a las corrientes de la opinión pública, a la presión de los medios y de las instituciones académicas que siempre están atentas al quehacer judicial.

La crítica a los jueces y particularmente a sus decisiones data, dice Breyer, desde los días en que se fundó ese país, lo que es bueno para afianzar la democracia. Los jueces leen los periódicos, revisan las críticas académicas a sus decisiones y estudian los memos que los apremian

a decidir en un sentido o en otro. Los Jueces, dice Breyer, se dan cuenta que pueden equivocarse y por ello es que la Suprema Corte reconsidera decisiones previas que invalida con nuevas determinaciones. ¿Qué tanto afecta a la actuación judicial y a la independencia de los jueces la presión de los medios y de la opinión pública? Breyer da respuestas a esta y otras interrogantes en su nuevo libro.

Para Breyer algunas decisiones deben tomarse de manera antidemocrática. Explica, por ejemplo, lo que ocurre en el juicio penal de un acusado que es impopular para la opinión pública. A pesar de lo que el público piense del acusado y de lo grave que haya sido la falta cometida, se le tienen que respetar sus derechos. Tales derechos específicos pueden ir en contra del sentir de las mayorías, lo que no impide que se respeten, pues el sistema constitucional y democrático —afirma Breyer— no es una democracia mayoritaria pura, sino una democracia mayoritaria que tiene límites fijados por la estructura constitucional y por derechos que la Constitución garantiza a las personas físicas y a las minorías, muchas veces aun en contra de la voluntad o los deseos mayoritarios.

Las decisiones que toma la Suprema Corte son de tal manera relevantes para la vida política, económica y social que es indispensable conocer la manera en que la aplicación de la revisión judicial impacta a una sociedad. Como muestra, dice Breyer, la Suprema Corte ha resuelto recomponer los distritos electorales lo que ha modificado el resultado de las elecciones; ha tomado decisiones en acciones afirmativas que limita criterios raciales para asignar estudiantes a una determinada escuela secundaria o para aumentar la diversidad racial, o ha formulado determinaciones sobre abortos que han anulado leyes que impedían a las mujeres lograr la práctica de un aborto, o ha decidido sobre rezos en las escuelas, o establecido los criterios para las detenciones y revisiones policíacas que modificaron la manera en que operaba la policía en ese país.

Breyer identifica algunas respuestas que justifican el papel de la Suprema Corte para asegurar un sistema democrático funcional. La libertad de expresión garantizada por resoluciones judiciales permite a los votantes ejercer su derecho a elegir de manera informada y democrática. Esta libertad permite que se conozcan y difundan puntos de vista distintos y en ocasiones opuestos. Por otra parte, la garantía de Igualdad ante la Ley, también contenida en sentencias de la Suprema Corte, asegura que el gobierno brinde un trato igualitario a todos los ciudadanos requisito indispensable

del sistema democrático. Algunas personas, considera Breyer, encuentran en la multiplicidad de actores y de autoridades tal dispersión que es necesario que exista un árbitro para las eventuales disputas y controversias que tengan entre sí los órganos del poder. Si bien se pueden encontrar respuestas que justifiquen la función judicial al nivel de la Suprema Corte, subsiste la necesidad de explicar porque la Corte tiene la facultad de desentrañar en la Constitución la palabra “libertad” para encontrar derechos que no necesariamente tienen que ver con la democracia o con la protección de las minorías.

Las preguntas que formula Breyer a lo largo del texto no dejan de ser sugerentes: ¿Por qué ese documento (la Constitución) le permite a la Corte asumir que tiene el poder de anular una ley por resultar contraria a la Constitución? ¿Qué significa exactamente la revisión judicial? Es claro que se trata del poder de la Suprema Corte para anular una ley que resulta incompatible con la Constitución en un caso particular, pero ¿significa también que el Congreso o el presidente deben estar de acuerdo necesariamente con lo resuelto por la Corte? ¿Será que otras instituciones tienen una obligación independiente de determinar si una ley es consistente con la Constitución. ¿Podrían esas instituciones públicas y privadas ignorar lo que la Corte resuelva? Estas preguntas no tuvieron cabal respuesta sino hasta la mitad del siglo XX. Antes de eso había un mar de ambigüedades. No obstante la gran cuestión es si el pueblo aceptará como válida la solución de la Suprema Corte en un caso de interés general. ¿Será que el cuerpo colegiado inofensivo, técnica y comparativamente sin poder, como lo describieron Hamilton e Iredell, puede lograr que el pueblo acepte una decisión importante, aun cuando considere que la misma está equivocada? Dice Breyer que los fundadores de los Estados Unidos no dieron la respuesta, pero esa Nación ha clamado por ella a lo largo de su historia.

Breyer da un paseo jurídico histórico para contestar esta interrogante. Las reflexiones sobre la relevancia de *Marbury vs. Madison* están naturalmente contenidas en el libro. En *Marbury*, el juez Marshall estableció la autoridad de la Suprema Corte para invalidar leyes que entraran en conflicto con la Constitución. Para hacerlo —en ello su genialidad— pudo sobreponerse a los obstáculos políticos e institucionales de mayor orden. No obstante la relevancia de *Marbury*, la Suprema Corte no volvió a ejercer el poder de invalidar una Ley del Congreso sino hasta el famoso

caso del esclavo Dred Scott, casi cincuenta años más tarde al considerar que el Compromiso de Missouri resultaba inconstitucional y por tanto Scott debería permanecer como esclavo. La razón de por qué tuvieron que pasar tantos años entre las dos sentencias, dice Breyer, pudo haber sido el temor de que el Congreso, el presidente o el pueblo no cumplieran con las decisiones de la Suprema Corte. La historia fue, según Breyer, la que fue moldeando el sentir del pueblo, el Congreso y el presidente respecto de las decisiones del alto tribunal.

Una de ellas fue la de los indios cherokee que obtuvieron una sentencia favorable de la Suprema Corte, misma que no fue cumplida por las autoridades a quienes estaba dirigida la resolución. Al inicio del siglo XIX se dio un conflicto entre los indios cherokee y sus vecinos asentados en el estado de Georgia. Los indios eran propietarios de tierras, rocas, minerales que los blancos codiciaban y que aquellos no estaban dispuestos a cederles. Los cherokee se habían asentado en el norte del estado de Georgia antes que los georgianos. Habían transitado de su actividad casi nómada, como cazadores y pescadores, a la más estable y sedentaria vida de granjeros y pequeños propietarios. Habían desarrollado un alfabeto propio, tenían una imprenta y habían fundado la capital de New Echota. Habían adoptado una Constitución política bajo el liderazgo de John Ross, el gran jefe de la tribu. Cuando se iniciaron los intentos por desplazarlos al Oeste, le anunciaron firmemente al presidente Monroe que no estaban dispuestos a ceder un ápice de sus tierras. Sabían y así lo comunicaron al gobierno que no eran extranjeros en su propia tierra y que no reconocerían la soberanía de ningún estado dentro de su propio territorio. En 1829 se encontró oro en terrenos de los cherokee y los georgianos decidieron romper el estado de tregua y empezaron a explotar las minas. La Legislatura de Georgia expidió leyes para anular las expedidas por los cherokee, además prohibirles a éstos reunirse en asamblea. Además sometieron a arresto a quien se opusiera a la movilización de los cherokee al Oeste. Los georgianos encontraron un apoyo en el presidente Andrew Jackson que se abstuvo de mandar tropas para obligar al cumplimiento de los derechos contenidos en las leyes de los indios y urgió a los cherokee a que se mudaran al Oeste. El Congreso de los Estados Unidos, salvo algunas voces aisladas que refiere Breyer, apoyó al presidente Jackson y expidió una ley para trasladar a los indios a otro sitio.

Los cherokee pelearon durante la Independencia al lado de los ingleses y al terminar la guerra firmaron tratados con los nuevos Estados Unidos. En estos tratados el nuevo país los obligó a proteger sus tierras y garantizarles sus fronteras. Breyer recuerda el artículo VI de la Constitución que establece que no solamente la Constitución, sino las leyes que de ella emanen y los tratados celebrados bajo la autoridad de los Estados Unidos son la ley suprema del país y los jueces de todos los estados quedan sujetos a sus disposiciones, independientemente de lo que digan las leyes de los estados.

Breyer señala que a pesar de tratarse de un caso incontrovertible, las mismas circunstancias políticas que habían determinado fincar sus esperanzas en la ley, hacían entonces difícil su aplicación. Los georgianos no los protegerían, a la mayoría en el Congreso no les interesaba el asunto y Andrew Jackson el presidente, se había negado a aplicar el tratado. No le quedó a los cherokee otro camino que el de la Suprema Corte. Después de varias escaramuzas jurisdiccionales en las cortes del Estado de Georgia adversas a la tribu, se elevó el caso a la Suprema Corte en *Cherokee Nation vs. Georgia*. En un primer intento la Suprema Corte sobreseyó el caso por considerar que la jurisdicción original de la Corte comprendía exclusivamente aquellos asuntos en que un Estado sea parte y el caso comprenda a otro Estado, a un ciudadano de otro Estado o a un Estado extranjero. La tribu cherokee según la Suprema Corte era una “Nación doméstica y dependiente”. Según Breyer esto dejó encantados a los georgianos. William Wirt, quien había sido abogado general de los Estados Unidos, representó a la tribu ante la Suprema Corte de manera ejemplar. Incansable encontró la litis. Según la ley del estado de Georgia todas las personas blancas que residieran dentro de los límites de la nación cherokee deberían hacer el juramento de respetar las leyes de Georgia. Samuel Worcester, un misionero de Nueva Inglaterra se negó a hacer el juramento. El gobernador ordenó la detención de Worcester y un tribunal determinó que había violado la ley, por lo que le impuso una pena de cuatro años de trabajos forzados. La Ley Judicial de 1789, le dio facultades a la Suprema Corte para resolver aquellos asuntos en que un tribunal estatal no hubiera atendido la queja de una de las partes. En este caso, una ley penal de un estado resultaba violatoria de una ley federal que la Constitución había fijado como “suprema”. De tal manera que el abogado de los cherokee apeló ante la Suprema Corte el caso de Worcester, sobre la

base de que la aplicación de ley penal de Georgia en territorio cherokee, resultaba violatoria de los tratados celebrados por Estados Unidos que son ley suprema.

La Corte votó en favor de Worcester 5 a 1 (entonces la Suprema Corte de Estados Unidos estaba integrada únicamente por seis Jueces Asociados). La decisión de la Corte fue elaborada por el juez Marshall, quien dejó claro que ni Inglaterra ni los Estados Unidos cancelaron la independencia de los cherokee. Finalmente, la resolución establecía que los georgianos no podían ingresar al territorio de la tribu sin su consentimiento y las leyes del estado de Georgia no eran aplicables en territorio cherokee. El misionero quedó libre en términos de la resolución, pero las autoridades del Estado se negaron a cumplir con la determinación de la Suprema Corte. El juez estatal se negó a liberar a Samuel Worcester, después el gobernador le comunicó a la legislatura estatal que enfrentaría la “usurpación del poder federal con la más inmediata y determinante resistencia”. El gobierno del presidente Jackson no apoyó el cumplimiento de la resolución judicial. Se llegó al extremo de que el secretario de Guerra manifestó que el presidente después de “maduras consideraciones” estimaba que las legislaturas estatales tenían el derecho de aplicar sus leyes a todas las personas que se encontraran dentro de su jurisdicción, incluidas las tribus de indios. Por ello el presidente se abstuvo de intervenir para dar cumplimiento a la resolución de la Suprema Corte. Por el contrario, el presidente intervino al enviar tropas federales al estado de Georgia para desalojar a los indios cherokee. A pesar de las protestas de 17 mil indios, el gobierno federal los desalojó en una acción que se conoce como la “Ruta de las Lagrimas” por la muerte de tantos y tantos cherokee en su penoso trayecto desde Georgia hasta el estado de Oklahoma, donde actualmente viven sus descendientes.

Breyer compara esta decisión incumplida de la Suprema Corte con otra decisión desgraciadamente cumplida. Se trata del infame caso de Dred Scott que describe con detalle en un amplio capítulo.

Después de una larga batalla en los tribunales, el caso de Dred Scott, un esclavo que se pretendía fuera liberado por haber sido trasladado por sus amos a territorios libres de esclavitud, llegó en apelación a la Suprema Corte. El status legal de los esclavos era un asunto de vital importancia para los Estados Unidos. Los estados del sur temían que los nuevos estados, si optaban por la prohibición de la esclavitud, apoyarían un Con-

greso que eventualmente pudiera abolirla. Se trataba de que la Suprema Corte estableciera que las personas tenían un derecho a poseer esclavos aun en los territorios abolicionistas. El norte naturalmente deseaba cancelar la oprobiosa institución de la esclavitud.

En marzo de 1857, cuando Buchanan ya era presidente de los Estados Unidos, la Suprema Corte resolvió, después de una larga espera, el caso que había generado expectación nacional. La resolución señaló que al momento de adoptarse la Constitución, los negros (negroes), fueran o no esclavos, se consideraban como personas de un orden inferior y por ello no podían ser considerados como ciudadanos, en los términos de una ley del Congreso que autoriza litigios en los que el demandado o el actor son ciudadanos de diferentes estados y que por tanto llevan sus controversias a un tribunal federal. La sentencia señaló que además había otra razón para no considerar al esclavo como ciudadano conforme a tal ley del Congreso y era el caso de que Dred Scott seguía siendo esclavo, aun cuando su anterior amo lo había llevado al Territorio del Noroeste, donde la esclavitud había sido prohibida por el Compromiso de Missouri. La Suprema Corte de San Luis había llegado a la misma conclusión, pero con fundamento en el criterio de la legislación de Missouri que establece que el viaje de un esclavo con su amo a un territorio al norte de la frontera sur de Missouri no lo emancipa cuando regrese a Missouri. No obstante la opinión de Taney, el presidente de la Corte se sustentó en la idea de que el Compromiso de Missouri, con el que el Congreso pretendía abolir la esclavitud en los territorios al norte de la frontera sur de Missouri, invadía las facultades del Congreso sobre los Territorios. A pesar de que el Compromiso de 1850, había superado el Compromiso de Missouri, los viajes de Dred Scott, acompañado de sus amos, a estado y territorios libres, tuvieron efecto antes de 1850, de manera que la validez del Compromiso de Missouri está necesariamente ligada a la resolución del asunto. Taney señaló que el Congreso tiene la obligación de permitir que todos los ciudadanos, de todos los estados de la Unión, puedan llevar sus propiedades cuando se trasladen a los territorios, y esto incluye a los surianos que deseen llevar consigo esclavos, considerados éstos como propiedad, bajo las leyes de los estados del Sur.

La sentencia en Dred Scott ha sido analizada profundamente por la academia y por el mismo Poder Judicial. William Rehnquist, juez asociado del ala conservadora, quien fue presidente de la Suprema Corte

y como Breyer ha escrito sobre cuestiones judiciales, abordó el tema y señala que la Constitución de los Estados Unidos confiere al Congreso la facultad para regular los territorios de los Estados Unidos. La sentencia de Taney, dice Rehnquist, no se sustenta en ninguna disposición constitucional que permitiera determinar que el Compromiso de Missouri quedara fuera de esas atribuciones del Congreso. La opinión se basa fundamentalmente en la convicción de la injusticia para los surianos al impedirles traer consigo a sus esclavos, mientras que las personas del norte si podían trasladarse llevando sus propiedades consigo.

Breyer piensa lo contrario y en su libro da una explicación didáctica del tristemente célebre caso de Dred Scott. Deriva cinco lecciones que pueden aprenderse aun de decisiones como esta que han sido tradicionalmente calificadas como “infames, odiosas, abominables” y otros calificativos. Las lecciones que extrae y que debe leerse, son de orden jurídico, pero también de política judicial.

Para cerrar el círculo, Breyer se ocupa de otro episodio político-judicial de significación como fue la intervención federal para dar cumplimiento al largo proceso de integración racial que inició con la resolución de la Suprema Corte en *Brown vs. Board of Education*. El envío de las tropas federales a una escuela secundaria en Little Rock, Arkansas para impedir que las fuerzas sociales y hasta la policía local intervinieran para segregar estudiantes negros que, conforme a la resolución de la Suprema Corte tenían derecho a estudiar en escuelas integradas racialmente. Esta decisión presidencial, según Breyer, confirma el cambio que sufrió el sistema político de los Estados Unidos desde la decisión de la Suprema Corte, cuya sentencia no pudo ejecutarse en el caso de la tribu cherokee, o bien desde la que confirmó la inferioridad del esclavo Dred Scott, la chispa de la Guerra Civil, hasta decisiones que no han sido popularmente aceptadas pero ejecutadas hasta sus últimas consecuencias como exige un Estado de derecho.

La referencia a otras causas ocupan distintos capítulos, como la de *Gore vs. Bush* que definió por un voto la presidencia del país más poderoso de la tierra, en la que Breyer estuvo con la minoría disidente. Esta y otras causas, muchas de ellas en las que el autor fue actor principal hacen de este libro una lectura obligada para quienes tengan interés en el papel de una Suprema Corte que es emblemática en el derecho comparado.

Making our Democracy Work es algo más que el título del libro más reciente de Stephen Breyer. Hacer que la democracia trabaje bajo la mi-

rada de un juez es el hilo conductor de su trabajo. Breyer considera que si el público no entiende al Poder Judicial, tampoco entenderá su papel como protector de la Constitución, si el público no comprende la necesidad de un Poder Judicial independiente dicha incomprensión debilitará al propio Poder Judicial.

No deja Breyer de mencionar un tema de debate inacabado en Estados Unidos. La elección popular de los jueces en los sistemas estatales. El electorado puede votar por jueces y puede votar en contra de jueces si las decisiones de éstos le parecen impopulares a los electores. Puede el electorado por medio de los litigantes hacer campañas de apoyos millonarios a candidatos a puestos judiciales o limitar los plazos para los cuáles los jueces fueron electos. O bien, refiere Breyer el espeluznante caso de una votación popular en el estado de Dakota del Norte en que se presentó una iniciativa para encarcelar a jueces que tomaran “decisiones equivocadas”. En los sistemas en que los jueces no son electos (como es a nivel federal en Estados Unidos) los electores pueden comunicar a los legisladores que cuando se trata de seleccionar jueces, es la política y no la ley lo que importa. Una encuesta practicada en 2000, utilizada por Breyer, consultó si los jueces deciden con base en la política o la ley. Alrededor de dos terceras partes de los encuestados contestaron que en términos de la ley, cinco años después esta cifra cayó a la mitad.

Breyer reconoce que existe incultura cívica y desconocimiento sobre la independencia judicial y desinterés sobre el papel que ejerce el Poder Judicial en los Estados Unidos. No obstante concluye con un mensaje optimista pues considera que por otro lado existen grupos de la sociedad que desarrollan materiales educativos cívicos y apoyan la enseñanza del civismo.

Elogia a su ex colega la juez asociada Sandra Day O'Connor, ahora retirada, como la persona que más ha trabajado explicando al público la necesidad de la educación cívica, incluyendo la educación sobre la manera cómo funcionan las instituciones judiciales. Esta es la razón que da Breyer para haber escrito *Making Our Democracy Work, A Judge's View*: lograr enseñar algo de la historia constitucional de los Estados Unidos. Una buena razón para leer el libro y aprovechar la experiencia de Stephen Breyer, juez asociado independiente y comprometido.



Mario MELGAR ADALID*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.