



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 21, julio-diciembre 2009

## LA IMPORTANCIA DE LA PRESIDENCIA DE BARACK OBAMA PARA LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA

*Serán jueces que no se engañan pensando que saben lo que el significado original de la Constitución es y que pueden aplicarlo como si nada hubiera pasado en los últimos 200 años... Serán jueces que tendrán un récord serio de defensa de los derechos humanos y los valores constitucionales, y no jueces que hayan mostrado su lealtad al Poder Ejecutivo.*

Laurence TRIBE<sup>1</sup>

El gobierno de G. W. Bush, especialmente su vicepresidente, Dick Cheney, ha apoyado la doctrina del Poder Ejecutivo unitario que concede poderes dictatoriales al presidente sobre todas las funciones ejecutivas, incluido el poder de declarar la guerra, espiar a los ciudadanos, detener y torturar a los prisioneros, ignorando los límites del Congreso, es decir, desconociendo el principio básico de la división de poderes, suprimiendo el *Bill of Rights*. Esta doctrina ha sido la base para que el gobierno de Bush, apoyado por las alas más conservadoras, fuera poco a poco arrinconando a la Constitución de los Estados Unidos. Uno de los grandes reproches que hay que hacerle al gobierno de G. W. Bush es la de haber desterrado la Constitución y sustituirla por la *Patriot Act*. El ataque del

<sup>1</sup> Sobre las nominaciones que haría Obama de jueces a la Suprema Corte.

11-S permitió al presidente hacer uso de poderes extraordinarios que han minado las libertades norteamericanas, la *rule of law* y la división de poderes, piedras angulares de un Estado constitucional. La muerte de William H. Rehnquist, presidente de la Suprema Corte y la renuncia a su asiento de la jueza Sandra Day O'Connor, dejaron en 2005 a G. W. Bush dos vacantes muy valiosas, que fueron llenadas con los nombramientos de John Roberts como *chief justice* y de Samuel Alito sustituyendo a la jueza O'Connor. La jueza O'Connor, nominada en 1981 por Ronald Reagan, proporcionó balance durante 24 años a las decisiones sobre el significado de la Constitución, lo que mantuvo a la Corte en el centro, sobre todo en el tema de derechos reproductivos, desilusionando a las bases más conservadoras que esperaban en ella una aliada en el alto tribunal.

Los nombramientos de G. W. Bush no sustituyeron jueces liberales, al contrario, también Rehnquist fue nominado juez por Richard Nixon en 1972, y después *chief justice* por Ronald Reagan, en sustitución del *chief justice* Warren E. Burger. Sin embargo, la Corte Rehnquist (1986-2005) no puede ser recordada como una Corte conservadora, pues aunque revisó el concepto de federalismo al limitar los derechos del Congreso y permitió regulaciones del aborto, respetó el precedente del aborto *Roe v. Wade*; y en *Lawrence vs. Texas* decriminalizó las relaciones sexuales entre homosexuales. Su decisión más controvertida fue sin duda *Bush vs. Gore*, con la que se puso fin al recuento electoral en 2000 y llevó a George W. Bush a la Presidencia. Críticos conservadores han mencionado que Rehnquist no puso suficiente empeño en anular las decisiones progresistas de las cortes inferiores. La realidad es que el *chief* Rehnquist no pudo construir el consenso necesario ni armar las coaliciones básicas para los casos importantes. Con ello, el mandato de Rehnquist convirtió a la Corte en un tribunal más bien moderado, que básicamente fue liderado gracias al *swing vote* de la jueza O'Connor.

La nueva presidencia de Roberts y el juez Alito han dado gran apoyo a los jueces más conservadores: Antonin Scalia y Clarence Thomas, quienes desde sus nominaciones en 1986 y en 1991, respectivamente, han defendido la interpretación originalista de la Constitución. Scalia, en franca contradicción con teorías como la *lectura moral* de la Constitución de Ronald Dworkin o la *conversación constitucional* de Laurence Tribe, defiende la idea de que al interpretarla se debe respetar el significado original de los padres fundadores, como se conoce a los miembros

de la Asamblea Constituyente de los Estados Unidos. El propio Scalia en su libro *A Matter of Interpretation* explica que la teoría del originalismo trata a la Constitución como un estatuto y le da el significado a las palabras tal y como se entendían en el momento en que ella fué promulgada y explica: "No me interesa si los padres fundadores tenían un significado secreto en mente cuando adoptaron esas palabras, yo tomo las palabras como eran para las personas en los Estados Unidos cuando se promulgó la Constitución". El juez Thomas, quien es sin duda el juez más conservador de los cuatro, defiende también el textualismo, es decir, el exacto fraseo de la Constitución, pero en el tema del límite a la jurisdicción constitucional es mucho más estricto que Scalia. Thomas sigue un originalismo extremo, según el cual, la jurisdicción constitucional creada en *Marbury vs. Madison* es una interpretación no originalista del texto adoptado en 1787, por lo que la *judicial review* y la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley son en sí mismas ya una extralimitación de las facultades de la Corte, de manera que, aunque se acepte la autoridad del precedente sentado por el juez Marshall, la jurisdicción debe ser ejercida con cautela.

De lado del grupo moderado están el juez John Paul Stevens, nominado por Gerald Ford en 1975; el juez David Souter nominado en 1990 por G. H. W. Bush; la jueza Ruth Bader Ginsburg, nominada en 1993 por Bill Clinton; y el juez Stephen Breyer, nominado en 1994, también, por Bill Clinton. Las decisiones más controvertidas de la Suprema Corte, que, desde el periodo iniciado en 2005, se le conoce como la Corte Roberts, han sido tomadas con la mayoría mínima de 5-4, colocando la gravedad en el juez Anthony Kennedy, nominado por Ronald Reagan en 1988.

La Corte Roberts se ha caracterizado por dar pasos enormes hacia el ala más conservadora. En lo que va del mandato de Roberts, la Corte ha echado abajo precedentes como *Brown vs. Board of Education*, que en 1954 terminó con la segregación racial en las escuelas públicas; permitió que se censurara la libertad de expresión en escuelas oficiales; facilitó a los fiscales para remover jurados potencialmente ambivalentes en casos de pena de muerte; declaró constitucional la inyección letal; consideró constitucional la ley de Indiana que requiere una identificación para votar; y en general varias de sus decisiones han favorecido a los grandes intereses. La Corte ha sido criticada por su conservadurismo y puede ser

posible que durante la presidencia de Roberts se intente —de nueva cuenta— echar abajo precedentes como *Roe vs. Wade* y se decidan asuntos como el del matrimonio homosexual que recientemente ha sido revocado vía referéndum en California (proposición 8). Durante el periodo de 2007-2008, la Corte sorprendió dando un revés a las políticas del gobierno de Bush respecto de los detenidos en Guantánamo en *Boumediene vs. Bush*; a pesar de ello, las decisiones de los casos difíciles han estado en manos de un solo juez: Anthony Kennedy. Lo cual deja claro que en caso de quedar vacante un asiento, con una nueva nominación, la Corte podría inclinarse definitivamente hacia la derecha, lo que implicaría un nuevo entendimiento constitucional. La nominación de los jueces para la Suprema Corte recae en el presidente de los Estados Unidos. Esta nominación debe ser aprobada por el Senado, cuyos integrantes, a través de la Comisión Jurisdiccional, realizan un duro proceso de escrutinio a los nominados. Famoso fue el caso del nominado Robert Bork, con el cual la Comisión abusó del partidismo y aplicó verdaderos tests ideológicos (*litmus tests*) para rechazarlo o el caso del juez Clarence Thomas, cuya nominación alcanzó la nota roja. La Comisión Jurisdiccional encargada de ratificar los nombramientos de los jueces federales estuvo presidida de 1987 a 1995 por el entonces senador y hoy vicepresidente, Joe Biden. Desde hace varios años la Comisión se convirtió en un campo de batalla entre los partidos republicano y demócrata, la amenaza de un bloqueo (*filibuster*) obligaba a los miembros de la comisión a consensuar las nominaciones buscando soluciones bipartidistas. En 2005, el Senado estuvo a punto de implotar con las confirmaciones de varias nominaciones a jueces federales, pues la regla de *filibuster* en el Senado requiere que estén presentes tres quintos de sus miembros, es decir, 60 votos. Con tan sólo 55 republicanos los demócratas tenían el control.

Las cosas llegaron a tal grado que los republicanos propusieron la “opción nuclear”, es decir, la reforma de la regla de *filibuster*, lo que impediría en el futuro cualquier bloqueo. Para resolver esto se conformó la “Banda de los 14”, cuyo centro de operaciones se encontraba en la oficina del senador John McCain. Catorce senadores moderados lograron acordar el voto de todas las nominaciones de jueces federales que el presidente G. W. Bush había realizado. A cambio, los republicanos no harían uso de la “opción nuclear”. La “Banda de los 14” anunció que los nominados serían bloqueados solamente bajo circunstancias extraordinarias.

rias. Cinco semanas más tarde, en julio, al concluir el periodo 2004-2005 de la Corte, la jueza O'Connor anunció su retiro; en septiembre, falleció el *chief* Rehnquist.

A pesar de los acuerdos alcanzados con la “Banda de los 14”, los nombramientos de Roberts y de Alito fueron problemáticos, un grupo del Senado amenazó nuevamente con bloquear las reuniones. Ambos jueces fueron ratificados, aunque varios senadores, y sobre todo los más liberales, no estuvieron de acuerdo. Tanto Hillary Clinton como Barack Obama expresaron su desacuerdo en la nominación de Samuel Alito y John Roberts. Veintidós senadores votaron en contra de Roberts, 42 en contra de Alito. El entonces senador por Illinois, Barack Obama, votó en contra del ahora presidente de la Corte, argumentando que un juez debe “compartir los valores más profundos de uno, las preocupaciones, las perspectivas de cómo funciona el mundo y la profundidad y amplitud de la empatía de uno”. El ahora presidente explica en su libro *The Audacity of Hope*, que no participó en la “Banda de los 14” porque consideró que no quedaba claro cuándo se trataría de circunstancias extraordinarias, pues dados los currículums de los nominados, ésta era para él una circunstancia extraordinaria. John McCain criticó a los senadores que votaron en contra de Roberts y Alito, argumentando que él aprobó sin más a los nominados de Bill Clinton: Stephen Breyer y Ruth Bader Ginsburg, pues consideraba que era una facultad constitucional del Ejecutivo y que se debería respetar su buen juicio sin partidismo o protagonismo.

Durante la campaña electoral se habló sobre la probabilidad de que al próximo presidente de los Estados Unidos le tocara nombrar a algún juez de la Suprema Corte, pues por un lado estaba la edad de varios jueces; el juez Stevens con 88 años, los jueces Kennedy y Breyer rondaban también los 80 y la jueza Bader tiene ya 75; y por el otro, es también usual que los jueces de edad avanzada presenten su renuncia al presidente del mismo partido del que los nominó, para de esta forma asegurar que su asiento será llenado por alguien de la misma visión interpretativa y que la configuración de la Corte permanezca en balance. Los únicos jueces de la actual Corte que fueron nominados por un presidente demócrata son Breyer y Ginsburg.

La Constitución de los Estados Unidos para garantizar la independencia del más alto tribunal establece que los jueces o *justices*, tendrán un encargo vitalicio; de manera que la nominación que recaiga en la próxi-

ma administración determinará el rumbo de la interpretación constitucional de las próximas décadas, pues los jueces Alito y Roberts son menores de 60 años. El significado de la Constitución no es una cuestión menor ni que interese solamente a los abogados o a los legisladores. A pocas semanas de la elección presidencial, Ronald Dworkin apoyó la candidatura de Barack Obama en una publicación en el *New York Review of Books* (vol. 55, núm. 17), haciendo ver la importancia del próximo presidente para la Constitución de los Estados Unidos. Dworkin auguraba que la elección de McCain sería un desastre para la Constitución, pues “los conservadores han trabajado por décadas para capturar a la Corte con una mayoría fuerte” y tendrían en McCain un aliado para lograr esta mayoría. Ello significaría que la interpretación de la ley fundamental estaría en manos de los grupos de evangélicos cristianos, proarmas, los llamados halcones, los grupos pro-vida, los padres de familia contra la teoría de la evolución y los creacionistas, los grupos neoliberales y otros que prefieren ver en la Constitución un marco de reglas estáticas, acomodadas a sus intereses. En mayo de 2008, el candidato republicano dio una plática en la Universidad Wake Forest acerca de su filosofía judicial. Allí, John McCain efectivamente prometió que en caso de ser necesario, nominaría a jueces que representen la teoría originalista.<sup>2</sup> McCain criticó a las cor-

<sup>2</sup> Es preciso aclarar que el debate sobre la interpretación constitucional en los Estados Unidos puede dividirse en dos grandes grupos: *interpretivism* y *non-interpretivism* (que podrían traducirse como interpretación restringida o textual e interpretación extensiva o sobreinterpretación). Estos dos modelos son cruzados transversalmente por el activismo y el *self-restraint*. Según J. Hart Ely en *Democracy and Distrust*, esta dicotomía revuelve el clásico debate entre positivismo y iusnaturalismo, pues interpretivismo es casi lo mismo que positivismo, mientras que un acercamiento iusnaturalista sería casi lo mismo que una interpretación extensiva. Esto quiere decir que no hay únicamente dos visiones encontradas, sino que, como las visiones políticas, la interpretación constitucional puede irse graduando dependiendo del enfoque y el activismo. Así se ha hablado sobre originalismo (Scalia), estricto construcciónismo, textualismo, activismo, doctrina de la Constitución viviente (Posner o Tribe), etcétera. Con esto quiero decir que un juez conservador no necesariamente es un juez que sostenga una interpretación textual y restringida, pues puede tratarse de un juez que quiera prohibir, por ejemplo, el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, entonces interpretará la Constitución de manera extensiva (pues ésta no dice nada sobre el matrimonio) y por lo tanto estará expandiendo el contenido normativo de la Constitución, lo que puede calificarse de activismo judicial. Al revés, podría decirse del juez que expandiendo el contenido de la Constitución, interpreta de manera extensiva un artículo, por ejemplo, la enmienda XIV reconociendo en ésta el

tes federales por “abusar sistemáticamente de su poder de revisión constitucional interpretando la Constitución de manera excesiva” y adelantó, que de llegar a la Presidencia, nominaría a personajes que piensen, sientan y opinen como los jueces Alito y Roberts, pues dijo: “mis propios estándares de habilidad judicial son la experiencia, la filosofía y el temperamento, y tanto el *chief justice* Roberts, como el *justice* Alito cumplen con ellos en todos los aspectos”.

Ronald Dworkin, y muchos como él, pueden dormir tranquilos. La Constitución estará a salvo, pues Barack Obama ganó las elecciones. Lo más probable es que los jueces Breyer y Ginsburg renuncien en algún momento de los próximos cuatro años a sus asientos. Barack Obama tendrá, al menos, dos nominaciones. Pero hay dos preguntas en el aire: ¿a quién nominará? y ¿cómo entiende Barack Obama la Constitución?

Dworkin advierte que la Constitución de los Estados Unidos se vería muy distinta si no fuera por jueces como O’Connor y Kennedy, pues con sus votos han inclinado la balanza para evitar invalidar *Roe vs. Wade* y poner fin a la protección del aborto, o en prevenir la pena capital a menores de 18 años. Después de la renuncia de O’Connor, el voto de Kennedy cobró mayor importancia, pues las decisiones que desde entonces ha tomado la Corte están a tan sólo un voto de diferencia y será el presidente Obama quien tenga en sus manos nominar a uno o más jueces que mantengan éste balance en la Corte o que favorezcan una interpretación liberal. Aunque en los debates presidenciales Barack Obama dijo no estar de acuerdo con los tests ideológicos (*litmus tests*) y que no nominaría jueces por su ideología, sino por su carrera y por su experiencia, lo cierto es que Obama favorece una interpretación más liberal de la Constitución, pues ve en ella la posibilidad de mirar hacia el futuro y no estancarse en el pasado.

Una de las primeras noticias en el ámbito constitucional después de la elección de Obama fue la de los prisioneros en Guantánamo. El grupo de asesores del presidente electo, en el que se encuentra el constitucionalista Laurence Tribe, busca la forma de procesar, en cumplimiento con la Constitución y las convenciones internacionales, a los prisioneros en Guantánamo. Tribe, profesor de Barack Obama en la Facultad de Derecho de Harvard, es fundador de la American Constitution Society for

derecho de las mujeres a abortar. Así, un lado acusa al otro de ser activista y sobrepasar los límites marcados por el Constituyente, dependiendo de la filosofía de cada uno.

Law and Policy (ACS). La ACS es una asociación liberal que nace para contrarrestar a la poderosa Federalist Society for Law and Public Policy Studies, una organización de conservadores y libertarios que buscan reformar el sistema legal de los Estados Unidos de acuerdo con la interpretación originalista de la Constitución. La ACS promueve la vitalidad de la Constitución y los valores fundamentales que ella expresa, y busca que la Constitución sea interpretada atendiendo a la realidad. Son miembros de ambas sociedades tanto abogados como académicos, jueces y estudiantes, entre ellos en la Federalist Society están los jueces Scalia, Roberts y Alito, Robert Bork y Steven Calabresi. Miembros de la ACS son los jueces Ginsburg y Breyer, la jueza Sonia Sotomayor, así como Joe Biden, Hillary Clinton, Eric Holder, Janet Reno, Al Gore, Bob Barr, entre otros.

La Corte es el último bastión de los partidos y de sus bases, apoderarse de un asiento de la Corte significa dominar el significado de la Constitución, de la ley fundamental del país, durante varios años. La construcción de un grupo conservador que apoye la interpretación originalista de la Constitución y que alcance la mayoría de 5 o 6 jueces, es un trabajo de precisión y de paciencia, sus frutos serán apreciados a muy largo plazo pues deben combinarse muchas circunstancias para que haya una nominación y ésta sea aprobada. En realidad podría decirse que las diferencias básicas entre los dos grandes partidos políticos se encuentran en la interpretación de la Constitución. Los republicanos prefieren apoyar la autonomía e independencia de los estados y favorecen la interpretación originalista, aquella que niega que la Constitución proteja el derecho a la intimidad y reconozca la acción afirmativa, pues desde su punto de vista, los padres fundadores jamás plasmaron estos derechos en la letra de la Constitución. Los demócratas favorecen una interpretación abierta, semántica de la Constitución, entienden que es un documento vivo y favorece a los poderes del gobierno federal como medio para lograr la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley; promueven la necesidad de una interpretación abierta que reconozca derechos y libertades por la vía jurisdiccional. Se dice que la gran diferencia entre ambos partidos desde Woodrow Wilson es que los demócratas aplican la teoría de la evolución, y los republicanos, la mecánica de Newton.

Hoy, los republicanos, los miembros de la Federalist Society y los que apoyan la interpretación originalista achacan a Obama el querer destruir

el sistema constitucional y volver a la época del *New Deal*, cuando la Corte apoyó la expansión de los poderes de la Federación para facilitar la aplicación de los programas tendentes a reactivar la economía, mediante decisiones que avalaban la regulación de la industria y la economía, por ejemplo, protegiendo el salario mínimo de los trabajadores a nivel federal. Los juristas que apoyan la teoría originalista de la Constitución hablan sobre la “Constitución en exilio”, concepto que se refiere a la extralimitación de facultades de la Corte durante la época del *New Deal* y que amplió las facultades federales, interpretando la Cláusula de Comercio para autorizar al Congreso la creación de legislación en materia económica. De acuerdo con este concepto, desarrollado por Douglas Ginsburg en un artículo de 1995, para regresar a la Constitución de su exilio se requiere limitar al poder federal e invertir el proceso iniciado en los treinta. Para ello, era necesario que llegara un presidente republicano a la Casa Blanca que nominara más jueces originalistas para revertir ese proceso y volver a donde la Constitución estaba a principios del siglo XX. La idea de que la Constitución es estática y debe prevalecer lo que los padres fundadores quisieron en 1787, deberá esperar al menos 4 años más, pues muy seguramente las nominaciones que recaigan en el presidente Obama estarán orientadas por la teoría de la evolución.

También se ha mencionado que Obama querría conformar una Corte Warren: Earl Warren, *chief justice* entre 1953 y 1969, promovió el uso del Poder Judicial para cumplir con el esfuerzo del progreso social que se apoyó más tarde en la *Civil Rights Act* de 1964 y para expandir la aplicación tanto de la Constitución, como de las libertades y los derechos. Fue durante su mandato que se encontró en la *due process clause* una herramienta para generar igualdad, se resolvieron asuntos claves sobre segregación racial, derechos fundamentales, separación del Estado y la Iglesia, procedimientos de arresto policial, entre otros. Earl Warren fue quien escribió *Brown vs. Board of Education*, logrando la unanimidad de la Corte para terminar con la segregación racial. La Corte Warren tuvo la importante tarea de confirmar que la Constitución reconoce a todos los hombres como iguales, por desgracia, lo que la ley diga muchas veces difiere de la realidad y la igualdad de oportunidades se hizo visible apenas un 4 de noviembre de 2008.

Para los nostálgicos que quieren regresar a principios del siglo XX, malas noticias, pues es muy probable que Barack Obama prefiera una

mezcla de la Corte Warren con la Corte del *New Deal* como respuesta a los problemas que llevaron a la crisis económica y los que se originarán con ella, además de la desigualdad y la falta de oportunidades que ya se reclamaban desde las precampañas. Obama ha expresado que cree en un proceso de integración, en su discurso *A More Perfect Union* comenzó refiriéndose a las primeras palabras de la Constitución “*We the people, in order to form a more perfect union*” para argumentar el proceso evolutivo que ha sufrido la sociedad de los Estados Unidos, habló sobre las marchas de los antepasados y su esfuerzo para ir configurando una mejor y más perfecta unión, de lo que se desprende que no entiende a la unión como algo acabado desde 1789, sino como algo que se construye día a día. Obama ve a la Constitución como un medio para perfeccionar la Unión y no como un candado para conservarla; se puede leer también en su *The Audacity of Hope*, así como en sus discursos, la gran influencia del concepto de Laurence Tribe de la conversación constitucional.

En noviembre de 2007, Obama fue cuestionado sobre qué tipo de jueces nominaría a la Suprema Corte y respondió:

He enseñado derecho constitucional por 10 años, y... cuando se observa qué es lo que hace que un juez sea excelente para la Suprema Corte, no se trata solamente de un tema particular o de cómo resuelve, sino de cuál es su concepción sobre el trabajo de la Corte. Y parte del papel de la Corte es proteger a las personas más vulnerables dentro del proceso político, el extraño, la minoría, aquellos que son más vulnerables, son aquellos que no tienen mucho “golpe” o mucha influencia... A veces estamos solamente buscando académicos o personas que han estado en una corte inferior. Si podemos encontrar personas que tienen una experiencia en su vida y pueden entender lo que es estar fuera, qué significa que el sistema no funcione para ellos, éas son las personas que yo quiero en la Suprema Corte.

En marzo de 2008 en Ohio, en plena campaña, Obama habló de nuevo sobre el tema, sugiriendo que balancearía al jurista de academia con la experiencia en la práctica política. Mencionó a Earl Warren como un juez ejemplar:

Warren tuvo la sabiduría para reconocer que la segregación estaba mal, no por sus efectos sociológicos, sino porque era inmoral y estigmatizaba a los negros —dijo, y siguió—. Yo quiero gente en la Corte como Earl Warren, que tenga la empatía suficiente, el sentimiento suficiente para entender lo que

la gente común y corriente vive. La empatía para entender lo que es ser pobre, o ser afroamericano, o ser gay o ser minusválido o ser viejo.

En *The Audacity of Hope*, Obama explica que la Constitución debe ser entendida como un marco para avanzar hacia el futuro: “la Constitución prevé un mapa en el cual se unen la pasión con la razón y el ideal de la libertad individual con las demandas de la comunidad”. Obama deja claro que para él la Constitución no es solamente acerca del poder, sino acerca de principios; y que la democracia no es una casa que haya que construir, sino una conversación que hay que tener, por ello, siguiendo el marco que proporciona la Constitución, se puede organizar la forma de discutir acerca del futuro.

Se ha debatido sobre la participación de Obama en un trabajo publicado en 1989 por Laurence Tribe en la *Harvard Law Review*, revista que en los noventa dirigió Obama: “La curvatura del espacio constitucional: lo que los juristas podrían aprender de los físicos modernos” (*The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn From Modern Physics*). En este trabajo, en el que Tribe menciona a su estudiante Barack Obama en los agradecimientos, se argumenta que la jurisprudencia constitucional debería de ser renovada de una manera similar a la manera en que la teoría de la relatividad de Einstein sustituyó la mecánica newtoniana. Este punto de vista liberaría a los jueces del originalismo, especialmente del conocido como intención original (*original intent*). Tribe intenta mostrar que los mundos legal y social no pueden estar separados y la ley no es más que parte de la acción, tal y como Einstein probó que los objetos en el universo no son como Newton proponía —bolas de billar aisladas colisionando unas contra otras en el espacio—, sino objetos que afectan y se afectan en el espacio. En *The Audacity of Hope* Obama no menciona nada sobre su profesor ni se apega a sus teorías, pero no queda duda qué idea de Constitución prefiere cuando dice “debo ponerme del lado de la visión de la Constitución del juez Breyer, pues ésta no es un documento estático, sino un documento vivo que debe ser leído en el contexto de un mundo cambiante”, de lo que se desprende que Barack Obama sigue también la teoría de interpretación constitucional que favorece la idea de la Constitución viva.

Lo que está en juego en las decisiones de la Suprema Corte son temas muy controvertidos en el ámbito constitucional, no sólo en los Estados Unidos, sino en las democracias occidentales: aborto, eutanasia, discri-

minación racial, pena capital, calentamiento global, contribuciones en el proceso electoral, matrimonio homosexual, varios temas sobre religión y separación del Estado y la Iglesia —como el rezo en las escuelas públicas o el uso del velo islámico—, la libertad de expresión y, claro, los prisioneros en Guantánamo, por sólo mencionar algunos.

El hecho de que se simpatice con uno u otro partido o se defienda una u otra ideología no es una garantía, los jueces en la Suprema Corte no deben obedecer a partidos políticos, ni a ideologías y mucho menos a los otros dos poderes. Los jueces deben respetar los principios básicos expresados en la Constitución, y prueba de ello es que hoy siete de los actuales miembros de la Corte fueron nominados por presidentes republicanos, mientras que solamente dos fueron nominados por un presidente demócrata. De los 72 casos que hasta su última sesión resolvió la Corte, 24 fueron decididos con una combinación de 5 a 4. Es necesario que Barack Obama y, después, la Comisión Jurisdiccional valoren muy bien a quién pondrán en los asientos que queden vacantes, pues de ellos dependerá el futuro de las libertades, de la *rule of law*, de la división de poderes. De la nueva Corte dependerá el futuro de un constitucionalismo bicentenario que ha servido de ejemplo para el desarrollo de muchos Estados constitucionales.

La Corte que se reconfigure será la que velará por las libertades de todos los norteamericanos, al menos, durante los próximos 20 años y sobre la cual además, recaerá la decisión sobre las relaciones tanto entre poderes, como entre la Federación y los estados. La próxima Corte tendrá que considerar las acciones emprendidas por la nueva administración contra la crisis económica, y tendrá que resolver acerca de la permanencia de precedentes como *Roe vs. Wade*, considerar el matrimonio entre personas del mismo sexo, mantener el *habeas corpus* y, en general, restaurar el sistema constitucional que el gobierno de G. W. Bush destruyó.

No se puede caer en maniqueísmos, la justicia constitucional no favorece causas, ni debe apoyar ideologías, su vocación es favorecer normas y principios de convivencia soberanas que sirvan como pauta para las siguientes generaciones. Pero más allá de la letra de la Constitución, existe una serie de principios que no forman textualmente parte de ella, pero que son igualmente fundamentales. Lo que Tribe llama la Constitución invisible, es el resultado de la experiencia y de la convivencia de genera-

ciones a lo largo de 219 años. La tarea de la Corte es buscar el balance entre la Constitución textual y la invisible.

#### FUENTES

##### *Bibliográficas*

- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.
- HART ELY, John, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980.
- OBAMA, Barack, *The Audacity of Hope. Thoughts on Reclaiming the American Dream*, Nueva York, Crown Publishing Group, 2006.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, University Center for Human Values, 1997.
- TOOBIN, Jeffrey, *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*, Nueva York, Doubleday, 2007.
- TRIBE, Laurence H., “On Reading the Constitution”, *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah, 1986.
- \_\_\_\_\_, “The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn From Modern Physics”, *Harvard Law Review*, 103, 1, 1989.
- \_\_\_\_\_, “The Constitution in Crisis: From Bush vs. Gore to the War on Terrorism”, *The Tanner Lectures on Human Values*, Brasenose College, Oxford University, 2002.
- \_\_\_\_\_, *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2008.

##### *Hemerográficas*

- “From Hegel to Wilson to Breyer Liberal Constitutional Theory Returns to its Foreign Roots”, *The Weekly Standard*, 20 de septiembre de 2005.
- “Obama's View of the Constitution Hinted in Article”, *The New York Sun*, 26 de marzo de 2006.
- “Obama's Constitution. The Rhetoric and the Reality”, *The Weekly Standard*, vol. 13, núm. 26, 17 de marzo de 2008.
- “For Obama, a Pragmatist's Shift Toward the Center”, *New York Times*, 27 de junio de 2008.
- “Next president will shape Supreme Court”, *San Francisco Chronicle*, 20 de octubre de 2008.

“A Fateful Election por Russell Baker, David Bromwich, Mark Danner, Andrew Delbanco, Joan Didion, Ronald Dworkin *et al*”, *New York Review of Books*, vol. 55, núm. 17, 6 de noviembre de 2008.

“What the Federalist Society Stands For. Group Is Haven for Conservative Thought”, *Washington Post*, 29 de julio de 2005.

*Electrónicas*

Discurso de John McCain en mayo de 2008 en la Universidad Wake Forest, consultado por última vez el 6-12-2008: [http://www.realclearpolitics.com/articles/2008/05/mccain\\_on\\_his\\_judicial\\_philos.html](http://www.realclearpolitics.com/articles/2008/05/mccain_on_his_judicial_philos.html)

Discurso de Barack Obama en marzo de 2008: “A More Perfect Union”, consultado por última vez el 5-12-2008: [http://www.c-span.org/Content/PDF/obama\\_031808.pdf](http://www.c-span.org/Content/PDF/obama_031808.pdf)

