

La *litis* estructural en el caso *Brown v. Board of Education*¹

1. Introducción

La propuesta de este trabajo es pensar un caso paradigmático de la jurisprudencia occidental sobre Control de Constitucionalidad desde un ángulo diferente al de las teorías de interpretación normativa. Se propone incitar la reflexión sobre la tarea judicial de composición de un conflicto, o del relato de un conflicto (reconocido técnicamente como *litis*), como si fuera este el disparador que motiva la práctica de control de constitucionalidad.

El trabajo asume que la actividad judicial que da lugar a la determinación de la *litis* ha sido una cuestión sub estimada en la teoría jurídica, y en consecuencia, prácticamente ignorada en las reflexiones sobre el control de constitucionalidad y su impacto político. Intentar llamar la atención sobre esta cuestión constituye un desafío no menor, para el cuál se pone en práctica una estrategia muy concreta, tal, la de examinar en detalle un caso paradigmático de la jurisprudencia occidental.

El señuelo será, nada más, ni nada menos, que el caso “Brown vs. Board of Education” (en adelante *Brown*), el qué, aunque resuelto por la Corte Norteamericana, ha marcado los debates teóricos, en gran parte del derecho occidental, acerca del control de constitucionalidad y el rol de las cortes frente al gobierno. Nadie duda ya que en los detalles de la historia de *Brown*, y de la letra del fallo, anidan las huellas de la manera en que hoy pensamos teóricamente estos temas. Precisamente por eso, visitar las huellas de la inteligibilidad de estos casos para nosotros, parece una buena forma de levantar sospechas acerca de que “algo” se pudo haber estar pasando por alto. Ese algo, sobre el que aquí se hace hincapié, es la decisión de la corte de instaurar el

¹ Publicado en *Revista Ideas & Derecho*, Tomo 1, Número 9, 2013. (Buenos Aires, La Ley)

sentido del conflicto que ella resuelve, y hacerlo desplazando explícitamente otros sentidos posibles, o versiones en danza de ese conflicto, que eran parte de un debate político más amplio y de gran importancia en los Estados Unidos de ese momento. Dar cuenta de esa instauración selectiva del sentido del conflicto hará inteligible nuevos caminos para el análisis jurídico y político, e impondrá nuevas preguntas y desafíos teóricos, de los que aquí sólo se intenta dar noticia.

Es oportuno señalar, sin embargo, que aunque este trabajo se inscriba en el marco del enfoque crítico, la crítica en concreto no tiende a desvirtuar *sin más* la posibilidad de decisiones judiciales racionales, sino sencillamente a insinuar la posibilidad de que las decisiones judiciales sean leídas desde una racionalidad diferente a la meramente normativa o deóntica. En efecto, el análisis de los detalles del caso *Brown* muestran que es posible identificar micro decisiones dentro del decisorio judicial (usualmente menospreciadas desde la perspectiva analítica), que darían cuenta de una racionalidad vinculada (o vinculable) a la política del contexto, o a una visión pragmática.

La última pretensión, no menor, detrás de esta revisión de los detalles del caso *Brown*, es la de impactar en la percepción de la gramática política del control de constitucionalidad. En otras palabras, al concentrarnos en la actividad judicial sobre la *litis*, podremos observar cómo funciona el compromiso de las cortes con las minorías o las mayorías, desde un ángulo distinto. Un ángulo que habilita la renovación del debate sobre la legitimidad política de las decisiones judiciales, aunque ya no en base a presupuestos organicistas y/o formalistas de mayorías y minorías, sino en cambio, en términos de adhesiones de las mayorías y minorías concretas y vigentes al momento de la decisión.

2. El caso *Brown*

El 17 de mayo de 1954 la Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que la segregación racial en las escuelas públicas (primarias y secundarias) era inconstitucional, por violar el principio de igualdad ante la ley (Enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos).² En la base de la decisión se acumularon cuatro demandas³, promovidas por casi doscientas familias demandantes, contra cuatro diferentes estados (Delaware, Carolina del Sur, Kansas y Virginia), las cuales fueron atendidas por la Corte bajo el procedimiento de la *class action*.⁴

² Suele hablarse, al menos, de tres instancias del caso *Brown*. La primera es argumentada por primera vez ante la Corte Suprema de los Estados Unidos el 9 de diciembre de 1952, y reargumentada el 8 de diciembre de 1953. La primer sentencia se dicta así el 17 de mayo de 1954 bajo el número 347 U.S. 483, y es a ella a la que nos referimos como *Brown I*, o simplemente *Brown*.

La segunda de esas instancias se refiere a la cuestión del remedio judicial. Ella se defirió para el año siguiente. Sobre la misma causa, pero en relación a la medida remedial, se alegó entre el 11 y el 14 de abril de 1955. El 31 de mayo de ese año se dictó la sentencia que dictaminó el remedio judicial que se conoce como *Brown II* (349 U.S. 294).

Puede hablarse todavía de un *Brown III*, en el que se desafía la ineficiente implementación de la decisión de *Brown II*, específicamente en la ciudad de Topeka, Kansas. Ocurrió casi veinticinco años después de la primera sentencia, en 1978. Linda Brown Smith, ahora madre de una niña asistiendo a la escuela de Topeka, reabrió el caso con el apoyo de la ACLU (Unión de Americanos por las Libertades Civiles), denunciando que la política de admisión abierta de las escuelas públicas (el modelo de las *open schools*) había llevado y seguiría llevando al “resultado” de más segregación. Si bien en primera instancia la demanda fue denegada, en 1989 un panel de tres jueces del 10º Circuito, en una votación 2 a 1, encontró vestigios de segregación en el caso apelado respecto a estudiantes y a la asignación de personal (sentencia que podríamos llamar *Brown III*). En 1993, después de que la Suprema Corte le negara la apelación por un *certiorari* a la escuela del distrito, el caso retornó al juez de distrito para que implemente la orden de los jueces del 10º Circuito. El plan de implementación supuso, entre otras cosas, la apertura hacia nuevos modelos de escuelas (se trazaron nuevamente los planes de asistencia escolar, y se abrieron varias de las llamadas *magnet schools*).

³ Originalmente fueron cinco las demandas, pero una de ellas se decidió de manera separada. Se trata de la causa *Bolling v. Sharpe* 347 U.S. 497 (1954) referente a la segregación de escuelas en el distrito de Columbia, capital del país. Aunque fue decidida el mismo día y en el mismo sentido que *Brown*, no se resolvió en base a la enmienda 14 (referida al principio de igualdad), ya que ésta sólo es aplicable a los estados locales. En cambio, se basó en la cláusula del debido proceso, e invalidó así una norma segregacionista emanada del Congreso Federal para el distrito capital del país.

⁴ Stephen Yeazel señala como el origen de la moderna acción de clases de Estados Unidos al litigio de Grupo de la Inglaterra medieval, de alrededor del 1200 (Yeazel:1987).

La acción de clase es un procedimiento de demanda judicial en el que un grupo de personas es representada por alguna/s de ellas para presentar una demanda de forma colectiva, de acuerdo a las distintas alternativas procesales previstas en la legislación. Actualmente, las diversas formas y requisitos procedimentales de las formas de demanda colectiva están reglados en la Regla Federal

La sentencia invalidó, en principio, a todas las leyes estatales y locales que en ese momento permitían (en cuatro estados) e imponían (en diecisiete estados) la existencia de escuelas públicas separadas para niños blancos, por un lado, y para niños negros, por otro.⁵

Esta sentencia es el núcleo del caso judicial que nos interesa examinar, el que sin embargo, vale apuntar, se extiende en el tiempo por varios años más, e inspira el inicio de una serie de litigios diversos que invocan la implementación del principio establecido por la Corte en *Brown*.

Para recuperar las dimensiones que resultan relevantes a nuestro análisis, es necesario empezar situando histórica y políticamente el caso.

2. a. *Situando Brown: La regulación segregacionista en el marco de las leyes Jim Crow*

Llamativamente, en los comienzos de los Estados Unidos la esclavitud era reconocida y defendida por la Corte Suprema Federal como una institución protegida por la Constitución.⁶ Cuando finalmente resulta abolida, a mediados del siglo XIX⁷, extraordinarios cambios en las relaciones raciales empezaron a notarse rápidamente, tanto a nivel social, como legal y judicial. Las personas de color (a las que también referiremos de aquí en más como afro-descendientes, afro-americanos

de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos. Los estados locales también han establecido regulaciones locales sobre este tipo de acciones.

⁵ En otros dieciséis estados estaba expresamente prohibida la segregación, y en los últimos once no estaba legislada.

⁶ Ver en particular el caso de la Cortes Suprema de Estados Unidos *Dred Scott v. Stanford* (60 U.S. 393) (1857).

⁷ La esclavitud fue abolida primero en los estados del Norte, convirtiéndose en una de las causas de la llamada Guerra de Secesión, la que llevó a la derrota de los estados del sur y a la consiguiente abolición de la esclavitud en todo el país en 1865, por una proclama federal del presidente Abraham Lincoln. Se liberó así a los esclavos en los estados donde la esclavitud continuaba siendo legal, y se reformó la constitución adoptando la enmienda 13 el 6 de diciembre de 1865, la que prohibió la esclavitud.

o negros) empezaron a gozar de derechos civiles, como a la propiedad o a la libertad de contratar, y a ejercer derechos políticos básicos, como votar y ser elegidos. Durante este período, conocido como el de “la primer reconstrucción”, fue usual ver a afro-descendientes actuando como jurados, o incluso como funcionarios públicos electos.⁸

Lamentablemente, éste fue un período muy corto. Hacia 1877, la situación de los negros empieza a empeorar, nuevamente, en la sociedad norteamericana, y particularmente en los estados del sur. La siguiente etapa estará caracterizada por una diversidad de prácticas sociales que van a restringir severamente sus libertades, y a explotarlos económicamente (especialmente a los negros analfabetos, los trabajadores de las plantaciones de algodón del sur, y a los trabajadores pobres en los suburbios de las ciudades).

La gran mayoría de las restricciones a libertades y de las prácticas de explotación, aunque ya no se enmarcaban en la institución de la esclavitud, recibirán el respaldo de leyes locales y estatales. Conocidas como las leyes del *Jim Crow*⁹, las normativas de este período estaban estratégicamente diseñadas para no contradecir, ni explícita ni frontalmente, los estándares constitucionales que consagraban la igualdad de derechos para los negros. Sin embargo, darían el

⁸ Fue un período de intensa labor por parte de organismos de la administración federal y de las cortes, quienes buscaban garantizar los derechos reconocidos a los afro-descendientes en las nuevas enmiendas constitucionales. Ver detalles sobre esta intensa actividad administrativa y judicial en Kaczorowski: 2005.

⁹*Jim Crow* es el nombre de una canción y de un personaje representado por Thomas Dartmouth Rice, una especie de *juglar* de época, quien encarnaba características extremadamente estereotipadas de un personaje negro. La canción y rutina de baile de Rice tuvo un extraordinario éxito entre 1928 y principio de la década de 1930, y fue imitada numerosas veces por otros actores. Rice y sus imitadores, a través de sus representaciones estereotipadas, capturaron artísticamente la creencia popular en que los negros son perezosos, estúpidos, inherentemente menos humanos e indignos de integrarse socialmente. A fines de esa década, el término “Jim Crow” empezó a usarse como un epíteto despectivo del colectivo de los negros. Hacia finales del siglo XIX, “Jim Crow” era menos usado para referirse despectivamente a los negros, que para describir las leyes y costumbres que los oprimían (Pilgrim, David:200).

marco regulatorio para que, *de facto*, se permitan y refuercen las prácticas sociales de privación de derechos civiles, políticos y económicos de las personas de color.

A ese marco jurídico se sumaba una creciente violencia privada de la que eran víctimas las personas afro-descendientes (linchamientos, incendio de hogares, amenazas, humillaciones públicas, etc.), cuya prevalente impunidad disuadía a la comunidad negra de cualquier intento de desafiar el *status quo*.

Aunque el trasfondo ideológico de este período estuvo impregnado de representaciones sobre la “supremacía blanca,” o sobre el “peligro de la dominación negra,” no fue el racismo su principal disparador. La confluencia de diversos factores económicos y políticos fueron los principales habilitantes y promotores de los extremos ideológicos y fácticos alcanzados.¹⁰

En este marco de prácticas, políticas y reglas del *Jim Crow*, apareció una particular forma de regulación jurídica que, con singular pericia, regimentó la organización racial imperante. Consistía en la demarcación legal de espacios de ejercicio de derechos separados para negros y blancos. Bajo el estándar divulgado como “separados pero iguales,” se dividían áreas y servicios públicos según la raza de los usuarios, y se establecían zonas residenciales dispuestas de forma separada, aunque formalmente iguales, según la raza de sus habitantes. Éste es,

¹⁰ Michael J. Klarman señala que fueron las dificultades de desarrollo económico que atravesaban los estados del sur las que estimularon un creciente poder y alianzas entre los campesinos blancos, por lo general pobres, poco educados, y con tendencias racistas. Ello estuvo acompañado por cierta actitud demagógica de estímulo al racismo por parte de los blancos ricos, preocupados en evitar la amenaza populista de potenciales alianzas interraciales entre campesinos pobres. En ese contexto se promovió el discurso de la amenaza de la “dominación negra”, fácilmente traducible al de la “supremacía blanca.” Por otro lado, esta ideología se expandió con facilidad gracias a la aquiescencia de los estados del norte, la que respondía a cierta ansiedad racial generada por las migraciones extranjeras en esa región, al renacimiento del ánimo colonialista norteamericano, y al abandono del tradicional respaldo del partido republicano a los votantes negros en el sur. En efecto, cuando hacia 1890 el partido republicano advierte que podía mantener el control del Gobierno Nacional sin el soporte del electorado negro del sur, relaja su apoyo a los votantes negros en esos estados, y permanece pasivo frente a la privación de sus derechos políticos. (Klarman:2007, 1-8)

precisamente, el tipo de regulación que algunas décadas después será invalidado en el caso *Brown*.

Cuando estas reglas segregacionistas se aplicaban en las instituciones públicas, permitían, entre varias otras cosas, la implementación de políticas públicas diferenciadas racialmente. De tal forma que ciertas instituciones estratégicas, como las escuelas públicas para niños negros, por ejemplo, pronto estuvieran mucho peor financiadas que las escuelas públicas para blancos, generando abrumadoras diferencias en la calidad del servicio educativo para los niños de diferentes razas. Hacia 1915 el gasto *per capita* en estudiantes blancos en Carolina del Norte era casi tres veces mayor que en los estudiantes negros; en Alabama era de seis veces más, y en Carolina del Sur era doce veces mayor. Estas exuberantes desigualdades eran leves, no obstante, en comparación con otras desigualdades en relación a edificios escolares, equipamiento y transportes (Klarman, 2007, 17).

Las cortes de justicia, por su parte, jugaron un rol clave en la construcción de la racionalidad jurídica que legitimó las regulaciones segregacionistas. Sistemáticamente acomodaron éstas y las demás reglas *Jim Crow* a los estándares constitucionales vigentes de las enmiendas 13 (prohibición de esclavitud), 14 (ciudadanía e igualdad ante la ley)¹¹ y 15 (derecho al voto sin distinción de raza), así como a la recientemente sancionada Ley de Derechos Civiles.

El caso paradigmático de esta acomodaticia justicia es el afamado caso *Plessy v. Ferguson* (en adelante *Plessy*), referido a la segregación en el transporte de ferrocarril. La Corte Suprema de Estados Unidos resolvió aquí que nada en la regla constitucional de “igualdad ante la ley” (enmienda 14) invalidaba la ley

¹¹ La decimocuarta enmienda constitucional fue ratificada por el Congreso el 9 de julio de 1868. Ella provee una amplia definición de ciudadanía nacional, y en especial establece la “igual protección de la ley”, norma que resulta similar a la cláusula 16 que luego se adoptará en nuestra constitución nacional.

segregacionista del estado de Luisiana, la que establecía vagones separados para los pasajeros negros y blancos.¹²

La interpretación de la Corte en *Plessy* no hacía sino reflejar el sentido común dominante en ese momento dentro de la sociedad norteamericana. Lo hace dentro de un margen interpretativo razonablemente admisible, el que es proporcionado por un estándar constitucional lo suficientemente vago como el de la “igualdad ante la ley.”

En concreto, la Corte rechazó el argumento acerca de que la regla de separación en los vagones de Luisiana implique la imposición de alguna inferioridad de estatus hacia los negros. Señaló que, si tal inferioridad existiese, no sería consecuencia de la ley sino de la sociedad misma, a quien la Corte no podría frenar con una sentencia. Esta distinción entre desigualdades sociales de hecho (o *de facto*) y desigualdades impuestas por la regulación o por la acción deliberada de autoridades públicas (o *de iure*), y el argumento de la impotencia de las Cortes frente a las primeras, aparece como la clave de la racionalidad judicial que funcionó en el trasfondo de este período (la que sigue caracterizando buena parte de la racionalidad legal norteamericana).

Sintomáticamente, la resolución judicial acepta que la regla segregacionista vigente en el estado de Luisiana es parte de una política local sensata. Es decir, toma a la repugnancia racial como un dato más del *status quo*, el que creaba las fricciones y amenazaba la paz social. Por tanto, la segregación no es sino una técnica regulativa con fines preventivos, orientada a mantener el confort social,

¹² La primer sección de la ley N° 111, 1890, establecía que “todas las compañías de ferrocarriles que transporten pasajeros en sus vagones en este estado, deberán proporcionar igual, aunque separado, servicio de alojamiento para pasajeros blancos y de color, o dividiendo los vagones de pasajeros con un tabique de manera de asegurar el alojamiento separado: quedando claro que esta regla no se aplicara a los ferrocarriles de las calles. No se permitirá a ninguna persona o personas ocupar asientos en los vagones, diferentes a los asignados a ellas, a causa de la raza a la que pertenecen.”

respetando costumbres locales. Sobre todo, se deja en claro que la función de las cortes no es contradecir esas costumbres, prácticas y tendencias sociales.

Puede observarse cómo en este último argumento empieza a fusionarse una idea pragmática de la imposibilidad de transformación social, con la idea jurídica de una regla que limita la intervención judicial sobre prácticas o tendencias sociales dominantes. El interés judicial, si es que hubiera alguno, queda restringido al análisis normativo en cuanto expresión de la acción estatal que no se vincula con las fuerzas sociales.

En síntesis, las reglas “segregacionistas” (las que luego serán objeto del caso *Brown*), se presentaron en el marco de ciertas particulares regulaciones (*Jim Crow*) en un período de retroceso en materia racial (el que siguió al período de la primer reconstrucción, y después de que los negros liberados de la esclavitud habían tenido importantes avances).

Estas regulaciones segregacionistas fueron validadas por los jueces a partir de una serie de decisiones, entre las que *Plessy* ocupa un lugar sobresaliente. Esas decisiones estructuraron la racionalidad judicial del período, en particular delimitando la competencia judicial a partir de la distinción entre violaciones sociales *de iure* y violaciones sociales *de facto*, reservando la capacidad judicial para intervenir sólo en las primeras.

2. b. Situando a Brown: La desegregación como estrategia política

En este apartado pretendo situar el contexto de *Brown* en un marco de reflexión diferente. Me refiero al marco de las diferentes prioridades políticas de la comunidad afro americana frente a las prácticas y regulaciones raciales opresivas. En particular, intentaré situar a las regulaciones segregacionistas en el marco de los

objetivos políticos emancipatorios, de manera de entender mejor la dimensión del conflicto que se decide en este caso paradigmático.

Desde esta perspectiva, sería exagerado sostener que las leyes que imponían la regla “separados pero iguales” durante el período *Jim Crow* eran el problema clave, o el más grave, de la comunidad negra. La segregación aparecía como una técnica más para administrar la vida social en una comunidad radicalmente desigualitaria. De manera que no podría sindicarse a las reglas segregacionistas ni como la causa de esa desigualdad, ni como el eje que la articulaba y, mucho menos, podría afirmarse que la comunidad negra la percibiese como la más grave de sus afecciones.

I. Uno de los ejes de la problemática racial de este período, por ejemplo, era el de los obstáculos para votar que sufrían los negros. El des-empoderamiento político de la comunidad afro descendiente se daba a causa del fraude, la intimidación, la violencia moderada, la exclusión de la participación en las elecciones primarias de los partidos y, sobre todo, se daba bajo el amparo de leyes que exigían ciertos requisitos particulares para registrarse como electores. Son tristemente célebres aquellas leyes que imponían el requisito de tener residencia en ciertas áreas, pagar determinados impuestos, tener propiedad, y/o pasar un test de alfabetismo o de “buen carácter”. A estos requisitos del votante se les sumaba, en ocasiones, la llamada “cláusula del abuelo”¹³, que tenía como fin y resultado que la mayoría de los negros no pudieron votar ni ser elegidos. Así, hacia comienzos de 1900, la participación política de los negros en el sur había sido casi eliminada (Klarman, 2007:9).

¹³ En el contexto de reglas que exigían alfabetismo y propiedad para votar, la cláusula del abuelo eximía de estos requisitos a quienes tuvieran ancestros (abuelos) que gozaran del derecho a votar antes de la guerra civil (obviamente los negros, que por entonces eran esclavos, nunca podrían disfrutar de esta excepción).

Sin participación en el proceso de formación de las leyes, ni en las regulaciones administrativas, la desventaja en el marco del sistema jurídico de los negros parecía irreversible. Su exclusión política funcionaba, en fin, como un articulador claro del resto de las desigualdades que ellos sufrían.

La actividad judicial coadyuvó también a mantener la legitimidad de las regulaciones locales electorales que afectaban de forma dispar a los negros. Los jueces rechazaban sistemáticamente demandas de discriminación en las elecciones o en el acceso al derecho al voto. Las sentencias se basaban en reglas tales como que “no está permitido a los jueces examinar los *motivos* de las legislaciones a los fines de considerar su inconstitucionalidad”¹⁴, o que era su obligación “respetar la *discrecionalidad* de los administradores” (los comités electorales), a quienes las regulaciones les delegaban amplísimos poderes de decisión.¹⁵

En particular, las cortes legitimaron el *status quo* habilitado por los poderes políticos formales a través de las leyes *Jim Crow*, al tenerlo como reflejo inequívoco de las prácticas sociales dominantes, las que, como se señaló en el apartado anterior, eran consideradas cuestiones no justiciables. Estas prácticas, como también se indicó antes, no respondían a un trasfondo ideológico o cultural, tanto

¹⁴ La mayoría de los sureños pensaban que la enmienda quince (15), que concedía derecho al voto a la comunidad negra, era ilegítima. Sin embargo, no la contradecían abiertamente, sino que regulaban el acceso a la registración para votar a través del test de analfabetismo (cuando el 50% de los negros era analfabeto) y admitiendo sólo a propietarios (siendo que la mayoría de los negros eran campesinos tenedores precarios o aparceros). Cuando estas reglas se cuestionaban judicialmente por sus propósitos discriminatorios, como en *William v. Mississippi* (1898), los jueces rechazaban las demandas invocando la regla judicial de no revisión de los motivos legislativos en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes.

¹⁵ Según Klarman, el método preferido para denegar el derecho constitucional de votar a los negros fue el de conferir a los funcionarios locales poder discrecional para aplicar las leyes, y confiar en ellos para preservar la supremacía blanca. Por ejemplo, las regulaciones que imponía el test del “buen carácter” para permitir la registración, invitaba a la abierta discriminación de los negros por parte de los funcionarios locales. Estas regulaciones no pudieron ser judicialmente nulificadas. (Klarmana:2007,8-14)

como a particulares tensiones económicas y ciertas circunstancias políticas (Ver nota 9).

Un caso particularmente interesante en este sentido es *Giles v. Harris* (1903), en el cual el demandante alegaba discriminación en la regulación electoral de Alabama. Giles denunciaba que la registración en el padrón electoral conforme a reglas de “buen carácter” y “comprensión” estaba destinada a discriminar a los negros. Pedía ser registrado en el padrón electoral junto con otros negros en su misma situación, señalando que, en los hechos, los resultados de la regla habían demostrado ser severamente discriminatorios.

La Corte rechazó ese pedido. Argumentó que si fuera cierto que existió el alegado fraude desenfrenado, si fuera verdad que los blancos de Alabama hubieran conspirado para privar de derechos a los negros, una orden de la corte que intentara desafiarlos sería una “forma vacía”, la que pasaría a “formar parte de la farsa.” En la decisión se señaló que en el hipotético caso de ser cierta la acusación, el único remedio factible para el demandado debería venir de los poderes políticos del gobierno nacional.

Puede notarse en el argumento el modo en que los jueces vinculan claramente aquello que entienden como la práctica social dominante (habilitada por la política local y su implementación), con la dificultad que tendría un remedio judicial para enfrentar dicha práctica. El argumento, que a fin de cuentas es normativo, no necesita legitimar tal práctica política. Se asienta simplemente en una visión pragmática acerca de lo que una orden judicial remedial puede en concreto hacer y lo que no puede hacer.

Es interesante recordar que durante el período de la primera reconstrucción, los negros habían rápidamente empezado a ejercer derechos políticos y, en particular, se habían convertido en una *constituency* clave para el partido republicano (Ver nota 9). Teniendo ello en mente, el argumento pragmático se nos

presenta como esencialmente conservador de un “nuevo *status quo*,” el de la era *Jim Crow*, en detrimento del *status quo* reinante en la primera reconstrucción.

II. Desde otro ángulo, podría señalarse a la explotación económica como el problema central de la comunidad negra. Esta aproximación provee una explicación diferente, y potente, para articular estrategias de emancipación.

Instituciones como la del *peonazgo* (contrato de cuasi servidumbre por deudas), resultaban cruciales para la pervivencia de la explotación económica en las zonas rurales; mientras que la abierta discriminación racial en el acceso al trabajo en las industrias y en los sindicatos, era la pieza central del desahucio económico de afroamericanos en las zonas urbanas.¹⁶ Desde este enfoque, es evidente que la pobreza de la comunidad negra es una fuente clave de su desempoderamiento. Ella se vincula intrínsecamente al analfabetismo y a la falta de fuerza para la resistencia política. Es, en fin, una causa clave de la incapacidad para luchar por la participación política y la conquista de otros derechos. Por ello, la lucha contra la explotación económica sería, precisamente, uno de los ejes de las políticas emancipatorias del movimiento negro en el período siguiente.

III. Finalmente, podría hacerse foco en las prácticas de violencia privadas (linchamientos, amenazas, incendio de hogares, persecuciones, golpizas, etc.) que mantenía a la comunidad negra amedrentada y menguada frente a la opresión en el área económica y política.

Estas prácticas se expandían en el marco de la falta de garantías procesales. La exclusión de los negros en la integración de jurados, por ejemplo, era una de las

¹⁶ Risa Goluboff describe las condiciones de trabajo en las plantaciones de azúcar de Florida como la de “campos de esclavos”, y a las condiciones en los astilleros como segregacionistas y discriminatorias. (Goluboff, 2007: 1-15)

formas, y causas, de la falta de garantías procesales frente a la violencia privada y a las falsas acusaciones. Al no poder integrar los jurados que decidían cuestiones criminales y civiles, las garantías procesales de los negros eran atropelladas permanentemente en espurios procesos judiciales, siendo así especialmente vulnerables ante la opresión privada de los blancos, y en particular frente al abuso de la violencia.

El régimen legal había abandonado de hecho (aunque no formalmente) a la comunidad afro-americana frente a los atentados físicos y psíquicos, privados y públicos; la falta de capacidad procesal plena para defender sus derechos era el nudo que estrangulaba sus demás libertades.¹⁷

En síntesis: Junto a las regulaciones segregacionistas, pueden observarse varios otros ejes neurálgicos del estatus socio-legal de la comunidad negra durante este período. Entre ellos, ocupan un lugar destacado la explotación económica, el desempoderamiento político, y la falta de garantías procesales. Todos esos ejes se presentan como causa y explicación de su situación. Sin embargo, es difícil saber cuál de ellos era la cuestión más importante o la fundante del resto, y que relevancia sistémica podría tener atacar alguno de ellos. De hecho, la prioridad o relevancia estratégica de los mismos va a ser el objeto central de debate dentro del movimiento negro en el período siguiente, y dividirá las aguas en materia de tácticas legales y de actores legitimados para representar el conflicto de la comunidad negra. Al visibilizar este trasfondo, *Brown* puede observarse como una toma de posición oficial respecto a una de esas cuestiones, colocándola así en el centro del debate.

¹⁷ El cine ha sabido retratar con particular pericia la idiosincrasia de los procesos de esa época en la memorable película *To kill a Mockingbird* de 1962, dirigida por Robert Mulligan, protagonizada por Gregory Peck y basada en el libro homónimo de Harper Lee, quien recibió el Premio Pulitzer en 1961.

Los jueces que avalaron las leyes *Jim Crow* relativas a derechos políticos, económicos y garantías procesales, también contribuyeron a la construcción de la racionalidad judicial del período, con la misma fórmula con la que avalaron las leyes segregacionistas. Se basaban en la idea de delimitar el alcance de las competencias de los jueces frente a las desigualdades sociales *de facto*, consolidando la idea de la imposibilidad remedial de los jueces frente a prácticas y políticas dominantes en una comunidad. Ésta es la racionalidad judicial que favorecerá al *status quo* y que, como se verá, no será desafiada en *Brown*.

2. c. Situando a *Brown*: *Are you for the Hitler way or the American way?*¹⁸

Ya desde la Primera Guerra mundial (1914-18) las reglas de *Jim Crow* empiezan a ser resistidas con fuerza¹⁹; pero es con la Segunda Guerra (1939-45) que se disparan los verdaderos cambios en materia racial.

La ideología antifascista de la postguerra elevará las demandas de los negros, así como sus aspiraciones y esperanzas, aumentando además sus oportunidades.²⁰ La democracia de Estados Unidos estará en la mira de todo el

¹⁸ El reclamo del movimiento negro se hacía sentir con fuerza durante la guerra fría con frases de este tipo: "*Are you for the Hitler way or the American way?*" Citado por Klarman, 2007, 28. La traducción que propongo es "¿Estás a favor del estilo de Hitler o del estilo americano?"

¹⁹ Los soldados negros que regresaban de la guerra fueron tratados como héroes en la comunidad negra, y no estaban dispuestos a que el Estado Norteamericano los tratara como ciudadanos de segunda. Fueron ellos quienes inspiraron muchos de los primeros reclamos relevantes. En este período también empieza la migración de negros del sur hacia el norte, donde encontraban mejores oportunidades y una posición económica preferible, lo que significaba también mejor educación. Así se fueron sentando las condiciones para la organización y la protesta social en reclamo de sus derechos. (Klarman, 2007)

²⁰ La guerra había creado oportunidades económicas. Con una mano de obra reducida, las industrias relajaron las restricciones raciales, ayudando a impulsar una clase media en la comunidad negra que se transformaría en la promotora del movimiento de derechos civiles.

mundo, y las repugnancias raciales en el interior del país aparecerán como una vergonzante marca que será necesario remover. Resultará prioritario diferenciarse del nazismo.

Es entonces cuando empezarán a sentirse cambios en el clima social. En el norte los derechos civiles se transformarían en un tema de agenda de los liberales, y los sureños empezarían a hacer algunas concesiones que permitirán a los negros alguna participación en el proceso político.²¹

El litigio, como estrategia de lucha, adquirirá diversas formas en este período. Aquellos negros que escapaban de las plantaciones esparcirían el rumor sobre los horrores del *peonazgo*, con lo que cientos de denuncias individuales serían presentadas al FBI y a la sección de Derechos Civiles del Departamento de Estado del Gobierno Federal. En tanto, los que trabajaban en astilleros de las ciudades, empezarían a organizarse en oposición a los excluyentes y discriminatorios

Con posterioridad a la guerra, y durante la guerra fría, la democracia de Estados Unidos estuvo en permanente fiscalización frente al mundo. La idea de la supremacía blanca prevalente en los estados del sur era su principal vulnerabilidad en la política internacional de promoción anticomunista (Klarman, 2007, Capítulo 2). El proceso de descolonización en todo el mundo también proveía de un ejemplo inspirador para la comunidad negra en Estados Unidos. Además, el movimiento científico de la época empezó a repudiar las premisas de *Jim Crow* sobre las diferencias raciales, y los procesos de urbanización, industrialización, cambios demográficos y los medios masivos de comunicación, colaboraron en la generación de un nuevo sentido común respecto a la ideología de la "supremacía blanca". Pero en particular, las políticas del *New Deal* y los programas de ayuda federal hicieron más vulnerables a los sureños frente a las demandas del gobierno nacional y sus intereses ideológicos durante la guerra fría.

²¹ Así, entre 1940 y 1952 el voto negro en el sur pasó de un 3% a un 20% en ese último año; la segregación en escuelas públicas, por su parte, permanecía intacta tanto en los estados del sur como en estados fronterizos, pero ya se habían tomado importantes resoluciones judiciales para desegregar las universidades (Ver McLaurin v. Oklahoma State Regents, [339 U.S. 637](#) (1950)).

Los políticos estatales se volvían económicamente populistas y racialmente moderados. El cambio de la actitud racial es una de las causas a la que se atribuye el fracaso de la revuelta de los Dixiecrats de 1948. "Aunque la mayoría de los sureños blancos seguían oponiéndose firmemente a la desegregación en las escuelas, su compromiso general con la supremacía blanca era menos intenso de lo que había sido. Muchos estaban ahora preparados para aceptar algunas reformas raciales, tales como la igualación de los gastos en educación, un tratamiento legal más equitativo para los negros, una mayor participación política de los negros, e incluso el fin de la segregación en algunos contextos, como el transporte" (Klarman, 2007: 31-32).

sindicatos (Goluboff, 2007: 2-4). En ese contexto, se diversificó la denuncia administrativa y el litigio público como herramienta para canalizar esos particulares reclamos, los que exponían la narrativa del sufrimiento y la injusticia laboral y económica ante los jueces. Repentinamente el litigio fue adquiriendo contenido económico y social, carácter colectivo, y era acompañado, en no pocas ocasiones, por alianzas con el Departamento de Estado. Sumergidos en los fundamentos de las nuevas políticas federales del *New Deal*, este tipo de arreglos institucionales que reconocían la dimensión económica de los reclamos, empezaban a resultar plausibles desde la perspectiva estatal.²²

En síntesis, hacia 1952, cuando el caso *Brown* empieza a examinarse en la Corte Suprema de Estados Unidos, el contexto social y legal ya había cambiado drásticamente. Los negros del norte estaban políticamente empoderados (Klarman, 2007); una emergente clase media de color con poder económico empezaba a articular distintas y efectivas formas de protestas y boicots y, en particular, la ideología norteamericana mayoritaria estaba transformando su actitud racial. En tanto, los jueces inferiores empezaban a ser receptivos a diferentes y creativas clases de casos económicos y laborales.²³

²² El *New Deal* fue un programa de política económica puesto en práctica por el presidente Franklin D. Roosevelt entre 1933-38 (aproximadamente), con la finalidad de sacar a la economía del país de la situación de depresión en la que se había sumido con la crisis económica de 1929. Consistió en un amplio paquete de medidas que incluyeron programas de obras públicas, planes de incentivo de la economía y de ayuda inmediata a trabajadores. Supuso un fuerte incremento en el gasto público. El respaldo a las medidas produjo una realineación política. La mayoría de los defensores de esta política pertenecían al partido demócrata, y en ello estaban junto a los sindicatos y a varias organizaciones de minorías (entre ellas varias del movimiento negro). La llamada Coalición del *New Deal* dominó la mayoría de las elecciones presidenciales en la década de 1960, mientras que su oposición conservadora (mayormente del partido republicano) controló el Congreso desde 1937 a 1963.

²³ Goluboff señala entre las tendencias de la época (que desaparecerían después de *Brown*) la sustitución de los derechos contractuales individuales, que antes la Corte había protegido, por derechos económicos y laborales colectivos. Estos últimos constituían una parte clave de las aspiraciones del *New Deal*, a las que la justicia intentaba acomodarse (Klarman, 2007: 17). Ver además nota 107 sobre el caso *Lochner*.

Por otro lado, las prácticas más extremistas del sur empezaron a ponerse en tela de juicio desde una perspectiva cultural renovada, y a través de los medios masivos de comunicación. Ello impactaría crucialmente en la actitud racial en todo el país, y no sólo en el norte.²⁴

No obstante, las políticas nacionales se hacían esperar. El Congreso Federal permanecía estancado, y el Ejecutivo ambivalente. Distintos proyectos de leyes anti linchamiento y de derechos civiles de la comunidad negra eran frenados por el veto sistemático ejercido por los representantes de los estados del sur en el Senado. El reglamento de éste órgano permitía ciertas prácticas “obstruccionistas” que habilitaban a las minorías a oponerse exitosamente a la voluntad de ciertas mayorías de senadores.²⁵ Así, si bien las minorías del sur no conseguían ya imponer a pleno sus preferencias racistas en el Congreso Nacional,²⁶ sí les era

²⁴ La premisa del gobierno nacional era que había que convencer al tercer mundo no blanco de que el capitalismo democrático que Estados Unidos proponía no era igual a la cultura de la supremacía blanca nazi (Klarman, 2007, 27-38).

²⁵ Uno de las grandes dificultades contra-mayoritarias en el derecho constitucional norteamericano es la regla 22 del Senado de Estados Unidos. De acuerdo a ella, y aún actualmente, cuarenta y un senadores -los que podrían representar menos del 41% de los estados, y bastante menos del electorado (debido a los problemas de proporcionalidad mayoritaria del Senado)- pueden vetar la mayoría de las legislaciones, rehusándose a invocar la “clausura” del debate, dilatando interminablemente los debates.

En la historia del Senado norteamericano, los llamados filibusteros, u obstruccionistas, han prolongado debates infinitamente sobre proyectos de leyes que -sin embargo- tenían los votos mayoritarios para ser aprobados, y así han impedido la votación y posterior sanción. (Maggiocca, 2011: 304-305). “Desde finales de los años 20’ hasta finales de los 60’, el obstruccionismo se asoció casi totalmente con la batalla sobre los derechos civiles”. (Catherine Fish & Erwin Chemerinsky, *The Filibusters*, citado en nota 4 por Maggiocca, 2011). “Hacia la mitad del siglo XX es claro que las medidas de derechos civiles, como una clase, fueron el objeto central de destrucción de los obstruccionistas. Y la conexión entre los derechos civiles y la regla de clausura era clara para todos” (Binder & Smith *Politics or Principle? Filibustering in the United States Senate (1997)*, citado en nota 42 por Maggiocca, 2011: 313).

²⁶ Peligrosamente cerca de ser aprobada estuvo la llamada cláusula Bricker. Propuesta por los senadores Bricker y Holman, se trataba de un proyecto de reforma constitucional relativo al procedimiento de firma de tratados internacionales. La intención era evitar que, a través de tratados internacionales de derechos humanos, se filtraran reformas concernientes a los derechos civiles de los afro-descendientes. Aunque la propuesta fracasó, estuvo significativamente cerca de ser sancionada. Ver Anderson, 2003: 221-231.

posible, al menos, impedir el avance de reformas legislativas que confrontaran más explícitamente con las leyes (locales) *Jim Crow*.

En el mismo sentido, el poder ejecutivo se mostraba simpatizante de la causa de los derechos civiles, pero sus políticas no reflejaban un aval concreto más allá de lo relativo a la organización de la administración central. La acción más sobresaliente fue sin duda la desegregación de las fuerzas armadas, y el intento fallido de llevar adelante un programa de derechos civiles.²⁷

Se destacaron, no obstante, acciones de órganos particulares del ejecutivo. Fue relevante la labor del Departamento de Estado en materia de derechos económicos y laborales, así como la inclusión de activistas negros en las delegaciones de negociación de los tratados internacionales en la recién formada Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (CDH-ONU). Sin embargo, no hubo políticas nacionales que confrontaran abiertamente a las políticas raciales más extremas que se desarrollaban en el sur. Las aspiraciones electorales exigían al presidente alianzas con los políticos del sur, especialmente los del propio partido. Esa necesidad explicaría la ambivalencia de las medidas del poder ejecutivo en materia racial.

En síntesis, Brown se sitúa en un período en el que se había iniciado la llamada “segunda reconstrucción”, un momento en que ya se habían producido fuertes cambios culturales y sociales. La gran oportunidad política se abre con la guerra fría, durante la cual los intereses de Estados Unidos en la conducción del

²⁷ En 1946 Truman designó a un comité de derechos civiles para investigar la discriminación de los negros. Al año siguiente este comité emitió el célebre informe “Para garantizar estos derechos”, en el que se documentó la situación de los afro-americanos como ciudadanos de segunda en la vida del país y se recomendaron medidas federales para proteger sus garantías individuales. Como consecuencia, Truman envió al Congreso un programa de derechos civiles de 10 puntos. En 1948, los demócratas del sur impidieron la aprobación en el Congreso de ese programa, e incluso indignados formaron un Partido de los Derechos de los Estados para oponerse al presidente.

nuevo orden mundial exigían señales claras, que lo diferenciaron culturalmente del racismo de los nazis.

Desde esta perspectiva histórica, el caso va a desafiar una regulación instaurada y consolidada en un período anterior, cuyas premisas socioculturales ya empezaban a debilitarse.

Sin embargo, y pese a los intensos cambios sociales y culturales en materia racial, los poderes constitucionales mayoritarios (el ejecutivo y el legislativo) mantenían una significativa indolencia frente a los reclamos más acuciantes. El ejecutivo fue más ambivalente debido a sus necesidades electorales y sus políticas internacionales, mientras que el legislativo era dominado por las tácticas obstruccionistas de los representantes sureños. Frente a ellos, la decisión de la Corte en *Brown* se presentará como una particular reacción de “desbloqueo político” frente a la inercia de los otros poderes.

2. d. Situando a *Brown*: *El activismo de los afro-americanos y la desegregación como objetivo político*

Las organizaciones del movimiento por los derechos de los afro-americanos plantearon estrategias y prioridades diversas. A fines de la década de 1940 y comienzos de la de 1950, la desegregación en las escuelas no estaba, sin embargo, entre esas prioridades (Klarman, 2007). Será a raíz de que la *National Association for the Advance of Colored People* (NAACP) iniciara una campaña de litigio en contra de las reglas segregacionistas, que el caso *Brown* llegaría a la Corte. Este hecho es de vital importancia para entender las formas y alcances de la *litis* de *Brown*, y su influencia política.

Algunos líderes de la NAACP, como Walter White y Roy Wilkins, se mostraban fuertemente alineados con las políticas demócratas del *New Deal*. En particular, también estaban comprometidos con el discurso norteamericano en la guerra fría, y por ello empeñados en separar sus reivindicaciones de derechos del lenguaje y del contenido de las reivindicaciones comunistas. Sus demandas se expresaban predominantemente como derechos civiles constitucionales, sin insistir en su traducción en términos de los recientemente sancionados derechos humanos del sistema de la ONU.

Otros activistas, en cambio, como W. E. B. Du Bois, también miembro de la NAACP, Philip Randolph del *National Negro Congress* (NNC) y luego los miembros del *Civil Right Congress* (CRC), adoptaban abiertamente el nuevo lenguaje de los derechos humanos. Hacia fines de la década de 1940, ellos promovían una ofensiva intensa de denuncias en contra de la Administración Federal de Estados Unidos ante la recientemente creada Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Temerariamente, en plena guerra fría, denunciaban ante el mundo la situación de la comunidad negra en los estados del sur.²⁸ Reclamaban la firma de tratados de

²⁸ El 6 de junio de 1946, la NNC presentó una petición ante la oficina general del Secretario de las Naciones Unidas, con un reporte de ocho páginas en el que se indicaban las condiciones de opresión económica, política y social de los afro-americanos. Los apoyos a la petición se hicieron sentir desde los países del Medio Oriente y de la Unión Soviética. Grupos de Bolivia y del oeste de la India, y más de veinte organizaciones en los Estados Unidos, incluida (inicialmente) la NAACP, escribieron a las Naciones Unidas en respaldo a la petición de la NNC.

En 1947, cuando Du Bois (por entonces parte de la NAACP) impulsó la presentación ante la ONU de un reporte más extenso y completo -el que, para algunos, significaría una humillación para el gobierno norteamericano- se generaron serios desacuerdos con otros miembros de la NAACP y el Departamento de Estado Norteamericano. El documento, conocido luego como "*An appeal to the world*", generó un fuerte golpe a la política internacional de los Estados Unidos, y tanta presión sobre la NAACP, que finalmente ésta abandonó su política de lucha en las Naciones Unidas, en contra de las pretensiones de Du Bois. (Anderson, 2003: 79-112)

derechos económicos y sociales, y del tratado contra el genocidio, arriesgándose a ser sindicados de comunistas y traidores.²⁹

En relación a la regulación segregacionista, había una clara disidencia estratégica entre los principales activistas de la comunidad negra. Du Bois, por ejemplo, sostenía que no era la composición racial de las escuelas, los hospitales e incluso los barrios lo que creaba las pésimas condiciones de inferioridad en las que se había sumido la vida de los negros en Norteamérica. Más bien era el afán de los blancos por hacer padecer a las instituciones de los negros de esa terrible escasez de recursos lo que estaba en la raíz del problema. El punto, según Du Bois, no era luchar por un glorioso día en el que desaparezcan todas las instituciones de negros, sino más bien fortalecerlas y confiar en lo que ellas pudieran traer a la comunidad afro-americana.³⁰ En abierta confrontación con Du Bois, Walter White, Director de la NAACP, abogó y consiguió que la NAACP se opusiera a la segregación racial (Ver Anderson, 2003: 32-33).

Entre tanto, los políticos de los estados del sur parecían dispuestos a negociar muchos extremos de las regulaciones *Jim Crow*, excepto la segregación escolar. Ésta constituía un punto respecto al cual los políticos sureños eran inflexibles (Klarman, 2007). Ello no limitaba los avances respecto a otras cuestiones que también interesaban al movimiento negro, como las regulaciones electorales, las relativas al *peonazgo* y a la discriminación laboral. De manera que ciertos

²⁹ Du Bois fue despedido de la NAACP por su provocadora reivindicación de una política más ofensiva contra la administración federal. En particular, reivindicaba la necesidad de que Estados Unidos firmara tratados de derechos económicos sociales, promovidos centralmente por los países del tercer mundo y por el bloque socialista, contra las pretensiones de la Secretaría de Estado de los Estados Unidos. (Anderson, 2003) Varios activistas de renombre, como Philip Randolph, eran promotores del reconocimiento interno de derechos económicos y sociales para la comunidad negra, conocidos por frases como: "Una comunidad es democrática sólo cuando los débiles y desposeídos pueden gozar de tantos derechos civiles, sociales y económicos como los que poseen los más grandes y poderosos"

³⁰ Du Bois sostenía: "teóricamente, el negro no necesita ni escuelas segregadas, ni escuelas mixtas. Lo que necesita es educación." (W.E.B. Du Bois, 1935: 335)

objetivos políticos de la comunidad negra, como los relativos a las reivindicaciones sociales y económicas, parecían presentar mejores expectativas en la práctica que los relativos a la segregación institucional.

Otras divergencias estratégicas en el movimiento negro tenían que ver con el uso de las vías institucionales. Mientras la NAACP se había convertido en una organización que privilegiaba la estrategia legal y lideraba las campañas de litigio, otras, como el *Congress for Racial Equality* (CORE), y luego la *Southern Leadership Christian Conference* (SLCC), presidida por Martin Luther King, centraban sus estrategias en las movilizaciones directas y los boicots (Klarman, 2007: capítulo 6).

En materia de litigio, venía siendo particularmente interesante el intento de los trabajadores negros por reivindicar derechos económicos y laborales al amparo de las políticas del *New Deal* en la década de 1940.³¹ Señala Goluboff que “[e]n esta era de inestabilidad y convulsión, el derecho de los derechos civiles apenas se parecía al campo que conocemos ahora. En particular, tanto legos como profesionales del derecho incluían no sólo los derechos con que asociamos el término hoy en día sino también los derechos colectivos a la seguridad, garantizados por el gobierno, y derechos afirmativos a la igualdad económica y material. Los abogados que representaban a los negros trabajadores trataban como cuestiones de derechos civiles tanto a los prejuicios raciales como a los de base laboral y económica, y la responsabilidad por la protección de estos derechos se situaba tanto en el gobierno como en oposición a éste. Su imaginación constitucional fue incluso más heterodoxa: buscaron autoridad constitucional en el imperativo antiesclavista de la enmienda trece y en el debido proceso, tanto como

³¹ El *New Deal* dio el marco para que las Cortes empezaran a deponer el derecho a contratar que había sido entronizado en la llamada era del caso *Lochner* (1905). Las interferencias legislativas en la economía y la expansión del poder federal recibieron en la era del *New Deal* un fuerte respaldo de las Cortes. Señala Goluboff que las preocupaciones políticas durante la Depresión de la década de 1930 le habían dado apariencia de derechos fundamentales a los derechos colectivos de los trabajadores a organizarse en sindicatos, negociar y efectuar huelgas. (Goluboff, 2007:9)

en la cláusula de igual protección de la enmienda catorce” (Goluboff, 2007:5). Esta narrativa de las reivindicaciones muestra una lectura particular de las prioridades políticas y de las causalidades históricas de la opresión, que coloca a las reglas segregacionistas en un plano relegado por el movimiento negro.

Pero como un síntoma de lo que vendría luego, al comenzar la década de 1950, la NNC (denunciante de los Estados Unidos ante la ONU) ya había virtualmente desaparecido, y la CRC estaba fatalmente debilitada. La mayoría de sus miembros eran sospechados de comunistas y obstinadamente perseguidos por las políticas *macarthistas*.³² Esa misma política conseguiría replegar, momentáneamente, a las organizaciones que promovían la estrategia de acción directa en lugar del litigio y las estrategias institucionales (Ver Klarman, 2007: 138-139).

A comienzos de la década de 1950 la administración federal también empezó a retroceder en la adopción de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la ONU, y las reivindicaciones del movimiento negro abandonaron progresivamente ese espacio de denuncia (Ver Anderson, 2003).

La NAACP, por su parte, se fortalecía. Cada vez más alineada con los políticos del *New Deal* y las premisas de la guerra fría, se convirtió en la protagonista de las estrategias legales del movimiento afro americano y de la agenda de los derechos civiles constitucionales. En los 50 empezó a dejar atrás las estrategias de litigio de los 40, vinculadas a los derechos laborales y sociales, y se concentró en desafiar la segregación racial de las instituciones. Ello llevaría, en

³² Entre 1950 y 1956 el Senador Federal Joseph McCarthy intervino denunciando una conspiración comunista en el mismo seno del Senado. Así se inició un extendido proceso que cubrió a toda la sociedad de acusaciones, denuncias, interrogatorios, procesos irregulares y listas negras contra personas sospechosas de ser comunistas. Periodistas, miembros del gobierno, militares y activistas eran acusados por espionaje soviético o por ser simpatizantes del partido comunista.

1954, a la célebre victoria ante la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown*.

Sintomáticamente, la desaparición de la CRC se produce al año siguiente en que *Brown* es decidido. Es también entonces cuando empiezan a diluirse las estrategias de litigio en materia de derechos sociales. Hasta fines de la década de 1950 y comienzos de la década siguiente, las estrategias de acción directa del movimiento negro también disminuirían sustancialmente cediéndole el paso, por algunos años, a las estrategias institucionalistas.³³

En síntesis: Brown se cimienta en un momento en el que se debatía la nueva configuración política del país, respecto a la cual el movimiento negro y sus líderes tenían distintas perspectivas, las que a su vez se reflejaban en diferentes estrategias de reivindicación de sus derechos, y diversos sentidos sobre los ejes del conflicto racial.

Este caso expresará, como ya muchos autores lo han reconocido, el compromiso de una parte del movimiento negro con las políticas de *New Deal* instauradas por los demócratas en la administración ejecutiva (Tushnet, 2004), y el discurso anti comunista de la guerra fría. Es en este último sentido, que la reivindicación de los derechos civiles constitucionales se plantea dejando atrás el lenguaje de los derechos humanos y, en particular, contraponiéndose a los derechos económicos y sociales, los que eran promovidos por la Unión Soviética en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Más aún, *Brown* marca el fin de un rico período de experimentación judicial entre los jueces locales respecto a los

³³ "En verdad, a corto plazo, *Brown* pudo haber desalentado las acciones directas de protesta. La enorme victoria de la NAACP ante la Corte alentó a que los negros litigaran, no a que protestaran en las calles. *Brown* también elevó el prestigio de la NAACP entre los negros, y la asociación favoreció el litigio y el *lobby*, no las acciones directas de protesta" (Klarman, 2007: 139)

derechos sociales de la minoría negra en el marco constitucional norteamericano (Goluboff, 2007).

Por otro lado, el caso marcará un *momentum* en el que la NAACP va a imponer su visión sobre los ejes del debate político dentro del movimiento emancipador negro, poniendo el acento en la desegregación racial de las instituciones y en el litigio como estrategia. Como ya argumenté en el apartado 2.b., la desegregación difícilmente pueda verse como la máxima prioridad política, o la homogénea aspiración del movimiento negro, aunque sí era una de las demandas que enfrentaba la mayor resistencia por parte de los blancos del sur.

Ambos aspectos, la heterogénea visión política del movimiento negro respecto a la segregación institucional, por un lado, y la inflexible resistencia a la desegregación de las escuelas entre los blancos del sur, por el otro, serán cuestiones relevantes para explicar las dificultades que el caso encontrará luego, en la instancia de implementación de la decisión de *Brown II* (aunque este no es un asunto que incumbe a este trabajo).

3. La *litis* de *Brown* como marco de definición del caso estructural

Con las precisiones establecidas, es propicio abordar el examen de la decisión judicial propiamente dicha en el caso *Brown*. Éste será un examen que, sensible al contexto, aspira sin embargo a delimitar el marco analítico-jurídico desde el cual identificar a este caso como un caso estructural.

Para empezar, es importante tomar nota de que por alguna doctrina la decisión en *Brown* desobedeció o abandonó la regla fijada en *Plessy*. Esta representación no es del todo exacta, y es necesario volver a examinarla en pos de orientar con claridad el análisis que nos interesa.

Distinguir el campo de aplicación de las reglas dadas en cada uno de esos casos, parece el camino más obvio para empezar. En efecto, la regla de *Plessy* sólo alcanza a la segregación en el servicio de transporte de ferrocarriles, en tanto *Brown* se refiere a la segregación en las escuelas públicas primarias y secundarias. Sin embargo, suele resaltarse el hecho de que la decisión en *Plessy* se había fundado en precedentes de tribunales inferiores que validaban la constitucionalidad de la segregación escolar.³⁴ Aunque ello se dio, si se quiere, en el marco del *obiter dicta* de la decisión, el hecho de que la fundamentación de la regla de *Plessy* esté tan vinculada a la segregación escolar, llevó a algunos a pensar que ella legitimaría también a la segregación en otros ámbitos, entrando así en el campo de aplicación de *Brown*.

Pero la Corte, en el decisorio de *Brown*, se ocupó de descartar esa posibilidad. Subrayó que la cuestión de la “educación pública” en ese momento, 1954, era un asunto diferente a la educación pública a fines del siglo XIX, cuando *Plessy* fue resuelto. Ésta había adquirido una especial importancia en la vida democrática norteamericana, la que no tenía al momento en que la regla “separados pero iguales” cobró legitimidad. En otras palabras, las escuelas públicas de la época de *Plessy* no eran las mismas escuelas sobre las que se decidió *Brown*.

Con este argumento, la Corte empezó a definir los hechos relevantes del caso. Cuál ingeniero de materiales, que empieza a proyectar la estructura de cada

³⁴ En *Plessy* se citaron varias decisiones de jueces inferiores que habían validado la segregación de las escuelas. Entre ellas, había decisiones referidas a estados donde los derechos de las personas afro descendientes habían sido históricamente más protegidos (*Roberts v. City of Boston*, 5 Cush. 198). Más aún, en *Plessy* se hace uso del argumento de que fue el mismo Congreso Federal el que había dictaminado la segregación en las escuelas del distrito de Columbia (capital del país). ¿Cómo sería posible que el mismo órgano que sancionara la enmienda 14 fuera a dictar una regla como la de “separados pero iguales”, si es que ésta pudiera contradecir la enmienda?

ladrillo para conseguir un conjunto específico de propiedades, así la corte moldeó en su evaluación de los hechos cada uno de los elementos relevantes de juicio.

Interesantemente, la transformación que ofrece *Brown* en relación a la evaluación de los hechos supuso algo más. La Corte incluyó un nuevo hecho, o elemento de juicio, en el tratamiento del conflicto segregacionista. Basó su decisión en que la segregación en estas escuelas (de mediados del siglo XX) dañaba la autoestima de los niños negros respecto a su status social, generando en ellos un sentimiento de inferioridad.³⁵ Específicamente, el fallo expresa que “separarlos de los otros [niños] de similar edad y educación sólo a causa de su raza les genera un sentimiento de inferioridad en cuanto a su status en la comunidad que podría afectar sus corazones y sus mentes de una manera difícil de desmontar.” Jerome Brune (2002: 3) reflexiona acerca de las preguntas que se hace la Corte (“¿cómo influye la segregación de los niños negros sobre la imagen que tienen de sí mismos, sobre su autoestima, sobre su disposición a aprender?”), y luego concluye: “[E]l paisaje de la conciencia había comenzado a formar parte de la narrativa de la igual protección...” (Brune, J., 2002-3: 79)³⁶

³⁵ Señala Katharine T. Bartlett que “El cambio experimentado por el paso de *Plessy v. Ferguson* a *Brown v. Board of Education*, por ejemplo, se basó en la expansión de lo legalmente relevante en los casos de discriminación racial para incluir las experiencias reales de los negros estadounidenses y la inferioridad implícita en la segregación”. Asimismo, la autora explica que esto es propio de un método de razonamiento contextualizado, y que “razonar a partir del contexto puede cambiar las percepciones acerca del mundo, lo cual podría expandir aún más los contextos dentro de los cuales tal razonamiento parece apropiado, lo cual a su turno, podría llevar a cambios aún mayores en las percepciones” (Bartlett, C., 1990-2011:75)

³⁶ Brune continúa explicando: “[S]e había producido un enorme cambio *literario*, un “viraje interior” en la narrativa literaria. El problema se había vuelto subjetivo... Durante los años que siguieron al caso *Plessy*, temas subjetivos de este tipo se volvieron el centro de los vigorosos (y afortunados) dramas y relatos de escritores negros muy leídos, como Langston Hughes y Richard Wright, cuyas voces pasaron a formar parte de la tradición literaria estadounidense de autoconciencia y protesta. Ellos describieron con elocuencia lo que debía padecer quien vivía la segregación... Yo di testimonio como *amicus curiae* en el juicio de apelación “Gebhart contra Belton”, Delaware, 1952, que al final llevó a la causa *Brown*, y mi testimonio versó en todo momento acerca del perjuicio notoriamente provocado al respeto por sí mismos por parte de la segregación escolar, pese a la paridad de financiación. El relato judicial presentado por mí como testigo era un prototipo del

Este particular daño, que algunos definirán como “psicológico”, será el efecto jurídicamente relevante que la Corte ligará causalmente a la práctica regida por la norma “separados pero iguales”. Esto es así, aun cuando ese fenómeno causal sólo se reconozca en el especial marco de las escuelas de mediados del siglo XX, y aunque no resulte clara la existencia de una relación de causalidad eficiente, próxima o adecuada entre la regla segregacionista y el daño declarado. Precisamente, una de las críticas más pertinaces sobre el decisorio fue la debilidad de las evidencias respecto a la relación entre la segregación y el daño psicológico, en especial las referidas en la célebre nota al pie N° 11 del fallo.³⁷ Esta crítica, según la comprendo, se asienta en la lógica causal de los casos bipolares, los que se dirigen, prioritariamente, a la inculpación. Por el contrario, el centro de la atribución causal en los casos estructurales es el agravio, el que puede vincularse a condiciones remotas y hasta múltiples.³⁸ Los criterios de la atribución causal en estos casos responden a directrices correctivas o distributivas, antes que inculpatorias. Jack Balkin señala que el juez “Marchall incluyó la nota al pie N° 11

género. Había sido “instruido” hasta el último detalle por los capaces abogados de la NAACP *Legal Defense Fund* que dirigían la campaña legal a escala nacional contra la segregación escolar *de jure*.... Pero tres años más tarde la Corte suprema emitió su sentencia unánime en el caso “Brown contra el Consejo de Instrucción”, con la famosa nota que citaba los pareceres concordes de nuestro comité de “testigos expertos” que habíamos participado en los juicios de apelación, que más tarde habían llevado al caso Brown. “ (Brune, J., 2002-03, 79,80 y 81)

³⁷ En esta nota se agregaron una serie de estudios de expertos que, antes que resultar convincentes, mostraban la falta de sofisticación de las ciencias sociales de esa época. Objeto de persistentes críticas ha sido un estudio de Kenneth C. Clark, que a través de acercarles muñecas blancas y negras a las niñas negras, intentaba demostrar que la preferencia de éstas por las muñecas blancas indicaba la existencia de un daño a su autoestima.

Los críticos también acusaron a los estudios citados de tener propensiones comunistas. Ver sobre estas críticas Balkin, J, 2001-2002.

³⁸ De manera que si hubiera otras condiciones que contribuyan al agravio (tales como prácticas de humillación a los niños negros) ellas no excluirían la atribución causal que señala la Corte. En todo caso, podrían imbricarse con ellas en el polo activo de la relación causal. Esto no sucedió, claro, porque la Corte no juzgó prácticas que no fueran *de iure* o regladas. La causalidad estructural en este caso sólo imbricó aquellas prácticas que respondían a la regla segregacionista; prácticas que, por otro lado, eran determinadas por reglas locales.

como parte de su estrategia general de adoptar un tono no-acusatorio. Aparentemente, él creyó que fundamentando su decisión en las ciencias sociales, no parecería comprometido con una condena moral a la segregación en el sur, y fortalecería la autoridad de su decisión.” (Balkin, J, 2001- 02: 51)³⁹ Así, la lógica argumental de la decisión parece dominada por la nota “no adversarial”, propia del carácter de los casos estructurales.

Antes de avanzar sobre el análisis de la *litis* de Brown, vale la pena recordar aquí que, en el caso *Plessy*, a la Corte Suprema le resultó implausible que la regla “separados pero iguales” aplicada en el transporte de ferrocarriles causara el estatus de inferioridad social de los afro-descendientes. Si ese estatus existía en la sociedad norteamericana, dijo la Corte en *Plessy*, tenía causas sociales, y no estaba ligado a la regla legal. Recordemos que ésta fue la racionalidad judicial con la que se validaron todas las regulaciones *Jim Crow*.

Brown no desafía esta valoración causal. Lo que hace es agregar un nuevo elemento: la “percepción” subjetiva que de ese estatus tienen o tendrán los niños negros a partir de ser educados en escuelas separadas. Se refiere al daño a la autoestima (subjetivo), y no al impacto de la regla segregacionista en la situación social objetiva de inferioridad de la comunidad afro-descendiente. Éste ya es otro

³⁹ Más allá de cuáles hayan sido las motivaciones íntimas de los jueces de la Corte (asunto difícil de determinar), no hay dudas de que en el centro del relato del decisorio, la explicación causal fue el daño/resultado sufrido por los niños negros. Esto muestra un rasgo propio del litigio estructural: su foco en el agravio (el que, muchas veces, es explicación suficiente de la existencia de un hecho dañoso).

En cambio, el carácter de las conductas o de las prácticas a las que se atribuye ese agravio (su intencionalidad, carácter prejuicioso, abusivo, etc.) no tiene relevancia en la determinación causal. Resulta particularmente interesante la perspectiva de Katherin Mackinon referida en el mismo texto de Balkin que fue citado. Para la autora la segregación es un daño en sí mismo. Los daños a los niños negros sobre los cuales los expertos testificaron en el caso (Ver nota 35), son sólo una medida de los efectos de la subordinación. Usar la ley para tratar a la gente como parte de un nivel inferior de la humanidad es un daño en sí mismo. El punto no es lo que los niños sienten, sino que sus sentimientos son un síntoma del daño que les fue causado.

indicio de que no habrá un apartamiento explícito de la racionalidad judicial que dominó el período *Jim Crow*.

Podemos aclarar esta afirmación, haciendo la siguiente reconstrucción analítica:

A^1 es una *práctica social* reglada (segregación escolar según ley estatal)

A^2 es una *práctica social* independiente de cualquier regla (tratamiento social/sistemático opresivo o de inferioridad hacia los negros)

S^1 es la percepción subjetiva por parte de los niños negros de su inferioridad

S^2 es la inferioridad de la que objetivamente son víctimas los negros en la sociedad.

Entonces:

Para *Plessy*, A^1 **no** causa S^2 , porque S^2 es causada de manera inmediata por A^2 , sobre la cual los jueces no tienen competencia en tanto *práctica de facto*.

Para *Brown*, en cambio, A^1 causa S^1 .

Ahora bien, si S^1 estuviera también determinado causalmente por A^2 (como el sentido común lo indica), **no** es un asunto que haya sido considerado en *Brown*. Las prácticas no regladas no han sido parte del juicio causal, sólo las prácticas institucionales. En este sentido, *Brown* no desafía la regla implícita en *Plessy*, del "NO juzgamiento de prácticas *de facto*".

Avanzando en el análisis de la decisión, obsérvese que el relato causal sobre el que se juzga *Brown* tiene una implicancia peculiar: supone la expansión del alcance o el terreno de lo justiciable. En efecto, se extiende la competencia de los jueces sobre prácticas o situaciones sociales que hasta ese momento se tenían por legítimas: aquellas regidas por las reglas escolares segregacionistas.

El nuevo relato del conflicto encadena una práctica *ex ante* legítima, en este caso estructurada por una regla oficial (la regla de segregación racial en el ingreso escolar), con ciertas consecuencias dañosas que hasta ese momento no tenían relevancia jurídica (el sentimiento de inferioridad de los niños negros). Como resultado, los magistrados extienden sus competencias sobre prácticas *ex ante*, fuera de su alcance.

El fenómeno de la expansión de lo justiciable se nos presenta, entonces, como el resultado de cierta composición del relato judicial sobre el conflicto. De ese modo, nos hallamos frente a una composición que incluye nuevos elementos de juicio,⁴⁰ y un relato causal centrado en un agravio que imbrica, en el polo activo de la relación, prácticas segregacionistas regladas, y en el polo pasivo, al particular interés de los niños negros en asistir a escuelas que no estén segregadas. Esta composición es similar a la labor de un arquitecto, quien, organizando la disposición de los ladrillos, avanza la obra sobre nuevos espacios.

Si estamos de acuerdo en esto, debemos acordar en que *Plessy* pudo haberse visto como un caso estructural sólo desde la perspectiva de los demandantes, o de un cientista social, pero no desde lo establecido en la *litis* judicial. Efectivamente, al momento de definir la *litis* de *Plessy* los jueces de la Corte negaron que la regla “separados pero iguales”, o la práctica que dicha regla estructura, estuviera conectada causalmente con la situación de “inferioridad estructural en la sociedad de los negros.” Se negó cualquier afectación o causación. En este sentido, al

⁴⁰ No es nueva la advertencia de que dar relevancia jurídica a ciertos elementos de juicio es una actividad típica del proceso de interpretación judicial, y que esos elementos de juicios encadenados o no en un relato causal, serán la base de la *litis* judicial sobre la cual se toma la decisión. Hasta aquí *no hay nada nuevo bajo el sol*. Sin embargo, es necesario insistir en este punto, ya que el planteo puede percibirse como contra-intuitivo desde ciertas concepciones disciplinares de la *litis* judicial.

Los abogados litigantes, por ejemplo, solemos describir a la *litis judicial* como la confrontación de dos relatos del conflicto opuestos (el del demandante y el demandado), los que quedan “trabados” o confrontados ante los ojos del juzgador. Esta presentación de la *litis* presupone que el juez, para poder decidir, tenga que negar o adjudicar relevancia a los elementos de juicio propuestos por uno u otro relato.

Lo que esta representación forense de la *litis* enturbia, empero, es que al hacer esto el juzgador reconstruye evaluativamente los relatos posibles, y genera uno nuevo: el de la *litis* judicial. Esta última ya es un relato del conflicto cargado del juicio evaluativo del juzgador. En otras palabras, en la *litis* judicial el juez perfila su propio relato del conflicto, explicado por causalidades o por la inexistencia de causalidades que darán base al silogismo de su decisión.

Para el jurista, la única *litis* o reconstrucción del conflicto relevante es la que da el juez en sus sentencias, es decir, el producto interpretativo y evaluativo del juzgador. Se desestiman, así, aquellas construcciones propuestas por las partes, o las percibidas por los terceros observadores o involucrados en el conflicto. Profundizaré, en lo que sigue, sobre estas aserciones.

legitimar la práctica, y negar relaciones causales estructurales, las fronteras de lo justiciable se mantuvieron en su lugar.

Obsérvese que la definición del conflicto judicial o *litis* cumple una función tan central en la determinación de los límites de la competencia judicial, como la que cumplen las reglas que se aplican para decidir ese conflicto. Aun así, el foco de análisis jurídico tradicional está obsesionado con estas últimas (las reglas), las que tienden a asumir a la *litis* como una cuestión dada. En este trabajo, en cambio, pretendo resaltar todas las veces que sea posible, las evidencias que demuestran que sólo pueden entenderse los casos estructurales si se advierte que la construcción de la *litis* no es un hecho dado, sino el producto de una actividad compleja de los jueces. Esa actividad da relevancia jurídica a ciertos elementos, los que aparecen estructuralmente imbricados en los polos de la relación jurídica. Con ello se consigue, como efecto inmediato, extender sus competencias sobre áreas de la realidad que hasta este momento se encontraban fuera de su alcance.

Aunque la definición que acabo de ofrecer no esclarece totalmente de qué se trata el caso estructural, sí suma, entiendo, un significado más concreto al examen analítico del capítulo anterior. Sobre todo, aporta claridad respecto al marco desde el que voy a reflexionar de ahora en más.

3. a. Escrutando la *litis* de Brown: De las *litis* plausibles a la *litis* judicial

Para avanzar en el examen del fallo *Brown*, se hace necesario advertir que la *litis* del caso fue producto de una decisión selectiva. En efecto, la Corte Norteamericana eligió el relato causal del caso *Brown* entre otros relatos (algunos plausibles, y otros que incluso habían sido judicialmente acreditados en las instancias inferiores). Pudo haber decidido sobre la base de una *litis* mucho más

ambiciosa, o en base a una bastante más acotada, con consecuencias diferentes en cada caso, las que resulta particularmente relevante registrar aquí.

3. a. i. Una litis más amplia

Una *litis* realmente ambiciosa, pero no por ello menos acorde con las pretensiones de los demandantes, hubiera conectado el daño causado a la autoestima o, incluso, al estatus de inferioridad de todas las personas afrodescendientes, con cualquier regla segregacionista (en cualquier ámbito de aplicación). Se trataría de un relato causal que no se circunscribiría a las particularidades de la escuela pública en ese momento histórico, ni al daño psicológico sufrido por los niños negros. Reflejaría, en cambio, los lazos de la regla “separados pero iguales” con la situación de inferioridad social que denunciaba la comunidad negra desde hacía tiempo.

Muchos comentaristas del caso parecieran creer que éste fue el verdadero conflicto resuelto en *Brown*, o al menos el fundamento de la decisión. Algunos, incluso, critican los efectos de la sentencia como si la Corte hubiera “fracasado” en su intento de remediar la cuestión de la segregación racial en la sociedad norteamericana. Pero lo cierto es que ésta no fue la *litis* de *Brown*.

La principal razón para descartar esta *litis* parece conectarse con el intento de evitar contradecir abiertamente el precedente en *Plessy* (gestado en el período histórico anterior). Al declarar la nulidad de la regla “separados pero iguales” con prescindencia de su campo de aplicación, no sólo hubiera confrontado abiertamente con el precedente *Plessy*, sino que -muy probablemente- la decisión hubiera involucrado un examen de “los motivos de la regulación”, lo que había quedado expresamente excluido en la racionalidad judicial que se impuso durante el período *Jim Crow*.

Si ésta es una explicación plausible de la selección de la *litis* en *Brown*, quedaría claro que la representación o instauración judicial de los conflictos está internamente determinada por reglas y principios que rigen la racionalidad judicial de los precedentes. Es decir, que el conflicto judicial no se define sólo por las nuevas percepciones contextuales del juzgador (Ver Bartlett en nota 34), las estratégicas pretensiones de las partes o los modernos argumentos presentados en el proceso (Ver Brune en nota 35). Además de todo ello, hay razones normativas (como, por ejemplo, la obediencia a los precedentes) que influirán de manera relevante en la composición de la *litis* sobre la cual finalmente se decide.⁴¹ Así, la definición del conflicto también aparece circunstanciada por las exigencias que derivan de la dinámica interna del proceso de coordinación institucional en el poder judicial.⁴²

3. a. ii. Una *litis* más restringida

La Corte, a su vez, pudo haber optado por una *litis* más discreta que la que efectivamente juzgó. La invalidez de la regla “separados pero iguales”, en lugar de

⁴¹ Tradicionalmente se ha entendido que la regla del *stare decisis* constriñe la decisión judicial sobre ciertos hechos. Se asume que el conflicto, o la *litis*, es una externalidad que es “resuelta” con la aplicación de una regla jurídica (legal o judicial) pensada ex ante cuando se presenta de forma repetida (o análoga).

Lo que se plantea aquí es una perspectiva diferente. La regla judicial del precedente también influye en la construcción de la *litis*, a la que se ve ya no como una externalidad, sino como el resultado de la acción evaluativa-performativa de los jueces.

⁴² Feely advierte que en el marco del derecho norteamericano “[l]os jueces son miembros de instituciones, lo que significa que ellos interactúan y son **constreñidos** por otros jueces. Cada juez individual tiene conciencia de que la justicia como un todo, y no sus miembros individuales tomados uno a uno, es el lugar apropiado para el funcionamiento del estado de derecho” (Feeley M. & Rubin E., 1997-2000: 244). (la negrita es propia) “... [L]a creación doctrinal judicial, lejos de ser una creación judicial sin trabas, está inherentemente constreñida. Los jueces entienden esto intuitivamente, como parte de su experiencia personal en sus posiciones [roles]...” (Feeley M. & Rubin E., 1997-2000: 245)

En un sentido análogo y más detallado que al que aquí refiero, Duncan Kennedy escribe los extremos determinantes de la fenomenología de la decisión judicial. Ver Keneedy, D, 1986-1999.

ligarse causalmente al daño simbólico o psicológico sufrido por los niños negros, pudo derivarse de las meras condiciones materiales inferiores en las que se encontraban las escuelas para niños negros, en comparación con las escuelas para niños blancos. De esa forma, muchas escuelas segregadas -pero con condiciones materiales similares- hubieran quedado fuera del campo de aplicación de la decisión de *Brown*.

En una *litis* más restringida como ésta, el daño relevante sería el de recibir una educación inferior de acuerdo a indicadores comparativos concretos, tales como currículo, tiempo de profesor por alumno, salarios, condiciones edilicias, etc. No sería necesario, entonces, invalidar la aplicación de la regla “separados pero iguales,” sino sólo invocar la segunda parte de la regla, la condición: “pero iguales.”

Los cuatro casos que llegaron a la corte y que se acumularon bajo la carátula de *Brown*, lo hicieron con una *litis* discreta como la que se acaba de describir. Por eso llama singularmente la atención que la Corte haya descartado esta particular alternativa de *litis*, y decidido en base a una versión o sentido del conflicto totalmente diferente.

En el caso contra el estado de Delaware,⁴³ por ejemplo, los demandantes eran niños negros de la escuela primaria y secundaria residiendo en el condado de New Castle. La Corte de Equidad de Delaware ordenó su inmediata admisión en escuelas destinadas exclusivamente para niños blancos, sobre la base de que las escuelas para afro-americanos *eran inferiores* en relación al entrenamiento de los maestros, el porcentaje de maestros por alumno, actividades extracurriculares, instalaciones, distancia y tiempo que tomaba a los niños llegar al establecimiento. La *litis* no confrontaba a los intereses de los niños negros con las escuelas

⁴³ Gebhart (1952)

segregadas, sino con escuelas con recursos inferiores. La Suprema Corte de Delaware, por su parte, confirmó la decisión, y estableció que los demandados podrían obtener una revisión de ese decreto después de equiparar las escuelas de negros y blancos. De forma tal que la única razón por la cual el caso de Delaware llegó a la Corte Suprema y se acumuló bajo la carátula de *Brown*, fue porque la demandante buscaba un *certiorati*, reclamando una orden de inmediata admisión de los niños negros a la escuela de blancos, lo que la Corte del Estado no había otorgado. La Corte Suprema lo concedió inmediatamente, y ese caso se cerró con la plena conformidad de los demandantes. (Ver nota 1 del fallo en *Brown*)

En otros dos casos acumulados bajo la carátula de *Brown*, la *litis* era similar a Delaware, aunque el remedio fue diferente. Tanto en el caso de Virginia (*Davis v. County School Board*) como en el caso de Carolina del Sur (*Briggs v. Elliot*) los jueces también encontraron que las escuelas de los niños negros eran inferiores a las escuelas de los niños blancos. Ése fue el agravio relevante para aceptar las demandas. Sin embargo, los jueces locales rechazaron el pedido de admisión de niños negros en las escuelas de blancos y, en cambio, ordenaron remediar la situación a través de programas de equiparación de las escuelas.⁴⁴ En fin, los casos de Delaware, Virginia y Carolina del Sur plantearon la misma *litis* judicial (en adelante la *litis DVC*), en la que NO se invalidaba la regla “separados pero iguales” para las escuelas públicas, sino que el conflicto se planteó a partir de los términos fácticos de la aplicación de la regla. Si las escuelas no tenían iguales condiciones y recursos, se estaba violando precisamente la regla que *Brown* va a invalidar.⁴⁵

⁴⁴ En el caso de Virginia, por ejemplo, se ordenó que de inmediato se provea un curriculum y transporte sustancialmente iguales, y que “con una razonable diligencia se remuevan las desigualdades en las instalaciones edilicias”.

⁴⁵ Esta es la misma *litis* que se venía planteando en relación a las universidades. El 5 de junio de 1950 la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que instituciones públicas de nivel superior no pueden proveer un tratamiento diferente a los estudiantes sólo a causa de su raza, porque los

Sugerentemente, las órdenes remediales en los tres casos mencionados (DVC), prototipos del litigio al comienzo de la segunda reconstrucción, tenían un contenido económico. Suponían que el estado local, si deseaba sostener la regla de segregación escolar, debía invertir en las escuelas de los negros para equipararlas a la de los niños blancos, o bien permitir el ingreso de niños negros a las escuelas de los blancos hasta tanto se equiparen las condiciones de sendas instituciones. La orden de *Brown*, en contraste, significaba la simple eliminación de restricciones raciales en la admisión a cualquier escuela: la desegregación.

En este sentido, *Brown* se traduce en una regla civil dirigida a la política de acceso, desafiando patrones culturales locales. En tanto, la *litis DVC* se traduce en una demanda económica dirigida primariamente a los estados que querían sostener la regla civil de la segregación.

Ahora bien, hay ciertos rasgos de la *litis DVC* sobre los cuales es crucial enfocar nuestra reflexión. Peculiarmente, *DVC* calificaba de *daño* a una “situación estructural de hecho” (las escuelas para negros eran inferiores a las de los blancos). De ese modo, la violación a partir de la que se configura dicha *litis* no requeriría ni una explicación causal completa, ni la identificación de una causa fuente de la situación dañosa. Bastaba calificar esa situación como antijurídica *per se*, ya que el “hecho” y el “agravio” se asimilen. No sería necesario identificar las reglas oficiales que la estructuraron (si tal cosa hubiera ocurrido). Estaríamos, entonces, ante una

estaría privando de su derecho a la igual protección de acuerdo a la enmienda 14 (McLaurin v. Oklahoma State Regents).

A pesar de las apariencias, éste fue un caso que no invalidó la regla “separados pero iguales”, sino que la reafirmó, al igual que la *litis DVC*. George McLaurin, quien ya tenía un Master en Educación, no pudo ingresar a la Universidad de Oklahoma para hacer su Doctorado en Educación, porque en ese momento el Estado de Oklahoma prohibía a las instituciones educativas educar juntos a blancos y negros. La Corte encontró que la inacción del Estado en proveer establecimientos separados para negros (educación separada *pero igual*), habilitaba a McLaurin a ingresar en esa universidad. Ésta finalmente admitió a McLaurin, pero le proveyó de espacios separados, incluyendo una mesa especial en la cafetería, un escritorio designado en la biblioteca, y un escritorio justo fuera de la puerta de entrada a la clase.

típica violación estructural *de facto*, respecto de la cual los jueces de la era *Jim Crow* se declaraban incompetentes, mientras que los de la segunda reconstrucción habían empezado a juzgar.

Puede notarse que la *litis DVC* se acercaba sugerentemente al reconocimiento de un derecho económico social de la comunidad negra o, al menos, a una formulación llamativamente sustantiva de la regla constitucional de igualdad ante la ley. La representación de esta *litis* era, ciertamente, congruente con el tipo de reclamos y litigios que el movimiento negro de la década de 1940 había emprendido en materia laboral, antidiscriminatoria y anti explotación.

Más aún, hay datos que sugieren que la demanda *DVC* era bastante más auténtica, o al menos más fiel a los intereses de los demandantes. Por ejemplo, Klarman relata que el caso de Virginia surgió de una huelga de jóvenes militantes negros que denunciaban las condiciones inequitativas y la sobrepoblación en sus escuelas, y no la segregación. Termina el relato explicando que la NAACP trató de disuadir a los estudiantes de continuar con esas acciones de boicot, y cuando fue evidente que “los estudiantes no serían disuadidos...la asociación de abogados acordó presentar una demanda, sólo bajo la condición de que los estudiantes y sus padres ataquen directamente a la segregación, la que no había estado en su intención inicial. El caso se convirtió en uno de los cinco casos consolidados que pasaron a la historia como *Brown v. Board of Education*” (Klarman, 2007, 55) (la traducción es propia).

Peculiarmente, el conflicto según la perspectiva de los involucrados y de los jueces locales fue redefinido primero por la intervención de los abogados de la NAACP, y luego por la Corte Suprema (En un apartado posterior se reflexionará, en particular, sobre la cuestión de la “autenticidad” de la *litis* que aquí se está introduciendo).

Es interesante observar que una *litis* como *DVC* era el paradójico horizonte de la *litis* de *Plessy*. Ella traducía, por un lado, el espíritu con el que la jurisprudencia de la era *Jim Crow* había acomodado las reglas segregacionistas a las normas constitucionales, a la vez que reflejaba la reivindicación de la no subordinación económica de la comunidad afro-descendiente (Ver arriba parágrafo 2.d). Significaba, por otro lado, cierta deferencia a la expresión cultural y política de los gobiernos locales que defendían acérrimamente la segregación escolar, a la vez que representaba con bastante fidelidad las reivindicaciones de varios de los líderes negros de ese momento, como E.E. Du Bois; líderes que proyectaban el fortalecimiento de la comunidad negra desde sus propias escuelas, aunque con más y suficientes recursos.⁴⁶

Hubo todavía un caso más entre los que llegaron a la Corte Suprema y se acumularon bajo la decisión conocida como *Brown*. Se trataba del caso contra el estado de Kansas. La *litis* aquí era en apariencia similar a la de *Brown*, pero en realidad la fisonomía del conflicto era la misma que la de la *litis* en *DVC*.

A diferencia de los otros tres casos acumulados, en Kansas la segregación no era obligatoria sino que sólo estaba permitida. El condado de Topeka, actuando en el marco de esa permisión, había adoptado la regla de segregar. Por ello fue demandado en el caso *Brown v. Board of Education* (dando el nombre bajo el cual se acumularon los demás casos ante la Corte Suprema). Los jueces del estado advirtieron que si bien la segregación en sí tenía efectos perjudiciales sobre los niños negros, en los hechos, las escuelas eran sustancialmente iguales en materia de transporte, edificios, currículo y calificación de los maestros. En definitiva, a juzgar por esas características, y en el entendimiento explícito de que los otros

⁴⁶ Ver, más arriba, la posición de Du Bois al respecto (Ver 2.d)

supuestos perjuicios a los niños negros no eran elementos relevantes para invalidar la regla, rechazaron la demanda.

Puede notarse que la *litis* de Kansas es similar en un sentido importante a la de *DVC*, ya que no da relevancia jurídica a otro tipo de daños a los niños negros que no sean aquellos que devienen de efectivas prestaciones educativas desiguales. En esa lógica, cuando las escuelas son iguales, no hay razón para aceptar demandas. Si la Corte hubiera adoptado esa *litis*, el Estado de Kansas no hubiera sido condenado y continuaría con su regla permisiva de la segregación.

En síntesis: Queda claro que la Corte reevaluó los elementos de juicio de las *litis* que llegaron ante sus estrados, y redefinió el relato del conflicto sobre el que decidió. Adjudicó relevancia jurídica a perjuicios psíquicos a los niños negros (que en los otros casos no eran considerados parte del conflicto legal) y no evaluó las condiciones de desigualdad material o *de facto* de las escuelas (que sí fueron consideradas en las decisiones *DVCK*).

Generó, en consecuencia, una causalidad diferente que encadenó ciertos hechos (los perjuicios psíquicos a un grupo de niños) con una práctica estructurada por la regla “separados pero iguales”, de manera difusa y fundada en cuestionados estudios y testimonios de expertos. Esta representación causal, antes que un error de fundamentación, es la confirmación, desde la perspectiva de este trabajo, de varios de los rasgos propios de la causalidad estructural: entre ellos, la asimilación entre el hecho dañoso y el agravio mismo, el abandono de la inculpación, y la preeminencia de criterios correctivos o distributivos en la atribución causal. Así se invalidaron prácticas fundadas en una regla civil segregacionista, en lugar de reafirmar la segunda parte de esa regla (en lo referente a la igualdad de condiciones materiales o *de facto* en las escuelas).

Sobre el sendero de la *litis* de *Brown*, la Corte expandió el terreno de lo justiciable a todos los casos en que las escuelas estuvieran segregadas (sin distinguir según condiciones materiales). La *litis* sobre la que decidió la Corte fue, entonces, más amplia que la de los casos *DVCK* que la motivaron. Su configuración, estratégicamente, evitó juzgar la constitucionalidad de violaciones *de facto* y, en cambio, se fundó en violaciones *de iure*; es decir que juzgó prácticas fundadas en reglas oficiales. Con ello, paradójicamente, reafirmó la racionalidad judicial conservadora de la era *Jim Crow*.

El análisis, hasta aquí, se acerca a los horizontes políticos que ofrecen las distintas *litis* que podrían haber dado forma al caso *Brown*. En el apartado que sigue voy a profundizar en la exploración de esta particular funcionalidad de la *litis*.

3. b. Escrutando la *litis* de Brown: La *litis* como frontera de lo justiciable

Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos opta por una *litis* diferente a la de las cortes de los estados de Delaware, Virginia, Carolina del Sur y Kansas (*DVCK*), deja atrás dos horizontes de litigio que vale la pena subrayar aquí:

a. Un horizonte de reivindicaciones judiciales (en términos de derechos) con un contenido primordialmente económico, que se hubiera concentrado en la “equiparación material” de las escuelas, y/o instituciones segregadas.

b. Un horizonte de decisiones que juzguen situaciones o condiciones de hecho NO articuladas/estructuradas por reglas, pero que pueden ser vistas *per se* cómo violatorias de reglas (las

llamadas violaciones sociales *de facto*, cuya judicialización solía descartarse durante el período *Jim Crow*).

El argumento, aquí, es que la decisión por un formato de *litis* en lugar de otro involucró decisiones sobre el alcance de la competencia judicial, e implicó ejemplificar cuáles serían las “formas” del conflicto racial que tendrían asegurado el acceso a la justicia norteamericana.

Desde la perspectiva forense, o de los abogados, implica que esas formas serán una guía ineludible acerca de cómo vestir un conflicto para que sea potencialmente justiciable. Buena parte de los límites y alcances de la competencia judicial se construyen, en los hechos, en un ciclo coordinado entre los abogados que visten los conflictos conforme al modo en que son reconocidos por la racionalidad judicial, por un lado, y los jueces que construyen e instauran la *litis* en operaciones de ajuste de los hechos, en orden a respetar los precedentes, por otro.

En relación a esto último, la *litis* de *Brown* significó también el afianzamiento de ciertos principios de la dogmática legal norteamericana, y fortaleció distinciones que históricamente venían apareciendo como medulares para la racionalidad judicial más conservadora. Me refiero a la distinción entre violaciones sociales *de facto* y *de iure*, cuyos vínculos con la distinción entre derechos positivos y negativos, y la consecuente idea de no justiciabilidad de derechos de contenido socioeconómico, es bastante clara. Si bien esas distinciones e ideas no se impusieron de forma homogénea en todos los campos del litigio público en ese país, ni en todas las jurisdicciones,⁴⁷ probablemente sí tuvieron que ver, como lo

⁴⁷ Muchas de las constituciones de los estados locales escapan a esta racionalidad a través del reconocimiento de derechos con claro contenido económico. El litigio en materia de financiamiento público de escuelas en algunos casos ha venido teniendo efectos. Neil Williams señala que “algunos litigantes recientemente han preservado el espíritu de *Brown*, al buscar que se declare que la disparidad en el financiamiento de las escuelas de distrito dentro de un particular estado violaba la Constitución del estado. Mientras que el litigio ha sido exitoso en estados como New York, la Corte

sugiere Goluboff, con la interrupción de un período de experimentación en la interpretación constitucional en materia racial. Me refiero a la experimentación sobre formas de pensar la cláusula de igualdad y la cláusula antiesclavista con un contenido material y/o económico en relación a la raza, y las consecuentes demandas judiciales colectivas que se llevaron adelante en la década de 1940 (Goluboff, 2007). Ciertamente es aquí es donde encontramos una diferencia saliente -de la que es necesario dar cuenta- entre la racionalidad de litigio estructural norteamericano, y la argentina.

En el cuadro que sigue se esquematizan comparativamente algunas de las observaciones registradas hasta aquí.

Variaciones en los Rasgos de la Racionalidad Judicial en Materia Racial

Era <i>Jim Crow</i> (1877- 1930)	Inicio segunda Reconstrucción (40')	<i>Brown</i> (50')
Validez de la regla (y la práctica) "separados pero iguales" en cualquier ámbito de aplicación.	Validez de la regla (y la práctica) "separados pero iguales" en cualquier ámbito de aplicación.	Invalidez de la regla "separados pero iguales" en las escuelas.
Distinción entre violaciones sociales <i>de iure</i> y <i>de facto</i> . Incompetencia judicial para juzgar violaciones de <i>facto</i> .	Competencia para juzgar violaciones sociales de <i>facto</i> (<i>litis DVCK</i>) y <i>de iure</i> . Irrelevancia de la distinción.	Competencia judicial para juzgar violaciones sociales <i>de iure</i> .
Sin remedios judiciales para las prácticas de opresión racial.	Remedios de contenido socio económico para las prácticas de opresión racial.	Remedio de contenido civil contra la regulación segregacionista.
Inexistencia de relación causal entre prácticas estructuradas por normas, y la "situación" de inferioridad de la comunidad negra (<i>Plessy</i>)	La "situación" antijurídica de falta de igualdad material configura el agravio (<i>litis DVCK</i>).	Existencia de relación causal entre la práctica reglada y el daño psicológico de niños.

Suprema de Illinois se rehusó a reconocer que los alumnos de las escuelas tuvieran un derecho jurídicamente exigible a una educación de calidad bajo la Constitución de Illinois. La necesidad de recurrir a argumentos basados en la Constitución de los estados surgió debido a dos decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos. En *San Antonio Independent School District v. Rodríguez*, la Corte Suprema se negó a reconocer los recursos como una categoría sospechosa en el marco de la enmienda 14 de la Constitución Federal." (Williams, N. G., 2004: 30-31)

3. c. Escrutando *la litis de Brown*: ¿*La autenticidad del conflicto*?

El hecho de que la decisión que toma la Corte haya descartado de manera exitosa otros relatos igualmente plausibles de lo que estaba en disputa, resulta un dato que desnuda la función *performativa* desde la que se construye la *litis judicial*; es decir, la función de instaurar, apoyada en la fuerza simbólica del lenguaje del derecho, un sentido del relato acerca *de qué se trata el conflicto*.⁴⁸ Por otro lado, la decisión de la NAACP de demandar en contra de la segregación en las escuelas (negociando, por ejemplo, con los jóvenes de Virginia), es un dato elocuente sobre la conocida influencia de los abogados activistas en la construcción del relato judicial de los conflictos sociales, es decir, sobre su contribución en la función performativa referida.⁴⁹ Allí también puede observarse la instauración del conflicto

⁴⁸ La concepción de performatividad a la que suscribo es aquella primariamente postulada por Austin J. L., 1955-1962, en cuanto instauración de sentido, pero en particular a la de Lyotard, 1979 - 1991, como proceso de legitimación (esta última postura está claramente vinculada a la concepción wittgensteiniana del campo social como un entramado de juegos de lenguaje).

Cuando hablo de un enunciado performativo quiero significar, centralmente, un enunciado que tiene el efecto de instaurar un sentido que “no será tema de discusión ni de verificación para el destinatario, el que se encuentra inmediatamente situado en el nuevo contexto así creado” (Lyotard, 1979-1991:11). La acción lingüística, planteada en los términos pragmáticos de Austin, es un medio para instaurar una entidad antes inexistente. Esa entidad, en el caso aquí analizado, sería el “conflicto” que se resuelve, como hecho dominante de sentido.

Por otro lado, la noción de performatividad que postulo también supone un proceso de legitimación. En cuanto acto que se refiere a una entidad que él mismo emisor constituye, su reflexividad es innegablemente atravesada por el poder de quien lo emite, y por ello es también una forma de validación. En otras palabras, la enunciación del conflicto es verdad porque la autoridad (el juez) la produce. Ésta es una forma de legitimidad puramente instaurativa, en tanto se construye desde lo puramente discursivo institucional (Aguilar, H., 2004, 2007).

Finalmente, y desde la perspectiva de los actores procesales y los jueces, en cuanto sujeto que desempeñan esa performatividad, entiendo que ésta es también una forma de auto legitimación, afirmación y construcción de identidad. “Y, como tal, una instrumento político al servicio de un grupo de personas que sume su condición precisamente desde esa performatividad.” (Aguilar, H., 2004-2007)

⁴⁹ En este sentido también ver más arriba la nota 34, en la que Jerome Brune, en cuanto testigo experto en la causa, describe la forma en que había sido “instruido hasta el último detalle” por los abogados de la NAACP que dirigían la campaña legal a escala nacional contra la segregación

como producto de una construcción hermenéutica que se da dentro del proceso judicial. De lo que hablamos, entonces, es de una *performatividad* judicial de los conflictos, la que tiene una de sus instancias cruciales en la decisión del juez acerca de la *litis*.

Desde un ángulo crítico, ambas circunstancias parecieran descalificar la capacidad del proceso judicial para “representar” el auténtico conflicto (si tal cosa existiese y, en tal caso, si tuviera relevancia). En suma, denostarían su capacidad epistémica. Más aún, estos datos revelarían que los involucrados originalmente en la disputa judicial renunciaron a aquello que realmente les interesaba, o a su versión del conflicto, para hacerlo justiciable. De forma tal que la versión final de ese conflicto es, en buena medida, producto de un acto lingüístico de instauración de sentido, ligado, aunque no totalmente determinado, por el debate procesal.⁵⁰

En respuesta a esta mirada crítica, basta reconocer que ésta es una característica general y suficientemente acreditada del derecho. En cuanto discurso público, el derecho exige traducciones y ajustes en los que se disimulan buena parte de las razones privadas que motorizan los conflictos, en pos de que sean las razones públicas las que primen. Los abogados cumplen inicialmente ese rol de traductores. En casos estructurales como *Brown*, donde los intereses individuales aparecen imbricados a través de su colectivización, esta característica del derecho se expone en una dimensión inusual. La función *performativa* (tanto de los

escolar. El objetivo era acreditar el daño psicológico que le causaba a los niños negros la segregación escolar.

⁵⁰ Ricardo Caracciolo me ha señalado que la instauración de un sentido del conflicto no supone la negación de la existencia de los hechos. Todavía hay un espacio de representación de verdad o falsedad, en el sentido epistémico, al que esta construcción de sentido no escapa del todo. Quizá mi visión epistémica esté influenciada por el último Wittgenstein, y su propuesta de la relación cíclica entre lenguaje y hechos. En efecto, no estoy negando genéricamente la existencia de hechos, cuya verdad o falsedad todavía puede probarse. Lo que hago, es sencillamente exponer la relación cíclica de esos hechos con el lenguaje judicial, y la particular entidad que ellos asumen en el proceso de composición de sentido del conflicto judicial.

abogados como de los jueces) queda al desnudo, y se nos presenta como la instauración de un sentido oficial del conflicto, eminentemente libre de la versión, la pasión, y el interés de los involucrados.

En efecto, en lugar de pensar que los abogados de la NAACP “expropiaron” el relato del problema a sus clientes, tendemos a pensar que los últimos aceptaron que sus intereses sean versionados como fragmentos de un relato más general. En definitiva, los “representados” aceptaron ser parte de un colectivo con un objetivo común que da un sentido diferente a su interés individual, pero que en cierta forma lo contempla, lo contiene, o lo potencia.

De la misma forma, en lugar de ver a la *performatividad* judicial como un acto de “imperialismo oficial” sobre el “auténtico” relato del conflicto (el de sus actores, por ejemplo), tendemos a verla como una forma de tratar a la disputa ante sus estrados. Una forma que se niega a evaluar esa disputa como la mera expresión de caprichosos intereses particulares enfrentados, sobre los cuales es necesario arbitrar. Se los trata, en cambio, como la expresión de la amenaza a un interés común y público, superior al de los litigantes.

Owen Fiss supo ilustrar esta idea, que domina nuestras intuiciones jurídicas, señalando que la decisión judicial es un “proceso social por el cual los jueces le dan significado a nuestros valores públicos.” (Fiss, O., 1979: 2). Los jueces no son árbitros entre desenfadados contrincantes que postulan sus visiones parciales (y eventualmente egoístas), sino los catalizadores de los valores sociales.

Lo que la perspectiva de Fiss no particulariza es cómo ese proceso de dar significado a los valores públicos supone, o se asienta, en una “instauración estrictamente judicial” de la disputa que valida el proceso de significación. Esa instauración del sentido de la disputa no coincide, por lo general, con el sentido que comparten los actores sociales, ni con la versión o traducción a valores públicos que éstos hacen, ni necesariamente con la que proponen los demás actores

judiciales. El problema que tratan abogados y partes y que resuelven los jueces (es decir, la *litis*) es instituido, en buena parte, por ellos mismos.

En casos como *Brown*, esta actividad de los jueces queda más expuesta que en un caso de divorcio, o de reclamo de una deuda. Sin embargo, lo que llamaré la *performatividad* del conflicto judicial se justifica externamente de la misma manera que la función de enunciación normativa o de las reglas de decisión. En ambos casos, la razón que guía la actividad judicial es la de dar significado a ciertos valores públicos. Lo distintivo es que esos valores públicos no sólo resuelven un conflicto, sino que también lo instituyen, o definen su alcance en la *litis*.

4. La performatividad del conflicto desde la perspectiva analítica

Según muestra *Brown*, la composición judicial del conflicto se presenta como una decisión a través de la cual se instaura una versión de lo que está en disputa, desplazando otras versiones en danza (Ver apartado 3.a). En este apartado me interesa subrayar en qué sentido la perspectiva analítica de la decisión judicial resulta insuficiente para dar cuenta de esa particular función de las decisiones judiciales, al ignorar el efecto performativo de la decisión.

En primer lugar, ocurre que la mirada tradicional se concentra o bien en las *reglas* sustantivas que se aplican a los hechos probados, o bien en las *reglas* de la prueba que determinan cuáles serán los hechos que compondrán el relato del conflicto y cuáles no. Desde ese ángulo, los analíticos ven a los hechos como si fueran los “ladrillos” (o “conjunto de ladrillos”) que componen una obra a la que se califica de premisa fáctica o *questio facti*. Se asume que la organización o explicación de sentido de esos hechos, es una cuestión objetiva, la cual se deriva de su existencia

procesal, y es exclusivamente producto de la prueba aportada o de las reglas de interpretación de esa prueba.

Esta mirada limitada oscurece actividades vitales de la composición del relato de los hechos. Apelando nuevamente a la metáfora, se puede decir que enturbia: 1) la labor del arquitecto, capaz de componer diferentes modelos de obra con los mismos ladrillos, y 2) la labor del ingeniero de materiales, capaz de proyectar la estructura de cada ladrillo para conseguir un conjunto predeterminado de propiedades. La *litis*, en cuanto composición de un relato del conflicto, no es una mera acumulación de hechos jurídicamente validados (probados y calificados legalmente). Ella exige una impronta similar a la del arquitecto, y a la del ingeniero de materiales, para que la *questio facti* denote un sentido particular, imprescindible para justificar la intervención judicial. Me refiero con esto al sentido del conflicto.

Los jueces seleccionan, ordenan, nominan (es decir, evalúan previamente) los hechos probados, y componen relatos con sentido a partir de ellos. Lo que instauran es un particular discernimiento del conflicto, creado a instancias de una creativa composición del relato de causalidades. Ricardo Caracciolo reconoce parte de los movimientos que aquí denuncio invisibilizados como algo que no es ignorado por los analíticos. Al describir la operación de subsunción, el autor insinúa la exigencia de algún tipo de ajuste en la descripción de los hechos para acomodarlos a la idea de “caso” aplicable, o caso previsto en la norma (Caracciolo, 2011). Si bien este ajuste descriptivo de hechos-norma es un primer indicio del tipo de actividad judicial que estoy intentando resaltar aquí, la composición judicial de los hechos exige bastante más que operaciones de ajuste, y ello se hace evidente cuando las normas son tan vagas como la regla de igual protección. *Brown* nos ha mostrado que los jueces “eligen” un relato entre varios muy distintos, pero plausibles. Ellos se componen con los mismos hechos (a los que se atribuyen diferentes propiedades), y se ajustan a la misma norma (la cláusula de igual protección). No

se trata sólo del armado de un rompecabezas mediante ajustes, sino que hay un compromiso evaluativo previo con su sentido, el que, en definitiva, determina la decisión selectiva.

Kelsen ya había advertido que las decisiones sobre los hechos son decisiones que los constituyen en cuanto tales (Kelsen, H., 1986-1999:161), reconociendo, aparentemente, el carácter performativo, en cuanto instauración, de las decisiones sobre la *questio facti*. Los hechos jurídicos son tales porque la validación judicial de los mismos es un acto de instauración. Lo que aquí venimos insinuando, además, es que esa instauración es una operación compleja por la cual no sólo se da valor jurídico a lo que pasa en el mundo, sino que se construye un sentido sobre lo que pasa en el mundo.

Esta función de composición *performativa* está fuera del espectro clásico de análisis de la decisión judicial, porque ella no transcurre como un proceso epistémico o de descubrimiento, sino como un proceso de lucha estratégica y de negociación hermenéutica que atraviesa a todo el proceso judicial, teniendo en la determinación de la *litis* a uno de sus momentos claves de instauración. El sentido de la *litis* puede volver a entrar en disputa al momento de la apelación, en segundas instancias, y en especial al momento de la implementación de la decisión.

Los hechos de la *litis* así constituidos (los hechos jurídicamente relevantes, instaurados por su validación judicial) tienen una vocación, causalidades implícitas, explícitas y percibidas; en definitiva poseen un sentido dominante. La forma en que se organizan en una explicación causal, el sentido que reivindican en esa organización, el grado en que se asimilan y distancian del sentido otorgado por los sujetos involucrados, constituyen elementos que permiten caracterizar a un relato o *litis* como estructural o no. En efecto, los jueces que toman decisiones estructurales componen relatos que involucran a muchos sujetos cuya versión del

relato es pobremente incluida en esa versión, y el grado en que dichas versiones aparecen en la *litis* siempre estará subordinado al relato principal.

Los hechos se interpretan o re-interpretan en el escenario judicial (existen o no procesalmente) conforme a la impronta del hacedor de la *litis*, quien en su tarea de instauración da más o menos cuenta de la lucha (o acuerdo) hermenéutica/o ante sus estrados.

5. Performatividad y legitimidad de la decisión

Desde la doble perspectiva propuesta en este capítulo (histórico-contextual y analítica), finalizaré el análisis adentrándome ahora en la delicada cuestión de la legitimidad política de la decisión estructural. La intención no es otra que mostrar la posibilidad de mirar este espinoso tema desde un ángulo nuevo, superador de miradas demasiado simplistas.

En primer lugar se afrontará la interpelación más habitual acerca del supuesto “carácter contra-mayoritario” de este tipo de decisiones. La pregunta disparadora, en concreto, es si la decisión de *Brown* ha sido, o no, una decisión contra-mayoritaria.

El segundo abordaje tiene que ver con el protagonismo judicial del caso *Brown*, en cuanto fuente de reforma pública. Al respecto, no voy a dar yo una respuesta, sino a reconstruir la de los doctrinarios de época. Me refiero a quienes tuvieron que explicar y justificar *Brown*, así como la acción judicial en otros casos similares, y lo hicieron desde su propio contexto y momento histórico. Esta reconstrucción, atada al contexto, dejará expuestas las raíces de varios de los presupuestos con los que se caracteriza al fenómeno en nuestros días; la misma servirá, por su parte, de punto de apoyo para criticar el trasplante teórico de estas doctrinas en el contexto argentino.

De esa forma, habré cerrado el largo camino del análisis del caso, dando suficientes bases para cambiar la mirada sobre la legitimidad de las decisiones judiciales en casos de control de constitucionalidad estructural.

5. a. ¿Fue *Brown* una decisión contra-mayoritaria?

La respuesta es negativa. *Brown* no fue una decisión realmente contra-mayoritaria. La perspectiva organicista de la legitimidad política de las decisiones, así como la categorización formalista de la voluntad mayoritaria, es la que conduce a ignorar este hecho.

I. La rica investigación histórica de Michel Klarman (2007), y algunos de los postulados críticos de Gerald Rosenberg (1991-2008), serán tal vez el punto de inflexión para el surgimiento de esta visión disidente,⁵¹ la que va ganando adeptos (Ver en particular Lain, C., 2010, Rossen J., 2006).

Klarman advierte que “más de la mitad de la Nación respaldó *Brown* desde el día en que fue decidido. Así, *Brown* no es un ejemplo de la resistencia de la Corte al sentimiento mayoritario, sino más bien de la conversión de un emergente consenso nacional en un mandato constitucional” (Klarman, M., 2007:77). Las encuestas de opinión (GALUP) de ese mismo momento revelaban que el 54% de los norteamericanos apoyaba la decisión de la corte (Klarman, 2007 y Lain, C., 2010:10). Más aún, *Brown* impugna reglas segregacionistas que estaban vigentes en

⁵¹ Desde el clásico texto de Alexander Bickel, *The last dangerous Branch*, se ha impuesto la idea y el concepto de la “dificultad contra-mayoritaria” (Ver Bickel, A. M. (1962-1986). Para Bickel y sus seguidores, *Brown* es considerado la quintaesencia de los ejemplos en los que la voluntad de la Corte, en cuanto órgano en sí contra-mayoritario, es la de proteger los derechos de las minorías frente a la oposición de las mayorías. (Lain, C., agosto 2010:8)

Esta insistencia en la preocupación por el carácter contra-mayoritario de la actividad judicial se ha difundido en nuestro país de la mano de varios juristas. Entre ellos, el más destacado ha sido Roberto Gargarella (1996).

menos de la mitad de los estados del país.⁵²En efecto, la mayor parte de los estados norteamericanos ya no segregaba al momento en que se decidió *Brown*.

No obstante, las razones que mantienen a varios teóricos del derecho preocupados por el carácter contra-mayoritario de decisiones como *Brown* son razones más bien analítico-formales, a las que me inclino por llamar “organicistas”. En primer lugar, se asume que el poder judicial es un órgano *per se* contra-mayoritario, en cuanto sus miembros no son elegidos directamente por los ciudadanos. Como consecuencia, sus decisiones cargan con ese mismo pedigrí. En segundo lugar, cuando las decisiones judiciales invalidan leyes que son expresión de la voluntad de los poderes mayoritarios, están contradiciendo a esa voluntad orgánica y, en ese sentido, la decisión judicial es contra-mayoritaria. Por último, cuando las decisiones judiciales dan órdenes de hacer o no hacer a los poderes legislativos y administrativos, estarían intentando imponer su voluntad, al menos formalmente, sobre la voluntad de estos poderes mayoritarios. El asunto es aún más reprochable cuando las decisiones que intentan imponer los jueces son decisiones políticas o sobre políticas, las que son, por lo general, competencias constitucionalmente atribuidas a los poderes “mayoritarios” (como habitualmente ocurre con las decisiones estructurales).

A partir de estas objeciones, un vigoroso debate jurídico político se abre sobre casos en los que las decisiones judiciales aparecen enfrentadas en términos categóricos a la voluntad de los poderes mayoritarios, lo que para muchos no sólo deslegitima políticamente esas decisiones, sino que torna imposible su implementación.

⁵² Uno de los jueces de la Corte advierte que, hacia 1954, la segregación estaba “gradualmente desapareciendo” y que ésta era una señal de su extinción. Según Klarman “Ellos creyeron” (los jueces) “que *Brown* estaba trabajando con, y no contra, la corriente de la historia.” (Klarman, M., 2007:77)

Entiendo que ya se ha dicho suficiente respecto a las flaquezas de la idea de que todas las decisiones del Poder Judicial sean, *per se*, contra-mayoritarias, así que no ahondaré aquí en la crítica a ese argumento que entiendo poco relevante.⁵³ Sí me detendré, en cambio, en el supuesto quebrantamiento de la voluntad de los poderes políticos mayoritarios en los casos en que la decisión judicial pretende invalidar una ley (en sentido genérico), o les dirige una orden de hacer o no hacer tal cosa. Para ello, no pretendo desatar aquí todo el silogismo de la “dificultad contra-mayoritaria”. Mi análisis del razonamiento organicista se asienta, sencillamente, en contrastarlo analíticamente con los hechos del caso *Brown*.

Para empezar, resultará útil establecer algunos acuerdos analíticos. Si bien es cierto que las leyes (en sentido genérico) representarían la voluntad orgánica de los poderes mayoritarios, también es cierto que la inexistencia de una ley sólo permite concluir que esos poderes “no tienen”, o “les falta” voluntad orgánica para cambiar el *status quo*. No se puede derivar de ello que los poderes mayoritarios estén “en contra” de ese cambio, o a favor de sostener el *status quo*.

Ahora bien, el Congreso Federal de Estados Unidos nunca dictó una ley con alcance nacional a favor de la segregación⁵⁴ y, de hecho, venía discutiendo desde

⁵³ En un sentido muy básico, el Poder Judicial es un órgano elegido por los poderes mayoritarios, de forma tal que su pedigrí democrático y constitucional es innegable. La mayor parte de su actividad consiste en aplicar normas producto de los órganos que representarían a las mayorías, a casos concretos. Por lo cual, su rol más sustancial parece ser más bien complementario al de los poderes mayoritarios (al menos desde una perspectiva positivista y formalista). Cuando la teoría hermenéutica denuncia su marco de discrecionalidad, entonces aparecen las objeciones sobre su falta de responsabilidad política como órgano, debido a que sus miembros no se renuevan periódicamente en sus cargos. Esas objeciones han sido también respondidas a través de las distintas teorías sobre su “rol institucional” en diversos modelos democráticos. En particular, en modelos cuya legitimidad descansa en la idea de “control” entre poderes, o de “diálogo” institucional. Ver por ejemplo, Jeffrey Rosen (2006) *The most democratic branch*; Barry Friedman (1993), *Dialogue and Judicial Review*; Ely, John H.(1980); y en nuestro país, Etchichurri, Horacio J. (2011), y Gargarella, Roberto (1996)(2006)(2008).

⁵⁴ Recuérdese que en *Brown* se juzgó la constitucionalidad de leyes locales, no de leyes nacionales. No había leyes nacionales que mandaran la segregación en todas las escuelas.

hacía décadas proyectos para proteger los derechos civiles de los negros. No aprobó ninguno de estos proyectos, como se explicó más arriba, debido a que la lógica interna del Senado permitió que los representantes de los estados del sur (minoritarios) bloquearan sistemáticamente su sanción. De ese estado de cosas podemos concluir, débilmente, que el órgano legislativo no tenía voluntad de cambio en materia racial; pero sería un exceso extender esta conclusión diciendo que la voluntad del órgano era contraria al cambio. De haber estado en desacuerdo con el cambio incitado por la Corte en *Brown*, hubiera concretado una reforma constitucional (lo cual es competencia del Congreso Federal) aclarando que no estaba prohibida la segregación,⁵⁵ o hubiera avanzado en regulaciones alternativas - que no requieren mayorías agravadas- para proteger los bienes o intereses que se pretendían resguardar con la segregación escolar. Pero esto no sucedió, porque la decisión judicial no contradijo una supuesta voluntad del órgano legislativo “en contra” del cambio propuesto.

El mismo patrón puede advertirse en la actividad/inactividad del Poder Ejecutivo Nacional. Los historiadores explican los débiles cambios a favor de los derechos de los afro-americanos propuestos en las administraciones de F. Roosevelt, H. Truman y Eisenhower, como el producto de la necesidad estratégica de los presidentes de evitar reacciones demasiado adversas provenientes del

Por cuerdas separadas, la Corte resolvió el caso de la segregación de las escuelas en el distrito de Columbia (Ver nota 79), en cuanto jurisdicción del Congreso Federal. Allí la corte sí confrontó a una ley emitida por el Congreso Federal (dado que Columbia era el distrito capital y no tenía legislatura propia). Si bien éste no es el caso relevante para nuestro análisis, me animaría a sostener que esa decisión judicial tampoco puede verse como enfrentando la voluntad del poder legislativo federal. Si el Congreso estaba en desacuerdo con la decisión en *Bolling v. Sharpe*, hubiera llevado adelante una reforma constitucional o hubiera reaccionado con regulaciones alternativas que protegieran los bienes que eran resguardados por la regulación segregacionista en las escuelas. El no haber hecho nada no significa, tampoco, que la voluntad orgánica era en favor de la decisión en *Bolling*, pero sí puede llevarnos a concluir que no había una voluntad contraria.

⁵⁵ La constitución norteamericana habilita al Congreso, en su cláusula V, a reformar la constitución a través de una mayoría agravada de ambas cámaras (dos tercios), sin necesidad de una convención constituyente. En este sentido, es una constitución más flexible que la argentina.

electorado del sur. De esa timidez o ambivalencia no se sigue que la voluntad inequívoca del Ejecutivo fuera la de sostener la segregación racial en las escuelas del sur, máxime si se recala en los primeros pasos desegregacionistas iniciados en la misma administración federal (en fuerzas armadas y otros cargos públicos) antes de *Brown*.

Podría pensarse, sin embargo, que los presidentes entendían que NO era oportuno avanzar otras decisiones sobre la desegregación racial. Este sería un dato relevante, en especial si se considera que las razones de oportunidad y conveniencia suelen verse como superiores a otras consideraciones, y que ellas corresponden por naturaleza a los órganos políticos. Muchos sostienen que ésa era la opinión que Eisenhower tenía en privado. Pero esta idea se debilita cuando se observa que durante el litigio del caso *Brown*, el Departamento de Estado presentó un *Amicus Curiae* en favor de los demandantes. No hay un solo indicio de que Eisenhower estuviera dispuesto a desafiar la decisión de la Corte cuando fue notificado de ella. De hecho, pareciera que la decisión le concedió una cobertura política muy oportuna para su política internacional durante la guerra fría (como se vio en el apartado 2. c. y d.)

En fin, el caso *Brown* tampoco contradujo una voluntad inequívoca de conservación del *status quo* por parte del Poder Ejecutivo Nacional.⁵⁶ Ello demuestra, en principio, la primera falla en el razonamiento organicista respecto al supuesto contra-mayoritarismo implícito en el control judicial de constitucionalidad. El hecho de que se trate de una orden del poder judicial hacia alguno de los otros dos poderes, y aún cuando esa orden tenga un sentido

⁵⁶ Ver en particular la nota al pie N° 12 del trabajo de Jeffrey Rosen (2006), en la que se discute la posición de la Administración de Eisenhower y Truman sobre la segregación escolar y se sostiene que la fuerza detrás de la política de desegregación no era ni la Corte ni el Congreso sino la Casa Blanca. Ver además la nota al pie N° 38 del trabajo de Corina Lain (2010) sobre las distintas teorías acerca de por qué el Departamento de Justicia de la administración de Eisenhower debía respaldar *Brown*. Ver en el mismo sentido Klarman (2007) y Tushnet (2004).

regulativo o de política, no es prueba suficiente de que se esté confrontando con la voluntad orgánica de los poderes mayoritarios (ya que en el caso no existía una ley nacional que validara el *status quo*). Esa voluntad, cuando no se expresa en leyes, es compleja, y admite más versiones que la bipolar calificación de “a favor” o “en contra.”

Por otro lado, es al menos paradójico observar que el órgano sindicado tradicionalmente de contra-mayoritario fuera el que mejor haya podido expresar la preferencia de las mayorías cuantitativas (no orgánicas) de ese momento. Ello insinúa, al menos, alguna especial capacidad de las cortes para optimizar la democracia en cuanto gobierno de mayorías actuales, aún frente a la inercia de los órganos elegidos por las mayorías formales.⁵⁷ Lo que se evidencia sin recatos, es que los llamados órganos mayoritarios no son siempre los representantes más eficaces de la voluntad de las mayorías efectivas y actuales,⁵⁸ y que, eventualmente, el Poder Judicial puede serlo. Ésta es una forma diferente de descalificar la visión organicista. Lo que muestra es que el análisis organicista de la legitimidad de las

⁵⁷ Son muchos los teóricos que han presentado argumentos en este sentido. Ver entre ellos el de John Hart Ely (1980) y el de Barry Freedman (1993), y en particular la teoría “invertida” de la revisión judicial que postula Corinna Lain (2010)

No estoy aquí promoviendo un argumento “cesarista” o “plebicitario” para evaluar o descartar la legitimidad de las decisiones judiciales en cada caso. Todo lo que afirmo es que si se va a impugnar categorialmente ciertas decisiones judiciales en base a que ella pretenden dar órdenes a los otros poderes del estado, es equivocado, o al menos paradójico, que se elija llamar a esa impugnación una “objección contra-mayoritaria”, cuando las mayorías reales se muestran a favor de esas decisiones. Si de verdad la cuestión que interesa es la legitimidad política detrás de las decisiones judiciales, se necesitan otro tipo de argumentos para privilegiar una “vacía” voluntad política formal (como la del caso), en desmedro de la real.

⁵⁸ Señala Corinna Lain que existe una virtual explosión de trabajos académicos que advierten sobre las fallas democráticas de los órganos democráticamente electos. “La polarización política, la parálisis legislativa, los intereses especiales [o específicos de la corporación], las deficiencias en el sufragio, las compuertas de veto...podrían no reflejar la voluntad mayoritaria... el punto más importante es que la legislación mayoritaria podría no ser mayoritaria por mucho tiempo... La opinión pública es fluida, sube y baja con el tiempo. La legislación, por el contrario es rígida, incluso cuando el proceso funciona como debería. La acción legislativa requiere esfuerzo, coordinación, *procedimiento*— cosas que la hacen resistente al cambio de una forma u otra, a pesar de los cambios en la voluntad mayoritaria” (Lain, C.: 2010, 68)

decisiones judiciales no sirve para una lectura de los procesos políticos reales, o una lectura sustantiva de la legitimidad fundada en la visión mayoritaria.

Habría, sin embargo, otros enfoques interesantes para repensar el análisis que vengo presentando. Uno de ellos, por ejemplo, mixtura versiones organicistas de las mayorías con otras que se ajustan en algo al contexto concreto del caso. En efecto, podría pensarse que la mayoría relevante a los efectos de esta evaluación no es la mayoría nacional, ni la representada en los órganos del gobierno federal, sino las mayorías locales (o incluso regionales), las que realmente eran afectadas por la sentencia. Al fin y al cabo, la inconstitucionalidad que se declara en *Brown* no se refería a una ley nacional, sino a leyes estatales y locales que representaban mayorías comunitarias, y cuyo ámbito de aplicación se localizaba predominantemente en los estados del sur.

Desde este ángulo, la decisión de la Corte enfrenta una forma de vida local, y confronta con las leyes de los órganos mayoritarios locales. Por ello es que la resistencia de los políticos de los estados del sur fue masiva,⁵⁹ y sindicó a la decisión en *Brown* de “tiránica”.⁶⁰ Basta advertir la radicalización del discurso racial de los políticos locales (antes más moderados), las manifestaciones exaltadas

⁵⁹ En 1956, se presentó una importante declaración de principios constitucionales en oposición a la integración racial en espacios públicos en el Congreso Federal. Conocida informalmente como el “Manifiesto Sureño” (*Southern Manifesto*), la declaración fue firmada por noventa y nueve políticos (noventa y siete de ellos demócratas) de Alabama, Arkansas, Florida, Luisiana, Misisipi, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Tennessee, Texas y Virginia. El documento fue elaborado, explícitamente, para contrarrestar la decisión de la Corte en *Brown*.

⁶⁰ El Gobernador de Georgia, Marvin Griffin, sostenía que “ningún verdadero sureño se sentía moralmente obligado a reconocer la legalidad de este acto de tiranía [*Brown*]”. En similar sintonía el senador Eastland proclamaba que “Resistencia a la tiranía era obediencia a Dios”. Otro senador del estado, Herman Talmadge, relacionó a *Brown* con un golpe de estado de un dictador extranjero, y habló de la “tiranía judicial”, y el congresista de Georgia James Davis, negaba la obligación de “la gente de inclinar el cuello ante esta nueva forma de tiranía”. Los representantes políticos del sur negaban, en general, que *Brown* fuera el derecho en ese territorio y proclamaban que “el sur nunca se rendiría”. (Klarman:2007, 196)

del humor social, acompañando el resurgimiento del *Ku Klux Klan*⁶¹, para tener una colorida representación de la idea formal de “colisión” entre mayorías locales y un poder central contra-mayoritario, como la Corte (Ver Klarman, M., 2007: Cap. 7 y 8). La cuestión así planteada, antes que de mayorías y minorías, se presenta en términos de definición de las competencias federales y locales.

Sin embargo, esas fuertes expresiones de preferencias en materia de política racial de los órganos locales, sólo podrían verse como mayoritarias -y, por tanto, incluso la expresión auténtica del sentimiento local- desde una perspectiva ingenuamente formalista. Me refiero a una perspectiva que pase por alto el hecho de que los poderes políticos locales eran fruto de la privación sistemática de los derechos a la participación política de los negros, quienes, en muchos casos, constituían *per se* la mayoría cuantitativa de algunas ciudades. En 1952, cuando se está discutiendo *Brown*, solo el 20% de los negros votaban en el Sur. Más importante aún resulta el hecho de que recién en 1964 la Corte invalidaría la difundida práctica de manipular las circunscripciones electorales que diluían el peso del voto negro en alguna de ellas. Según Klarman, si esta última decisión de la Corte en *Reynolds v. Slim* (1964)⁶² se hubiera dado antes de *Brown*, la intensidad

⁶¹Uno de los líderes del Klan declaraba que *Brown* creó “una situación cargada con dinamita” y “realmente nos dio un empujón” (Klarman, 2007: 192-193)

⁶²*Reynolds* fue decidido por la Corte Suprema en 1964. “Originalmente la Corte Suprema declara que ésta era una cuestión “no justiciable”, esto es, que la cuestión de la distribución [de las circunscripciones electorales] debía ser resuelta por los órganos políticos y no por las cortes. Pero en 1960, la Corte anuló un esquema de distribución [de bancas] en Alabama, diseñado para evitar que los votantes afro-americanos emitan un voto efectivo. La Corte basó su decisión en la enmienda 15, que prohibía la privación de votar en base a la raza. Los votantes blancos de zonas urbanas sostuvieron que si ese recurso existía para los votantes negros, entonces seguramente existía un remedio para ellos también. En marzo de 1962, el tribunal estuvo de acuerdo, y declaró, en un caso llamado *Baker v. Carr*, que la cuestión de la redistribución era justiciable. Un año más tarde la Corte dictó la fórmula que se usaría para resolver la cuestión, de “una persona, un voto”, la que es aplicada en este caso paradigmático de *Reynolds v. Sims*.

Con la excepción de su decisión en *Brown v. Board of Education*, ninguna otra decisión de la Suprema Corte en los años recientes ha tenido tanto impacto en la fábrica social y política del país. Las legislaturas provinciales que por largo tiempo habían estado bajo el control de las minorías rurales

de la resistencia política del sur a *Brown* hubiera sido bastante diferente. Podríamos agregar que si *Reynolds* se hubiera decidido antes de *Brown*, probablemente hubieran sido bastante menos los Estados que segregaban sus escuelas al momento en que se decidió *Brown*.

En otras palabras, la idea de que la decisión en *Brown* fue contra-mayoritaria porque las autoridades políticas locales reaccionaron masivamente en contra, es un reflejo ingenuamente formalista de la idea de que las autoridades que forman los órganos legislativo y ejecutivo se fundan en la voluntad mayoritaria. Este formalismo soslaya el hecho de que un grupo es excluido de los procesos de participación política mediante diversos mecanismos de distorsión de esos procesos. En cuanto se da cuenta de esa coyuntura, la perspectiva organicista deja de ser útil en la discusión sobre la legitimidad de la decisión judicial por su fuente minoritaria (aunque pueda persistir como perspectiva que reivindica la autoridad de la voluntad estatal compleja, ya no por su fuente, sino por razones de seguridad jurídica o estabilidad del sistema).

Aun así, quizá podría convenirse en que las características violentas y persistentes de la resistencia de la comunidad blanca del sur es un dato determinante acerca de las preferencias de las mayorías, al menos dentro del grupo de los blancos (que de hecho eran la mayoría cuantitativa en el sur). Sin embargo, esa sería otra imagen distorsionada. De la intensidad de los medios de resistencia utilizados, no puede derivarse la homogeneidad de las preferencias por ciertas formas extremas de resistencia dentro del grupo de los blancos. Klarman ha dado evidencias elocuentes de cómo los extremistas en materia de segregación controlaban la política racial del sur, no por ser mayoría entre los blancos, sino por

serían ahora elegidas por la verdadera mayoría de la gente. Las legislaturas más representativas de la gente cambiarían radicalmente las fórmulas de financiamiento de las escuelas, las calles y los servicios sociales” Fuente: <http://eca.state.gov/education/engteaching/pubs/AmLnC/br68.htm>

haber tenido la capacidad práctica de imponer la intensidad de sus preferencias frente a los más moderados. Esa capacidad estaba ligada al fuerte compromiso que los extremistas tenían con la cuestión racial. Tan fuerte era éste, que estaban dispuestos a asegurar la efectiva implementación de sanciones sociales dirigidas a suprimir el disenso. Así fue que mantuvieron cerrado el debate social sobre la cuestión racial a través de distintos métodos de censura.⁶³ Frente a estas circunstancias, cabe preguntarse, ¿en qué sentido había allí una “forma de vida local” que resistía frontalmente a *Brown*?

En síntesis, pensar en el caso *Brown* como un caso contra-mayoritario implica un acercamiento organicista y formalista que oscurece demasiadas instancias relevantes. Esta aproximación no da cuenta, entre otras cosas, de las formas en que una posición mayoritaria, nacional o local, puede ser enervada en el devenir de los procesos políticos formales de toma de decisiones; o cómo la heterogeneidad local puede ser disimulada por la impronta de una minoría con una preferencia particularmente intensa. Primeramente, asume concepciones de “voluntad orgánica” simplistas e insatisfactorias. En fin, el análisis organicista de mayorías y minorías enturbia un análisis jurídico-político más realista sobre los procesos en los que se da una intervención judicial. Por ello, vamos a descartarlo como un

⁶³“Los segregacionistas intransigentes no estaban sólo más intensamente comprometidos que sus adversarios, sino que ellos también tenían la inclinación y la capacidad para silenciar el disenso... Así, la legislatura de Virginia revocó el derecho del condado de Arlington de elegir miembros de la junta electoral como sanción por la opción local por la desegregación... El incentivo que ellos tenían para suprimir el disenso era claro, pero ¿por qué los resistentes masivos fueron tan efectivos en hacerlo? La respuesta, en síntesis, es que el sur no era una sociedad abierta caracterizada por el debate robusto en cuestiones raciales... Profesores de escuelas públicas y universidades perdieron sus trabajos o eran acosados por comités de investigaciones legislativas por atreverse a respaldar la integración, o incluso por instar a la obediencia de la ley o criticar la violencia...” (Klarman, 2007, 177-178). En ese ambiente en el que “no se podía pensar en voz alta” los moderados estaban inmovilizados por la confusión y el miedo.

indicador fiable para reflexionar sobre la legitimidad política de las decisiones judiciales que nos interesan.

II. Ahora bien, todavía podemos indagar sobre la legitimidad de las decisiones judiciales como *Brown* desde otro ángulo teórico. En lugar de mirar a la regla de decisión del caso, propongo reflexionar sobre la *litis* que le sirvió de base a esa decisión. Mauro Benente, en hipotético acuerdo con los postulados hasta aquí presentados, sugirió que se podría pensar que la decisión de *Brown* es contramayoritaria porque los jueces “representaron” el conflicto apartándose de la forma en que lo “representaron” los involucrados, quienes -después de todo- son los representantes de las minorías.⁶⁴

El planteo, creo yo, es soberbio; aunque es necesario hacer algunas aclaraciones para no caer nuevamente en las falacias del organicismo. En primer lugar, tanto la acción del juez, como la de los actores procesales, no son “representaciones” en disputa, sino acciones de instauración que se anulan o superponen. En este sentido, no es posible hablar de la verdad o falsedad de alguna de ellas, ni tampoco de una, en relación a la otra.

Sería un error creer que todas las decisiones judiciales son contramayoritarias porque el conflicto que resuelven los jueces es, en general, el resultado de su función *performativa* o instauradora de la *litis* (ello en el marco de un debate hermenéutico donde los abogados, también en su rol performativo, proponen otras versiones, a veces diferentes a la de los activistas, que en su rol

⁶⁴ En ocasión de presentar los argumentos de este capítulo en un evento académico, me enfrenté públicamente a la interesante interpelación de Mauro Benente, la que reconstruyo pobremente aquí y que, por cierto, no supe responder acabadamente en su momento. Agradezco a esta interpelación de Benente el haberme ayudado a profundizar la reflexión por los caminos que siguen.

El evento en cuestión fue la I Jornadas de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, que se realizara conjuntamente con las XXVI Jornadas Argentinas y V Argentino Chilenas de Filosofía Jurídica y Social, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, en la ciudad de Mendoza, entre los días 18 y 20 de octubre de 2012.

también instauran otras versiones distintas a la de las víctimas). Si pensáramos así, caeríamos en el mismo organicismo ingenuo antes señalado, el que determina el grado de legitimidad política de las decisiones sólo por el pedigrí del órgano que las toma (desconociendo su contenido, efectos, procesos y contexto). El ejercicio de la *performatividad* judicial tiene siempre variaciones, y genera resultados tan diversos como los contextos en que se despliega.

En segundo lugar, es crucial definir los términos en los cuales podríamos pensar que una decisión acerca de cuál es el conflicto (una *litis*) puede ser en sí misma contra-mayoritaria. Es necesario, para empezar con el pie correcto, desistir del uso de indicadores organicistas, tal, por ejemplo, el de la perspectiva de los actores judiciales en cuanto representantes de las minorías. En cambio, sí parece apropiado pensar que, al instaurar un sentido del conflicto, lo que la Corte hace es instaurar un sentido que puede ser compartido por ciertas minorías, o por las mayorías (nótese que estoy excluyendo de mi reflexión todas las complejidades que vienen con la definición de qué entendemos por minorías, y qué por mayorías). Desde esta simple premisa, podemos preguntarnos si el sentido del conflicto instaurado en *Brown* era el mismo que era sostenido por la mayoría en ese momento, o estaba más cercano a la versión de la minoría involucrada.

A lo largo del análisis del caso hemos respondido, en cierta forma, a esta pregunta. El debate entre los activistas del movimiento negro devela que las perspectivas sobre la segregación escolar de dos de sus líderes paradigmáticos (Du Bois y Walter White) eran opuestas. El contexto vincula esas perspectivas opuestas con versiones opuestas sobre el camino de la emancipación, los compromisos políticos, partidarios y hasta cosmovisiones de la organización política del país. Si bien ello no da una respuesta directa a la pregunta planteada, sí nos sugiere que el conflicto definido en la *litis* no era el sentido homogéneo que la comunidad negra tenía respecto a la segregación institucional (dado que tal homogeneidad no

existía). En todo caso, esa *litis* clausuró oficialmente un debate paradigmático entre activistas negros respecto a la significación de la segregación escolar, y cuál era su interés concreto en relación a ella.

Aunque los activistas negros hubieran seguido discutiendo el tema después de *Brown*, no puede negarse que la decisión de la Corte instauró un sentido del conflicto que tenía como interpretes (jurídicos y políticos) sólo a una parte de la comunidad negra. Esa parte conquistó con *Brown* una oportunidad política decisiva para oponerse a la segregación escolar.

Lo interesante de esta mirada es que aunque no nos dice demasiado sobre el sentido mayoritario o contra-mayoritario de la *litis* de *Brown*, sí nos sugiere mucho sobre la función política de la *litis* en cuanto demarcación del terreno oficial del debate. La instauración del sentido de la *litis* es, en cierta forma, la instauración de la legitimidad oficial de ciertos conflictos políticos (y el desplazamiento de otras versiones del conflicto que se oponen a la versión oficial). Con ello, también significa la autorización de ciertas reivindicaciones, y no de otras que entran en contradicción. Esto no es poco, porque implica poner a disposición de los activistas que comparten esa perspectiva del conflicto las herramientas institucionales para avanzar sus luchas en el marco de la agenda oficial. También supone el desplazamiento de perspectivas del conflicto diferentes que no contarán ni con legitimación oficial, ni con las herramientas institucionales que son propias de los conflictos reconocidos como legítimos.

En síntesis: El análisis tradicional de la legitimidad de las decisiones judiciales, al pecar de organicista, pierde de vista los procesos políticos en los que la decisión judicial se lleva adelante. Una crítica a la legitimidad de la intervención judicial desde esta perspectiva resulta poco fiable. En efecto, ella sería capaz de estigmatizar como contra-mayoritaria a una decisión como *Brown*, que ostensiblemente gozó del apoyo mayoritario de su tiempo. Del mismo modo, es

capaz de celebrar una decisión como *Brown* por su carácter favorable a los intereses de minorías, ignorando el impacto político que esa decisión tiene en el debate interno de dichas minorías, empoderando a algunos, en detrimento de otros.

En definitiva, si miramos a la composición de la *litis* estructural de Brown nos encontramos con una explicación causal que imbrica intereses de un sector de las minorías negras, excluyendo o negando como legítimos los intereses o perspectivas de otro sector de esa misma minoría.

En definitiva, es necesario apartar una perspectiva *representativista* de la legitimidad judicial en relación a la *litis*. No se trata de que los jueces representen o no un conflicto real, o que ellos sean fruto del relato de una minoría. Estamos frente a la instauración oficial de sentido de ciertos conflictos, sentido que tiene el potencial de ser compartido por minorías y mayorías. Sin duda el sentido de conflicto instaurado en *Brown* era compartido por las mayorías, pero dividía a la minoría a la que se asumía proteger.

El cuadro que sigue nos permite esquematizar la semántica política de las decisiones en materia racial que describimos en el contexto de *Brown*.

Semántica Política de las Decisiones Judiciales en Materia Racial

Era Jim Crow (1877- 1930)	Comienzos de la Segunda Reconstrucción (40´)	Brown (50´)
Decisiones acordes con la explícita voluntad de los órganos políticos locales.	Decisiones promovidas por las demandas de las minorías afectadas (no controvertidas para ellas)	Decisión acorde a las mayorías nacionales.
No contradicen la voluntad de los órganos federales mayoritarios, ni los locales	Baja resistencia local. Alianzas con el Poder Ejecutivo Nacional.	Alta resistencia local. No contradice la voluntad de los órganos federales.
No hay conflicto legítimo en materia de segregación escolar.	El conflicto sobre la segregación escolar está abierto a debate en la comunidad negra.	El conflicto sobre la segregación escolar está legitimado oficialmente.

6. Recapitulando

En este trabajo se mostró que la *litis judicial* es el producto de una función judicial que se identificó como *performativa*, la cual consiste en instaurar un sentido particular de conflicto sobre el que el juez toma decisiones con carácter normativo.

Los detalles del caso *Brown* ejemplificaron la manera en que esa función *performativa* permite expandir el terreno de lo justiciable, alcanzando a prácticas que estaban por fuera de lo que previamente se entendía sometidos a debate judicial. Cuando ello sucede, es decir, cuando se expanden los límites de lo justiciable, estaríamos en condiciones de hablar de una "*litis* estructural." *Brown* ha sido entonces, no sólo un ejemplo del ejercicio del control de constitucionalidad, sino del ejercicio de ese control sobre una "*litis* estructural."

También se advirtió que la *litis* del caso *Brown* fue el producto de una decisión selectiva tomada por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir de la organización de los hechos en un relato distinto al que venían instaurando los jueces de estado, y a otros relatos que estaban en danza en el movimiento emancipador negro. Este relato oficial, estuvo marcado, en términos estrictamente analíticos, por el peso diferente dado a los elementos de juicio (en particular, al daño en la subjetividad de los niños negros que asistían a escuelas segregadas), y por la posición que esos elemento ocupan en la explicación causal que ofrece el relato oficial. En efecto, el daño subjetivo con incidencia colectiva constituye el agravio desde el que se imbricaron ciertos intereses particulares (desplazando así a otros intereses que podrían incluirse si el daño identificado hubiera sido otro). Ese daño se conecta con una práctica institucional reglada (la segregación racial escolar), y no con otras prácticas posibles, las que hubiera llevado la expansión de lo justiciable hacia otros terrenos, y justificado otras racionalidades judiciales.

II. El análisis presentado permitió especular en términos más concretos sobre potenciales vínculos entre la *litis* “elegida” por la Corte, y las visiones políticas del conflicto racial que tuvieron los distintos grupos activistas, las autoridades públicas nacionales y locales, y las que pudieron haber tenido las mayorías y minorías vigentes al momento de la decisión. En fin, nos permite evaluar la legitimidad política de una instancia de la decisión judicial que usualmente es invisibilizada por la teoría analítica de la decisión judicial, y por las aproximaciones organicistas a la cuestión de las mayorías y minorías.

El contexto de la posguerra y el de la guerra fría provee de algunas pistas para entender posibles motivaciones coyunturales en la elección de la *litis* de *Brown*. Pero éste no ha sido el asunto que se intentó dilucidar aquí. No fue la intención del trabajo develar las verdaderas motivaciones y compromisos políticos de *Brown*. La meta teórica del trabajo se limita a exponer la actividad de composición de la *litis* como una decisión que también puede leerse en términos políticos y regulativos. En otras palabras, se trata de mostrar que las mismas conexiones que suelen hacerse entre las reglas que justifican la decisión judicial y ciertas consecuencias regulativas, podrían establecerse entre el relato judicial de lo que está en disputa, y determinados horizontes regulativos.

III. Se argumentó por último, que la determinación de la *litis* contribuye a la determinación de axiomas sobre “lo justiciable.” Sobre los axiomas de lo justiciable reafirmados en el caso *Brown*, se asientan otros que resultan ya estereotípicos del derecho norteamericano, y distantes de los desarrollos en nuestra cultura jurídica. Entre ellos, la idea de que sólo son justiciables los derechos negativos, es decir, aquellos derechos tendientes a evitar la interferencia activa del estado (ya sea como políticas, como institución, o como prácticas deliberadas de autoridades

públicas).⁶⁵ Esa idea es la base de la conocida postura negatoria de los juristas norteamericanos respecto al reconocimiento y exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales (lo que supondría, eventualmente, exigir prestaciones positivas del Estado frente a violaciones *de facto*). Este último señalamiento es un punto de comparación importante con nuestra racionalidad jurídica, el que nos permitirá esclarecer el origen de algunos desacuerdos corrientes en el derecho argentino en materia de control de constitucionalidad estructural, y control de constitucionalidad basado en derechos sociales.

⁶⁵ El caso paradigmático que ejemplifica los alcances de esta racionalidad peculiar, es el tristemente célebre caso *DeShaney* (1989), fallado por la Corte Suprema Norteamericana. Se trata de un niño que sufrió un daño cerebral irreversible producto de los golpes que recibió de parte de un padre violento, el que ya había sido denunciado en varias oportunidades ante una agencia especializada del Estado. La Corte rechazó la demanda en contra del Estado (por fallar en su deber de protección del niño) con el argumento de que el objetivo de la cláusula constitucional era proteger a los individuos frente al Estado, no asegurar que el Estado protegiera a los individuos unos de otros. Ésta es una formulación clara de una de las versiones según la cual lo demandable son derechos negativos y no positivos.

Lucas Grosman critica el fallo, señalando que los derechos deberían leerse haciendo alguna referencia a la factibilidad, lo que en esencia quiere decir que su “contenido depende de la capacidad concreta de la agencia estatal relevante”. De forma tal que si la agencia tenía capacidades, como sucedía en el caso *DeShaney*, y no las utilizó, no puede excusarse de su responsabilidad (Grosman, L., 2008:30-31).

Nótese que pese a proponerse una solución diferente frente al caso, se mantiene la estructura de derechos negativos. En otras palabras, no se trata del derecho a una prestación positiva de parte del Estado, sino que los derechos siempre serán derechos a que el Estado “no discrimine” o “no excluya” negligentemente de los servicios disponibles. Si no hay acción negligente o acción imputable al Estado, no hay reivindicación justiciable dentro de esta tradición norteamericana de los derechos, que el autor argentino reivindica en sus argumentos.

BIBLIOGRAFÍA

Anderson, Carol (2003) *Eyes off the Prize. The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*(Cambridge: Cambridge University Press)

Bartlett, Katharine T. (1990-2011) *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana.* Marison Fernández / Félix Morales (coordinadores) (Lima: Palestra)

Bickel, Alexander M. (1962-1986) *The least dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics* (New Heaven and London: Yale University Press) *Second Edition*

Brune, Jerome (2002-2003) *La fábrica de Historias. Derecho, literatura, vida* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina)

CELS 2008 *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho* (Buenos Aires: Siglo XXI editores)

Chayes, Abram (1976) "The role of the judge in public law litigation" 89 Harvard Law Review 1281.

Ely, John Hart (1980) *Democracy and Distrust. A theory of judicial review* (Cambridge Mas.: Harvard University Press)

Etchichurri, Horacio Javier (2011) "Poder Judicial, democracia y derechos sociales" en Revista electrónica del instituto de investigaciones "Ambrosio L. Gioja" Año V, Número 7, Invierno 2011.

<http://derechocambiosocial.pbworks.com/w/file/attach/53232418/Etchichurri.pdf>
(última entrada 07/06/2012)

Feeley M. & Rubin E. (1997-2000) *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts reformed America's Prisons.* (Cambridge: Cambridge University Press)

Fiss, Owen M. (1996) "La teoría política de las acciones de clase" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* Año 1, Número 1, Abril 1996 (Buenos Aires: Universidad de Palermo) pp. 5-12.

(1979) "Foreword: The Forms of Justice" 93 Harvard Law Review

1

Freedman, Barry (1993) "Dialogue and Judicial Review" 91 Michigan Law Review, 577

Fuller, Lon L. (1978) "The forms and limits of adjudication" 92 Harvard Law Review 353

Galanter Mac (1974, 2001) "Por qué los "poseedores" salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico" en García Villegas Mauricio: 2001

García Villegas, Mauricio (2001) *Sociología Jurídica. Teoría y Sociología del Derecho en Estados Unidos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia)

Gargarella, Roberto (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial* (Barcelona: Ariel)

-----, Domingo, Pilar & Roux Theunis (editores) (2007) *Courts and Social Transformation in new Democracies. An institutional voice for the Poor?* (Aldershot: ASHGATE)

Gloppen, Siri (2006) "Courts and social transformation: An analytical Framework" en Gargarella, Domingo y Roux *Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor?* (Gran Bretaña: Ashgate) pp. 35 a 59

Goluboff, Risa L. (2007) *The Lost Promise of civil Rights* (Cambridge & London: Harvard University Press)

Grosman, Lucas S. (2008) *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución* (Buenos Aires: Librería)

Kaczorowski, Robert J. (2005) *The Politics of Judicial Interpretation. The federal courts, department of justice and civil rights, 1866-1876* (New York: Fordham University Press)

Kennedy, Duncan (1986-1999) *Libertad y restricción en la decisión judicial* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores)

Klarman, Michael J. (2007) *Borown v. Board of Education and the Civil Rights Movement. (Abridged edition of From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality)* (New York: Oxford University Press)

Lain, Corinna B. (31 de Agosto 2010) "The Countermajoritarian Classics (and an Upside Down Theory of Judicial Review)" working paper. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1669560> (última visita 04/06/2012)

Maggioca, Gerard N. (2011) "Reforming the filibuster" en *Northwestern University Law Review* Vol. 105, Nº 1 (Chicago:Northwestern University School of Law)

Pérez Zavala y San Giovanni (2009) "Fallo Clave: la corte suprema amplió la actualización de los haberes de los Jubilados" en iprofesional.com (en <http://www.iprofesional.com/notas/85889-Fallo-clave-la-Corte-Suprema-amplio-la-actualizacion-de-los-haberes-de-los-jubilados.html> Acceso 4 de Febrero de 2011)

Parker, Frank (1990) *Black Votes Count. Political Empowerment in Mississippi after 1965* (Chapel Hill: University of North Carolina Press)

Pilgrim, David "Who was Jim Crow" en *Jim Crow Museum of Racist Memorabilia "Using object of intolerance to Teach Tolerance and Promote Social Justice"* Septiembre 2000, Edited 2012 at: <http://www.ferris.edu/news/jimcrow/who.htm> (Ultima visita 17/07/2012)

Puga, Mariela (2008) "La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas "Verbitsky" y "Mendoza" en Publicaciones de la Universidad de Palermo Recuperado Junio 20 del 2009 <http://palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20de-rechos%20-Mayo-2.pdf>

----- (2008) "¿A dónde va la Corte en las casusas Verbitsky y Riachuelo? Ni uñas ni dientes. Intervenciones experimentalistas" en Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Doctrina-Jurisprudencia Año L-Nº69 (pag.151 a 165)

----- & **Lanusse**, M (2009) "El regreso del Bumeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras "otras" preguntas" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 10, Nº 1, Agosto 2009. (Buenos Aires: Universidad de Palermo)

----- (2012) *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia* (Buenos Aires: CLACSO)
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/subida/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>

Rosen, Jeffrey (2006) *The most democratic branch. How the courts serve America* (New York, Oxford University Press)

Rosenberg, Gerald N. (1991, 2008) *The hollow hope. Can Courts Bring about social change?* (Chicago: University of Chicago Press) Segunda Edición.

Scheppele, K. (1988) *Legal Secrets* (Chicago: University of Chicago Press)

Scott, Joan W. (1986-1990) "El género: una categoría útil para el análisis histórico" en *Historia y Género. Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*, James S. Amelang y Mary Nash (eds.), Edicions Alfons el Magnanim, Institució Valencina d'Estudis i Investigació.

Tushnet, Mark (2004) "Some legacies of *Brown v. Board of Education*" Symposium 50 years of *Brown v. Board of Education*; en *Virginia Law Review Association*, Octubre 2004. 90 VALR 1693.

Yeazel, Stephen C. (1987) *From Medieval Group Litigation to Modern Class Action* (New Heaven: Yale University)

Fallos:

Brown I: Brown Et Al. v. Board of Education of Topeka Et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas (347 U.S. 483) (1954)

Brown II: Brown Et Al. v. Board of Education of Topeka Et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas (349 U.S. 294) (1955)

Brown III: Brown Et Al. v. Board of Education of Topeka Et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas (347 U.S. 483) (1954)

Dred Scott v. Stanford (60 U.S. 393) (1857)

DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services 489 U.S. 189 (1989)

Giles v. Harris (189 U.S. 475) (1903)

Guinn v. United States (238 U.S. 347, 355) (1915)

Lochner vs. New York (198 U.S. 45) (1905)

Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537) (1896)

Reynold v. Sim (377 U.S. 533) (1964)

William v. Mississippi (170 U.S. 213) (1898)

McLaurin v. Oklahoma State Regents (339 U.S. 637) (1950).

Audios y Videos

Klarman, Michale J. "On Robert H. Jackson", entrevista del 22 de Agosto de 2011 en Chautauqua Institution, Chautauquam N.Y. Puede verse aquí: <http://www.youtube.com/watch?v=4iP7fhREhps>

Última visita (27/02/2012)