

## Cuestiones constitucionales

### Bush V. Gore y el velo de la legitimidad constitucional

JOSÉ RAMÓN COSSÍO D.

El pasado 7 de noviembre se llevó a cabo la elección del presidente de los Estados Unidos. Como se pronosticó semanas antes de su realización, se trató de una elección competitiva y muy cerrada en cuanto a sus márgenes de votación. Lo que nunca se pronosticó, o al menos no de manera tan señalada, fueron las muchas dificultades que habrían de sobrevenir, al punto de poder hablarse de una crisis en el sistema electoral presidencial. La razón de ello es fácil de señalar: se trata de un mecanismo establecido desde el Congreso Constituyente de Filadelfia, mediante el cual cada estado de la Unión nombrará, "del modo que su legislatura disponga", un número de electores igual al total de los senadores y representantes a que el estado tenga derecho en el Congreso (artículo II, 1). Con esta solución, los constituyentes buscaron que la decisión final quedara en manos de las instancias locales; igualmente, tenían en mente una solución de tipo republicano, que no necesariamente democrática, en donde algunos pocos sujetos bien instruidos y con sólida presencia social, tomaran las decisiones más relevantes.<sup>1</sup>

Con independencia de si la solución planteada debe o no prevalecer,<sup>2</sup> la cuestión es que el mecanismo apuntado generó una diversidad de problemas que terminaron con su judicialización. Sin embargo, y por lo complejo del caso y haber asumido los tribunales una posición de última instancia de resolución, necesariamente se produjo también la politización de la propia justicia. Se trata de un ejemplo en el que quedaron en evidencia muchas de las debilidades institucionales de la justicia, de su débil posición como garante de la racionalidad del acontecer político, así como de su precaria legitimidad. Igualmente, se puso de manifiesto la veracidad de muchas de las críticas que repetidamente se han hecho a la justicia, en tanto forma disfrazada de ejercicio de la política por la vía del activismo judicial de izquierda o de derecha.<sup>3</sup> En el pasado, los tribunales federales norteamericanos, en particular la Suprema Corte, se habían excluido del conocimiento de cuestiones en las que consideraran presente una cuestión política (political question), por estimar que su solución debía provenir de la propia arena política.<sup>4</sup> En la célebre resolución a *Baker v. Carr*, resuelta en 1962,<sup>5</sup> la Corte estableció que se estaba frente a una cuestión política siempre que fuera imposible establecer un criterio claro de resolución del asunto; fuera imposible resolver el caso sin un criterio político o a partir de la discreción judicial; resolver sin mantener un adecuado respeto a los poderes públicos, o llegar a producir un problema potencial por generar variados pronunciamientos de distintos poderes respecto de una determinada cuestión, por ejemplo. En el caso que nos ocupa, sin embargo, ese criterio no se sostuvo, de modo que diversos tribunales locales y la Suprema Corte de los Estados Unidos, en particular, decidieron ocuparse del asunto con las consecuencias que más adelante veremos. Por el momento, baste apuntar que la elección hecha por la Corte de los Estados Unidos de no considerar los asuntos presentados como political questions constituye desde luego un indicio acerca de su interés en participar y resolver el conflicto político suscitado, es decir, de su interés por introducir a la propia Corte en el juego político que estaba abierto. El problema que habría de terminar en los tribunales surge y se constituye por los siguientes hechos: el 7 de noviembre se celebra la elección de presidente de los Estados Unidos. Al llevarse a cabo el recuento de los votos en el estado de Florida, se obtiene de modo preliminar el siguiente resultado: 2,909,135 votos para

Bush/Cheney y 2,907,351 votos para Gore/Lieberman, lo cual significa una diferencia de 1,784 votos. De acuerdo con la legislación de Florida, por estarse frente a una diferencia de menos de medio por ciento de los votos, debía realizarse un recuento diverso por medio de una máquina específica. Gore logró la realización de recuentos manuales en cuatro condados de la Florida (Volusia, Palm Beach, Broward y Miami-Dale), lo que provocó un primer problema: ¿cuándo debían remitirse esos datos a la Secretaria de Estado en su carácter de autoridad electoral? Ella misma lo había fijado el día 14 de noviembre, mientras que la Suprema Corte de Florida lo hizo para el día 26 de mismo mes. Recibidos los resultados con anterioridad a esta fecha, se declaró vencedor a Bush y se le otorgaron los 25 votos electorales del estado. Al día siguiente, Gore demandó la irregularidad de los votos, misma que terminó resolviendo la Corte de Florida en los siguientes términos: estimó que Gore no había podido probar la irregularidad de los votos en los condados de Nassau y Palm Beach, pero que sí había podido hacerlo en el de Miami-Dade, por lo que ordenó el recuento manual de los 9,000 votos que en el mismo se habían emitido. En la parte más compleja de esta resolución determinó también que los tribunales locales estaban facultados para proveer cualquier solución a casos semejantes a los resueltos, entre ellos la realización de recuentos manuales.

En lo que fue la primera demanda de Bush ante la Suprema Corte de los Estados Unidos (Bush I),<sup>6</sup> solicitó el otorgamiento del certiorari para estar en posibilidad de combatir las decisiones de los órganos electorales de Palm Beach y otros condados. El tema jurídico planteado consistió en saber si la Suprema Corte de Florida, al fallar los recursos interpuestos por Gore, había o no resuelto adecuadamente las siguientes cuestiones: ¿en qué medida un error de marca en la boleta justificaba un recuento manual?, ¿se habían o no interpretado adecuadamente los preceptos invocados por la Corte de Florida al resolver el recurso? La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió *per curiam*, el 4 de diciembre de 2000, que su criterio tradicional había sido en el sentido de otorgarle deferencia a las interpretaciones hechas por las autoridades locales respecto de sus normas jurídicas. Sin embargo advertía que el caso a consideración no se trataba sólo de derecho local, en tanto las normas emitidas por la Legislatura de Florida debían utilizarse para llevar a cabo una elección federal. En su parte medular, en la resolución se sostiene que "existe una considerable incertidumbre acerca de los fundamentos precisos de la decisión" tomada en Florida, por lo que, a partir de los precedentes invocados,<sup>7</sup> estimó que la falta de fundamento era suficiente para declinar por ese momento la cuestión federal que se le había planteado.

La siguiente etapa de este asunto se dio el 8 de diciembre, cuando la Suprema Corte de Florida ordenó que la Corte de Circuito del Condado de Leon contabilizara a mano los 9,000 votos del Condado de Miami-Dale, y que aquellos que en el futuro se realizaran respecto de otros condados fueran hechos de la misma forma. En contra de esta orden, Bush solicitó a la Suprema Corte de los Estados Unidos el otorgamiento de un certiorari. El 9 de diciembre se le otorgó este último y el 12 de diciembre se falló el asunto (Bush IT).<sup>8</sup> A juicio de la Suprema Corte, la petición plantea la cuestión siguiente: cuando la Suprema Corte de Florida establece un nuevo criterio de resolución para la elección presidencial, se viola el artículo II de la Constitución y se dejan de cumplir varias disposiciones del Unites Status Code, además de que al llevarse a cabo un recuento manual se violan los principios de Equal Protection y Due Process. Para la mayoría de la Corte, se violó el primero de esos principios. La forma de llegar a esa conclusión parte de contextualizar a la elección como compleja y cerrada, además de considerar que los problemas de la misma se dieron en alguna medida por las deficiencias de las máquinas que se utilizaron para llevar a cabo el segundo recuento. Para los cinco integrantes de la mayoría, el hecho de que la Suprema Corte de Florida haya estimado que, por una parte, un voto es legal sólo cuando puede establecerse la clara intención del votante en favor de uno de los candidatos y, por la otra, que era preciso llevar a cabo un recuento manual de los mismos, produce una situación de desigualdad, en tanto que con un criterio tan abstracto es posible que en diversos condados los votos se cuenten de distintas maneras o, incluso, de diversas formas dentro de un mismo condado.

Esta forma de contabilidad, ajuicio de la mayoría, podría llegar a producir una violación al principio de igualdad que, por lo mismo, debe ser remediada por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

La solución dada por la Corte es de una gran importancia, no sólo para el caso concreto sino, fundamentalmente, para el porvenir. A partir de la solución adoptada, en efecto, la Corte podría, en sentido negativo, dejar de involucrarse en procesos electorales en los que se hubieran alegado graves violaciones, ello bajo la idea de que el remedio propuesto para corregirlas daría lugar a otro tipo de violaciones constitucionales; en sentido positivo, en tanto que ahí donde encontrara que se ha violado el principio de igualdad u otro semejante, debiera intervenir a efecto de nulificar la elección o parte de ella. La salida que la Corte encontró a estas posibles y no deseadas consecuencias fue apuntando: "Nuestras consideraciones están limitadas a las presentes circunstancias, ya que el problema de la protección igual en los procesos electorales presenta muchas complejidades". Finalmente, siete integrantes consideraron que había problemas de constitucionalidad con el recuento ordenado por la Suprema Corte de Florida. Dos de ellos estimaron que lo procedente era enviar nuevamente el asunto a esa Corte estatal, con el fin de que la misma estableciera la solución que debería darse al caso, mientras que otros cinco optaron por generar un criterio de control tan amplio que terminaron por impedir a los órganos estatales cualquier intervención posterior en el asunto.

Como lo apuntamos al comienzo, la resolución de la Suprema Corte habrá de convertirse en un hito. Además de haber sido factor determinante en la elección de un presidente de los Estados Unidos, lo que de por sí es mucho, la forma en que está construida y la manera en que sus integrantes se expresaron la hacen tema obligado de discusión acerca del papel de los órganos de impartición de justicia. Ello es así, sencillamente, por el enorme papel que los órganos de justicia están llamados a desempeñar en el modelo constitucional de nuestro tiempo, precisamente, el Estado constitucional. Como tantas veces lo hemos señalado en esta columna, desde finales de la segunda posguerra no estamos más frente a una forma de Estado en el que las mayorías legislativas ordinarias estén en la posibilidad de determinar la totalidad del fenómeno político, ni muchos menos del social. Por el contrario, las mismas encuentran límites a su actuación que están determinados en las normas constitucionales. Para que tales restricciones sean efectivas se requiere, a su vez, de órganos que puedan actualizarlas y, lo que es más importante, anular los actos o normas contrarios a la propia Constitución. El problema, que pareciera estar resuelto así en definitiva por contar con una parte conceptual y otra operativa, plantea de inmediato un nuevo problema, en tanto resulta difícil controlar al órgano que está llamado a llevar a cabo el control. Adicionalmente, y en la medida en que la Constitución cobra un sentido operativo y no ya retórico, aparece el problema de que la mayor parte de los conflictos que pueden llegar a darse en una sociedad terminarán relacionándose con la Constitución o, lo que es igual, tendrán que ser resueltos por el o los órganos llamados a mantener su supremacía, i. e., los tribunales.

La solución mundial a la que hemos llegado desde hace varias décadas, y que en México comenzamos a construir, parece entonces adecuada: la Constitución es la norma suprema y los tribunales constitucionales sus custodios. Esta rápida respuesta plantea, sin embargo, un nuevo y complejo problema, precisamente aquel que se puso de manifiesto en la resoluciones *Bush v. Gore*: ¿cuáles son los límites de los tribunales constitucionales? La primera respuesta que puede darse trata de destacar lo evidente: aquellos que marque la Constitución. Sin embargo, a la misma cabe formular una nueva: ¿cuáles son esos límites? La nueva respuesta comienza a ser más dificultosa, en tanto que, salvo concepciones simplistas, no puede sustentarse con gran fuerza la idea del objetivismo jurídico, es decir, la posición que supone que toda respuesta está dada de antemano en el texto, de forma que lo único que debe hacerse es leerlo con cuidado.

Con independencia de en dónde o cómo puedan identificarse los límites de la Constitución, no podemos desconocer un hecho fundamental del modelo de justicia constitucional: los tribunales o cortes están integrados por hombres. Por lo mismo, se hace necesario incorporar una nueva y

compleja variable: ¿es posible suponer y constatar que los hombres, en tanto jueces, actúen con neutralidad, que se constituyan en meros "agentes" del derecho, que olviden su muy humano contexto? Hasta ahora, muchas respuestas se abordan en ese sentido. Desde los que aceptan la objetividad del derecho, los que ven en él la realización de valores permanentes, quienes estiman que está compuesto por principios que necesariamente habrán de identificarse o sostienen tantas otras posiciones piensan que basta la dimensión normativa para comprender su funcionamiento. Para quienes así piensan, el derecho puede ser comprendido sin apelar a su positividad, es decir, al hecho de que las normas son puestas por alguien, interpretadas por alguien y aplicadas por alguien. Esta ausencia de realismo permite suponer, entonces, un modelo de justicia constitucional que se desarrolla por sí mismo, que genera soluciones para todo los casos y que, al hacerlo, se limita a asignar los bienes que de antemano están puestos de modo pacífico en la Constitución.

Las sentencias *Bush v. Gore*, como muchas otras que podríamos citar, incluso respecto de nuestro orden jurídico, ponen de manifiesto la falsedad del modelo de neutralidad-normativa de la justicia constitucional respecto a los que con cierta ambigüedad han dado en llamarse los "casos difíciles". Lo que las resoluciones apuntadas nos han mostrado es que, llegados ciertos extremos, los tribunales pueden olvidarse del entramado institucional en el que están inmersos, y solucionar los casos que les sean presentados con criterios diversos a la neutralidad-normativa. Se revela entonces el hecho determinante de la justicia constitucional, mismo que puede expresarse parafraseando la muy manida frase de Von Clausewitz: la justicia constitucional es la continuación de la política por otros medios. ¿Qué problema existe para aceptarlo si en *Bush v. Gore*, los cinco integrantes designados por presidentes republicanos votan por el candidato del mismo partido y los cuatro restantes lo hacen por el demócrata? Este es el fondo del problema y de las especulaciones que le han sucedido.

Por ahora no parece adecuado seguir explorando las causas de este suceso. En las próximas semanas habremos de ver una enorme cantidad de artículos y libros destinados a tal fin. La cuestión que debe ocuparnos y llamar nuestra atención debe ser otra: ¿qué hacemos frente a situaciones como las suscitadas por la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de los Estados Unidos? No se trata, desde luego, de una mera especulación, sino de tomar providencias frente a lo que puede acontecer entre nosotros con el funcionamiento de la justicia constitucional o constitucional-electoral.

La primera respuesta consiste en cuidar los nombramientos que en el futuro se hagan para integrar nuestro órganos de justicia constitucional. Antes de hacerlo cabe preguntarse por el tipo de funciones que se quiere que cumpla la Constitución respecto a una serie de temas tales como la división de poderes, el sistema federal, los derechos fundamentales, el papel del Ejecutivo, etcétera. Una vez que tales inquietudes se hayan resuelto, podrá elegirse a las personas que mejor puedan cumplir con tales funciones constitucionales. En segundo lugar, cada vez es más necesaria una sólida crítica profesional y social a las resoluciones judiciales de constitucionalidad: si la Corte no está limitada por ningún otro órgano, debe estarlo por una sociedad actuante y crítica. A mi modo de ver éstas son dos condiciones necesarias para evitar que en el futuro aparezcan entre nosotros resoluciones del tipo que venimos comentando y, con ello, que los integrantes de los tribunales le asesten golpes determinantes a la legitimidad de una de las piezas fundamentales del modelo de Estado de nuestro tiempo: la justicia constitucional.

## Notas

Wood, G. S., *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage Books, Nueva York, 1993.

En el último sentido véase Dworkin, R. "A Badly Flawed Election", *The New York Review of Books*, 11 de enero de 2001.

En el contexto del asunto que tratamos véase Kramer, L., "No Surprise, It's an Activist Court", *The New York Times*, 12 de diciembre de 2000.

Luther v. Borden, 48 US: 1 (1849); Gomillion v. Lightfoot, 364 US 339 (1960); Powell v. McCormack, 395, US 486 (1969), por ejemplo.  
Baker v. Can, 369 US 186 (1962).  
531 US \_\_ (2000).  
Minnesota v. National Tea Co., 309 US 551, 555 (1940).  
531 US (2000) 1.