

**LAURENCE H. TRIBE
ORGANIZANDO LA MATERIA OSCURA
DE LA CONSTITUCIÓN***

*Pedro Lamus
Andres Pantoja*

A forma de ejercicio y con fines meramente académicos nos proponemos a aproximarnos al pensamiento de Laurence H. Tribe en materias de interpretación constitucional, Tribe es un eminente académico y doctrinante y se considera uno de los autores con mayor influencia y de más peso en el debate que pretende discernir que método interpretativo de la constitución es el correcto o adecuado. Como se evidencia en su libro, Tribe parte del supuesto que muchas de las cosas que están afuera del texto escrito de la Constitución, también hacen parte de ella, o si se puede limitar la constitución a su texto escrito, y es aquí donde empieza una muy interesante discusión y trae a colación seis métodos interpretativos de su autoría; empieza por visualizar y articular las reglas, principios y derechos que hacen parte de la Constitución pero que no son discernibles directamente de ella ni se pueden derivar de ella.

Tribe identifica seis modelos distintos de construcción que a la vez se sobrepone al formar la “Constitución invisible” y los divide en dos grupos, constructivos y los deconstructivos; los primeros construyen hacia afuera a través de porciones del texto constitucional y las segundas imaginan como la constitución se destruiría o fallaría a menos que se hicieran ciertas suposiciones específicas.

La IX enmienda de la constitución de filadelfia es la puerta y el fundamento constitucional de lo que Tribe llama “constitución invisible”, toda vez que se refiere a derechos no consagrados expresamente en el cuerpo axiológico de la carta política. El autor afirma que dicha disposición constitucional había sido suspendida y por ende inutilizada durante cerca de 175 años, debido a que, el positivismo era el sistema imperante en ese tiempo, por

* Traducción y comentario por Andrés Felipe Pantoja y Pedro Lamus, Estudiantes de la Escuela mayor de derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

lo que no se aceptaba un panorama constitucional diferente al consagrado expresamente en la constitución.

De acuerdo al autor en el caso de *Griswold v. Connecticut* (1965), en el que se declaró inconstitucional una disposición jurídica que prohibía el uso de anticonceptivos, por violar el derecho fundamental de la intimidad, y en otros casos complementarios, se retomó la enmienda IX de la Carta Política de Filadelfia. De esta manera mediante un ejercicio de interpretación constitucional, el espectro hermenéutico se abrió y permitió la entrada de muchos preceptos que aunque no estuvieran textualmente enunciados en la Constitución, debido a su importancia e impacto en la sociedad debían tener rango constitucional.

La IX enmienda¹ diversifica las fuentes del Derecho y las organiza para que se entiendan en un plano de coordinación y no de subordinación, de ahí que se razone que hay derechos fundamentales diferentes a los que están escritos en la Constitución. Según el autor la IX enmienda hace referencia a la “materia oscura” constitucional, la cual es un mecanismo de inclusión normativo, por fuera de las cláusulas reformativas de la constitución.

Necesariamente debemos tener en cuenta que el texto constitucional siempre va a tener críticas, puesto que es muy difícil unificar y armonizar los diferentes supuestos, ya que su importancia es tan alta, que merecen un espacio específico en la constitución. No es fácil satisfacer las preferencias jurídicas de todo el conglomerado y prever las distintas situaciones que se pueden presentar en la realidad, razón por la cual Tribe cree que se abrió la posibilidad, por conducto de la IX enmienda de incluir otros preceptos distintos a los convenidos por el poder constituyente primario en un principio y secundario en cuanto a las reformas constitucionales.

Tribe, indica que existe una Constitución “fuera” de la constitución escrita, que sería la “materia oscura”, el autor mediante seis modelos pretende visualizar la manera mediante la cual ocurre la composición de reglas, principios, valores y derechos de la “Constitución Invisible”. Según el autor el análisis de este fenómeno constitucional debe tener como base, la historia y la cultura más que la lógica, puesto que son normas que surgen de manera espontánea y que en muchos casos no requieren de un procedimiento formal que las incluya o las eleve a rango constitucional.

¹ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

“La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que ha de negar o menospreciar otros que retenga el pueblo”.

El primer método constructivo es la construcción geométrica

Se refiere “esencialmente a conectar los puntos y extender las líneas”, Tribe nos pone a considerar por ejemplo, en la forma en la que la cláusula del debido proceso contenida en la quinta y catorceava enmienda, protege de la privación por parte del gobierno, de los derechos a la vida, la propiedad y la libertad, y nos dice que lo veamos mentalmente como un triángulo cuya base es el debido proceso en donde cada esquina es un derecho, Tribe no piensa que estos derechos hayan sido escogidos simplemente para más o menos proteger una serie de posibilidades de forma aleatoria; al considerar un cuarto punto que no está en el mismo plano de los tres anteriores sino que se identifica por las órdenes del artículo II sección 3, que establece que el Presidente deberá encargarse de la fiel ejecución de la ley, y unirlos con líneas, se forma una pirámide donde se puede evidenciar la Constitución invisible, en el sentido que el gobierno es de leyes y no de hombres, lo que quiere decir que todas las actuaciones deben estar sujetas a la ley, nadie está por encima de ella, por tanto no solo se mira el debido proceso, al momento de limitar el derecho a la vida, la propiedad y la libertad, sino la sujeción de esa autoridad a la ley en su actuar.

El eje perpendicular al plano, definido por los derechos a la vida, la libertad, y la propiedad esta definido por el imperio de la ley, se añade ese plano al eje y se llega a la conclusión que el ejecutivo tiene que estar bajo el imperio de la ley, la cual se encarga de elaborar la rama legislativa, y sin esa ley no se puede privar a nadie de los derechos anteriormente mencionados.

Al conectar los puntos, es muy importante estudiar los aspectos particulares de los derechos a la vida y la libertad que se individualizan para especial protección en la Carta de Derechos, como la libertad de expresión y de culto en la primera enmienda; el derecho a tener y portar armas en la segunda enmienda; una garantía en tiempo de paz de que los militares no pueden guarnecerse en cualquier casa sin el consentimiento del dueño en la tercera enmienda; el derecho a que la gente esté segura en su persona, casa, papeles y efectos, en contra de búsquedas irrazonables y requisas en la cuarta; en la quinta el derecho a no ser obligado a comparecer contra uno mismo; en la octava una protección contra castigos crueles e inusuales.

La novena enmienda establece que estos derechos (los de la Carta de Derechos) no son taxativos sino enunciativos al decir que la enumeración en la constitución de ciertos derechos no será construida para negar o desprestigiar otros retenidos por el pueblo. De acuerdo a Tribe, las palabras, como dijo el juez Wendell Holmes Jr., no son estáticas, pero pueden variar en color y contenido de acuerdo a a las circunstancias y el tiempo en el que

se use. Esto es para decir que con el tiempo varia la forma en la que se entienden los preceptos constitucionales y sobre este entendimiento es que se construye la constitución invisible bajo el método geométrico, al trazar los lados del triángulo, convertirlo en pirámide, y trazando las líneas con los puntos, se empiezan a ver espacios donde se correlacionan derechos distintos y se evalúan cuestiones que resultan constitucionales pero no están en la constitución, es más fácil visualizar cada esquina con un perímetro o ámbito de protección de los derechos, donde a veces se cruzan unos con otros, y estos espacios y decisiones y como lo entendamos en el tiempo es el desarrollo de nuestros derechos constitucionales.

El segundo método es la construcción geodésica

Este tipo de construcción es ilustrado con la forma de un domo geodésico como los creados por Buckminster Fuller, donde una multitud de triángulos u otras caras -“superficies que son unidas a lo largo de sus bordes para formar burbujas protectoras”- rodean un interior que se puede imaginar siendo definido por un derecho fundamental o principio, cuya realización requiere una “especie o suerte de espacio para respirar” protegido de fuerzas exteriores por un escudo diseñado a medida.

De acuerdo al autor la construcción geodésica es fácil de ilustrar con la manera en que la libertad de expresión ha sido rodeada por doctrinas que no son evidentes del texto constitucional pero están diseñadas para preservar la esencia de la libertad y acomodando a la vez otros intereses que se contraponen a la libertad de expresión.

Tribe lo ilustra con dos ejemplos, *New York Times v. Sullivan* y *Miranda v. Arizona*, en el primer caso se mantuvo que las Cortes no podían conceder daños y perjuicios a oficiales públicos o figuras públicas, por supuestas falsedades difamatorias que se publiquen acerca de sus actividades como servidores públicos, sin evidencia clara y convincente de que lo alegado es falso y que fueron diseminadas con conocimiento de su falsedad, o descartando, sin miedo a las consecuencias, su verdad o falsedad. La posición del juez Goldberg explica la necesidad de la capa geodésica de la constitución invisible.

El autor nos muestra que la primera enmienda no está diseñada para proteger el discurso difamatorio (como podría parecer de la lectura del fallo de la Corte), el tipo de discurso que esta en el núcleo de la primera enmienda se restringiría sin una “regla profiláctica” que tuviera la finalidad de salvaguardar el discurso que no resulte esencial.

Según Tribe el problema radica en que en este caso no está claro qué tan esencial debe ser la regla profiláctica particular formulada por la Corte,

otra reglas alternativas habrían servido también. Tribe analiza que la regla anunciada por la Corte fue impuesta en Cortes Estatales y Federales, lo que quiere decir que se pensó como una regla de orígenes constitucionales.

“Es conceptualmente posible, que el Congreso, actuando bajo su poder de la sección 5 para hacer cumplir la catorceava enmienda, como el vehículo a través del cual la libertad de expresión es incorporada en contra de los Estados, pueda compartir con la Corte la responsabilidad de moldear un régimen remedial óptimo, probando alternativas de reglas profilácticas propuestas por el Congreso. Identificar una regla como parte de la constitución invisible no implica comprometer la exclusividad o finalidad de la Corte Suprema en seleccionar y hacer cumplir esa regla, Los elementos del modelo geodésico están potencialmente sujetos a metamorfosis bajo un relación dinámica entre el Congreso y la Corte.”

En *Miranda v. Arizona* se ilustra mejor este concepto pues la Corte da una serie o un conjunto de reglas profilácticas, cuyo cumplimiento se pensaba como la forma razonable de implementar el derecho fundamental o el núcleo fundamental Constitucional en riesgo, que para el caso, era el privilegio otorgado por la quinta enmienda en contra de la auto incriminación forzada. La Corte concluyó en *Miranda* que las interrogaciones bajo custodia violarían inherentemente el estándar Constitucional que subyace a la quinta enmienda.

En 1968 el Congreso redactó un estatuto que reemplazó las reglas y advertencias de *Miranda*, y no con un régimen profiláctico, sino con el requisito de que la voluntariedad de cualquier confesión que se obtuviese en interrogación, y ésta hecha bajo custodia, fuera determinada bajo la prueba de la totalidad de circunstancias; y que solo las confesiones que se encuentre se hicieron voluntariamente bajo la prueba de la totalidad de circunstancias, fueran admitidas como evidencia.

Tribe nos muestra como los Fiscales Generales por años concluyeron que el estatuto de 1968 era inconstitucional y decidieron no hacerlo cumplir, o más bien, inaplicarlo. Cuando una Corte Federal del Circuito decidió cuestionar esa conclusión por sí misma, un caso de prueba llegó a la Corte Suprema de Justicia. En *Dickerson v. United States* una mayoría significativa declaró la ley como inconstitucional, pero lo hizo en una decisión “reflejando un instinto judicial de protección de su terreno, más que por una teoría coherente de derecho constitucional.”

El Congreso al reglamentar la materia en 1968, lo hizo retando la autoridad de la Corte, puesto que en *Miranda*, la Corte habló en su voz constitucional, es decir, de acuerdo a sus facultades de interpretación de la Constitución, y el Congreso debía acatarla.

Tribe nos muestra que la Corte lo que debió haber hecho fue revisar *Miranda* otra vez, en vez de reafirmar lo expuesto en el fallo, algo que hubiera sido muy difícil para el Presidente de la Corte y quienes se le uniesen, en cambio la Corte simplemente decidió concluir que acoger el precedente bajo la doctrina del *stare decisis*, era el curso adecuado a tomar aquí.

Para Tribe esto es más una lección de como no llenar las facetas y vértices de la construcción geodésica, que de como hacerla.

La labor fundamental de la función judicial federal es formular e implementar reglas profilácticas, o dicho de otra forma, reglamentar los espacios ambiguos que derivan de los derechos contenidos en la Constitución, y darles un significado práctico y aplicable a los preceptos abstractos y generales contenidos en la Constitución, y es aquí donde aparece la Constitución invisible.

Algunos jueces opinan que la Corte no puede hacer esto, sino que debe escoger de una serie de posibilidades que le plantea el Congreso, entre ellos Scalia, quien el salvamento de voto de *Miranda*, dice que el fallo se iba a volver la pirámide de Keops de la arrogancia judicial. Para responder a Scalia, Tribe nos explica que esto es limitar las normas constitucionales que son de carácter proteccionista, a aquellas en las que estemos listos para decir que un principio o derecho constitucional no podría sobrevivir sin ellas.

El tercer método es el modelo global

El modelo global de construcción Constitucional surge de la comparación de la experiencia judicial de un país, en este caso Estados Unidos, con la experiencia judicial de otros, con un sistema Constitucional. Esta comparación se ha vuelto una necesidad, de manera que el Derecho Constitucional esta implantado firmemente en muchos países, por lo que mirar sus experiencias ayuda en el proceso deliberativo propio.

En *Atkins v. Virginia*, Scalia también critica esta forma de construcción constitucional porque en sus palabras es un intento de ““fabricar consenso nacional.”” Pero para Tribe lo que hace Scalia es caracterizar erradamente el propósito por el cual se vieron y revisaron las opiniones de la comunidad mundial. Tribe también parte del supuesto que los padres fundadores, quienes redactaron la Constitución, también se basaron en ideas y referencias internacionales de derecho.

En cuarto lugar está el modelo geológico

Geología: “Ciencia que trata de la forma exterior e interior del globo terrestre, de la naturaleza de las materias que lo componen y de su formación,

de los cambios o alteraciones que estas han experimentado desde su origen, y de la colocación que tienen en su actual estado”. RAE

Según este modelo los jueces y en general los interpretes de las normas, analizan los distintos supuestos en los que se pueden adecuar algunos derechos, extendiendo de esta manera el campo de aplicación de estos y otros derechos. Tribe trae a colación el caso de *Harlan*, en *Poe v. Ullman* (Corte Suprema de Justicia, 1961), en el que se argumenta que las generaciones que escribieron y ratificaron el “Bill of Rights” y la 14ª Enmienda no conocían el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que se le confía a las generaciones futuras ahondar en su significado y descubrir las distintas situaciones fácticas en las que se puede aplicar. El Magistrado ponente identificó el derecho a la privacidad como un postulado propio de la 14ª Enmienda. De esta manera se aplica la analogía que Tribe hace con el iceberg, en cuanto a que hay un espacio desconocido por el intérprete, que solo escavando puede ir descubriendo que hay debajo de la superficie.

Tribe establece que la superficie material e invisible de muchos derechos es la autonomía de los individuos. El autor afirma que la 14ª Enmienda perdería su esencia si no se protegieran los parámetros propios de la autonomía familiar, ya que al interior de cada núcleo familiar debe existir un orden y unas reglas de conducta, creadas por la misma familia, en lo concerniente a la educación doméstica de los hijos y a la enseñanza de los valores propios de cada cultura y familia, para que de esa manera las siguientes generaciones se críen bajo los mismos supuestos axiológicos. También establece que los individuos tienen la habilidad de autogobernarse.

El autor cita “*Democracy and Distrust*”, de *John Hart Ely*, afirmando que es el texto más influyente y el esfuerzo más estructurado para encontrar un propósito unitario con base a la Constitución, teniendo como punto de partida los principios constitucionales no consagrados textualmente por la Carta fundamental. Ely se vale de algunos casos para sustentar su corriente, entre ellos cita a *Baker v. Carr* en el cual se construyó el principio de “*one person, one vote*”, y *Brown v. education*. Según Tribe, dichos preceptos meta-constitucionales a pesar de no estar en la letra constitucional, si regulan la actividad del Estado y las relaciones humanas que se dan en el mismo.

Tribe hace una crítica a la corriente de Ely, arguyendo que él estaba lejos del concepto de la “constitución invisible”, ya que esta cara desconocida del cuerpo constitucional debía tener elementos cruciales de autonomía y dignidad humana. Según Tribe, Ely ha menospreciado la premisa de la autonomía, por ejemplo en el caso de *Roe v Wade*. Tribe critica la visión “procedimentalista” de los principios discutidos en el caso del aborto, perjudicando de esta manera la estructura del “debido proceso legal”.

El siguiente método es el gravitacional

Gravitación:

1. f. Acción y efecto de gravitar.
2. f. Acción atractiva mutua que se ejerce a distancia entre las masas de los cuerpos, especialmente los celestes. RAE.

El autor también llama a este método “anti-slippery-slope”, y justifica que es un mecanismo que funciona de antídoto en caso tal, que un precepto constitucional genere resultados negativos. Tribe expone algunos ejemplos que sustentan la tesis anterior: si se demuestra la insuficiencia de la “pena de muerte”, se demostraría también la poca efectividad que tienen las instituciones carcelarias; si se admite la tortura como mecanismo de interrogación, algo peor puede ser adoptado en el futuro; si se le prohíbe a la población la quema de la bandera, porque no, también prohibirles la crítica a los políticos, entre muchos otros ejemplos. Son muchos los ejemplos que se pueden usar como sustento de este método.

La teoría de la “gravedad” de Albert Einstein, como curva en el espacio-tiempo es de fundamental ayuda para el análisis de Tribe; de esta manera, los principios determinan o re direccionan la órbita social en la cual se implementan. El caso *DeShaney v. Winnebago County*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos establece la responsabilidad objetiva por omisión del Estado, cuando se presenta un daño reiterado a un niño, en este evento la intervención de la familia sería avalada sin ningún problema, sin embargo hay escenarios en los cuales esa intervención es necesaria y obligatoria, puesto que el daño lo está padeciendo una persona con una calidad especial. Los parámetros de dichos postulados configuran una parte fundamental de la “constitución invisible”, pues viene a ser el marco que contiene algunos derechos.

Para verificar la practicidad del método gravitacional es imprescindible tener en cuenta los extremos, haciendo especial énfasis en los principios y sus consecuencias. El autor equipara lo anterior con el hecho de que los agujeros negros son áreas en que las leyes universales fallan. Tribe presenta un ejemplo válido que se traduce en que, una ley que prohíba el uso de armas en los alrededores de instituciones educativas ya que las armas pueden disminuir el rendimiento estudiantil, podría traer implicaciones económicas y perjuicios a la órbita comercial, lo que traería como resultado que el congreso legislara sobre cualquier cosa, situación que afectaría directamente la autonomía de los Estados. Como consecuencia de lo anterior el congreso podría legislar sobre cualquier cosa, como por ejemplo el caso

López v United State en el que se invalido el Gun-Free School Zone Act, misma corriente usada para la prohibición del sexo anal.

Por ultimo vemos el método giroscópico

Este es el último modelo de de-construcción, es un instrumento mediante el cual se indica que la constitución crea un centro de equilibrio a través de una fuerza centrípeta y centrífuga. El autor nos pone como ejemplo una perinola de Janucá, esta perinola cuenta con una letra en cada lado y está dotado de una fuerza centrípeta y centrífuga que crean un centro de equilibrio y la mantienen girando. Hay un principio que impide la expulsión de algún Estado de la unión y es la fuerza centrípeta, que hace de la unión un conjunto estable y no solo un agregado de unidades federativas, y es esta misma fuerza centrípeta es el federalismo que impide la invasión por parte de la autonomía de los Estados. De acuerdo a Tribe la dificultad de enmendar la Constitución, hace que sea más fácil o más permeable de cambiar por medio de la interpretación legal. Tribe nos plantea como límite la doctrina del Stare Decisis, el problema de acuerdo a Tribe está en tratar a este principio como integrante de la constitución invisible, puesto que contribuye a que la interpretación constitucional se vuelva más complicada y se restrinjan alteraciones al texto constitucional.

