

## BREVE HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO NORTEAMERICANO

Por el doctor David S. STERN,

Antiguo profesor,  
Northern Illinois Univ., College of Law.

**DEDICATORIA:** A María y mi amigo Lucio, también a mis colegas de la Facultad de Derecho de la UNAM en agradecimiento por el honor que me dieron en nombrarme Catedrático "Antonio Caso". Fue durante mi presencia que preparé el cursillo que forma la base de este ensayo.

Y finalmente *A la Memoria* del insigne profesor de filosofía del derecho constitucional EDMOND CAHN.

Although America's parchment barriers have not always succeeded... they have served so well that they need no extraneous justification. It is enough that the people need and will continue to need them. Nevertheless we discover now that they do have a justification beyond anything contemplated by the Founding Fathers. The twentieth century has demonstrated that the judges as well as the people require them. Humane judges must have the authority of a bill of rights.

Extracto de su ensayo "The Parchment Barriers"  
publicado en *The American Scholar* en 1961.

### EL ESPÍRITU DE LAS LEYES

#### INTRODUCCIÓN

Los Constituyentes reunidos en Filadelfia hace dos siglos tuvieron necesidad de hacer frente a un desastre. El desastre de la Confederación que los rebeldes habían organizado a raíz de la independencia reconocida por los tratados de París de 1783. Había sido en todos sentidos una paz efímera, resultado principalmente de la ayuda de los franceses y en la que éstos habían estado motivados, sobre todo, por razones de estado y

de posible venganza por su derrota a manos de los ingleses en la guerra anterior en la que habían perdido definitivamente al Canadá. Los pleitos dinásticos continuaron influyendo en el destino de la nueva Confederación, pero la crisis de los años 1783-1789 no surgió por influencias europeas, sino por fallas y debilidades internas.

Reconstruir a esta época constitutiva requiere de mucha imaginación, pues como los Estados Unidos son actualmente de importancia, muchos estudiosos han querido captar los secretos del éxito en el proceso de fabricación de una nación por el ejemplo de la primera república moderna. Como veremos, la realidad es una combinación de hechos históricos, de aproximaciones y de mitos. Con base en esta combinación tenemos que construir el edificio de nuestro estudio del derecho constitucional norteamericano actual. El país que existe hoy día es producto de lo bueno y de lo malo o defectuoso del pacto de Filadelfia.

La Constitución de Filadelfia fue un producto del caos que existía de dos grandes defectos que sobrevivían del arreglo anterior. El primero consistía en que faltaba en los artículos de la Confederación una fuerza centrípeta, un poder federalizante —o, para ponerlo en términos mexicanos, centralizante—. Como no existía una nación, sino trece pequeños estados, esta falla era fatal. El otro defecto derivaba de la herencia de la época colonial. Consistía de dos grandes elementos: el primero fue la herencia cultural de Inglaterra, para nosotros el elemento de más interés por las tradiciones e ideas del "common law". El otro elemento de este defecto era la existencia de la esclavitud humana, por cierto concentrado en los estados del Sur, pero aceptado por todos los estados originales. Dada la decadencia del país en los pocos años que transcurrieron entre la terminación de la guerra de independencia y el congreso constituyente (1783-87), es muy fácil entender que surgieron personalidades dominantes y sus ideas se llevaron a Filadelfia.

#### FORMACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Antes de entrar en el estudio detallado del proceso constitutivo, es necesario hacer un bosquejo de las raíces en el ideario de esas personas. Sería muy útil advertir la importancia de la época preindependiente, pues es durante esa generación (las dos décadas 1763-1783) cuando surgieron figuras de mucha importancia. No sólo las bien conocidas como Washington, los Adams, Tomás Paine y Tomás Jefferson, Madison y Benjamín Franklin, sino otras mejor conocidas entre los juristas como John Marshall y Hamilton.

Es bien sabido, que las ideas dominantes en los ensayos federalistas, de tan crítica importancia en la segunda parte de la obra constitutiva,

la de ratificación, tuvieron su origen en los debates de la Cámara de los Burgueses de Virginia.

Tenemos que aceptar como un hecho histórico la influencia enorme de las figuras de Locke, Montesquieu y Rousseau. Los líderes de los debates manifestaron claramente su obvio deber hacia quienes cultivaron las nociones de autogobierno. Veremos que no hubo acuerdo muy claro sobre los detalles del nuevo arreglo e incluso sabemos que algunos, que eran muy partidarios de las ideas de Montesquieu, querían una monarquía constitucional. No obstante, los líderes estuvieron conformes con el nuevo pacto en sus rasgos esenciales: en crear un nuevo gobierno capaz de representar al nuevo estado en la vida internacional y con capacidad para defenderse con dignidad contra la hostilidad de su ex-monarquía y la de los demás reinos. Los "federalistas" radicales, con Hamilton a la cabeza, querían mucho más para el gobierno central y los "estadualistas" mucho menos. Aquellos pensaban reducir los estados a entidades esencialmente administrativas, del gobierno central y sus contrincentes solamente querían entregar el mínimo de poder, conservando todo lo importante en las manos de cada entidad.

La experiencia, bajo la vigencia de los artículos de la Confederación, había revelado muy bien la necesidad mínima para cumplir con el punto básico y lo cual fue una base para el acuerdo general: un poder suficiente para enfrentar un mundo hostil hacia la primera república moderna, amenazada por las grandes potencias y los celos de las tiranías. Uno tiene que pensar en el número de imperios europeos, con sus muchas colonias que podían rebelarse, para entender la intensidad del odio hacia la república pionera. Aunque aceptaban la necesidad de dar cierto poder al gobierno central, los localistas insistían en que fuera limitado. Aquí tenemos el origen de la famosa décima enmienda que reserva a los estados y al pueblo los poderes no otorgados.

Dos cosas específicas sobresalieron en la época confederativa. La primera fue que el gobierno central tenía gran necesidad de dinero (recuerdan Valley Forge durante la guerra misma, cuando los estados votaron de no dar más dinero), y requería de la capacidad para recaudar fondos para un ejército y una marina naval. La segunda fue que necesitaba el poder de reglamentar el comercio entre los estados.

Hubo otro problema urgente, el de los territorios reclamados por los estados al occidente de sus fronteras. Posiblemente la ley de más importancia durante la época confederativa fue la gran Ordenanza para el Gobierno del Noroeste de 1787, que dio solución al fin a este problema y que también dio a los constituyentes la fórmula para la admisión a nuevos miembros de la Federación.

Cabe mencionar que los constituyentes trágicamente pospusieron la solución de la esclavitud de los negros. Como veremos, como no tu-

vieron necesidad de solucionar la naturaleza de su federación, tuvimos que sufrir una guerra fraternal de las más sangrientas que ha habido (posiblemente peor que la de España y quizá comparable a la Revolución Mexicana). En el momento en que se establece un gobierno representativo surgen conflictos de orden político. Fue imposible transar en la necesidad de abolir la esclavitud. Hubo elementos importantes con deseos de esta derogación, pero les faltaba suficiente respaldo popular para conquistar este objetivo.

Otros defectos menores existían, por cierto. Como ejemplo, se puede mencionar la cuestión de resolver los derechos de los "Realistas" proingleses y también la fijación del lugar para el Capitolio. Por encima de ellos existía otro gran problema: qué forma de gobierno debía tener estructuralmente el modelo. Obviamente, la mayoría dominante exigía la separación de poderes, aceptando la idea general de Montesquieu, pero suprimiendo la idea de un monarca. La mayoría de los "estadualistas" tenía fuerte preferencia por una república.

Vemos en *El Federalista* que ambos, Madison y Jefferson, utilizaban comentarios del Barón para defender que era viable una república de gran extensión. La corriente dominante de pensamiento, al llegar a Filadelfia, pedía una república, pero hubo una suspensión durante los debates respecto a si debía haber una o dos cámaras de representantes. El "arreglo" final lo conocemos muy bien: un senado para las unidades y diputados para el pueblo. Sufragio muy limitado, pero dividido, para que haya solamente una cámara elegida directamente. Menciono aquí otro famoso arreglo, la "no mención" de los esclavos. El borrador sometido por Randolph al congreso constituyente tenía los poderes divididos en ejecutivo, legislativo y judicial.

Sólo fue hacia la clausura de los debates que decidieron llamar al ejecutivo un presidente. Tuvieron que decidir primero el poder que tendrían los poderes. Si pensamos en el estado moderno, todos los poderes parecen casi insignificantes. Han cambiado muchas cosas en dos siglos y ha habido influencias de gran importancia de afuera sobre el gobierno que hoy se asienta en Washington. Justo es decir que hemos visto emanar dos corrientes de los actos de Filadelfia: la influencia formal de aquel documento en el mundo que está bien reconocida y estudiada; la otra, la ideológica, que no está ni bien reconocida ni bien estudiada.

La visión original se puede resumir así: el congreso bicameral daría inicio a las leyes, el presidente les daría eficacia y los tribunales federales darían sus opiniones en los asuntos correspondientes. La constitución proponía solamente una corte suprema y tantos tribunales como fueron creados de acuerdo con la legislación del congreso. Además, el presidente sería el único representante de la república en el exterior del país, con

facultades para conducir las relaciones exteriores y comandante *en capite* (jefe supremo) de las fuerzas armadas.

Los poderes específicos del congreso estaban subdivididos entre el Senado y la cámara. Aquel cuerpo, por ejemplo, ratificaría a los "oficiales" o funcionarios de los Estados Unidos nombrados por el presidente; daría su consentimiento a la ratificación de tratados y a otros acuerdos internacionales; la cámara tendría la iniciativa en toda ley fiscal.

Uno de los documentos fundamentales para conocer el proceso de formación de la constitución de Filadelfia es el informe de Madison.<sup>1</sup> Aquí se pueden observar dos puntos básicos en que los constituyentes se separaron del criterio de Montesquieu. El Barón había pensado que el poder judicial tenía poco significado, mientras que aquéllos desde un principio pensaron en *tres* poderes. La otra diferencia consistió en que insistentemente ellos mantuvieron la superioridad de una república que derivaba sobre todo de las circunstancias de la separación de Inglaterra.

Para nosotros, como juristas, nos interesa sobremanera la forma tan fácil, casi sin debate, en que cláusulas de enorme significado entraron en el documento. Cabe notar que, no obstante este fenómeno, las ideas de Montesquieu se adoptaron cuando hubo necesidad de señalar el lugar, dentro del gobierno, donde había que poner el tribunal para juzgar al presidente y los otros oficiales acusados de delitos mayores.<sup>2</sup> Vieron inmediatamente el peligro de utilizar a la Corte, siendo que el tribunal tendría que ver la acusación del ex-funcionario conforme al derecho común, lo que vendría después de despojado de su función.<sup>3</sup>

Tantas fueron las dudas que mandaron esta cláusula a la Comisión de Detalles. Inmediatamente después entraron a una discusión general del poder judicial.<sup>4</sup> Fueron agregadas a las facultades de la Corte y de los otros tribunales federales algunas de mucha importancia, entre otras estuvo la inclusión del poder de interpretar constructivamente la constitución misma.<sup>5</sup> También ocurrió así, paulatinamente, al aplicar la cláusula de la supremacía de la constitución y de los tratados hechos conforme a ella.<sup>6</sup>

Cuando se volvió a entrar al asunto del juicio al presidente se advierte que desapareció el tribunal supremo, salvo que en el caso de

<sup>1</sup> J. MADISON, "Notes of Debates in the Federal Convention of 1787". (Citada por Madison, Debates). Intro. de Antioch, Ohio University Press, Athens, Ohio, 1966, reimpression de 1976.

<sup>2</sup> *Op. Cit.* supra 393. La versión en el informe de 6 de agosto de la Comi-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 535 (Gouverneur Morris) y Madison.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 536-540. (27 de agosto).

sión de Detalle todavía se refiere a la Corte.

<sup>5</sup> *Idem.*, p. 539. Moción del Dr. Johnson. Madison tuvo una duda, pero la moción fue aceptada "nem.con."-i.e. abreviación para "nemo contrario".

<sup>6</sup> *Ibid.*

acusación a éste sería el presidente de la Suprema Corte el encargado del Senado actuando como tribunal. El 4 de septiembre el Sr. Bready rindió un informe sobre conclusiones provisionales de la "Comisión de Once", en donde aparece el lenguaje del actual documento que indica que es el Senado el lugar para juzgar a los funcionarios acusados por la cámara de representantes por delitos graves.<sup>7</sup> Madison perdió la moción de sacar las palabras "para el senado". La versión que hoy día tenemos aparece emitida por la "Comisión de Estilo" el 12 de septiembre. Aparece en la última cláusula de la Segunda Sección del Artículo 1o.<sup>8</sup> (La Cámara tendrá exclusiva facultad de "impeachment"), y en la cláusula sexta de la Tercera Sección del mismo artículo.<sup>9</sup> La cláusula sobre fe plena y crédito se aprobó sin debate<sup>10</sup> y también la famosísima cláusula territorial.<sup>11</sup> Debe advertirse que en los debates finales el delegado Wilson promovió la participación de la Cámara en la ratificación de tratados, poniendo su dedo en el centro medular de un problema eterno, como se vio recientemente en los debates sobre ratificación de los tratados del Canal de Panamá.

Un sumario de los debates sobre la formación del poder judicial nos muestra vivamente como resultó con todas sus líneas abiertas y sus posibilidades. Al discutirse la relación entre los estados y el gobierno central los constituyentes, habiendo decidido tener tres poderes, enfrentaron la exigencia de señalar fronteras entre filosofías diferentes que regían en varios estados sobre la función de los tribunales y de la administración de justicia.

Hubo una aceptación inmediata de la práctica anterior que dejaba ciertas facultades a órganos judiciales federales. Asuntos que tenían origen o base en la "ley de las naciones"; todas las facultades de los tribunales sobre almirantazgo; la piratería y los delitos en alta mar ("prize") debían formar parte de lo exclusivamente federal.<sup>12</sup> También reconocieron la necesidad de que las materias sobre quiebras debían ser uniformes. Otras facultades dadas al Congreso implicaban la posible superioridad de la competencia federal. Durante los debates se extendió la jurisdicción en única instancia de la Corte para incluir asuntos en que participaron embajadores y pleitos entre estados y otros integrantes de la Federación. La fijación de la competencia en apelación (una de sus

<sup>7</sup> Recomendación 9, de 4 de septiembre, reformando la 2a. sec., art. 10 (de la reunión anterior de 6 de agosto, *op. cit.*, supra a 392-93) *Op. cit.*, p. 575 y debatido después, v.p. 605. Madison todavía insistió en la Corte; Gouverneur Morris *en contra*.

<sup>8</sup> *Idem.*, p. 606.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 618.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 547 y 570.

<sup>11</sup> *Idem.*, 559.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 631.

cláusulas provocó la crisis que condujo a la onceava enmienda) dio aún más motivo para esa extensión. Lo más interesante fue que se incluyera el derecho a un jurado como existía en el "derecho común" inglés en la fecha en que se adoptó la constitución. La definición de "asuntos civiles" en el derecho común es donde se da la mayor flexibilidad; pero está en la amplitud de la cláusula sobre supremacía de las leyes federales y tratados en donde se tiene la idea más clara sobre la enorme potencialidad de este poder federal.<sup>13</sup>

Si vemos racionalmente que los estados estarán protegidos por la enumeración de los poderes, extraña que el delegado Randolph en su discurso final explique el porqué de su decisión de abstenerse de firmar el documento.<sup>14</sup> La defensa hecha después en "El Federalista" no resuelve este punto crucial en el destino de la República.<sup>15</sup>

Los historiadores de nuestra época han puesto en vigor dos términos para distinguir las posiciones polares en el gran debate, un debate que empezó con la guerra de independencia y que todavía no termina. Los partidarios de los estados ahora se llaman "federalistas" y los de un gobierno central fuerte se denominan "nacionalistas". El día de la firma del famoso documento, el 17 de septiembre de 1787, las figuras simbólicas de estas dos filosofías de la ciencia de gobierno se levantaron: primero, una gran personalidad y autor del plan original, Randolph de Virginia; el otro, invocando, como siempre, la absoluta necesidad de la unidad, el imponente Franklin.

Excusándose en vista de su decisión de no firmar, las palabras de Randolph sugerían un último "arreglo" de los "arreglos" uno de mucha importancia por el momento y de simbólica importancia para el porvenir. El sí firmaría si la votación era por unanimidad de los estados. Esto dejaría fuera de la corriente del debate el hecho de que cuatro de las personas de renombre habían destruido de hecho esta unanimidad, aunque en todo caso habría sido una unanimidad ficticia, por parcial, ya que nunca asistieron a la convención todas las trece "colonias".

El discurso de clausura de Randolph necesita citarse aquí porque sus predicciones formaron parte del proceso de ratificación, y daría también lugar a controversias que hubo entre aquellos responsables durante este

<sup>13</sup> "Poder judicial" aparece primero, en las cláusulas XIV, XV y XVI para someterse a la Comisión de Detalle el 6 de agosto, habiendo sido esto aceptado por la Convención el 12 de julio y dice así: "Resuelto que se debe establecer una justicia nacional, la que tenga un tribunal supremo, . . . etc. . . .". *Op. cit.*, p. 383. Para la versión del comité véase p. 393. Su división XI contiene cinco secciones que definen la competencia general de los tribunales federales por crearse por el Congreso.

<sup>14</sup> Véanse las palabras de él y del Dr. Franklin al clausurar la sesión final, *op. cit.*, 650-651 y 637 para Randolph y 653 y 657 para Franklin.

<sup>15</sup> *Op. cit.* p. 624-Art. III.

proceso en la persona de "Publius" de "El Federalista". Después, esto daría lugar a la forma de los gobiernos y eventualmente de los partidos políticos. Y también abriría el camino filosófico que conduciría directamente a la guerra civil.

El día de la aprobación, sábado 15 de septiembre, dijo Randolph con sus aptitudes normales lo siguiente:<sup>16</sup>

"Expresó el dolor que sufría en diferir con toda la convención al terminar ésta su gran y tremenda labor y buscó algún expediente que lo aliviara de su vergüenza haciendo una moción de enmiendas al plan que podían someterse a las convenciones estatales, para ser decididas en otra convención general. Pero si no aceptase su moción se vería imposibilitado de firmar el documento. Pero de momento... no quería privarse de la libertad de oponerse en su propio estado e ignoraba si se opondría si este curso fuera el conveniente en su opinión final".

El lunes siguiente, día de la firma del documento "engrosado", Franklin dijo por boca de Wilson:

"Sr. Presidente (el General Washington): Confieso que hay algunas partes de esta constitución que en el presente no apruebo, pero no tengo la seguridad de si la aprobaría algún día. He vivido muchos años en que he experimentado tantas instancias, en que he tenido que cambiar de opinión algunas de importancia, a raíz de mejores datos o pensamientos que me han llegado.

"Por esto, señor, estoy de acuerdo con esta constitución con todos sus defectos, si existen, porque pienso que necesitamos de un gobierno general y porque bien administrado no hay ninguna forma de gobierno que no sea una bendición para su pueblo... Dudo mucho que en otra posible convención pudiéramos hacer otra constitución mejor. Cuando uno convoca a un número de hombres para tener la ventaja de su sabiduría colectiva, uno reúne también inevitablemente todos sus prejuicios pasiones, errores de opinión, intereses locales y puntos de vista egoístas. ¿Se puede de tal asamblea esperar un resultado perfecto? Me asombré, señor, que hemos llegado a algo tan próximo a la perfección, y pienso que será una enorme sorpresa para nuestros enemigos, que esperan confiadamente oír que nuestros concilios están tan confusos como una Torre de Babel, que nuestros estados están a punto de separarse para reunirse después en otra futura convención autosuicida.

"Por esto espero... que... recomendaremos esta constitución hasta donde llegue nuestra influencia, para que nuestros pensamientos y energías futuros tornen hacia los medios de asegurar su buena administración".<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *Op. cit.* p. 650.

<sup>17</sup> *Ibid.* pp. 653-654. Para entender la influencia de la Sociedad de Cincinnati (la mitad de cuyos miembros residía en Filadelfia), consulte la historia,

Y cambió su fórmula de firma de los estados por unanimidad.

Randolph se levantó entonces. Repitió la esencia de lo dicho el sábado anterior, agregando solamente que sentía profundamente el paso que tomaba, pero que, en su conciencia, no se permitía otro curso, porque para él su firma equivaldría a la aprobación.

Todos firmaron por estados, salvo únicamente Randolph, Mason y Gerry. Franklin, el alma siempre del grupo, tomó la palabra por última vez diciendo que había estado observando el sol pintado en la pared detrás de la silla presidencial. Como los pintores tienen dificultad en expresar la diferencia entre el sol que se levanta del que se pone, se sentía alegre porque ahora, firmada la nueva constitución, tenía la seguridad que el cuadro mostraba un sol en levante.

#### PROCESO DE RATIFICACIÓN

Aún estas facultades tan limitadas espantaron a los estados. Al salir de la última sesión fue obvio que la ratificación de las dos terceras partes de los estados sería difícil sin la ayuda de una campaña fuerte y bien llevada a su favor y con otro famoso "arreglo", el que dio nacimiento al "Bill of Rights", o sea, las primeras diez enmiendas, un paquete de derechos que limitaba el poder de la nueva federación y protegía a los estados miembros. El derecho moderno y contemporáneo constitucional se deriva en gran parte de este paquete. Dicho en otra manera, las grandes libertades nacieron cuando hubo la doble imposición de estas limitaciones a los estados al par con lo que históricamente se había aplicado solamente a la federación, desde la época del conocido "New Deal" de Franklin Roosevelt pero con más empuje todavía en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial. En mi conclusión veremos si esta barrera de pergamino ("Parchment Barrier" como la llamó el conocido jurista Edmond Cahn) es suficiente para defender las libertades esenciales de los habitantes actuales de los Estados Unidos.

El proceso de ratificación del documento que salió de los debates tuvo posiblemente más impacto histórico que el documento básico. La lucha de los estados grandes contra los pequeños y los del sur con sus esclavos contra los del norte que no los tenían tuvo su origen en estos famosos arreglos. Su posible ratificación y entrada en vigor pospusieron, pero no resolvieron, los conflictos fundamentales. El mismo tipo de conflicto tuvo la historia constitucional mexicana, de lucha constante entre los partidarios de un gobierno central fuerte y una federación con fuertes estados y débil gobierno central.

recientemente publicada por la prensa de la Universidad de Virginia, Minor Myers, Jr., "Liberty Without Anarchy: A History of the Society of Cincinnati", Charlottesville, Va. 1983; es útil compararla con la influencia de los masones.

La constitución representaba el triunfo de los que iban a llamarse "federalistas" (la terminología en ambos países es muy confusa). Sus contrincantes, los "estadualistas", abrieron inmediatamente una campaña antifederalista aún antes de finalizar la convención con la firma del documento el 17 de septiembre de 1787. Alejandro Hamilton empezó, casi el mismo momento histórico, con la publicación del primero de sus ensayos en pro de la constitución. El sabía que el estado de Nueva York, uno de los cuatro cruciales, tenía en el gobernador Clinton a un líder antifederalista de enorme capacidad. Reunido después con John Jay y James Madison, hijo,<sup>18</sup> los tres fabricaron lo que ahora conocemos bajo el lema de "El Federalista". Entre el 27 de octubre de 1787 y el 16 de agosto de 1788 aparecieron 85 ensayos, publicados simultáneamente en dos volúmenes. Aunque bien conocido, valen la pena unas palabras para recordar su contenido, pues representan todavía uno de los comentarios más fundamentales de la constitución de Filadelfia. Hay una cosa muy curiosa en el cambio de posición de Hamilton. El había estado en oposición durante la convención porque la mayoría no participaba de su opinión de crear un gobierno lo más fuerte posible. Una vez terminada la lucha interna se puso de acuerdo con Franklin y Madison viendo la necesidad de que se ganara lo ya hecho.

Para "Publius" fue muy fácil obtener el respaldo de su conciudadano neoyorquino, John Jay. La labor que cumplieron los tres se deterioró un poco debido a la rapidez de la producción y la obligación de enfocar los problemas políticos y polémicos, dada la oposición fuerte de Clinton. Como decía Rossiter<sup>19</sup> en su introducción: "Las páginas de El Federalista" que señalan las debilidades de los Artículos de la Confederación son hoy día las menos interesantes. En 1787-88 fueron de gran interés y para muchos partidarios de la nueva constitución 'El Federalista' valió principalmente por su crítica sin merced a los defectos palpables a la constitución subsistente. . ." Además de haber destruido verbalmente la validez de los Artículos, los hechos habían venido demostrando lo mismo. Ambos, Hamilton y Jay, tuvieron que enfrentar una nueva amenaza, la división de las trece ex-colonias en varias confederaciones. "Hombres motivados (por pasiones personales) nunca han parado un momento para sacrificar la tranquilidad nacional en su ventaja o beneficio personal".<sup>20</sup> La historia indica que estos hombres siempre prosperan cuando puede haber conflicto entre las naciones.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Triste es advertir que pocos años después los dos rompieron su compañía, cuando Hamilton se hizo miembro del gabinete del Presidente Washington.

<sup>19</sup> Editor de "El Federalista", Mentor Edit., Nueva York, 1946, p. xi.

<sup>20</sup> *Ibid.*, ver también Fed. No. 15, p. 105.

<sup>21</sup> Ver. Fed. No. 1, pp. 33-34, No. 2, p. 37 y 6, p. 54. Cita en p. 54. También ver p. 71. "Las pequeñas repúblicas de Grecia e Italia dan muestra de... una vibración eterna entre los extremos de la tiranía y la anarquía".

Hamilton, en el famoso ensayo 9, después de enumerar las virtudes del arreglo de Filadelfia, agrega una nueva<sup>22</sup> extensión a la órbita del nuevo gobierno. Hizo varias referencias al "Espíritu de las Leyes" para enseñar a sus opositores el hecho de que, para Montesquieu, los grandes estados de aquel entonces, Nueva York, Pennsylvania y Virginia, tenían territorios mucho más grandes que las entidades que el Barón tomaba como máximo para una república. Obviamente la oposición había aplicado no la esencia del pensamiento, sino un detalle. Hamilton cita entonces el famoso pasaje del Libro IX *en detalle*, porque allí reside el argumento más fuerte del Barón en favor de la nueva unión, lo que llamó una República Confederada.<sup>23</sup>

Decía Hamilton: Estas declaraciones de Montesquieu hacen "... un sumario luminoso de los argumentos principales en favor de la Unión..." Terminando, Hamilton concluye con otra referencia a Montesquieu, citando el ejemplo de la confederación Liciana donde la asamblea de las 23 ciudades-repúblicas integradas por tres representantes de las grandes, dos de las medianas y una de las pequeñas, nombraba a todos los funcionarios. El Barón decía que Licia sería el modelo de una república confederada.<sup>24</sup> Hamilton indica que la suma de las facultades reservadas a los estados consta como una prueba clara de que su soberanía excede a la de los miembros de la confederación Liciana. Entra entonces Madison en el número 10 citando como un gran valor de una Unión bien construida al control de la violencia de facciones. El miedo de los líderes proconstitucionales residía precisamente en su temor de que los grupos faccionales podrían destruir los arreglos que tan difícilmente y en forma balanceada y delicada habían hecho posible el documento, pues estaban dividiéndose. Madison, en su número 39,<sup>25</sup> describe el carácter de la intervención del pueblo en su nuevo gobierno y menciona que interviene aún en el nombramiento de jueces y magistrados, aunque sea en forma remota.

Pasamos ahora a observar la comprensión de Montesquieu en los ojos de Madison. La introducción del ensayo 47 cita muchísimas veces la famosa doctrina de la "separación de poderes".<sup>26</sup> Los opositores dicen

<sup>22</sup> *Op cit.*, p. 73.

<sup>23</sup> Ver Libro IX, Cap. 1, p. 183-84. He usado la edición basada en el Compendio de la Primera Edición en inglés, traducción de Tomás Nugent, Londres, Nourse, 1750, publicada por la prensa de la Universidad de California, 1977, David N. Carrithers, edit.

Hamilton cita de este capítulo los Nums. 3, 4, 8-11. Carrithers, en su nota en p. 390, observa que en el 9o. Hamilton hace recordar a sus lectores que una república confederada como la de América, puede ser mucho más grande que una república que no se compone de estados separados.

<sup>24</sup> Espíritu de las Leyes, *Idem*.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>26</sup> Ver en general pp. 300-303.

que "... los departamentos del poder han sido distribuidos... en tal forma que destruyen su simetría y belleza formal, y para exponer unas partes esenciales del edificio al peligro de que desaparezcan bajo el peso desproporcionado de otras partes".<sup>27</sup> Para esclarecer el error Madison dice que "... el oráculo más citado en esta materia es el celebrado Montesquieu".<sup>28</sup> El recomendó una separación más eficaz, pero con un sentido muy especial. Madison dice que Montesquieu tomaba la constitución británica como modelo, "el espejo de la libertad". También dijo que comprendió muy bien que los poderes no fueron perfectamente separados en Inglaterra. Madison daba especial énfasis a que es la posesión completa de dos o más poderes lo que representa el peligro de que "... sucumba una constitución libre".<sup>29</sup> Si la judicatura se une a la legislatura, la vida y la libertad del individuo se exponen al control arbitrario, porque el juez es entonces legislador. Si se fusiona al ejecutivo, el juez se portaría con la violencia del opresor".<sup>30</sup>

## CONCLUSIÓN

El proceso de entrada en vigor del nuevo documento puede dividirse en dos grandes etapas. La primera la llamo de formación de un gobierno y la segunda de reforma al nuevo gobierno. Esta división se debe a que los hechos de la primera etapa dieron razón a Randolph. El resultado que él quería se cumplió. Un gobierno bajo la nueva constitución existió, pero solamente porque los estados dieron su permiso con la condición de que se pusiera inmediatamente en vigor lo que ahora se denomina como el "Bill of Rights", las diez primeras enmiendas.<sup>31</sup> La transacción entre los dos grupos pudo completarse porque los líderes estatales, reconociendo el peligro señalado por Franklin y teniendo confianza en el liderazgo del General Washington, supieron muy bien que el momento de protegerse en contra del nuevo gobierno era cuando este todavía estaba débil; aún mejor, cuando ni siquiera existía.

La primera etapa se concluyó con la ratificación del estado número nueve, New Hampshire, en junio de 1788. Se formó inmediatamente el proceso electoral y el primer congreso ratificó el pacto con la creación

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>30</sup> *Idem.*, también en *El Espíritu*, *op. cit.*, Libro XI, Cap. 6, 35, pp. 201-202

<sup>31</sup> El título, intraducible al español, en su cuerpo se deriva remotamente de la llamada Carta Magna del siglo XII y de la "Bill" de la llamada "Gloriosa Revolución" de 1688-89 de Inglaterra, la que estableció, por fin, la supremacía del Parlamento.

del famoso "Bill of Rights". Esta fase tiene implicaciones para el siguiente período que adelante veremos.

¿Qué era exactamente lo que temían los estados antinacionalistas? En el transcurso de los debates de los diversos estados y sobre todo en el inicio de la campaña de Nueva York, se puede ver muy claramente la línea divisoria. Además, la terminología también se transformó debido al esfuerzo de Hamilton, Madison y Jay. Desde mediados del año de 1788 se llamaron los que querían un gobierno fuerte "federalistas" y el grupo en contra sencillamente "antifederalistas". Durante las sesiones en Filadelfia sus dudas surgieron, pero en puntos indirectos. Los estados del Sur pelearon para defender sus propiedades y por el derecho de importar más esclavos por veinte años; los del Norte querían el poder para abrir el comercio con las Antillas. En el fondo, ambos grupos vieron que facultades federales muy importantes eran adoptadas casi sin debate, tales como la supremacía de las leyes y tratados federales y el poder absoluto del Congreso sobre el territorio y los bienes del país.<sup>32</sup> Su gran temor residía en dos cláusulas que a continuación comentaré. La primera, la cláusula que daba al Congreso la facultad de adoptar leyes "apropiadas y necesarias" para cumplir con los poderes otorgados. Aquí el debate sí fue al punto esencial y muy caluroso. Los expositores admitieron que este poder también fuese limitado. Pero la coincidencia con las modificaciones a la competencia de los tribunales federales y la Suprema Corte por crearse reanimaron su temor.<sup>33</sup>

El primer congreso se reunió en Nueva York el 4 de marzo de 1789 y Washington se instauró como el primer Presidente el 30 de abril del mismo año. Formado el gobierno tuvieron que honrar su promesa y se pusieron inmediatamente al estudio de la "ley de garantías y libertades de Virginia" como el modelo a seguir. La presencia de Madison en el Congreso, uno de los principales autores de aquella legislación, ayudó mucho. En general, la idea fue establecer límites específicos al poder federal. El primer congreso también aprobó la "Ley Orgánica del Poder Judicial" de 1789, que estableció tribunales de circuito y jueces de distrito. El "Bill of Rights" fue su tercera ley importante. Otra más fue la creación de tres departamentos, Estado, Guerra y Tesorería. Ratificado por tres cuartas partes, entró en vigor en 1791.

<sup>32</sup> Para Madison, ver *op. cit.*, p. 304; Pinkney, p. 505 en el punto de territorio y p. 558-89.

<sup>33</sup> Para la última cláusula del último párrafo del artículo 1o. (VII de la versión de 6 de agosto) ver *op. cit.*, p. 390. Randolph lo expuso muy bien durante el debate sobre el alcance de la cláusula "entera fe y crédito", p. 570. La composición y formación de la justicia federal causó solamente breve discusión, *op. cit.*, pp. 316-319.

## DESTRUCCIÓN CREADORA Y LA GUERRA CIVIL

Cuando terminó la era del Ministro Presidente John Marshall, dos puntos descriptivos de la futura función de la Corte se habían establecido. El y sus colegas lo hicieron en una forma tan duradera que todavía hoy aceptamos el rol de la Suprema Corte, lo que hasta la fecha en realidad no ha cambiado. El punto más importante fue el establecimiento del poder de la Corte de declarar leyes del Congreso anticonstitucionales. El segundo punto fue la incorporación en el derecho norteamericano bajo la cláusula de supremacía del derecho internacional público. Obviamente, para una infante república cuya vida representaba un reto continuo a las monarquías europeas, defenderse con base en lo aceptado por la costumbre, fue una resolución de mucha importancia.

Al mismo tiempo, dos puntos de igual importancia y de una influencia nefasta para el porvenir de la joven república fueron la fatal intervención sobre la extensión de la esclavitud negra y la aceptación de límites drásticos del poder federal, principalmente en materia mercantil. Se definió el poder federal de control del comercio entre los estados en forma muy estrecha, dando para el futuro problemas imposibles de resolver cuando el moderno estado industrializado había surgido. Dejaba sin defensa a los obreros, granjeros, rancheros y campesinos y fue necesario librar una lucha feroz para controlar los monopolios emergentes durante la llamada "edad de oro".

Cuando Roger Taney asumió el mando de la presidencia, todo esto estaba muy lejos de las mentes de los miembros de la Corte. Ellos estaban sometidos en la lucha intelectual entre las ideas de Joseph Story y las de Taney. Durante todo el periodo de Marshall, Story ocupó una posición fuerte, porque fueron sus conceptos jurídicos los que Marshall tomó y moldeó en sus opiniones. Ambos juristas estuvieron de completo acuerdo sobre la urgencia, como buenos federalistas, de hacer una federación fuerte y por esto sus opiniones extendieron los poderes federales usando la cláusula "necesario y apropiado". Pero entrando en el campo mercantil, Story dejaba a Marshall. Story, en el proceso de escribir su magnífica obra "Conflicto de Leyes", veía muy claramente cómo los nuevos estados de la frontera no respetaban instituciones mercantiles que tenían mucha importancia para la comunidad de banqueros de Boston y Nueva York. A Marshall no le interesaba tal materia y dejó en manos de Story la defensa de aquellos intereses creados.

Taney tenía una mente muy diferente y a él sí le interesaba lo mercantil. Siendo del sur, él veía la necesidad de liberar a los nuevos capitalistas. Los del Sur se estaban moviendo hacia Texas con su algodón. La infraestructura necesitaba flexibilidad. Antiguos monopolios no deben detener el "progreso" material. Cuando en el norte se interesaban en cana-

les y luego en ferrocarriles. Taney se metió en la pelea final con Story. Ausente su anterior respaldo del ministro presidente y con nuevos ministros venidos a la Corte, se veía con terror la posibilidad de perder el caso clave: el famoso caso del Charles River Bridge vs. Warren Street Bridge.<sup>34</sup>

Los antecedentes del asunto pueden entenderse fácilmente una vez vistos con la claridad de las posiciones de los contrincantes. El grupo que construyó el primer puente, Warren, tenía una concesión por 30 años. Ellos al terminar el periodo, pidieron una renovación. El otro grupo consiguió permiso para construir un puente competidor que estaría libre para el público, puesto que el costo de la construcción se cubriría con fondos públicos. Al entregar la concesión al nuevo grupo, los primeros entraron en litigio alegando ambos puntos fundamentales: que tenían un derecho implícito de renovación porque habían llenado las condiciones previstas y 2o. que la legislatura no tenía derecho de usar fondos públicos para destruir sus bienes sin compensación. De hecho, la posición de Warren era débil. Habían recuperado su capital varias veces desde su operación y las condiciones de vida en Boston en aquella época hacían notorio el hecho de que era necesario otro puente. Solamente el derecho de hacerlo en la forma utilizada estaba en debate. Taney prevaleció por fin y Story se retiró prediciendo que la república marchaba directamente hacia el desastre. Pero la teoría de la utilidad pública, superior a concesiones de monopolio, había triunfado. Sería de enorme importancia cuando el Congreso decidió entregar bienes del público para la construcción de ferrocarriles.

#### EL DEBIDO PROCESO LEGAL AL SERVICIO DEL ESTADO IMPERIALISTA

Triunfante en la guerra fratricida y liberado de la influencia moderadora de Lincoln con su asesinato, el nuevo partido Republicano impuso un régimen punitivo en los estados de la Confederación derrotada. Causa inmediata y de importancia fue la reacción de los blancos, movimiento de reivindicación de su poder sobre los negros, sus antiguos esclavos. La Corte intervino frenéticamente para dar permanencia al esclavismo "de hecho" en su famoso fallo de *Plessy vs. Ferguson*.<sup>35</sup> Su infame doctrina de "separados pero iguales" estableció el famoso "jim crow", situa-

<sup>34</sup> *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 11 Pet. 420 (1837) esp. at 552. Ver también otro caso muy importante tratando el mismo tema, *West River Bridge v. Dix*, 6 How. 507 (1848). Para esta sección estoy en deuda con la obra pionera de Stanley I. Kutler, *Privilege and Creative Destruction: The Charles River Bridge Case*; ver también Scheiber, *Federalism and the American Economic Order, 1789-1910*, 10 Law and Society 57 (1981) at 78-80.

<sup>35</sup> 163 U. S. 537 (1896).

ción en que nunca fue posible para los negros conquistar igualdad, los votos y las armas de fuego, más el aparato total de los estados sureños estaban en manos de los blancos. Este fallo nos costó la matanza de más de cien negros por año hasta los años 20 de este siglo, por la famosa "ley de Lynch". (Lynch fue un juez fronterizo). Nos robó casi un siglo de retraso en el respeto para los derechos civiles.

No obstante la cultura antiminoritaria los problemas de los negros, indios, mexicanos y esquimales estaban muy al margen de la Nación. Lo que sí da timbre y color a esta época fue el hecho de la clausura de la frontera, constante válvula de escape desde la primera ocupación de los terrenos de los nativos en el siglo xvii. El historiador de la frontera, F. J. Turner, estableció la terminación del ferrocarril transcontinental en 1872 como la fecha. Lo que importa para nosotros es que el tribunal tuvo que volver su atención a los casos que iban a determinar cómo se haría el desarrollo del país y quién tendría derecho a los productos del desarrollo. Dos fenómenos sobresalen en este proceso. La posguerra había agregado tres enmiendas a la Constitución; fundamento de la nueva época fue la central de éstas: la famosa XIVa. Utilizando la cláusula del debido proceso de la ley, la Corte conquistó dos objetivos cruciales en su determinación: iban a dominar los capitalistas y luego el grupo que salió de ellos, los imperialistas. Cuando la Corte decidió en favor de una doctrina ilimitada de la libertad de contrato y la convirtió en la noción de que el obrero tenía la misma libertad que el dueño, el tono fue determinante.

Luego agregaron a su noción fallos que dieron validez a la legislación estatal antisindicalista. En muchas partes del país no fue posible tener un sindicato obrero hasta comienzos del siglo veinte. Para el país en su totalidad se necesitaba la Ley Norris-LaGuardia del New Deal para que los sindicatos de las industrias básicas pudieran emerger. Así fue que en los años 1870-1935 no hubo freno a los capitalistas.

Además, una política de libre inmigración (muy al contrario a lo presente) atrajo olas consecutivas de irlandeses, alemanes, eslavos, orientales (prohibidos después de 1881, pero nunca de hecho) y, finalmente en orden cronológico, escandinavos, italianos y griegos. (Cabe notar que los dos últimos grupos difieren de los anteriores en dos sentidos: que remitieron más fondos a sus países de origen y que muchos regresaron una vez conquistados fondos suficientes). Esta nueva inmigración duplicó la población y dio un sinnúmero de brazos listos para entrar en el mercado, dando así realidad a la noción de libertad contractual. Siempre existía gente que se podía emplear para romper huelgas. En fin, la Corte convalidó la famosísima "injunction laboral" que se había establecido en la legislación de los estados industriales. Para ver la importancia de esto cabe hacer notar un fallo de importancia subsidiaria, el que dio

“ciudadanía” para las sociedades mercantiles e industriales debajo de la cláusula del debido proceso, permitiendo esta competencia a los tribunales federales a base de diversidad de ciudadanía. Fue solamente en la primera década del siglo xx cuando el exceso de uso de este instrumento para invalidar la legislación social estatal, en que la presión política forzó la adopción de una ley creando tribunales de tres jueces del distrito federal, si se trataba de impugnar por “injunction” una ley estatal con base de ser anticonstitucional.<sup>36</sup>

El movimiento del simple capitalismo de monopolios hacia el imperialismo como fenómeno socioeconómico está fuera del tema, pero su lado judicial sí debe notarse. Se puede ver en los últimos años del siglo xix fallos indicando que hay límites en la capacidad del tribunal para intervenir en materia social, cuando ésta sea adoptada por la legislación estatal. La resistencia popular causó la adopción de una ley federal anti-monopolio, la ley Sherman. Implícitamente ésta puso límite a la libertad de contratar. Pero mucho más importante fue el fallo en el caso de la Standard Oil<sup>37</sup> en la época del primer Roosevelt. De aún más importancia en nuestra historia fue el fallo declarando anticonstitucional un impuesto sobre la renta progresiva. Esto fue lo que llevó al Supremo el ministro Oliver Wendell Holmes, personaje que daría timbre a este tribunal por más de medio siglo. La lucha para imponer terminó por fin en una enmienda constitucional y así la base del nuevo estado de servicio fue puesto en su lugar.

Otro aspecto de la época Rooseveltiana fueron los primeros pasos hacia una cultura de conservación de la riqueza natural del país con la formación del primer parque nacional, que fue otro freno a la libertad de contrato. También la Corte dio validez a la primera ley para el control de calidad y pureza en comestibles, drogas y productos farmacéuticos.<sup>38</sup> Aquí la causa de la presión política fue la conocida novela de Upton Sinclair, *La Selva*. Hemos llegado a plena época de los críticos del imperialismo y plutocratismo por un grupo llamado “muckrakers” (algo muy semejante a las críticas al régimen porfiriano en los primeros

<sup>36</sup> Originalmente por ley 36 Stat. 539, 557 (1910) reenactada en 1911, ahora 28 USCA 2281. Cabe notar que en 1976 se limitó el uso para ayudar a los tribunales en bajar el peso de calendarios, ver 90 Stat. 1119. En general, tratamiento de la “injunction” ver Tribe, *American Constitutional Law*, 1978 (citada Tribe) pp. 144-56.

<sup>37</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Hay una discusión detallada de este caso básico y otros de importancia en Willoughby, *Constitutional Law of the United States*, 2a. edic. Nueva York, Baker, Voorhis y Cia., 1929 a pp. 864-92., para *Standard Oil*, ver p. 875.

<sup>38</sup> Título técnico *Food and Drugs Act of 1906*, 34 Stat. 768; declarada constitucional en *Hipolite Egg Cia. v. U.S.*, 220 U.S. 45, ver discusión en Willoughby, *op. cit.*, *supra* 37, p. 981.

años de este siglo; cabe notar que la traducción literal de la palabra sería "destapadores de basura deshecha y podrida").

La conciencia social llevó al país directamente a la época de Wilson. Internamente su régimen estableció en definitiva el dominio en materia socioeconómica del orden público, el famoso "police power". A la vez hay que admitir que el tribunal dio su sello de aprobación al nuevo imperio, en los famosos casos "insular". Fallos reunidos bajo el famoso lema de "Mr. Dooley" (invención literaria de Peter Finley Dunne) "La Constitución sí sigue la bandera, pero lentamente". No podemos todavía medir la influencia final del nuevo imperialismo. Sin duda ha tenido impactos casi sin límite: hemos vivido la cruel guerra de Vietnam, la locura de la política de "dos Chinas", y ahora el intervencionismo en Centroamérica y el Caribe. Todo esto producto directo de la guerra con España.

La participación de la Corte fue mínima en este período hasta la llegada del New Deal. No hay que hacer muchos comentarios a la época de las "roaring" 20s; ni tampoco con la caída de la bolsa de valores y la gran depresión. Solamente cuando hubo la revolución popular fue que sus ideas conservadoras empezaron la formación de la crisis más grave en la historia de la Corte. La batalla de enfoco en el famoso caso *Lochner vs. New York*,<sup>89</sup> que había establecido la doctrina llamado debido proceso sustantivo. Dada las necesidades del New Deal y Franklin Roosevelt había llegado el momento de removerlo, pero la mayoría resistía.

#### EL NEW DEAL Y LA FORMACIÓN DEL ESTADO DE SERVICIO

Cinco ministros de la Suprema Corte en contra de la nación fue un fenómeno único en la historia de la república. La elección de Franklin Roosevelt en 1932, en combinación con los famosos "cien días" de la primavera de 1933, rescató el país de la revolución y puso en su sitio lo fundamental del moderno estado de servicio. La mayoría de la Corte declaró cada medida anticonstitucional pero el Congreso respondió inmediatamente con la invención de una variante. Además de la abolición de la enmienda Platt liberando a Cuba y su política del "buen vecino" con comercio recíproco con América Latina podemos ver los peldaños principales del estado de servicio: seguro social, comisión reguladora de bolsas y valores, comisión de comunicaciones, autoridad del valle del Tennessee, la ley Norris-La Guardia creando la junta nacional de relaciones obrero-patronales y muchas más. El Cuerpo de Ciudadanos Conservantado-

<sup>89</sup> 198 U.S., 45 (1905). Ver la discusión de la era de *Lochner* y su desaparición en Tribe, pp. 434-455.

res, la Administración de Obras Públicas y la Administración para Labores Progresistas formados para terminar con el desempleo pusieron en lugar obras que están todavía sirviendo el bienestar público. No obstante, la ingeniosa maniobra que tomará el Congreso, la mayoría de la Corte siguió sus declaraciones de anticonstitucionalidad por votos de 5 a 4. Por fin el Presidente, antes de la reelección de 1936 decidió romper la crisis aumentando el número de ministros de la Corte.

Con la victoria electoral tan aplastante de FDR en 1936 le fue posible abandonar su plan de "courtpacking", porque los 4 ministros conservadores dimitieron después de que un miembro de su grupo los abandonó en vista del respaldo nacional que el "New Deal" había conquistado con el pueblo. En un año Roosevelt nombró 4 ministros y su programa, no menos que el país, fue declarado constitucional. Hay que admitir que la oposición de la Corte había forzado el mejoramiento en su sentido formal de la legislación, debajo de mucho de la cual todavía vivimos, o quizá sería mejor decir vivíamos, ya que el actual régimen de Reagan está terminando con mucha de la estructura Rooseveltiana en su afán por la Derregulación.

Al mismo tiempo que la nueva mayoría daba validez a la estructura de estado de servicio, debemos notar que los fallos tocaron fin a la doctrina de *Lochner vs. New York*. Lo que vino a preocupar a los abogados y jueces fue cómo controlar este nuevo estado dominado por el llamado cuarto poder, el poder administrativo. En aquella época todavía había un grupo de políticos que temía este poder discrecional y fue necesario un número de años de experimentación, efectivamente hasta después de la II Guerra Mundial en 1948, hasta que veamos puesta en control la Ley Procesal Administrativa. El objeto básico fue la separación de las funciones de investigación, de formación de reglamentos y, finalmente, acusación de violación, enjuiciamiento y sentencia. También hubo debates encarnizados en el Congreso de hasta qué punto debe permitirse apelación a los tribunales de derecho común y a qué punto debe respetar la determinación administrativa de los hechos. El Congreso decidió que las funciones de acusación y litigios tenían que ser independientes. Nadie, ni el estado, tenía derecho de ser juez en su propio asunto. Ecos del debate del Federalista y Montesquieu. No obstante, la separación de funciones dieron ciertas ventajas al gobierno. La primera, que los reglamentos se presumían correctos, con su publicación en el diario oficial y el derecho del interesado a objetarlos. Además cuando hubo apelación al derecho común el particular que contestaba la acción administrativa por anticonstitucional tenía el peso de prueba. Naturalmente, hemos visto agregarse muchos detalles al pasar los años, pero el concepto fundamental de entregar el control de muchas actividades a las agencias y entidades descentralizadas no ha cambiado. Hemos visto un incre-

mento constante en el número y la complejidad de tal tipo de organismo. Ningún presidente desde Roosevelt a la fecha ha podido bajar significativamente el número de burócratas, incluso el actual.

Con la muerte de la doctrina de debido proceso sustantivo de *Lochner*, vemos muchas ideas nuevas en la jurisprudencia de la Corte. De suma importancia fue la expansión de la noción de comercio entre los estados. Se recuerda que los constituyentes mexicanos tuvieron la inteligencia de hacer de toda materia comercial una materia federal. Los de Filadelfia hicieron la separación entre comercio entre estados y comercio dentro de un estado. Cada tipo de comercio se regía por leyes diferentes. Entre estados y exterior del país por la legislación federal y el otro, local, por la legislación estatal. Obviamente hemos visto, y vemos todavía, un sinnúmero de fallos tratando de distinguir y también tratando de determinar cuándo alguna ley estatal interfiere indebidamente al comercio entre los estados. En dos campos de importancia, el salario mínimo y los derechos civiles, vimos la invención bajo un concepto enormemente expandido del comercio interestatal, la venida de la noción del porcentaje. Si en una actividad se veía un porcentaje significativo del comercio interestatal, la totalidad se podía regir por normas federales. Lo mismo sucedió con aguas navegables, hasta tal punto que hoy en día no hay una gota de agua que caiga en el país que no esté controlada por alguna ley federal. No quiero dar la idea de que los estados llegaron al punto de desaparecer. En ningún sentido. Lo que estaba haciendo la Corte fue restablecer un balance razonable entre los poderes, después de dos generaciones en que los ministros habían debilitado el poder del gobierno central a favor de los estados, donde los grandes industriales podían ejercer su voto en contra toda actividad que amenazara sus ganancias.

He de notar que hubo épocas cortas de dominio populista, especialmente en los estados del antiguo noroeste, Minnesota y Wisconsin, y entonces ellos recurrieron a la Corte para conseguir declaraciones de anticonstitucionalidad, en base de que tal legislación los privaba de su propiedad sin el debido proceso de la ley. Se trataba de aquellos fallos de legislación básica, como el derecho de reglamentar horas de trabajo de niños y mujeres, tarifas para almacenes de trigo y tarifas de transporte por ferrocarril.

Además de corregir el balance de poder dieron validez a otras medidas tachadas de socialistas. La venta de electricidad de la TVA como "yardstick", para ver si los precios de las compañías privadas eran justos; la venta de electricidad producida por las grandes presas como Bonneville y Hoover a entidades fue aprobada, aunque la Corte retrocedió un poco cuando rehusó el contrato entre la Autoridad de Gran Coulee y la Cía. Pública de Seattle.

Inmediatamente después de la II Guerra Mundial, vemos un cambio de enorme significado en la jurisprudencia de la Corte. Por primera vez, se juzgó la aplicación obligatoria a los estados de una norma derivada del Bill of Rights.<sup>40</sup> Durante cinco años (o sea, el primer periodo de Eisenhower) casi todas las normas de importancia en el campo penal y de la primera enmienda se extendieron utilizando la 14ava como vehículo. Se vio también en *Shelley vs. Kramer*<sup>41</sup> la lucha para proteger a las minorías raciales y étnicas. Lucha que culminó en 1954 con la abolición de la doctrina "separado pero igual" por el conocido fallo de *Brown vs. Board of Education*. Naturalmente, la Corte siguió haciendo caso a movimientos públicos, sobre todo cuando éstos se reflejaban en votos; pero hay que hacer excepción a su actuación durante la época de McCarthy. Sus fallos en el caso de los líderes del partido comunista fueron lapsos graves en una historia de actuación conforme con la opinión pública. Se podían citar otros decididos bajo la influencia de la Segunda Guerra — la remoción de los japoneses de la costa del Pacífico a campos de concentración y la condena del General Yamashita.<sup>42</sup>

Afortunadamente, la historia del tribunal en la era del Ministro Presidente Warren borró en gran parte estos errores.

#### EL PROBLEMA POLÍTICO Y LA REVOLUCIÓN PROCESAL

Desde los primeros años de la República, la Suprema Corte decidió evitar su intervención en conflictos con o entre los otros dos poderes del estado. Habiendo rechazado los litigios entre ciudadanos de un estado y otra entidad federativa con la XIava enmienda en contra del fallo del Tribunal, la Corte acató esta decisión por más de un siglo y medio. Por fin, "cuestión política", la doctrina creada para excluir este tipo de pleitos, cayó frente a la presión de otro movimiento: la demanda de forzar la modificación de patrones de representación en las legislaturas estatales. En la Florida, por ejemplo, el desequilibrio había llegado al punto que ciertos condados de la península tenían 10 veces el poder electoral que

<sup>40</sup> El movimiento hacia la "incorporación" fue un hecho de años antes de Eisenhower. En 1947, *Adamson vs. California*, 332 U.S. 46 vio la pérdida de la incorporación total por un voto. Yo he escogido la fecha 1949, año de *Wolf vs. Colorado*, arbitrariamente. Debe entenderse que no se incorpore literalmente, ver la discusión en Tribe, 567-70 y especialmente la disidencia del Ministro Harlan, en *Poe vs. Ullman*, 367 U.S. 497, 543 (1961): "The full scope of the liberty guaranteed by the Due Process Clause cannot be found in or limited by the precise terms of the specific guarantees elsewhere provided in the constitution".

<sup>41</sup> 334 U.S. 1 1948 y discusión en Tribe, a 1156.

<sup>42</sup> *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946) y de la detención y relocalación de los japoneses, *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944) y *Hirabayashi vs. United States*, 320 U. S. 81 (1943) y ver discusión en Tribe p. 1013.

condados de la llamada "costa de oro" (Palm Beach, Broward y Dade). *Colegrove vs. Green*<sup>43</sup> destruyó este tipo de "rotten borough" con la doctrina de "una persona, un voto", y a la vez destruyó el límite ejercido bajo la doctrina de la "cuestión política". Para la Corte fue triste que la noción que la había aislado de los conflictos entre el Presidente y el Congreso se derrumbó en el momento histórico en que la potencia de esta tensión subía cada año. El descargo de la tensión llegó por fin, en dos conflictos clásicos: el caso *Nixon*<sup>44</sup> y sus cintas y su derecho a controlar los documentos personales, y en el recién fallo *Chadha*<sup>45</sup> aboliendo por anticonstitucional el "veto legislativo".

El asunto del veto legislativo es clásico para demostrar el inevitable conflicto y explica su forma y razón de ser. La constitución da al Presidente el poder del veto para protegerse contra excesos legislativos; pero su poder está estrictamente limitado. El mismo documento del derecho de entregar fondos al Congreso. Cuando a Nixon no le gustaba cierta legislación, decidió incautar los fondos y gastarlos discrecionalmente en otros programas. Mientras tanto, el Congreso también tuvo la impresión de que ciertos fondos, dedicados a fines específicos, no estaban administrados dentro de los términos de la discrecionalidad entregada por el Congreso al poder ejecutivo. La gran desconfianza llevó al Congreso a incluir en muchas leyes la facultad de revocar actos del ejecutivo, por ambas cámaras o por una sola. Habían usado esta actuación antes, data del New Deal, pero no muy a menudo. Durante la era nixoniana se aumentó enormemente. En el caso de *Chadha* se trataba de la discreción del Procurador General de suspender la deportación de individuos que él consideraba que habían satisfecho ciertos requisitos. El Congreso, por la Cámara, conservó por periodo de dos años el poder de cancelar tal suspensión por sencilla resolución, así privando de la indicada de la ciudadanía. El Ministro Presidente Burger aprovechó la ocasión para liquidar totalmente el veto legislativo.

Se puede ver en esta forma que el Congreso tenía que buscar otras vías para protegerse. Esta lucha se ve ahora muy claramente en los movimientos populares presionando el Congreso de limitar la discreción de Reagan en Centroamérica. Hemos visto prohibiciones de utilizar fondos, hasta los normalmente dentro de la discreción del Presidente, resoluciones conjuntas y otras direcciones más específicas. Esto responde al sen-

<sup>43</sup> 328 U.S. 549 (1946).

<sup>44</sup> *United States vs. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974) y *Nixon vs. Administrator of General Services*, 97 S.Ct. 2777 (1977) y la discusión en Tribe, 201-19 y 487-501.

<sup>45</sup> *Immigration & Naturalization Service vs. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983) y la valiosa discusión en Franck y Bob, *The Return of Humpty-Dumpty: Foreign Relations Law after the Chadha Case*, 79 Am. J. Int. L. 912 (Octubre 1985) y las muchas notas allá citada.

timiento abrumador de la mayoría del Congreso de no meter a los E. U.A. militarmente allá. No quieren matar más jóvenes inútilmente y todavía se acuerdan de la forma en que el país casi se destruyó en Vietnam. Como este control tenía que ejercerse en uno de los dos campos en que el tribunal todavía tiene una limitación a su intervención por doctrina parecida a la "cuestión política", los poderes del Presidente como jefe supremo de las fuerzas armadas y su poder de conducir las relaciones exteriores de la Nación, el Congreso ha tenido que actuar en la forma más imaginativa para controlar al Presidente y evitar litigios al mismo tiempo.

Otros casos de conflicto tienen materias de mucho más interés para los profesionales. En 1938 culminó un movimiento para reformar las reglas de proceso civil en los tribunales federales. Antes de terminarlo hubo una lucha entre el Congreso y la Corte que, por fin, se resolvió con una transacción. El cambio básico tenía que aprobarlo por ley; modificaciones posteriores podían hacerse por orden del tribunal. No entro aquí en lo sustantivo del cambio en detalle. Baste decir que hasta esa fecha, los tribunales federales en materia de diversidad de ciudadanía habían estado obligados a fallar de acuerdo con las reglas procesales del estado en que se encontraban, la llamada conformidad procesal; en cambio, por la doctrina de *Swift vs. Tyson*<sup>46</sup> tenían, a falta de ley local, la facultad de usar el famoso derecho común federal. Se sabía que este último iba a ser revocado, como lo fue en el fallo de la Corte en *Erie Railroad vs. Tompkins*.<sup>47</sup> En la revolución procesal ayudó la competencia de los tribunales federales, tanto en cuestiones federales como en diversidad. Más allá de la existencia de materias como audiencias prelitigio, el arreglo previo, litigios por clases y muchas otras innovaciones, causó en pocos años la modernización procesal, en casi todos los estados. Supongo que ahora lo mismo sucederá con las nuevas reglas federales de la prueba, otro campo en que se necesita sobremanera la ventilación de las ideas del siglo xx.

#### LA SUPREMA CORTE Y EL CONFLICTO DE LEYES

La revolucionaria intervención de la Corte en el control de la selección de reglas para resolver los asuntos ventilados en los tribunales estatales es de reciente creación. Hasta hace menos de una década la Corte se preocupaba casi exclusivamente de materias sobre normas que decidían los tribunales federales en juicios tales como la diversidad de ciudadanía o la definición de la esfera de la cláusula de entera fe y crédito. Es

<sup>46</sup> 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842).

<sup>47</sup> 304 U.S. 64 (1938).

cierto que había habido fallos de gran importancia como la decisión de Holmes en *Slater vs. Mexican National Railway*,<sup>48</sup> pero el año de 1939 marca el comienzo de la revolución. Debido sobre todo a la constante preocupación de Brandeis por las injusticias derivadas de las reglas de *Swift vs. Tyson* y la forma como los tribunales federales aplicaban el derecho federal común, él conquistó una mayoría de la Corte para fallar en *Erie vs. Tompkins* que la centenaria decisión se había basado en un error fatal, el de la interpretación de la palabra "ley" en la ley Reglas de Decisión de 1789<sup>49</sup> y que por esto no existía razón para un derecho común, sino que los tribunales federales en materia de diversidad tenían que aplicar la ley del estado en que se encontraban. Como vimos antes, Brandeis aprovechó la otra parte del cambio fundamental en los tribunales federales, la adopción de las reglas federales de proceso civil.

La preocupación de la Corte empezó como resultado indirecto de la destrucción, a manos de unos profesores-jurisconsultos, de la noción de "derechos asentados", auspiciado por Holmes basándose en Story y respaldado por el Profesor Beale, autor del primer "Restatement" de la materia. El ataque fue liderado por Cook y Lorenzen, pero tomó un vigor más eficaz con Ehrenzweig, quien montó un ataque en contra del Profesor Reese, reportero del segundo Restatement de Conflicto de Leyes. También intervino fuertemente otro ilustre profesor, Brainerd Currie, quien contribuyó su teoría del "interés público" como base para la selección de la ley que debía gobernar un pleito.<sup>50</sup>

Se pueden ver varias corrientes reuniéndose para dar base a la revolución. La creación de una economía nacional después de la II Guerra, la movilidad de la población, la concentración de la fuerza económica en las manos de muchos oligopolios que podían dominar la formación de contratos, y finalmente, la creciente intervención del poder federal en materias de importancia en zonas antes dejadas para el ejercicio del poder legislativo estatal. En contra de este último fenómeno vimos el desarrollo exagerado de los tribunales estatales, con la invención del "brazo largo". Acompañado el "brazo largo" vino una noción, también exagerada, del orden público estatal. Se debía a la necesidad de proteger a los consumidores de productos y servicios defectuosos, pero poco después se extendió al derecho de familia. Este último movimiento cau-

<sup>48</sup> *Slater vs. Mexican National Railroad Co.*, 194 U.S. 126 (1904) y ver la discusión del caso y de las varias apreciaciones del conflicto de leyes de Holmes, Beale, etc., en un tratado muy bueno, Scoles y Hay, *Conflict of Laws*, West, St. Paul, 1982 at p. 14 *et seq.* Para su discusión de la 2ª Restatement, *id.* at 34.

<sup>49</sup> Las Reglas se encuentran en sec. 34, del Acta de la Judicatura de 1789 codificadas ahora en 28 USCA 1652.

<sup>50</sup> *Supra* n. 48 acerca de Currie, *op. cit. supra* n. 48 p. 16 y 565.

só la corte de fallar en *Kulko vs. Superior Court*<sup>51</sup> un atentado a restringir el movimiento sólo parcialmente exitoso.

La base fundamental de todo sigue siendo las reglas de *Pennoyer vs. Neff*.<sup>52</sup> Sobre todo, la segunda regla de competencia sobre la persona que, a su vez, daría lugar a un fallo que los demás estados tendrían que respetar dándole "entera fe y crédito". Tal competencia se basaba en el emplazamiento personal de la demanda dentro del territorio del tribunal de que se trataba. Esto era aún sin que existiera otra conexión entre el asunto ventilado y el estado de que se trataba.

La larga caminata de la Corte para llegar al momento de imponer controles sobre los estados se vio primero en el campo de la competencia jurisdiccional y no en materia de selección de normas. Hasta ahora no obstante la citada revolución, los miembros del alto tribunal no han explicado claramente su noción de la diferencia.

No obstante, fue en la distinguida Corte de Apelaciones de Nueva York (curiosa conservación del título de la época colonial que equivale en los demás a la Suprema Corte estatal) donde la revolución comenzaba. Se debió a dos fenómenos de nuestra era: el avión y el automóvil. En ambos casos la Corte tenía competencia usando normas tradicionales. El primer caso<sup>53</sup> presentó los hechos siguientes: un automóvil neoyorkino chocó en Ontario con otro local. Las reglas sustantivas que gobernaban la responsabilidad del chofer eran diferentes. La ley de Ontario requería culpa grave para indemnizar; la de Nueva York culpa ordinaria o leve. La Corte tenía que revocar la regla de selección de norma tradicional en materia de "torts" que era la ley del lugar del accidente, para permitir el cobro de daños y perjuicios al neoyorkino. Así fue como empezó la destrucción de las normas del Profesor Beale.

Casi inmediatamente después, la Corte de Apelaciones tuvo que intervenir en los casos derivados de la caída de un avión de la Northeast,<sup>54</sup> lleno de pasajeros neoyorkinos con destino a unas islas al sur del Cabo de Massachusetts. Aquí el problema se derivó del hecho que en aquella época Massachusetts tenía una limitación de \$15 000 dólares, para daños por muerte ilícita, "wrongful death", limitación que no existía en Nueva York (y ahora tampoco en Mass.) La demandante fue la viuda de un médico, representando a sus varios hijos, y no dudaba la competencia sobre la línea aérea. Por primera vez, el tribunal utilizó la teoría de los intereses de Currie, fallando que obviamente Nueva York tenía mucho más interés en proteger sus ciudadanos, pues si no podían recuperar una

<sup>51</sup> 436 U.S. 84 (1978).

<sup>52</sup> 95 U. S. 714 (1878).

<sup>53</sup> *Babcock vs. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 191 N.E. 2d 279 (1963) y discusión en Scoles y Hay, *op. cit. supra* n. 50 at 594.

<sup>54</sup> *Kilberg vs. Northeast Airlines*, 9 N.Y. 2d 34, 172 N. E. 2d 576 (1961).

suma adecuada tendrían que mantener a la familia con fondos públicos, cosa que no podía recaer sobre Massachusetts, cuya legislación obviamente no había sido adoptada con intención de regir los destinos de no ciudadanos. Veamos que con este fallo se abrió la puerta a modificaciones drásticas del pensamiento en el campo del conflicto de leyes.

Aunque el derecho norteamericano no hace una distinción formal entre lo civil y lo mercantil, sí hay diferencias de hecho. Primero hay que notar que en los contratos entre iguales se acepta universalmente la cláusula de selección de normas y que se nota un movimiento fuerte para permitir la selección de lugar competente siempre que haya alguna conexión legítima entre la jurisdicción seleccionada y el contrato. Exactamente ocurrió lo contrario en los llamados contratos de adhesión, en donde una de las partes no tiene igual potencia económica y si quiere obtener el bien tiene que conformarse con las condiciones contractuales ofrecidas. Los estados de residencia de los obligados normalmente reservan el derecho de aplicar sus normas en contra de una selección de otro lugar, sobre todo en materia de préstamo y ventas con reserva de dominio. Hemos visto que aquí fue el área en que la Corte aplicó las nociones del debido proceso legal. Los fallos en materia mercantil formaron la base de las decisiones más tarde en materia de alimentos.

Pero fue en materia de seguros y el de las actividades de sociedades mercantiles que presencié una revolución. En un asunto de la *Compañía Greyhound*<sup>55</sup> que se originó en el estado de Delaware, sede de muchas sociedades por estar bajo la influencia de los DuPont, se aplicó el principio de la ley más favorable para el control de las grandes sociedades. El estado tenía una ley que le daba competencia personal sobre directores de la sociedad delawareense. Los hechos que originaron el litigio ocurrieron en Oregon y la Corte revocó el fallo de Delaware, declarando en una famosa opinión de Marshall que no se podía ejercer competencia personal si no existía una relación o conexión legítima entre lugar, persona demandada y materia en litigio. Claro que no fue muchos años antes de que se aplicara esta regla en el campo de selección de normas de decisión. Dos casos deben citarse: *Worldwide Volkswagen vs. Woodson*<sup>56</sup> y *Allstate Insurance vs. Hague*.<sup>57</sup> La regla a aplicar es la misma, o sea, que dependiendo de los factores de la doctrina enunciada por Marshall faltando la coincidencia no se puede aplicar el derecho del lugar del litigio; existiendo los factores en otro lugar se puede aplicar aunque resulte en variar las obligaciones del contrato. Hemos llegado al momento en que tiene uno que pensar que se ha revivificado

<sup>55</sup> *Shaffer vs. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977).

<sup>56</sup> *World-Wide Volkswagen Corp. vs. Woodson* 444 U.S. 286 (1980).

<sup>57</sup> 289 N.W. 2d 43 (Minn. 1979) afirmado 449 U.S. 302 (1981) y la discusión en Scoles y Hay, p. 85.

*Slater vs. Mexican Railway*. Holmes estaría muy satisfecho pero no con el razonamiento. Así podemos decir que vivimos en una época en que las nociones de debido proceso e igual protección operan ahora con todo vigor en el conflicto de leyes.

### PRIVACÍA

Obviamente, los constituyentes heredaron del derecho inglés ciertas nociones primitivas de protección de la persona. Estas yacían principalmente en el derecho penal, tales como el derecho constitucional que prohíbe la autoincriminación, derecho a no tener castigos crueles y los derechos más abstractos que garantizaban el debido proceso. Se extendió la noción de personalidad a la residencia de ciudadanos, prohibiendo en otra enmienda el alojamiento de soldados en tiempos de paz. Pero hubo dos grandes defectos. El primero, que fue fundamental durante más de un siglo de la existencia de la república, fue la exaltación de la libertad contractual y la existencia de la esclavitud humana; ambas cosas se combinaban para privar a la mayoría de la población de la base económica que podía dar sentido a los otros derechos (ver el hecho de que, todavía hoy, la mayoría de los condenados a la pena de muerte son negros) y la segunda, más importante aún, el hecho de que las limitaciones o derechos no afectaban a los estados. Como vimos, las garantías del "bill of rights" no se aplicaron a los estados sino hasta después de la II Guerra Mundial, y aún no se aplican en su totalidad. Todo esto llevó a los fenómenos de la "edad de oro", cuando el futuro ministro de la corte Brandeis y su colega y socio Warren escribieron su ensayo clásico "*El Derecho a la Privacía*".<sup>58</sup> Cabe notar que ellos se preocupaban más aún no exclusivamente, de la amenaza al individuo del poderío económico de las nuevas fuerzas dominantes en la política nacional. Acuérdense que estamos todavía en la época en que los hombres ricos compraban abiertamente sus togas de senador. Durante el desarrollo de sus ideas, la idea central se expresó en esta forma: el derecho a que le dejen a uno solo sin estorbos. Si se podía frenar la potencia intervencionista del gobierno ellos decían que el individuo tendría mucho mejor oportunidad de protegerse.

De allá hasta la creación del derecho por la Corte han de pasar más de tres cuartas partes de un siglo. También fue necesario llevar la noción a un campo que habría sido imposible que fuera materia de un litigio constitucional para los señores Brandeis y Warren y que permitió la fundación de una de las nuevas doctrinas constitucionales que hoy día

<sup>58</sup> Brandeis y Warren, *The Right of Privacy*, Harv. L. Rev.

tiene suma importancia. Se llegó al caso *Griswold vs. Connecticut*<sup>59</sup> por un camino que no indicaba la forma de solucionarse. Durante el periodo después de la II Guerra, una organización en favor del control de la natalidad, "Planned Parenthood", estaba metida en una serie de litigios contra los estados de Massachusetts y Connecticut que todavía prohibía la venta de anticonceptivos y el establecimiento de clínicas para su distribución y para dar consejos a mujeres que querían limitar el número de sus hijos. En los primeros casos, el corazón del litigio fue la sola pregunta de si el estado tenía el interés suficiente para adoptar tal legislación sobre la familia. Por fin, la mayoría llegó a la opinión de que no existía tal conexión entre la prohibición de anticonceptivos y de clínicas con los intereses legítimos del estado. En *Griswold* se agregó, por una manipulación de penumbras y garantías específicas, el derecho de la privacidad. El estado no podía tener interés suficiente que justificara la invasión de la cama matrimonial.

Psicológicamente es muy interesante que de *Griswold* se avanzó al derecho de la mujer soltera de obtener tal información y casi inmediatamente la Corte entró al campo de la protección por el derecho de privacidad —de la decisión de una mujer, casada o no, de tener un aborto. No sabemos por qué el asunto de esta versión del control de la natalidad se ha convertido en materia de altísima presión política, pero así ha sido en los últimos veinte años. Cabe notar que la Corte tuvo que fallar el año pasado revalidando este derecho y que el actual régimen tiene otro asunto ante el alto tribunal en este periodo de sus deliberaciones pidiendo la revocación del fallo básico, *Roe vs. Wade*,<sup>60</sup> y esto, no obstante su reiteración el año pasado del derecho básico. Se admitió en éstos el derecho de los estados de imponer ciertas limitaciones, pero muy limitadas y específicas. Se debe este retroceso a la presión de los Católicos Romanos liderados por el Papa y los superderechistas protestantes de la llamada "mayoría moral". Hemos de notar que fracasado ante la corte la presión política se ha causado la aprobación de legislación que priva a los pobres de abortos pagados con fondos federales. Cabe de notar que solamente ahora se están procesando criminalmente los que han atacado clínicas y médicos con bombas y otras amenazas. Varios estados adoptaron leyes que obligaban al médico a informar a los padres de las menores de cierta edad antes de hacer el aborto. En términos generales, la Corte declaró este tipo de ley anticonstitucional, pero con limitaciones que negó el requisito de que podía hacerse solamente en un hospital o clínica aprobada por la federación estatal de médicos.

Para ver cuál es el interés protegido, debemos considerar un fallo reciente de la Suprema Corte de la Florida en que dio validez a una ley

<sup>59</sup> 381 U.S. 479 (1965) y discusión en Tribe p. 570.

<sup>60</sup> 410 U.S. 113 (1973).

que requería notificación al marido. La corte dijo que entre la libertad de la mujer de hacer tal decisión y el derecho del marido de mantener la capacidad de su esposa de procrear, tenía que prevalecer el derecho del marido. Agregaba la Corte que bien la mujer podía satisfacer la notificación con una declaración de que había aceptado la intervención y no se aplicaba en caso de esposos separados. Así que, después de tres décadas de litigio en los niveles más elevados del país se ve que la mujer casada no ha avanzado nada. Increíble resultado de la presión de una minoría fanática.<sup>61</sup>

Otro aspecto de este derecho ha tenido importancia en la Corte. La privacidad como útil para controlar la explotación comercial de las fotografías, declaraciones y otro material privado. Quizá el caso más notorio fue el de la viuda de Kennedy, Jackie O. Pero se han fallado en la Corte dos casos involucrando gente ordinaria con intereses.

#### LA PRIMERA ENMIENDA: LIBERTAD DEL HABLA Y DE LA PRENSA

Fue con muy buena razón que los constituyentes insistieron en las garantías de la primera enmienda, habiendo sufrido la tiranía de los reyes ingleses. No obstante este temor, se ve claramente la futilidad de barreras de pergamino, siendo que la joven república sufrió precisamente la misma supresión a raíz de las leyes de sedición. Afortunadamente ese espanto de una tiranía autóctona murió por la oposición populista de la frontera. Tal movimiento llevó a la presidencia a Andrew Jackson y con él se terminó el poder de los conservadores de Nueva Inglaterra y Nueva York.

Durante toda la historia de la república, el corazón del problemático reside en el uso de la "seguridad nacional" para limitar o suprimir tales libertades. Como ejemplo de la amplitud de este peligro, citamos el fallo de *Haig vs. Agee*, donde la Corte privó al ciudadano el derecho a un pasaporte y como consecuencia el derecho a viajar. Son innumerables las veces en que este monstruo ha levantado su cabeza para destruir disidentes internos o "agentes" de poderes extranjeros. Cabe solamente mencionar la persecución de los líderes sindicales empezando en la posguerra de la I Guerra Mundial llegando hoy día al caso de César Chávez; la destitución de diputados socialistas en legislaturas estatales y el congreso en la misma época; las muchas acusaciones a Harry Bridges de 1935 hasta 1950 y finalmente, la locura anticomunista de la época del senador McCarthy. Para ver que nunca desaparece esta amenaza veamos las

<sup>61</sup> Comentario de Judith Greene "Weighing the burden of a woman's abortion decision — *Steinberg vs. Smith*, 659 F. 2d 476 (5 Cir., 1981)" en 12 *Stetson L. Rev.* 256 (1982).

propuestas reaganísticas de controlar los terroristas y los espías. Es en este campo de la seguridad nacional que tenemos que estar muy alerta o por poco se pueden terminar libertades vitales para la supervivencia de una sociedad libre.

Ambas garantías, habla y prensa, han sido materia para un debate entre los "relativistas" y los "absolutistas". Dos ministros de la Corte en la época del Ministro Presidente Warren, Black y Douglas, tomaron la posición que cuando la enmienda decía "el congreso no adoptase...", éste quería decir literalmente que no existía poder de hacer ley. La mayoría constante siempre ha sido relativista. Remontando a un dicho de Holmes que nadie tiene derecho de gritar, falsamente, "Fuego" en un teatro congestionado, la Corte sigue con la tarea casi imposible de establecer dónde y cuándo la limitación implícita debe prevalecer o, al contrario, cuando debe triunfar la libertad.

Vemos emerger de esta misma fallos que tratan de si lo dicho cae dentro de la categoría de "fighting words"<sup>62</sup> o no. Hoy día la prueba a que se somete este derecho tan vital consiste en estudiar si la limitación trata solamente "lugar y manera", si sí está permitida, si no, no. Utilizando estas normas se han prohibido ciertas actividades de huelguistas mientras hemos visto la expansión casi ilimitada de la libertad de prensa de las empresas grandes. Al nivel estatal la doctrina de habla comercial ha sido extendida por la corte de Florida en aprobar el derecho de empresas de gastar sus fondos en oposición a "iniciativas populares", siempre que indiquen la providencia de los fondos. Así es que el sistema a veces protege el habla comercial y niega la misma protección al habla laboral.

En el campo de control de habla puramente político, encontramos una vez más el espectro de la "seguridad nacional". La Corte creó, hasta hace muchos años y basándose en las enmiendas que gobiernan el proceso delictual, un requisito del permiso formal de un juez antes de limitar esta libertad, e.g. intervenir con instrumentos microelectrónicos, líneas telefónicas o controlar el correo. En tiempos de exagerado temor de una potencia enemiga o un movimiento subversivo, los demagogos pueden crear condiciones que facilitan estos permisos o respaldan acciones en plena violación. Como el dicho de los asesinos: disidente muerto no necesita libertades. Recientemente vimos en la misma capital el asesinato de Letelier y la llegada a las playas de los cuerpos de haitianos ahogados. Casos ejemplares de este dicho. Defensa de la disidencia es siempre una labor delicada, más delicada aún es mantener firme e inteligible las protecciones constitucionales.

En una forma muy paralela al debate de los absolutistas y relativis-

<sup>62</sup> *Chaplinsky vs. State*, 315 U.S. 568 (1942) citando *State vs. Chaplinsky*, 91N.H.310, 18 A.2d 754 (1941) y discusión en Tribe p. 714.

tas en libertad del habla encontramos fenómenos en el campo de la libertad de prensa. Aquí vemos la inversión de la antigua regla inglesa, bajo la cual se podía imprimir con absoluta libertad con el riesgo de sufrir la censura posterior con castigos civiles y penales. En cambio, hoy día, hay una presunción de derecho de publicar con ciertas protecciones para los diarios y otros medios de comunicación en masa.

Las peleas judiciales para establecer los límites de la libertad de prensa se han concentrado en dos campos. Primero limitaciones en el derecho de hacer comentarios acerca de "figuras públicas". Violando estos límites puede exponerse el diario o media a demandas por millones de dólares. El caso clásico en la Corte fue *New York Times vs. Sullivan*<sup>63</sup> pero más recientemente vimos los casos tan sonados de los exgenerales en contra de CBS y Time.

La otra categoría tan peleada es si la llamada "pornografía" debe o no tener protección constitucional. Ahora la Corte mantiene una doctrina que dice que no. Si la cosa escrita es pornográfica no es protegida. La autoridad local puede suprimirla o tratarla como actividad criminal. Como se traza la línea entre si porno y no porno es cuestión de aplicar las normas locales para una persona ordinaria. Cabe notar que hay un acuerdo casi universal que da derecho a los estados de proteger la niñez y de prohibir absolutamente el uso de niños y jóvenes para producir obras pornográficas. La Corte acaba de aprobar una ley neoyorkina en contra de la "pornografía infantil".

También debo mencionar dos casos especiales en la libertad de prensa. *United States vs. Nixon*<sup>64</sup> donde la libertad dependía de si las cintas y documentos eran oficial o personal y por fin, la reaparición del monstruo "seguridad nacional" en el caso de los papeles del Pentágono, *United States vs. New York Times*<sup>65</sup> la versión del siglo xx de censura antes de publicación. Según parece solamente la CIA tiene esta facultad.

#### LA PRIMERA ENMIENDA: SEPARACIÓN DE IGLESIA Y ESTADO

Conformidad y ortodoxia son los dos peligros más grandes para el estado democrático. En este sentido el útil más antiguo y eficaz, para controlar los humanos ha sido y sigue siendo la religión. No hablo de secta ni de tipo étnico, tampoco pongo mi dedo al catolicismo o la azteca, protestantismo fundamentalista o el mahometismo, sino a la amenaza y peligro que tenían en mente los fundadores de nuestro régimen constitucional cuando pusieron estas cláusulas en la primera enmienda. Ellos habían sufrido debajo de una iglesia establecida y por esto, aunque seguían existiendo en varios estados iglesias semiestablecidas durante los

<sup>63</sup> 376 U.S. 254 (1964) y discusión Tribe *idem*.

<sup>64</sup> Cf. *supra* n. 44.

<sup>65</sup> 403 U.S. 713 (1971) *per curiam* y Tribe p. 724.

primeros años de la república, prohibieron el establecimiento de una religión oficial nacional. Su segundo temor, la mano muerta de la ortodoxia, los movió a agregar la libertad de ejercicio de religión que, naturalmente, implícitamente protege al agnóstico o ateo.

Han habido violaciones de las normas (el caso de los Mormones), pero a largo plazo la Corte ha podido proteger estos intereses vitales en contra de la supresión exagerada. Claro que la contemporánea "mayoría moral" pondría fin a esta libertad, pero, afortunadamente, las muchas minorías de afectarse se han unificado en oposición. Es dudoso que puedan hacer mucho en el campo central de esta libertad, por mucho que ciertos representantes en el Congreso reprimen esfuerzos de control de la natalidad. Su privación de fondos a varias organizaciones de la ONU representa un uso de la libertad de religión exagerado. Al mismo tiempo, indica claramente el límite de control que pueda ejercer la Corte.

Veamos otro aspecto interesante en la declaración de anticonstitucionalidad de una ley texana, que obligaba la enseñanza de la versión bíblica de la creación de la raza humana al lado de la versión evolucionista darwiniana. Hoy día, el área más litigada sigue siendo la económica. Hasta qué punto está permitido el uso de fondos públicos en ayuda a las organizaciones religiosas.<sup>66</sup> Dentro de este campo grande la zona más combatida está en ayudar a escuelas privadas, gran porcentaje de las cuales son religiosas. Hasta el momento el fallo más en favor del uso ha sido el caso de Minnesota, donde la Corte aprobó una ley estatal que daba una deducción al impuesto sobre la renta para el costo de matrícula y libros a todos los padres que usaban escuelas que cobraban. La racionalización fue que no se puede fijar el número de no religiosos y que la ley tenía otra limitación en que no se podía utilizar este crédito si la escuela de que se trataba no firmaba una declaración jurada de no usar fondos públicos para enseñanza religiosa. Muchos otros servicios que pueda prestar el moderno estado intervencionista han sido aprobados; e.g. transporte, libros, otro material, servicios y pruebas de nivel académico o psicológico.

Otro problema muy debatido es la cuestión de rezar en las escuelas públicas. Aquí se encuentra otro tema que existe solamente debido a la agitación de la "mayoría moral". La Corte ha rechazado todas las versiones incluso el "momento de silencio", con el argumento que el estado no puede utilizar su poder para imponer la conformidad. No debe dejar la norma establecida en el caso de *West Virginia State Board of Education vs. Barnet*.<sup>67</sup> Los Testigos de Jehová no permiten el uso de sím-

<sup>66</sup> Desde el fallo en *Everson vs. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947) se ha permitido más tipos terminando en el caso citado.

<sup>67</sup> 319 U.S. 624 (1943).

bolos. Así que sus hijos no podían ser obligados a saludar la bandera por libertad de su religión; similarmente en un caso de Wisconsin los hijos de los Amish no podían ser obligados a asistir a preparatorias públicas (la ley general obligaba la asistencia en escuela hasta los 17 años), porque esto representaría minar su fe que está basada en mantener un estado materialmente primitivo.<sup>68</sup>

La competencia con otra religión oficial, la leninista-marxista de la URSS, en su aspecto de la carrera armamentista, representa peligro muy grande a esta y otras muchas libertades. Veamos en nuestro mundo tiranos de muchos tipos, komeinies y dictadores comunes y corrientes casi todos dispuestos de utilizar la religión para reprimir sus pueblos. Los modos de control mental del individuo o de la familia pueden ser antiguo y tradicional o nuevecito de paquete, pero el resultado es lo mismo: desaparece la libertad de pensamiento y con ella el estado democrático. Así que la Corte ha tenido que utilizar toda su ingenuidad para combatir la hidra opresiva de los que demandan conformidad en nombre de la religión.

#### LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

Uno de los dichos fundamentales de la política norteamericana salió de la boca de Mr. Dooley: "La Corte siempre sigue los resultados electorales". Esto es cierto, la Corte ha podido leer los de las dos elecciones del actual Presidente con más exactitud que los comentaristas y otros supersabios, y quizá por esto no ha seguido la línea conservadora trazada por Ronald Reagan. Ha reiterado y en ciertos campos extendido los derechos individuales. Es cierto que los programas de Reagan han minado la realidad por el aumento en el número de pobres y otras clases que no pueden tener acceso a los tribunales por falta de recursos y organización. Es más, durante cuatro años en cada decisión política importante el actual régimen ha favorecido a los ricos y las grandes empresas. La combinación de estos dos movimientos ha deprimido el ambiente social dando lugar a la violencia, como se ve en los ataques a los centros de planificación familiar. En cualquier sociedad deprimida económicamente, al extremo que más de la tercera parte vive abajo del nivel de la "pobreza oficial" y en el que el régimen corta programas como la alimentación en las escuelas para aumentar el presupuesto para el Departamento de la Defensa, tiene que provocar una oposición violenta. Así es que el Tribunal Supremo, en lugar de tornar hacia un sendero conservador, ha mantenido una línea centrada en medio de los extremos. Frente a esta estabilidad, los tres últimos lustros que voy a repasar es correcto dividirlos en cuatro etapas: la primera de 1954, con el fallo

<sup>68</sup> *Wisconsin vs. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

famoso de *Brown vs. Junta de Educación*, hasta la Ley de Derechos Civiles de 1964; la segunda, de 1964 hasta el proceso de Watergate y la dimisión del Presidente Nixon; la tercera hasta a elección de Reagan en 1980, y la cuarta hasta la fecha, que hemos repasado arriba parcialmente.

Quiero repetir aquí lo dicho acerca del influjo de las condiciones económicas de cada época sobre las libertades individuales. Obviamente, cuando hay 50 millones de pobres y 15 millones de desempleados, la realidad de la vida no deja margen para ejercer aún las más elementales libertades, las que permiten el mantenimiento de la vida. Por hambre, por frío en invierno, cuando se cortan los servicios vitales por falta de pago, por el calor entre los pobres atrapados sin aire en los centros de las ciudades, mueren sin relieve.

Con prosperidad se puede emprender, como el Presidente Johnson, la guerra contra la pobreza, liberando las energías de las comunidades, empleando los talentos de los antes marginados, realizar la libertad. La operación "headstart", manejada por las madres mismas, probablemente salvó a millones de niños para una vida productiva, que hoy día, gracias a la destrucción de aquellos servicios por Reagan caen víctimas de los hampones en las calles, muriendo de drogadicción y violencia.

Dentro de sus limitados poderes, la Corte sigue luchando con algunos problemas fundamentales.

En la primera etapa, tuvieron los ministros, primero, y luego los jueces de Distrito, que dar realidad a la igualdad racial en las escuelas públicas. Hubo dos resultados fundamentales. Veamos, el primero, fue que los Tribunales de Distrito se convierten en administradores de sistemas escolares, y el segundo, que salió de los sistemas divididos en el norte, sobre la forma de ocupar las vecindades (segregación de facto) el famoso problema de "busing". Inmediatamente detrás de la cuestión del balance racial, viene el problema de si se pueden combinar distritos para sacar dinero de los económicamente fuertes para ayudar a los más débiles.

Durante la segunda y la tercera etapas se afrontaron estos problemas y frente a ambos, la Corte dejó en manos de los grupos locales el control, es decir, los fallos no han demandado más que la buena fe en programas de unificación. No obstante, los centenares de fallos durante los años 1955-1984 estamos hoy con la realidad de un sistema público más segregado en su total nacional que antes del fallo en *Brown*. Se debe al hecho de que el movimiento demográfico más importante ha sido el de los blancos, jóvenes profesionales hacia los suburbios donde erigen escuelas, segregadas de hecho, mientras la ciudad con su sistema central está en manos de los negros, puertorriqueños y chicanos. A esto se debe la conquista de tantas presidencias municipales por negros (de las 10 ciudades más grandes del país 7 tienen alcaldes negros). A su vez, los reductos

blancos excluyen, en una forma u otra, a las minorías raciales. Naturalmente, sus sistemas escolares resultan "puros"; los de las ciudades, negros.

En la cuarta etapa, o sea hasta la actualidad, la Corte se ha preocupado más con el asunto de la censura de libros y el control local. *Junta de Educación Island Trees vs. Pico*, 457 U.S. 853 (1982) donde el Tribunal falló que la resolución de la Junta de sacar libros de la biblioteca de la escuela pública violaría los derechos de los alumnos basados en la primera enmienda. La Junta tuvo como motivo la supresión de ideas contenidas en tales libros con las cuales no estaba de acuerdo.

El control de las juntas locales en las escuelas públicas siempre ha sido defendido en contra de invasiones federales. Los hechos en el caso *Pico* indicaban un movimiento inspirado en el ala derechista pro Reagan de depurar las bibliotecas de una lista de libros indeseables. Afortunadamente en el caso fue en oposición la asociación nacional de bibliotecarios públicos, respaldada por varias otras organizaciones que veían el aumento grande en el número de casos de censura como un grave peligro.

La censura no solamente afectaba a las colecciones de las bibliotecas sino también invadía el contenido de los libros de texto. Según una nota en el 12 Hofstra Law Review 561 (1984), los atentados de censura se aumentaron de 300 anuales a más de 1,000 anuales entre 1980 y 1982. La informante dijo que es probable que solamente la quinta parte "se reporta" lo que deja un saldo actual de más de 5 000. Cómo alcanzar un equilibrio justo entre las demandas de derechos federales y el control local, está bien demostrado en el fallo *Pico*. Es obvio que, la influencia de los maestros, el dinamismo de la personalidad, tiene mucho más que ver con la educación que el acceso a una biblioteca. Lo que pienso mal en la *ratio decidendi*, basada en un análisis práctico, es que olvida la importancia de la libertad académica. El ambiente de la escuela en su totalidad sufre si los maestros y alumnos tienen que vivir bajo un régimen de censura dictatorial de una Junta forzosamente más conservadora. Dada la debilidad en el sistema electoral como resultado de la falta de votar de parte de la mayoría, el control pasa a las minorías mejor organizadas. En los EE.UU. los mejores organizados de todos son los ancianos, gente de más allá de 70 años. Su interés en las escuelas primarias y secundarias tiene que ser puramente político.

Una de las áreas poco estudiada hasta época reciente es la de acciones del Poder Ejecutivo que ponen en peligro las libertades individuales, sobre todo, cuando el Presidente actúa sin una ley previa.

La historia de los casos *Snepp vs. Agee* nos da una idea preclara del peligro. En *Snepp* (595 F.2d 926 4 Cir., 1979); rev'd en parte 444 U.S. 507 (1980) *per curiam* se trató de la publicación de un libro crítico de la CIA sin permiso y en violación de una promesa de mantener secreta

información adquirida durante su empleo. La acción de la administración del Presidente Carter se basó en daños por violación de contrato. El Tribunal estuvo de acuerdo e impuso un fideicomiso implícito a las ganancias, declarando que el gobierno tenía derecho a controlar datos sensitivos, aun sin un contrato, y Carter se decidió por hacer unos reglamentos de autolimitación. Esto fue mucho mejor, pues cuando hay conflicto entre el interés de una agencia del gobierno y un derecho individual debe estar bajo control de una ley. La agencia siempre sobrevalúa el punto de vista del riesgo nacional y valúa bajo el del individuo. El peligro de la acción ejecutiva se ve con el hecho de que Reagan declaró su intención de extender la doctrina a todos los individuos que tienen acceso a datos clasificados como secretos. Hubo tal oposición en el Congreso que se abstuvo, pero mientras su Procurador General Smith abolió los reglamentos del régimen de Carter.

Otro caso que vimos antes, *Haig vs. Agee*, representa otro aspecto del movimiento para proteger la CIA. Se validó el poder del Secretario de Estado de revocar el pasaporte de un ciudadano. El caso se difiere en que aquí, además de la violación de los secretos, el Tribunal agregó el factor de que la conducta de Agee creaba un peligro para la política exterior, un peligro que tachaba de grave.

Notamos que hubo una disidencia fuerte del Ministro Brennan. Su punto más importante fue que la actividad del ejecutivo, para ser del tipo que puede aprobarse implícitamente por el Congreso, tiene que ser mucho más específica que la política de revocación que se envuelve. De otra forma, el poder de legislar dado al Congreso por la Constitución pasaría en gran medida al Presidente.

No tuvimos que esperar mucho para ver el uso de poder del Presidente para limitar el derecho de viajar. Basándose en *Agee* y también en la International Emergency Economic Power Act, restringió viajes a Cuba y la Corte aprobó sus acciones en el caso de *Reagan vs. Wald*.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Toda la discusión que precede está basada en una excelente y completa revista de los problemas de *Haig vs. Agee*, 453 U.S. 280 (1981) y sus secuelas hasta *Reagan vs. Wald*, en Quint, *The Separation of Powers Under Carter*, 62 Texas L. Rev. 785 (1984). Ver cancelación de los reglamentos de Civiletti, p. 848; los procediminetos anteriores a *Haig vs. Agee* — *Agee vs. Vance*, 483 F. Supp. 729 (D.D.C.), afirmando *sub. nom. Agee vs. Muskie*, 629 F. 2d 80 (D.C. Cir., 1980). Cabe notar que en distrito y circuito los jueces fallaron a favor de Agee (que tenía derecho a la devolución de su pasaporte) basándose en *Zemel vs. Rusk*, 381 U.S. 1 (1965) y *Kent vs. Dulles* 357 U.S. 116 (1958). Revocación solamente posible en tiempo de paz con la autorización del Congreso. Quint también cita en pp. 849 apunte 341 a Farber, *National Security, The Right to Travel and The Court*, 1981 Supreme Court Review 263 a 284 "... el récord legislativo demuestra una hostilidad completa por más de 25 años al tipo de control del Derecho de Viajar" permitido en el caso principal, *Haig vs. Agee*.

El IEEPA se encuentra en 50 USCA 1701-06, Supp. V, 1981 y la Ley de Comercio con el Enemigo en 50 USCA app. 5(6) y Supp. 1981.