

LA DECLARACION DE DERECHOS Y LA CORTE SUPREMA: NORMA Y PRACTICA EN LA PROTECCION DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Abraham S. Goldstein

Profesor Sterling de Derecho,
Facultad de Derecho de la Universidad de Yale

Se ha puesto de moda entre las naciones del mundo el redactar Constituciones e incluir en ellas una declaración de los derechos ciudadanos. Muchas de estas Constituciones, quizás la mayoría, revelan más acerca de los ideales a largo plazo de la nación que acerca del grado en que esos ideales se pueden realizar o en que serán realizados como legislación activa. Hemos visto, en nación tras nación, los derechos fundamentales de un pueblo —a la libertad de expresión y de prensa, y de reunión, a la libertad contra arresto arbitrario e interrogatorio coercitivo, a un juicio justo ante un juez imparcial— confirmados en la Constitución y luego abandonados en tiempos de desafío y de crisis. Las garantías han sido violadas, los gobiernos han caído, y nuevas Constituciones han sido redactadas, demostrando, demasiado a menudo, que una Constitución puede resultar ser nada más que un conglomerado de palabras y frases. Salvo, eso sí, que la Constitución refleje en un profundo sentido aquello que está en el corazón de un pueblo, en los corazones de aquellos que tienen las riendas del poder, así como también de aquellos que confían en ellos como dispensadores de la iniciativa, del sustento y del liderazgo moral.

Más que ningún otro documento legal, una Constitución obliga a una sociedad a confrontar la tensión existente entre las leyes de los libros y la ley en la práctica. Me gustaría hablarles hoy día de cómo los Estados Unidos han logrado manejar esta tensión, ya que le ha tocado aplicar su Constitución bajo circunstancias asombrosamente cambiantes durante un período de 200 años. Durante ese período, los Estados Unidos se han más que cuadruplicado en superficie, su población se ha multiplicado más de sesenta veces, el sistema de vida dominante ha cambiado de rural-agrícola a urbano-industrial. El país ha sufrido invasiones, una cruenta Guerra Civil, y alteraciones dramáticas en su composición racial, religiosa y étnica. Nuestra experiencia llegará a demostrar, creo, que el *proceso* para realizar los derechos constitucionales —y el rol de los tribunales en ese proceso—, es por lo menos tan importante como declarar dichos derechos.

I. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS

La Constitución de los Estados Unidos, tal y como fuera redactada en 1787, era un documento sorprendentemente breve. Incluía solamente siete artículos y establecía las estructuras y poderes básicos de un gobierno nacional. En ese entonces, los trece Estados originales eran muy celosos de sus prerrogativas. Esta preocupación se hizo evidente en la nueva Constitución, que fue muy meticulosa en la limitación de la delegación del poder al gobierno nacional y a cada una de sus tres ramas. A los Estados les preocupaba espe-

cialmente la amenaza planteada por el nuevo gobierno a las libertades fundamentales del pueblo. Tanto les preocupaba, de hecho, que insistieron en que como condición para ratificar la Constitución, fueran añadidas diez enmiendas. Estas enmiendas llegaron a conocerse como la Declaración de Derechos.

La práctica de redactar un documento fundamental de gobierno —una Constitución— era poco usual en 1787. Los ingleses tenían una Constitución no escrita, pero, sin embargo, entre los países que aún existen, los nacientes Estados Unidos fueron los primeros en redactar una. La idea de una Constitución se remonta a la decadencia del poder absoluto de los reyes y al surgimiento, en su lugar, del concepto de un contrato social entre el pueblo y aquellos que los gobernaban. Bajo este nuevo enfoque, era el pueblo el soberano, no el Rey. Sólo daban al Estado una autoridad limitada, mientras que se reservaban ellos mismos ciertos derechos “inalienables”. Esta tonalidad de “derechos inalienables” había sido enunciada anteriormente, cuando las colonias emitieron su Declaración de Independencia, atrayendo la imaginación del mundo, extendiéndose desde los Estados Unidos y Francia hasta Sudamérica, hasta los países de Europa y, en épocas más recientes, hasta Asia y África. Los conceptos inseparables de poder delegado y derechos inalienables se convirtieron en la base para una perspectiva mundial que aún compite en el escenario del mundo con otras ideologías que suponen que el pueblo no ejerce derechos sino privilegios y que tales privilegios deben siempre estar subordinados a la voluntad del Estado.

De las diez enmiendas conocidas por lo general como Declaración de Derechos, cinco son de especial importancia para mi charla de hoy.*

- a) la primera enmienda (que protege la libertad de expresión, de prensa, de reunión y de credo);
- b) la cuarta enmienda (que protege contra allanamiento y apropiación inmediata de personas y propiedades);
- c) la quinta enmienda (que protege contra la autoincriminación y contra la privación de la vida, de la libertad o de la propiedad sin el debido procedimiento legal);*
- d) la sexta enmienda (que garantiza la asistencia jurídica, el juicio público por un jurado imparcial y el derecho a confrontar testigos);
- e) la octava enmienda (que prohíbe la fianza excesiva y el castigo cruel y desacostumbrado).

Estas enmiendas fueron originalmente diseñadas como limitaciones solamente al gobierno *nacional*, puesto que la Constitución de 1787 no ofrecía obstáculos a la invasión de los referidos derechos. Es cierto que el artículo IV disponía que: “Los Estados Unidos garantizarán a todos los Estados... una forma de Gobierno Republicana”. Pero dicha disposición no bastaba para tranquilizar a aquellos que insistían en agregar una Declaración de Derechos. En el año 1787, por lo tanto, el año que da lugar a este Bicentenario, los derechos individuales estaban protegidos solamente por las Constituciones estatales. Esto dejaba enormes lagunas, sobre todo con respecto al problema de la esclavitud. A objeto de ganarse el apoyo a una Constitución Nacional de parte

* No voy a analizar la parte de “propiedad” de la cláusula del debido procedimiento legal, en el entendido de que este tema será tratado por el profesor Furnish.

de los Estados que tenían esclavos, los fundadores no dispusieron en ella la abolición de la esclavitud. No fue hasta después de la Guerra Civil, alrededor de ochenta años más tarde (en 1868-1870), que se adoptaron las enmiendas decimotercera, decimocuarta y decimoquinta, prohibiéndose la esclavitud. De estas enmiendas surgidas de la Guerra Civil, el legado constitucional más detallado lo constituye la decimocuarta enmienda, la que gradualmente se fue convirtiendo en un vehículo para hacer que la mayor parte de la Declaración de Derechos se hiciera obligatoria para los Estados. Además, la decimocuarta enmienda agregó el requisito de que a ninguna persona puede ser denegada la igualdad en la protección de la ley, una adición que ha llegado a ser obligatoria tanto para los Estados como para el gobierno nacional.

Resulta, de más está decirlo, imposible extenderse hoy acerca de la Declaración de Derechos en su totalidad. Sin embargo, es importante enfatizar el hecho de que hay dos objetivos fundamentales que impregnan dicha Declaración de Derechos: el primero de ellos es el control del abuso del poder gubernamental; y el segundo es la garantía de la existencia de una sociedad abierta. La primera enmienda estipula que el gobierno no puede limitar a las personas y a la prensa en su expresión; que las personas, por sí solas o agrupadas, pueden hacer peticiones al gobierno; que el gobierno no puede impedir la práctica libre y abierta de la religión. Las enmiendas cuarta, quinta y sexta garantizan que cuando el gobierno ejerce su máximo poder, el proceso criminal, en contra de un demandado, éste tiene derecho a un juicio libre, a la asistencia jurídica, a llamar y confrontar testigos, y a ser juzgado en público por un juez imparcial y por un jurado compuesto de sus iguales. Si es llevado a prisión, tiene derecho a recusar tal encarcelamiento invocando el "auto de libertad" de *habeas corpus*.

La presunción subyacente de la Declaración de Derechos es que ni los tribunales ni las legislaturas han podido, a través del tiempo, garantizar de manera segura la protección de los derechos. De allí la enorme importancia de una "sociedad abierta" en la que haya un flujo de información acerca de la forma en que la justicia y los procesos políticos están siendo administrados; y del acceso directo del pueblo a los procesos tanto de la justicia como de la política.

II. ALGUNAS PERSPECTIVAS

Lo que me gustaría hacer ahora es ofrecerles una imagen impresionista de la forma en que la Suprema Corte ha manejado algunas de las disposiciones de la Declaración de Derechos a través de los años y de las controversias que se han suscitado por el rol que juega la Suprema Corte al aplicar una Declaración de Derechos en una sociedad democrática. Habiendo establecido el contexto en líneas generales a manera de introducción, voy a analizar dos temas en mayor detalle: la aparición del derecho a asesoría legal designada y el esfuerzo por controlar las prácticas policiales ilegales. Mi propósito al hacerlo es el de darles una idea concreta de la Suprema Corte de los Estados Unidos en acción en controversias actuales y recurrentes. Estas ilustraciones nos llevarán hacia algunas observaciones generales acerca del rol que desempeña la Corte con respecto a hacer de puente entre la norma legal y la práctica y a moldear o reflejar la opinión pública de la nación.

Ya me he referido a la tensión que existe en todos los sistemas legales avanzados entre la ley de los libros y la ley en acción. Esta tensión a menudo

refleja una brecha entre lo que un Estado desea que su ley sea y lo que tiene la voluntad o la capacidad de ser en la práctica. Existen actitudes sumamente diversas entre distintas naciones con respecto a este "problema de brecha". En ocasiones ha sido explicado como un manejo cínico de la opinión pública, otras veces como un fracaso de buena fe en la apreciación de lo que podría ser necesario para implementar la norma legal, y aun otras como un corolario inevitable del esfuerzo por lograr las metas de largo plazo de manera gradual; en otras ocasiones se ha dicho que refleja una adherencia indebida a la jurisprudencia kantiana, que ratifica los "imperativos" y prescinde de la realidad pragmática. Esta "brecha" goza de grados de tolerancia que varían enormemente entre una sociedad y otra; algunas apenas lo notan, algunas meramente pretenden no notarlo, y hay algunas en que este vacío crea un problema central de política pública.

Los Estados Unidos caen dentro de esta última categoría. Hace ya mucho tiempo que es evidente que muchas de las disposiciones de la Declaración de Derechos han representado más bien un conjunto de ideales a largo plazo que un código práctico. Tomemos, por ejemplo, las disposiciones referentes a las personas acusadas de crimen. Resultaba obvio, a comienzos de nuestra historia, que la fianza en dinero era manipulada a objeto de denegar la libertad antes del juicio y lograr la detención preventiva; que a menudo se abusaba del interrogatorio, se hacían allanamientos ilegales y arrestos sin causa probable. Esta disonancia era ampliamente tolerada como parte de una tradición de justicia ruda, porque los Estados Unidos se veían a sí mismos, hasta hace muy poco tiempo, como una nación joven, una nación que podía dejar en manos de un futuro distante la realización de los ideales implícitos en sus normas legales.

Por otra parte, siempre ha habido fuerzas poderosas que han mantenido vivo el esfuerzo por cerrar la brecha entre la norma y la práctica. La más importante ha sido una fe persistente en la perfectibilidad de las personas y de las instituciones, que un fuerte sentido de la moralidad, combinado con inteligencia y con experimentación, encontraría la manera de construir la "ciudad celestial" en una tierra en donde todo era posible. Una porción cada vez mayor del público americano llegó gradualmente a la convicción de que una declaración de derechos no era un código aplicable sólo a "otros" —a personas de pasión y violencia, ciudadanos de "menor orden", carentes de virtudes morales— sino que tenía una genuina relevancia para Todos los Hombres. La primera indicación de este reconocimiento —y empatía— fue el uso del derecho penal en materia de salud, bienestar y seguridad en las ciudades recientemente industrializadas. Con tal uso, electorados cada vez más amplios de toda la gama de estratos sociales y económicos comenzaron a sentir el impacto de una fuerza pública que anteriormente había estado reservada para "ellos". El proceso de identificación siguió su curso a medida que grupos cada vez más nuevos experimentaban el derecho penal, por intermedio de controles de precios y de racionamientos durante la Segunda Guerra Mundial; a través del movimiento de derechos civiles en el sur y de protestas públicas en contra de la guerra de Vietnam.

La mayor conciencia pública de la ley-en-acción coincidió con el surgimiento de la investigación empírica del funcionamiento del sistema de justicia criminal, que comenzara a fines de la década del 20 y a comienzos de los años 30. Estos estudios confirmaron a la comunidad legal y a la comunidad mayor la existencia de una "brecha" entre las normas legales y la ley tal cual

estaba siendo administrada. De allí surgieron reformas en diversas áreas, como asimismo se dio origen a un movimiento intelectual más amplio (reflejado en las obras de los realistas legales). Tal como era de esperarse que se esperara, comenzaron a cristalizarse dos posiciones rivales entre sí: una de ellas "realista", que consideraba la norma legal como una exhortación y trataba las desviaciones de dicha norma como necesarias para lograr que la justicia efectivamente funcionara; y la "idealista", que buscaba elevar el nivel de la práctica al de la norma legal.

Antes de 1920, estas tendencias rivales sólo se veían reflejadas ocasionalmente en las opiniones de la Suprema Corte. Las opiniones de cuestiones de procedimiento penal —e incluso acerca de la libertad de expresión, de prensa y de culto— eran relativamente poco usuales. Los grandes casos constitucionales, hasta ese momento, habían tenido relación con la expansión del poder nacional sobre el comercio; con el surgimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de la acción legislativa y ejecutiva (estatal y federal); y con cuestiones concernientes a la relación federal-estatal. Durante la Primera Guerra Mundial, sin embargo, comenzaron a trazarse las líneas de la relación entre la Primera Enmienda y una sociedad en guerra. En la mayoría de los casos prevaleció el gobierno, pero los jueces disidentes (en especial Holmes y Brandeis) comenzaron a demarcar posiciones que a la larga habrían de lograr que la libertad de expresión y de prensa fueran prácticamente inviolables. También durante ese período se "incorporó" la Decimocuarta Enmienda, haciéndola obligatoria para los Estados, la primera Declaración de Derechos en ser "nacionalizada". También había presagios de cambio en el área del procedimiento penal. En el año 1914, la Suprema Corte excluyó de la evidencia incriminatoria obtenida por medio de un allanamiento ilegal*. En el año 1920, el juez Holmes anunció lo que llegó a ser conocido como la doctrina de la "fruta del árbol venenoso", que prohibía presentar en un juicio criminal federal toda evidencia que pudiera ser rastreada hasta una fuente ilegal**. Y en el año 1928, el juez Brandeis escribió una disidencia que sentó las bases para un cuerpo de ley que más tarde prohibiría o restringiría el uso de evidencia obtenida por intervención de líneas telefónicas o cablegráficas***.

En las décadas del 40 y del 50, la Suprema Corte, designada en gran medida por el Presidente Franklin Délano Roosevelt, siguió adelante con el proceso de "incorporación" de la Declaración de Derechos a la cláusula de debido procedimiento legal de la Decimocuarta Enmienda. La Corte aplicó la Decimocuarta Enmienda expansivamente a casos que involucraran derechos de los acusados y derechos de expresión, prensa, reunión y culto. Fue la Corte Suprema de los años 60, sin embargo, la que tomó la posición idealista como propia. En una serie de decisiones relacionadas con la cuarta, quinta, sexta y octava enmiendas —con allanamientos, uso del cuerpo, interrogatorios, derecho a asesoría jurídica, publicidad y pena capital—, la Corte (conocida ahora como la Corte Warren, por su Presidente) virtualmente completó el proceso de "nacionalización" de la Declaración de Derechos. Entre sus fallos más controvertidos se encuentran aquellos que hicieron obligatoria para los Estados la norma de exclusión; los que exigían asesoría legal si la policía

* *Weeks vs. Estados Unidos*, 232 U.S. 383 (1914).

** *Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos* 251 U.S. 385.

*** 277 U.S. 438 (1928).

deseaba interrogar en el cuartel de policía; y los que decretaban la asesoría legal obligatoria para los indigentes, paritaria con la de aquellos que tenían medios *.

A. *La aparición del abogado defensor*

La verdadera explosión de los "derechos" del acusado coincidió en gran medida con la aparición de la asesoría legal designada y compensada para los indigentes en los años 50 y 60. Aunque es cierto que la Sexta Enmienda hacía ya tiempo que garantizaba el derecho a asistencia legal en los casos federales, sólo las personas con medios podían prevalerse de dicho derecho. El derecho a asesoría legal designada para los indigentes surgió muy lentamente, no antes de 1936 en el sistema federal y posteriormente en muchos de los Estados bajo sus propias Constituciones. Aun cuando se reconocía el derecho, éste se asignaba solamente en el juicio y, en muchos lugares, sólo para casos capitales o para crímenes. Además, el abogado defensor designado por el tribunal por lo general no recibía pago alguno, y muy a menudo era ineficaz. Fue durante el caso *Gideon vs. Wainwright*** , fallado en 1963, que la Suprema Corte sostuvo que el derecho a asesoría legal designada para los indigentes estaba garantizado por la cláusula del debido procedimiento legal de la Decimocuarta Enmienda, y que era obligatorio para todos los Estados. En dicho caso, la Suprema Corte hizo uso de dos corrientes de autoridad: una, que la cláusula del debido procedimiento legal enfatizaba la necesidad de "la mano guiadora del abogado defensor" en todas las etapas críticas de un proceso *adversario*. La otra, la cláusula de igual protección, que afirmaba que el tipo de juicio que se le brinde a un demandado no debe depender de si éste es rico o pobre. Desde entonces, el derecho ha sido extendido a todos los crímenes, incluso crímenes menores, en los cuales el demandado enfrenta el riesgo de encarcelamiento, y también a muchas etapas previas al juicio, como, por ejemplo, a la audiencia preliminar e incluso al cuartel de policía (si la policía deseara interrogar a un sospechoso en detención preventiva), ya sea por medio de sistemas de defensor público, programas privados de asistencia legal o compensación pública de abogado defensor designado por la corte.

Al poco tiempo resultó evidente que el derecho a la igualdad en los servicios legales o igualdad sustancial, en cada vez más etapas, a la larga ocasionaría un verdadero choque entre los derechos y los recursos jurisdiccionales. Es fácil olvidar cuán poco procedimiento penal había en la mayoría de los casos antes de que el abogado defensor se convirtiera en parte regular del proceso. Aunque la teoría legal describía un sistema *adversario*, en el cual la acusación y la defensa competían ante un juez imparcial, la realidad era un mundo de discreción acusatoria y alegatos de culpabilidad, en el cual el Estado estaba representado por el fiscal de distrito y al demandado no lo representaba nadie. En un sistema legal que presumía que serían las partes, y no el juez, las que tomarían la iniciativa, la ausencia de un abogado defensor significaba que los jueces difícilmente podían llegar a enterarse de hasta

* Nótese que al incorporar los derechos, la Suprema Corte ha establecido un límite, bajo el cual ningún Estado puede caer. Cada Estado puede otorgar una mayor protección en virtud de su propia Constitución.

** 372 U.S. 335 (1963).

qué medida podían la policía y el fiscal haberse desviado de las normas aplicables al arresto, allanamiento, interrogatorio, etc.

Hoy en día, en que el abogado defensor desempeña un papel habitual en el sistema de la justicia criminal, la situación es bien diferente. Los derechos son renunciados con menos frecuencia. Es mucho más frecuente la presentación de teorías legales que favorecen a la defensa, y la prosecución de éstas en las cortes de apelaciones estatales y en los tribunales federales. Y los tribunales han redactado opiniones controvertidas que buscan elevar las prácticas de la aplicación de la ley al nivel de las normas legales, y quizás incluso hasta un nivel más alto. Junto con confirmar los antiguos derechos, hay veces en que también parecen haber creado algunos nuevos. A raíz de esto, hay quienes les parece que los tribunales se están adjudicando el papel de inspectores del sistema de justicia completo, y que al hacerlo están violando las fronteras que les establece la Constitución.

B. *La investigación policial y la norma de exclusión*

Una segunda fuente de controversia sostenida es el rol que desempeña la Suprema Corte en el intento por controlar la forma en que la policía conduce sus investigaciones. Probablemente estén ustedes familiarizados con la forma especial en que en los Estados Unidos abordan esta materia —la norma que excluye la evidencia obtenida ilegalmente por la policía a través de arresto, allanamiento, fisgoneo e interrogatorio ilegales—. La posición de la ley común es que “el criminal no debe quedar libre porque el alguacil se haya equivocado”; que la manera de remediar las prácticas ilegales de la policía es mediante acciones judiciales de daño civil y procedimientos disciplinarios de la policía, más que impedir la acusación del ofensor en contra del cual se esté utilizando dicha evidencia obtenida en forma ilegal. Gradualmente —a lo largo de un período de 50 años de lo que podría llamarse experimentación judicial— la norma de la ley común dio paso a una norma que consideraba la exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente como el único elemento disuasivo eficaz en contra del mal comportamiento policial. Esto culminó con el caso *Mapp vs. Ohio*^{*}, fallado en 1961, en el que la Suprema Corte sostuvo que la norma de exclusión debía ser aplicada por los Estados como recurso para el uso de evidencia obtenida ilegalmente.

La Corte Warren parece haber recurrido a la norma de exclusión a raíz de un sentimiento de desesperación judicial; la policía no se había estado vigilando a sí misma y no parecía que fuera a hacerlo. De hecho, la Corte le traspasó al abogado defensor la función de elevar la práctica policial americana a los niveles exigidos por la Constitución. Al hacerlo, es posible que la Corte haya exagerado la capacidad de un tribunal penal en lo que se refiere a lograr objetivos fiscalizadores, como asimismo el grado en que el público —en un período en que el crimen iba en aumento— toleraría que se le asignara a un demandado criminal el rol de “fiscal general privado”, pidiendo cuentas a la policía.

Los críticos de la norma de exclusión han alegado durante años que ésta “ata de manos a la policía” y contribuye significativamente a la alta tasa

^{*} 376 U.S. 643 (1961) (La Corte declaró que la integridad judicial estaría comprometida si los jueces admitieran tal evidencia).

de criminalidad y baja tasa de condena judicial. Quisiera hacer notar que la evidencia empírica es ambigua y que no está del todo claro que muchos casos sean perdidos por dicha norma (excepto, quizás, en el campo de los narcóticos y del juego) *. Sin embargo, cualquiera sea la conclusión última en el debate empírico, no cabe duda de que la norma de exclusión es un instrumento rudo en el manejo del problema de la ilegalidad policial. A medida que el crimen aumenta en cantidad y gravedad, el argumento cada vez más fuerte es que el público está pagando un precio muy alto por una teoría problemática de disuasión. Aunque reconociendo que las ilegalidades policiales no deben ser condonadas, estos críticos insisten en que los recursos civiles serán más eficaces como disuasivos —no sólo en contra de la policía, sino además, y lo que es más importante, en contra de las municipalidades que les emplean y que están en posición de dirigir, controlar y sancionar sus prácticas—. En su opinión, el “precio” financiero de una condena judicial por medios ilegales debería ser tan alto como para que el Estado o la ciudad proporcionaran la capacitación, los procedimientos y los procesos disciplinarios para controlar el comportamiento policial. Además, varios miembros de la Suprema Corte han manifestado su disenso, favoreciendo un abandono o modificación mayor de la norma de exclusión, y la Corte ha adoptado recientemente una excepción limitada a la norma de exclusión con respecto a allanamientos efectuados en confianza de buena fe o con orden de allanamiento emitida por un magistrado.

El problema planteado tan agudamente por la norma de exclusión, al igual que por la confirmación más enérgica de los derechos por el abogado defensor, es el rol que debe jugar la Suprema Corte. En este campo, y en otros tales como el aborto, la obscenidad y la pena de muerte, las decisiones de la Suprema Corte se han encontrado con una resistencia cada vez mayor. Habiendo sido derrotados en la arena judicial, algunos críticos de la Corte han difundido su mensaje en campañas políticas. Estos esfuerzos políticos han tenido una fuerte repercusión. Y ahora, en algunas decisiones recientes de la Corte, estamos presenciando los comienzos de un resurgimiento de la postura realista —una evidencia renovada de que la Corte puede haber cerrado la “brecha” entre la norma y la práctica demasiado bien— y a lo mejor ha brindado una protección mayor al acusado que la que exigiría la Declaración de Derechos.

III. LA REVISIÓN JUDICIAL Y EL DILEMA CONTRAMAYORITARIO

Este análisis me ha llevado, inevitablemente, a la institución de la revisión judicial —al rol que desempeña la Suprema Corte en la decisión de si los Estados y demás ramas del gobierno nacional han o no violado la Constitución—. La revisión judicial es probablemente nuestra institución gubernamental más distintiva. A lo largo de más de doscientos años ha sido el vehículo que ha permitido a la Suprema Corte establecer los límites del poder gubernamental. La Corte ha usado reiteradamente su poder para reconciliar una Constitución aparentemente fija con el crecimiento y los cambios. Apoyándose en principios racionalizados extraídos del texto de la Constitución, la Corte ha hecho de puente entre intereses y bandos rivales y —como

* Nótese la relación entre las normas de exclusión y los tratos de defensa.

sea que parezca en medio de acontecimientos y cuestiones puntuales controvertidos— ha sido un pilar fundamental de la estabilidad y la seguridad en nuestra historia.

Hay, por cierto, una cierta cualidad cíclica en estas materias y en la relación de la Corte con la opinión pública; en ciertos momentos parece llevarle ventaja y en otros parece ir a la zaga. Es posible que en este momento estemos entrando en un nuevo ciclo, a medida que la Suprema Corte —habiendo presionado en los últimos años para hacer que la práctica sea congruente con las normas constitucionales— responde a una nueva opinión pública y a las iniciativas de una nueva administración. Dichas iniciativas han dado a la Corte una tabla completa. En ciertos informes y en reiteradas declaraciones públicas, el Fiscal General de los Estados Unidos ha atacado la validez de muchas de las decisiones de la Corte —particularmente de aquellas que involucran el aborto, la obscenidad, la religión y los derechos de los demandados en casos criminales—. Dicho ataque no sólo ha sido dirigido a las decisiones mismas, sino además a lo que ha sido descrito como la filosofía de la Corte Warren. En su opinión, la Corte ha ignorado el *texto* de la Constitución y se ha basado en sus propias preferencias de política al decidir los casos. Ha dictado fallos “subjetivos” y ha asumido el rol de una superlegislatura. Ha “nacionalizado” derechos que la “generación fundadora” pretendía dejar a los Estados, basándose en lo que él considera la insidiosa doctrina de la “incorporación”, la serie de opiniones, a las cuales me refiriera anteriormente, que comenzaron en 1925 y que sostuvieron que la mayor parte de la Declaración de Derechos estaba protegida de la acción estatal por la Decimocuarta Enmienda. El Fiscal General es de opinión que la Corte “vuelva a la jurisprudencia de la intención original” y aplicar las palabras de la Constitución de la manera en que fueron escritas y tal como se pretendía que se aplicaran en 1787 y en 1791.

Prácticamente nadie cuestiona el planteamiento de que la Constitución es el texto básico del cual se deriva la totalidad de la ley constitucional. Pero el llamado a una “jurisprudencia de la intención original” hace surgir la pregunta de si acaso es posible determinar la intención original y, lo que es aún más importante, cómo se deben aplicar hoy en día los principios de gobierno contemplados por aquellos que redactaron la Constitución. Un juez se debe preguntar en forma permanente lo siguiente: ¿Qué significan las palabras de la Constitución cuando surgen situaciones que no existían en la época en que ésta fuera redactada? ¿Qué significan cuando una disposición de la Constitución entra en conflicto con otra, no en términos abstractos, sino en el contexto de un caso que debe ser decidido ahora? ¿Qué significan cuando el gobierno federal hace valer poderes que parecen invadir campos que anteriormente eran abordados por los Estados, a menudo como resultado de las nuevas tecnologías o de los nuevos problemas sociales o económicos?

A pesar de que las esperanzas del Fiscal General con respecto a una “jurisprudencia de la intención original” han sido exageradas, sus polémicas han sacado a la luz, en forma dramática, un problema que es fundamental para nuestro sistema político. Nuestra Constitución no dispone de manera explícita que la Corte pueda declarar inconstitucional un estatuto. Aunque la autoridad de la Corte para así hacerlo ya no se cuestiona seriamente, los eruditos y los jueces han estado preocupados, a lo largo de casi toda nuestra historia, de cómo se puede reconciliar tal revisión judicial con una sociedad de-

mocrática, y de cuán extensa debe ser dicha revisión judicial. ¿Por qué podría un juez no elegido de la Suprema Corte —nombrado de por vida y sin responsabilidad directa hacia el público— ser capaz de declarar inconstitucional un estatuto promulgado por los representantes elegidos por el pueblo o de invalidar la decisión de un Presidente elegido por el pueblo?

La pregunta, llamada hace algunos años el “dilema contramayoritario”, nos recuerda que la Suprema Corte ejerce una extraordinaria autoridad moral en nuestra sociedad, y que ha habido veces en que se ha arriesgado a perder dicha autoridad al pasar por encima de fallos del Congreso o Presidenciales (o estatales) de manera demasiado casual. Ese fue, obviamente, el problema enfrentado por el Presidente Roosevelt y el Congreso New Deal en los años 30, en que decreto tras decreto diseñados para lidiar con la calamitosa Depresión eran declarados inconstitucionales por la Suprema Corte. Y es el problema planteado ahora por el Fiscal General en su ataque a una trayectoria constitucional que ha ampliado las protecciones a los derechos individuales en virtud de la Decimocuarta Enmienda.

Las tensiones desatadas por el “dilema contramayoritario” —de un convenio original interpretado por un consejo no elegido de ancianos platónicos— las sufriremos siempre. Pero la manera de resolver el dilema fue determinada por la estructura misma de la Constitución. La “generación fundadora” decidió no fiarse de la supremacía parlamentaria; decidió no tener una confederación de estados; decidió no tener un mayoritarismo puro, sino más bien someter a cada una de las ramas del gobierno a ciertas limitaciones —a frenos y equilibrios—. Y entre estas limitaciones está una Corte Suprema autorizada para establecer los límites entre las ramas, para interpretarlos y aplicarlos mediante el poder de la revisión judicial. Pero este planteamiento fundamental lleva adjunto un planteamiento corolario para la Corte. El gran juez, el buen juez, es aquel que está consciente de los riesgos de la subjetividad y que llega a sus decisiones con un sentido crítico del rol de la Corte en el esquema constitucional, un esquema en el cual la Corte también deba ser frenada por las demás ramas del gobierno y, en alguna medida, por su sentido de opinión pública cambiante. En el análisis final, la Suprema Corte es una entidad que no tiene legiones. Sólo puede depender de su explicación racionalizada de los textos constitucionales y de conservar la confianza del pueblo para retener su legitimidad y autoridad moral.

La administración Reagan no está muy contenta con muchas decisiones de la Suprema Corte, y ve las dos últimas elecciones presidenciales como un mandato para hacer algo al respecto. Siguiendo una tradición, respetada a través de los tiempos, el Fiscal General está buscando el apoyo para sus posturas en las palabras de la Constitución. Al hacerlo, al tratar de persuadir a la Corte de que debe responder a las nuevas condiciones y a una nueva opinión pública, nos recuerda nuevamente que la Constitución es el texto sagrado de nuestra religión cívica, invocada en momentos de transición de nuestra vida nacional como el punto focal para la avenencia racionalizada de puntos de vista amargamente conflictivos.

IV. CONCLUSIÓN

Existe una creencia bastante popular de que los derechos individuales no pueden existir sin un Estado que los garantice. Bastante menos corriente es la afirmación de que el Estado sólo puede funcionar eficazmente, en el

largo plazo, si es sustentado por los derechos individuales. Cuanto tales derechos no existen, el Estado sacrifica una parte demasiado grande de la imaginación creativa y de las energías de su pueblo, además de correr el riesgo de que eventualmente dichas energías hagan explosión en agresiones al orden público. Mi tesis es que, en los Estados Unidos, la Constitución ha provisto un medio para reconciliar las fuerzas encontradas de la sociedad; y que el reconocimiento generoso de la libertad y de los derechos individuales ha sido un aporte importante a la estabilidad de la nación. Instancia tras instancia, la tolerancia de la libre expresión y de la libre reunión ha conducido hacia la absorción de nuevas ideas en la línea central de la ideología política y de los partidos políticos. Ha desviado las controversias desde la calle hacia el sistema legal y facilitado el debate razonado acerca de cuestiones que han desmembrado a otras sociedades.

Me doy cuenta, por supuesto, de que se necesita una sociedad fuerte y segura de sí misma para "absorber" los ataques que una teoría "catártica" de libertad plantea serios riesgos. Ciertamente, hemos tenido nuestros períodos de crisis y de fracasos lamentables en la declaración o en el reconocimiento de los derechos. La tolerancia de la esclavitud por nuestra Constitución hasta la Guerra Civil constituye una de las instancias más dramáticas. El haber sido incapaces de eliminar muchos de sus vestigios, hasta hace muy poco tiempo, es otra de ellas. La suspensión de los derechos de los japoneses-americanos enviados a campos de internación durante la Segunda Guerra Mundial es aún otra más. Lo que es impresionante de la experiencia, en los Estados Unidos, sin embargo, es el grado en que éstas y otras cuestiones de orden público, incluso de mayor envergadura, han sido llevadas a un proceso de debate y deliberación constitucional en la Suprema Corte, en otras ramas del gobierno y en el foro público.

Nuestra experiencia deja en claro que no basta con declarar las normas legales en Constituciones, Códigos u opiniones judiciales. Las normas legales reflejadas en una Declaración de Derechos deben estar firmemente respaldadas por la opinión pública, del pueblo en general y de aquellos grupos que disputan el poder en cualquier sociedad. Pero incluso esto no es suficiente. La forma en la cual estas normas sean administradas, la capacidad de una determinada institución legal para implementar la norma y al mismo tiempo conservar la credibilidad pública y política, éstas son partes integrables de la capacidad de realizar los derechos individuales. Es necesario que existan procesos para resolver las disputas de una manera que atraiga el apoyo de grupos dispares. El acceso a ellos debe ser lo suficientemente amplio como para que el pueblo esté satisfecho con dichos procesos, aunque no lo estén mucho con el resultado de cualquier caso en particular. Esto puede suceder sólo donde hay un colegio de abogados independiente para dar voz a los derechos; donde existen disposiciones para la representación legal de los indigentes; donde existe una magistratura independiente dispuesta a aplicar dichos derechos; y, por último, donde hay una sociedad que se ve a sí misma como ganando en estabilidad al canalizar las energías de su pueblo hacia modos pacíficos de expresión y de reconciliación.