

EL COLEGIO DE MÉXICO

Centro de Estudios Internacionales

**“La Suprema Corte y la dimensión política de la interpretación
constitucional en Estados Unidos”**

Tesis que para obtener el título de
licenciado en Relaciones Internacionales presenta

Rodrigo Bustamante Riva Palacio

México, D.F., 2002

*A mi madre,
Dolores Riva Palacio Velasco*

*Por su perseverancia inagotable,
por su cariño sin fronteras.*

Indice

	p.
Prefacio	i
1. El papel de la Suprema Corte delineado en la Constitución	1
1.1 El poder judicial en la Constitución	1
1.2 El análisis de <i>El Federalista</i>	3
1.3 Marshall y el <i>judicial review</i>	8
2. El debate sobre las modalidades de la interpretación constitucional	24
2.1 El originalismo	25
2.2 La lectura liberal de la Constitución	37
2.2.1 La nacionalización del <i>Bill of Rights</i>	40
2.3 Originalismo y devenir histórico	51
3. Debido proceso, derecho a la privacidad y protección frente a la negligencia	55
3.1 El debido proceso sustantivo	56
3.2 El nuevo derecho a la privacidad	60
3.2.1 La controversia sobre la Novena Enmienda	70
3.3 La demanda de protección frente a la negligencia	76
3.3.1 El caso	77
3.3.2 El debate	81
4. Las opciones enfrentadas. El caso Bork de 1987.	90
4.1 La batalla por la confirmación	91
4.2 La posición de Bork sobre <i>Griswold</i>	103
4.3 La crítica de Dworkin	108
4.4 La dimensión política del proceso	113
Conclusión: La Constitución inmarcesible	126
Notas	133
Bibliografía	B-1
Anexo: <i>The Constitution of the United States of America</i>	A-1

“It is jealousy and not confidence which prescribes limited constitutions to bind down those whom we are obliged to trust with power... In questions of power, then, let no more be said of confidence in man, but bind him down from mischief by the chains of the Constitution.”

Thomas Jefferson

“The judiciary ... has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgement”.

Alexander Hamilton

“Great concepts like ... ‘liberty’ ... were purposely left to gather meaning from experience. For they relate to the whole domain of social and economic fact, and the statesmen who founded this Nation knew too well that only a stagnant society remains unchanged.”

Felix Frankfurter,
*National Mutual Ins. Co. v.
Tidewater Transfer Co.,*
(dissenting opinion).

“*Griswold* turned out not to be about the police in the bedroom but the nose of the judicial camel in the people’s tent. The premises for such [decision] do not come out of the Constitution but are thrust into the Constitution and keep changing as the desired result changes.”

Robert H. Bork

Prefacio

En Estados Unidos, la tarea legislativa encuentra su fundamento en la Constitución escrita; el proceso de generación de las leyes se sustenta en el texto aprobado por los constituyentes en 1787. Si el contenido sustantivo –valorativo– de una ley contraviene lo dispuesto por la Constitución, corresponde a las cortes, y en última instancia a la Suprema Corte, invalidar dicha ley, declarándola inconstitucional. Tal es el sentido de la revisión judicial, la cual representa la parcela de poder otorgada por la Constitución al poder judicial. Debatible o no, esta facultad forma parte esencial de la teoría y la práctica de la separación de poderes en el esquema republicano y constitucional de Estados Unidos.

Llegado el caso, ¿cuál es el criterio que la Suprema Corte habrá de utilizar para invalidar una ley que, bajo su escrutinio, es contraria a los preceptos de la ley superior? Esta es la cuestión que se aborda en esta tesis. Las respuestas a esta pregunta, en tanto que son intentos de reformular o consolidar una particular visión sustantiva del contenido de preceptos legales controvertidos, han dado forma a la historia constitucional americana. Su sentido y carácter nos informan sobre cuestiones de fondo en el pacto social, tales como la naturaleza federal o nacional de la unión, la definición y protección debida a los derechos individuales, o el alcance del poder del Estado frente a la sociedad civil. En estas materias, y en muchas otras, la definición del criterio utilizado por la Corte en el control de la constitucionalidad tiene claras implicaciones al menos en tres ámbitos de interés: primero, el papel que tiene el texto fundamental, tal y como fue ratificado por los constituyentes, en la teoría constitucional actual; segundo, la discusión sobre la filosofía judicial en la nominación de jueces a la Suprema Corte y el efecto que ello tiene en las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo; y tercero, la vigencia de principios, derechos y deberes en la legislación federal, y sus consecuencias concretas sobre la sociedad.

Esta tesis propone una respuesta que subraya la importancia del sentido original de la Constitución, el que tienen las palabras del texto, junto con la visión republicana de los Fundadores, como guía última en el trabajo de la Corte. En este sentido, se advierte sobre los peligros que entraña una lectura liberal, evolutiva o caprichosa de la Constitución, aún al servicio de los más nobles ideales. Sin embargo, mediante el análisis de casos y otros materiales relevantes, se evita caer en la alternativa maniquea que enfrente sin remedio a los así llamados ‘originalistas’ y ‘liberales’ –útil, por lo demás, en la arena política–, para delinear una *tensión constitucional* fructífera entre ambos, consustancial al plan republicano defendido por *The Federalist* y retomado por John Marshall.

El análisis de la Constitución de Estados Unidos y de las modalidades de interpretación constitucional que han caracterizado la labor de la Suprema Corte a lo largo de la historia no ha sido objeto de estudio frecuente en México, al menos en lo que se refiere a la relevancia histórica o política del tema. En su dimensión jurídica, el derecho norteamericano ha sido abordado en numerosas ocasiones por estudiosos mexicanos, tanto para identificar diferencias entre los sistemas jurídicos de ambos países, como para señalar las posibles convergencias en la evolución de cada uno de ellos. Las constituciones mexicanas, en mayor o menor medida, han sido herederas del impulso constitucional norteamericano, y no faltan en los comentarios a los artículos constitucionales vigentes en México referencias importantes a casos decididos por la Corte de Estados Unidos. Sin embargo, no parece haber indicios de que una *historia constitucional* de Estados Unidos se esté cultivando en México, en la que se enfatice el devenir de las ideas propiamente constitucionales y su relación más con la política y la sociedad de ese país, que con las peculiaridades del derecho anglosajón. Contribuir mínimamente a dar vida en el ámbito académico de México a tal historia constitucional norteamericana es también un objetivo de este trabajo, pues esta disciplina nos parece de esencial importancia para entender cabalmente la evolución, fortalezas y contradicciones del sistema político norteamericano. Más aún, un análisis de las vertientes de

interpretación constitucional que han sido utilizadas o debatidas por la Corte podría ser relevante para el análisis político del poder judicial en México, a la luz de reformas recientes que apuntan hacia la modificación de la teoría y la práctica del control de la constitucionalidad en el derecho mexicano.

Este trabajo se ha beneficiado del consejo y el apoyo generoso de varias personas, a quienes les estoy permanentemente agradecido. Su juicio –que no siempre su aquiescencia– ha sido provechoso en cada etapa de esta investigación, añadiendo substancia a la reflexión y, espero, utilidad a mis conclusiones. Entre ellos, estoy en deuda con Celia Toro, Manuel García y Griego (quien despertó mi interés por estos temas), Eduardo Guerrero, Gary McDowell, Arthur Lipow, Richard Stevens, Agustín Maciel, Ernesto Pitaluga e Ignacio García Lascurain. Le agradezco también a mi padre, Rodrigo Bustamante Delfin, su respaldo y su voz crítica, y a mis amigos por la oportunidad de mejorarme.

1. El papel de la Suprema Corte delineado en la Constitución

1.1 El poder judicial en la Constitución

En sólo siete artículos, la Constitución de Estados Unidos estableció los fundamentos de la forma de gobierno republicano y la separación de poderes, intentando dejar en claro, en pocas palabras, cuál sería el papel de las instituciones políticas de la nueva nación. Con ello, el lenguaje a menudo escueto y casi administrativo del texto fundamental se convertía en la expresión institucional concreta de los sentimientos políticos formulados en la Declaración de Independencia de 1776. Dadas las condiciones en que había sido discutida y redactada, la Constitución adquiriría el carácter de un axioma teórico en la medida en que se mostrase más como la consecuencia de un esfuerzo de reflexión racional para la creación y dirección del gobierno, que como el resultado de un tránsito accidentado y fortuito.

Para los temas aquí tratados, sobresale el artículo 3o, el cual definió con trazo amplio al poder judicial y señaló sus atribuciones esenciales. Según lo indica el texto, dicho poder “residirá en una Suprema Corte y en aquellas cortes inferiores que periódicamente el Congreso creare y estableciere”.¹ Más adelante, en este mismo artículo, se expone el alcance de dicho poder de la Unión, afirmándose que éste “se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de [la] Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebraren bajo su autoridad”. Asimismo, entre otras cosas, se distinguió entre jurisdicción original y en apelación, de las que gozaría la Corte en casos concretos, y se aseguró la independencia de los magistrados al determinar que éstos serían nombrados, no elegidos, y permanecerían en sus cargos siempre que mantuviesen “buena conducta”, gozando del pago de una compensación por sus servicios, que no sería

rebajada.

De forma complementaria, es importante señalar que el artículo 6o, en lo que se conoce como la cláusula de supremacía, otorgó a la Constitución y a las leyes que de ella emanen un sitio preponderante. Señala dicha disposición que “[l]a presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la ley suprema del país. Los jueces en cada estado estarán obligados a observarla aún cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado”.

Es importante observar que la Constitución no establece explícitamente procedimientos o reglas para llevar a cabo la interpretación de sus postulados. Las referencias al poder judicial se limitan a señalar la estructura que éste deberá tener, asignando al Congreso la facultad de crear las cortes inferiores que considere necesarias; indicar y distinguir la competencia propia de las cortes, incluida la Suprema Corte; y salvaguardar la independencia de los jueces del proceso político, al definir el criterio para su permanencia en los cargos y las restricciones adecuadas en cuanto a su retribución económica.

El texto sí declara, como observamos, la supremacía de la Constitución, y las leyes o tratados que sean consistentes con ella, lo cual ya implica una jerarquía entre normas y una aceptación tácita de que será necesaria una tarea ulterior de dilucidar el sentido de las cláusulas constitucionales, precisamente para hacer efectiva la jerarquía y, más aún, la coherencia entre leyes de distinto rango. De ello habrá que deducir la noción central del constitucionalismo norteamericano, con base en la cual los poderes, en especial el poder legislativo, estarían constreñidos en el ejercicio de sus funciones por la ley fundamental, siendo labor de las cortes, especialmente de la Suprema Corte, determinar cuándo una ley particular o la aplicación del derecho en un caso concreto, son inconstitucionales. Sin embargo, es necesario hacer notar que no hay en la Constitución una mención expresa de la tarea *interpretativa*

propiamente dicha, por lo que ésta habrá de ser extraída del texto, no tomándolo en sí mismo exclusivamente, sino abordándolo como texto histórico; es decir, como un documento complejo en cuya construcción han confluído diversas intenciones individuales, determinantes políticos y circunstancias sociales.²

1.2 *El análisis de El Federalista*

La visión de la Constitución como documento histórico se vuelve necesaria desde el momento mismo en que ésta emerge de la Convención de 1787, como un texto terminado y coherente, para ser debatida y ratificada por los estados. La discusión hace inevitable la interpretación, de manera que el arduo camino hacia la ratificación se ve sembrado de argumentos y contrargumentos sobre las disposiciones constitucionales y sus implicaciones.

Una de las primeras exposiciones y defensas de la Constitución es la colección de artículos periodísticos que aparecen en el estado de Nueva York entre octubre de 1787 y agosto de 1788, bajo la autoría de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. Las 85 entregas, firmadas todas ellas con el seudónimo Publius, dedicadas a explicar y promover el contenido de la Constitución, integran lo que se conoce como *The Federalist Papers*, que al decir de Thomas Jefferson, constituye el "mejor comentario sobre los principios de gobierno que se haya escrito".³ El propósito de Publius fue apoyar la ratificación de la Constitución por parte de las asambleas *ad hoc* en cada uno de los once estados.⁴

El punto de vista que se sostiene en *El Federalista* no es, ciertamente, neutral, sino que abunda en defensas de un gobierno nacional fuerte, por encima del poder de los estados en muchos aspectos.⁵ Como lo atestigua la Constitución, este enfoque fue el que prevaleció, aunque también se mantuvieron importantes prerrogativas para la esfera estatal, creándose con ello una tensión dentro de la Constitución misma, relativa a la relación entre un poder *nacional* y los estados. Como Madison

sostuvo en *El Federalista* No. 39, la estructura definitiva del país sería a la postre “nacional en parte, y federal en parte”.⁶

La Suprema Corte, y las que podrían considerarse las primeras reglas para la interpretación constitucional, recibieron en *El Federalista* un tratamiento menos pormenorizado que las ramas legislativa y ejecutiva del nuevo gobierno. Las últimas entregas, a partir del No. 78, fueron escritas por Hamilton y dedicadas por entero a responder a los críticos de la estructura judicial que la Convención había aprobado.

De entrada, Hamilton adelanta la célebre tesis de que el judicial es sin duda “el menos peligroso” de los poderes, pues carece de fuerza y de voluntad, y tan sólo posee la capacidad de juicio (“*neither force nor will, but merely judgement*”⁷) para llevar a cabo su función dentro del esquema republicano. Aquí se comienza a dibujar la tarea exclusiva del poder judicial, y de la Corte en particular, que la Constitución busca describir. Al explayarse sobre las disposiciones del artículo 3o de la ley fundamental, Hamilton sostiene que la Suprema Corte juzgará con independencia de los otros poderes.

El Federalista no contiene una teoría de la interpretación constitucional, sino sólo indicaciones sumarias de lo que significa darle un sentido al texto original y de la responsabilidad de las cortes. Aún así, la idea general que brindan estos artículos sobre la forma en que la Suprema Corte habrá de abordar la Constitución y, más importante aún, sobre la autoridad que legítimamente tendrá frente a los otros poderes, marca una clara orientación que será retomada con frecuencia por los jueces en debates posteriores, los cuales no estarán exentos de controversia.

De esta forma, es importante el tratamiento que Hamilton da a los elementos que prestan fortaleza al poder judicial, desde el punto de vista institucional, frente al ejecutivo y el legislativo. La permanencia en sus cargos bajo el criterio de “buena conducta”, por ejemplo, es la garantía que se tiene de que los jueces no podrán ser cuestionados por sus opiniones, ni mucho menos retirados de su puesto por ellas.

Hamilton compara este criterio con otros esgrimidos durante los debates, pero la importancia de sus afirmaciones radica, más bien, en la capacidad misma de la Corte para *opinar*, es decir, para pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas que se le presenten. Si la característica principal de la Constitución norteamericana es, como sostiene Hamilton, su carácter escrito, lo que permite que este documento enumere explícitamente los límites que se marcan a los tres poderes, entonces las opiniones de la Corte no pueden ser otra cosa que la expresión concreta del mandato constitucional que el tribunal tiene de vigilar que estos límites se cumplan y que su violación sea corregida. Es por eso que Hamilton retoma el principio jurídico ya aceptado en esa época de que “todos aquellos actos contrarios a la Constitución son nulos”, añadiendo que, por ello, el tribunal supremo y las cortes federales tendrán la obligación de invalidar las leyes estatales “que se opongan manifiestamente a los artículos de la Unión”.⁸ Defender la estada de los jueces bajo el criterio de buena conducta implica otorgarles independencia, la cual hace que sus opiniones no puedan ser corregidas o censuradas mediante presiones políticas⁹, lo que a su vez lleva a aceptar la sustancialidad de dichas opiniones, con base en el principio de Constitución limitada (escrita), y en consecuencia aceptar también la autoridad de la Corte para juzgar la constitucionalidad de los actos de gobierno, las leyes o la aplicación del derecho.

Hamilton vuelve a enunciar este principio de la función de las cortes, utilizando ya el término ‘interpretación’, para reiterar la ubicación del poder judicial en el esquema tripartito de poderes. Las cortes fueron diseñadas, sostiene, como una instancia intermedia entre el pueblo y el poder legislativo para, entre otras cosas, mantener a este último dentro de los límites de su legítima autoridad; para lograrlo, tienen la facultad de “interpretar las leyes”, pues es ésta su función propia y peculiar,¹⁰ respetando siempre la precedencia de la Constitución sobre las normas inferiores. Más aún, el propósito de *El Federalista* sería dejar bien asentado que la Suprema Corte y las demás cortes que el Congreso establezca poseerán la facultad

de dilucidar, aclarar o traducir¹¹ el significado de la Constitución y de todo acto particular del legislativo.

Más adelante, bordando sobre la necesidad de que los jueces mantengan sus cargos siempre que muestren “buena conducta”, Hamilton reitera la independencia que su labor demanda y, de inmediato, introduce otro importante elemento en relación con el trabajo judicial. Sostiene que para evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad de las cortes es indispensable que éstas se ajusten a reglas estrictas y precedentes¹² que guíen su juicio en cada caso particular que se les presente, lo que plantea un requisito para el trabajo de interpretación que llevan a cabo, entendiéndose que tales reglas serán de aplicación universal. Y luego, refiriéndose al lugar que ocupa el jurado en el diseño constitucional, Hamilton vuelve a iluminar el tema, diciendo que “las reglas de la interpretación jurídica son reglas de sentido común, adoptadas por las cortes en el proceso de dilucidación [*construction*] de las leyes”, entendiéndose que “la prueba real de su aplicación justa es su apego a la fuente de la que emanan”, es decir, la Constitución misma.

Esta redacción de *El Federalista* haría sospechar que Hamilton está dispuesto a identificar reglas o procedimientos estrictos que aclaren el sentido de los preceptos constitucionales y permitan su aplicación al caso concreto, pero no es así¹³. Resulta más importante para él echar mano de la frase “sentido común” y dejar con ello prueba fehaciente de que la capacidad de los jueces para el análisis jurídico es suficiente. Recuérdese que en otro lado Hamilton sostiene que se requiere contar con la preparación y el conocimiento adecuados para cumplir la tarea de juez – cualidades que no abundan, según nos dice–, y que la condición de independencia de la que gozan les permite estar alejados de las inconveniencias y las pasiones cotidianas de la sociedad, en especial las pasiones políticas. Por ello critica también la aplicación de axiomas comunes de interpretación en el trabajo más elevado de dar sentido a la ley fundamental, y sostiene que máximas como “La especificación de los particulares no excluye los generales” o “La expresión de una cosa es la

exclusión de otra” no son aplicables a la constitución de un gobierno. “El sentido natural y obvio –continúa– de [las] disposiciones [de la Constitución], aparte de cualesquiera reglas técnicas, es el verdadero criterio de interpretación”.¹⁴

Párrafos sucesivos confirman esta confianza total en el poder judicial, cuando éste se establece de acuerdo con lo que marca la Constitución. Así, cabe hacer notar que Hamilton vuelve a la omisión constitucional de algún criterio para separar de su cargo a los jueces, distinto del mencionado de buena conducta. Si nada en el texto impide que un juez continúe sirviendo en su cargo, existiendo diferencias de opinión con otros poderes, señaladamente el ejecutivo, nada tampoco abre las puertas al cuestionamiento que pudiera hacerse de la habilidad de los jueces con miras a su destitución. No importa si las diferencias de opinión pudieran adquirir un cariz radical, en especial si, como ha sucedido en ocasiones, se trata de enfoques de la labor interpretativa muy cuestionados: la Constitución otorga plena independencia a los jueces y los libera de la calificación externa como criterio de permanencia en el cargo.

Ante ello, los opositores de la Constitución habían expresado ya una crítica natural, que se enfilaba en contra de la independencia judicial y de la plena confianza que se depositaba en los jueces; en última instancia, en contra de su facultad para declarar nula e invalidar cualquier ley o acto del legislativo que contraviniera lo establecido en este documento. Como el propio Hamilton refiere, la vasta autoridad conferida al poder judicial había sido motivo de preocupación en los debates de la Convención. Si ningún poder habría que pudiera controlar a las cortes y rectificar sus “errores”¹⁵, entonces el poder de interpretar las leyes “de acuerdo al espíritu de la Constitución” permitiría a las cortes moldear la legislación a su arbitrio.¹⁶

La respuesta de Hamilton, cuya línea de argumentación ha inspirado otras muchas que abordan el mismo problema, realza el *texto* constitucional frente a lo que aquí podríamos calificar como *concepciones* constitucionales o visiones generales del

arreglo constitucional, cuyo origen pudiera estar en la Constitución, pero cuyos detalles su generan mucho más libremente, o incluso caprichosamente. Lo que importa, dice Hamilton, *no* es el espíritu de la ley, del que “no hay una sola sílaba en el plan constitucional”, sino el documento mismo, que deberá ser el “*standard* para la interpretación de las leyes”¹⁷. Por ello, sin que haga falta recurrir al “espíritu” de la Constitución, de ambigüedad insalvable, bastará con que la ley particular se halle en “evidente oposición” frente a ella para declarar inválida a aquélla.

1.3 Marshall y el judicial review

Las precisiones de Hamilton en *El Federalista*, en particular sus argumentos a favor de las facultades de la Suprema Corte para interpretar las leyes, no derivan de ninguna mención explícita a este respecto que, como ha sido señalado, pudiéramos encontrar en el documento de 1787. Su argumentación dota a la Constitución de un contenido que ésta, tal y como fue producida por la Convención, no tiene, con lo que en la práctica eleva dichas facultades al rango constitucional. A diferencia del Congreso y sus atribuciones, que fueron creadas de golpe y casi en su totalidad por el artículo 1o, el poder judicial tuvo que irse construyendo gradualmente, en particular durante los años de 1789 a 1805. La labor de Hamilton fue muy útil para dar concreción a la autoridad de la Suprema Corte, sus límites y potestades, pero requirió de aclaraciones adicionales, sobre las que se basó el desempeño judicial en épocas posteriores. Dos muy importantes provinieron de los primeros fallos de la Corte, muy en especial de aquellos redactados por el magistrado presidente John Marshall en nombre de una corte unánime en los casos *Marbury v. Madison* de 1803 y *McCulloch v. Maryland* de 1819.

A. Durante los últimos años del siglo XVIII y la primera parte del siglo XIX la Suprema Corte fue consolidando de manera paulatina su lugar en el esquema de

gobierno, obteniendo su independencia frente a los otros dos poderes de la Unión. Si bien durante los tres años siguientes a la ratificación la Corte no conoció caso alguno, su actividad posterior generó jurisprudencia esencial para la definición de su papel respecto de la Constitución y las otras instituciones de gobierno. Un caso en particular, *Marbury v. Madison*, fue la valiosa oportunidad para que, entreverado en la argumentación puntual respecto a la controversia de que se trataba, se consolidara la doctrina de la revisión judicial o *judicial review*, planteada antes por Hamilton. Si la Constitución era silenciosa en cuanto a marcar al poder judicial una atribución específica de control de la constitucionalidad, la doctrina de la revisión expuesta por Marshall en el fallo compensó esta omisión en forma deliberada. El poder propio de la Corte había sido bosquejado en *El Federalista*, pero fueron la constitución material del poder judicial a través del *Judiciary Act* de 1789 y la experiencia real de la administración de justicia durante los años siguientes, los hechos que brindaron la ocasión para afinar las potestades de la Corte y los límites de su labor, que ningún otro poder habría de rebasar. Originada en conflictos con el poder ejecutivo, la revisión judicial fortaleció el axioma difundido y respaldado por Hamilton, según el cual corresponde a las cortes invalidar una ley federal o estatal si ésta contraviene lo dispuesto por la Constitución. Con ello se estaba legitimando una tendencia de opinión presente en el pensamiento jurídico de la época pero, más importante, se reafirmaba la facultad de los jueces para *interpretar* la ley fundamental y establecer así una modalidad de control de la constitucionalidad.

El caso *Marbury* surge en los primeros días de la administración de Thomas Jefferson, en marzo de 1801. Su antecesor, John Adams, preocupado por mantener aliados en la esfera judicial, intentó consumar el nombramiento de varios jueces federales, aprovechando la aprobación por parte del Congreso de la *Circuit Act* el 13 de febrero. Para el caso del distrito de Columbia, Adams firmó designaciones para ocupar los cargos judiciales el último día de su mandato, con un apresuramiento tal en el gobierno, que algunos de los nombramientos no pudieron ser notificados a sus

titulares.

Ya como presidente, en un ambiente de tensión entre Federalistas y Republicanos, Jefferson decidió no reconocer las designaciones no enviadas por la administración anterior. William Marbury fue uno de los jueces nombrados cuya designación no fue confirmada, por lo que exigió a la Suprema Corte la emisión de un mandato (*writ of mandamus*), dirigido al secretario de Estado, James Madison, a efecto de que hiciese efectivo su nombramiento como magistrado, basándose en la sección 13 del citado *Judiciary Act*, que autorizaba a la Corte a dictar mandatos de nombramiento como el que Marbury pretendía obtener.

Marbury logró de la Corte un auto preliminar dirigido a Madison para que la designación fuera cumplida, el cual fue ignorado por considerársele una interferencia judicial con el ejecutivo. De esta forma, presentado el caso¹⁸, éste fue considerado por la Corte en el siguiente periodo de sesiones y, en febrero de 1803, fallado por unanimidad.

La decisión unánime de la Corte atendió directamente los méritos de la petición de Marbury para un *mandamus*, abordando en su parte final el elemento de competencia de la Corte, lo que le permitió a Marshall postular la esencia de la revisión judicial. La Corte consideró que el agraviado tenía derecho a la comisión judicial que demandaba, pues cuando ésta ha sido firmada y sellada conforme a la ley, la designación se halla completa legalmente. El incumplimiento de ésta, por parte de las autoridades, constituye una violación a un derecho reconocido por la legislación y por tanto susceptible de ser reparada. “¿Constituye un *mandamus* emitido por esta Corte el remedio adecuado en este caso?”, preguntaba Marshall.

La sección 13 del *Judiciary Act* de 1789 autorizaba a la Suprema Corte a emitir mandatos a los “oficiales autorizados por los Estados Unidos”, lo que incluía ciertamente al secretario de Estado. Sin embargo, la emisión propiamente de un documento de esta naturaleza, revestía el carácter de un acto de competencia original (*original jurisdiction*) por parte de la Corte, el cual no estaba sancionado

específicamente por la Constitución ahí donde ésta atiende la distinción entre competencia original y competencia en apelación, enumerando los ámbitos de una y otra¹⁹. La autoridad conferida de esta forma a la Corte no incluye, por tanto, la emisión de mandatos, y el Congreso no tiene, por vía del *Judiciary Act* o cualquier otro, la facultad de alterar la competencia de la Corte. Lo dispuesto por la sección 13 resultaba, así, violatorio de la Constitución. La demanda del agraviado era, pues, fundada, pero no correspondía a la Suprema Corte formular mandato alguno.

En defensa de su argumento, Marshall recurrió a principios generales de gobierno constitucional, tales como los que había expresado Hamilton, para sostener que efectivamente la Corte tenía autoridad para declarar inconstitucional una ley aprobada por el Congreso. Con plena confianza, sostuvo que “la cuestión de si una ley que repugna a la Constitución puede ser legítima, reviste el mayor interés para los Estados Unidos, mas no una complejidad proporcional a dicho interés”.²⁰ Insistió en que la Constitución escrita era la “ley fundamental y más alta de la nación”, uno de los avances más importantes para las instituciones políticas, y que la Corte estaba obligada a “ejercer su autoridad con base en el instrumento del que ésta emana”. Sostuvo también que “el ámbito y el deber propios del departamento judicial radican en exponer lo que la ley es”²¹, guiándose en todo caso por la cláusula de supremacía contenida en el artículo 6º y con apego a la necesidad de declarar nula toda ley incompatible con la Constitución. La revisión judicial, por todo ello, tal y como el juez Marshall entendía este concepto, habría de expresar el deber de la Corte de rehusarse a aplicar una ley considerada por ella misma como inconstitucional.

Resulta por lo menos tentador cuestionar qué tanto el fallo de 1803 reafirmó la facultad de los jueces para *interpretar* la ley fundamental y establecer así una “cierta modalidad” de control de la constitucionalidad, como fue dicho más arriba. Hasta dónde la exégesis del texto constitucional que lleva a cabo Marshall verdaderamente implica la aceptación de una facultad tal y, más aún, de la aparente preeminencia del

poder judicial en el control de la constitucionalidad, así sea tan sólo una cierta modalidad de control. *Marbury* ocupa, notablemente, un lugar privilegiado en la exposición de la doctrina de revisión judicial, pero cabe suponer que esta importancia provenga de la aceptación más bien general que suscita la doctrina, que de la solidez intrínseca de la argumentación de Marshall –y con ello quedaría también señalada la discusión de Hamilton en *El Federalista*, si bien sólo por las coincidencias en cuanto al principio de la invalidación de una ley inconstitucional y en cuanto al uso de la cláusula de supremacía. Esto apunta no a socavar *per se* la estructura lógica de *Marbury*, ni a cuestionar la pertinencia del esfuerzo de la Corte para reafirmar su independencia frente a un ejecutivo fuerte como lo fue el de Jefferson; por el contrario, el propósito aquí sería reconocer el peso histórico que tiene la institución de la revisión judicial y abrir en lo posible la puerta a las interpretaciones posteriores, no siempre coincidentes, del papel de la Corte frente al texto constitucional.

Ante todo, sería importante dar cuenta del enfoque que busca confinar a su mínima expresión la intención de Marshall. Ésta no fue, se argumenta, dar un “cheque en blanco” a la Suprema Corte para que ésta decidiera, en última instancia, toda cuestión constitucional, e “interpretara la Constitución como si ésta fuera ley ordinaria”.²² Marshall habría reconocido también, en el fallo, la existencia de una esfera estrictamente política, surgida de la propia Constitución, reservada a la acción del ejecutivo: “[l]a Constitución otorga al Presidente una autoridad en cuyo ejercicio habrá de utilizar su propia discreción, y ser llamado a cuentas por su país, en su carácter político, o por su conciencia”²³. Por tanto, en esta esfera política la Corte no tiene cabida.

Esta versión restringida de la revisión judicial limita la autoridad de los jueces, estableciendo fronteras entre los poderes de la Unión para efectos de la interpretación constitucional, de modo que cada “departamento” –el ejecutivo, el legislativo y el judicial– posea autoridad final en asuntos constitucionales que

afecten sus particulares deberes y responsabilidades. El enfoque *departamental*, como se le ha llamado, adscribe a la Corte autoridad en materia de derechos individuales y niega que de existir una interpretación judicial de la Constitución, ésta sea superior en algún sentido a la que pudiera realizar el Congreso o el ejecutivo. La ventaja de la Corte radicaría en que la legislación está, en su mayoría, dedicada a los derechos individuales, y por ello las controversias constitucionales que involucran tales derechos estarían dentro de su órbita. En suma, según este enfoque, al argumentar a favor de una facultad decisoria de la Suprema Corte, Marshall habría operado, en realidad, una "retirada cautelosa"²⁴ ante la amenaza de interferencia por parte de los otros poderes.

En realidad, la lectura de *Marbury v. Madison* y las vastas implicaciones que ha tenido la argumentación de Marshall, nos llevan a ubicar la relevancia del fallo más en las posibilidades que éste abre para la interpretación constitucional, que en el presumible propósito de limitar la acción revisora de la Corte a los asuntos propios del "departamento" judicial. Más que escribir a favor de la esfera política en que el ejecutivo se desenvuelve con más facilidad, Marshall habría aprovechado la ocasión para dar a sus expresiones sobre la autoridad de las cortes el mayor peso posible. Nos parece más apropiado entender de esta forma la defensa que Marshall hace del *review*, pues sólo así podemos atribuirle una dimensión histórica compatible con las secuelas que ha tenido en el debate constitucional la asunción de un poder judicial vigoroso.

Es necesario, sin embargo, señalar que un atractivo adicional y no poco importante del argumento de Marshall pareciera radicar en su ambigüedad, en su carácter indirecto; en la forma, en fin, en que aborda la cuestión de la revisión judicial, dejando de lado –y en efecto, dando por hecho– la cuestión de la autoridad revisora que, nos parece, no está lo suficientemente definida o justificada. Puede decirse que el peso que el argumento tiene en *Marbury* y la frecuencia con que ha inspirado numerosas y diversas teorías de la interpretación constitucional, se deben

no a la perfección de la exposición, sino al hecho de que en el fondo, Marshall *parece evadir* la cuestión y se concentra en hacer avanzar un *argumento de autoridad*. Al discurrir sobre la imposibilidad de que una ley que “repugna a la Constitución” permanezca vigente, simplemente deja de lado la cuestión sobresaliente de *quién* tiene la autoridad para decidir que la ley es, efectivamente, contraria a la Constitución, habida cuenta de que la incompatibilidad entre ambas rara vez es evidente o trivial.²⁵

Decidir sobre la validez de una ley, confrontándola con la Constitución, es una tarea ineludible, sostuvo Marshall, pues de lo contrario “las constituciones escritas serían intentos vanos [...] para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable.” ¿Está la decisión en manos de las cortes, el legislativo, el Presidente, los jurados, o bien del pueblo a través del proceso electoral? Marshall confiere la autoridad a las cortes, y entre ellas a la Suprema Corte en primer lugar,²⁶ pero su argumentación no logra extraer de la Constitución los elementos suficientes para probar que ésta fue la intención de los constituyentes. Esto se debe, notablemente, a que en la Constitución no aparece un mandato para el poder judicial que le atribuya sin reparos la facultad revisora, tal y como ésta se halla delineada en *Marbury* o dibujada por Hamilton en *El Federalista*.

La mención hecha del “poder judicial” en el texto de la Constitución reviste ya una complicación importante, pues no va acompañada de una descripción de *en qué* consiste este ‘poder’ (*power*, que podemos verter como ‘autoridad’). La sección 2 del artículo 3o expone tan sólo el ámbito propio del poder judicial, señalando que éste “*se extiende* a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan de la Constitución, las leyes de los Estados Unidos y los tratados llevados a cabo [...] bajo su autoridad”, pero no se explyea sobre las funciones de la Suprema Corte, ni mucho menos le indica a ésta cómo resolver casos. El artículo 3o no consiente en un *método* de decisión judicial; únicamente declara los tipos de casos sobre los que el *poder* judicial tiene competencia.

La cláusula de supremacía del artículo 6o tampoco parece ofrecer una prueba contundente en apoyo a la revisión judicial, a pesar del uso, más bien libre, que hacen de ella tanto Marshall como Hamilton. Considerada textualmente,²⁷ esta disposición no avala ni prohíbe la autoridad conferida a la Corte para invalidar y dejar sin efecto leyes aprobadas por el legislativo. Su propósito es reiterar el lugar preponderante de la Constitución en el sistema de leyes y marcar la precedencia de la autoridad federal sobre la estatal. La facultad dada a la Corte podría, en todo caso, ser el resultado de una inferencia, si atendemos al enunciado de que sólo las leyes que sean consistentes con la Constitución serán “*law of the land*”, tomando en cuenta que en *Marbury* no encontramos más elaboración que la cita de éste, al final del fallo.²⁸ Supuesto lo cual, Marshall volvería a retomar su idea principal, o sea el principio de validez (que declararía admisibles sólo las leyes que sean constitucionales), confirmado por el “fraseo particular de la Constitución y que se *supone* es [dicho principio] esencial a toda Constitución escrita”.²⁹

Es importante añadir que el argumento de Marshall ha sido también cuestionado, de forma aún más radical, por ignorar deliberadamente el sentido del estatuto contenido en el *Judiciary Act*, para dejar vía libre a la Corte en la definición de lo que significa interpretar la Constitución. Los enemigos del *review* han explorado esta posibilidad, sosteniendo, en primer lugar, que la ley invocada por William Marbury y su exigencia de *mandamus* claramente indicaban la falta de competencia de la Suprema Corte, en virtud de lo establecido por el artículo 3o, lo que confirmaba la veracidad de la opinión de Marshall pero a la vez la volvía innecesaria: el caso debió ser rechazado desde el principio por el tribunal. Pero *Marbury* tenía otra razón de ser –según esta postura–, que era primariamente política, pues permitía a Marshall utilizar los pormenores (*dicta*) del caso para combatir a los detractores de la Corte mediante una defensa de las atribuciones de interpretación del poder judicial. El estatuto marcaba la facultad de la Corte para emitir un *mandamus* como consecuencia lógica en una exposición sobre la

necesidad de apoyar la competencia en apelación, no la competencia original; por ello había que plegar el significado de la ley a la intención del juez, para entonces abrir la puerta al argumento de inconstitucionalidad.³⁰

Esta crítica pudiera parecer demasiado arriesgada, pero persigue un objetivo claro y útil para nuestro estudio. El vértice del argumento se halla en la pretensión de mostrar que la lectura que Marshall hace del estatuto es injustificadamente sesgada, y ello debe probarse. Históricamente y analizada en sus méritos, la ley declarada inválida en *Marbury* sólo puede tener un sentido: o bien éste avala la inclusión del *mandamus* en la competencia original de la Corte, o bien en su competencia en apelación, no ambas. El caso es, aún hoy, controvertido. Quienes enderezan sus baterías contra el argumento de Marshall buscan, precisamente, restarle fuerza a la afirmación de que el poder judicial –la Corte– tiene amplia autoridad para interpretar el texto constitucional; quienes elogian sus razones, coinciden en la necesidad de que la Corte tenga tal autoridad. El caso *Marbury* pareciera la bisagra de este conflicto de ideas.

Recapitulando, si el texto de 1787 no prescribe con claridad un método para decidir casos, ni atribuye explícitamente al poder judicial la facultad de interpretar la Constitución y aún menos define a éste como árbitro definitivo en el control de la constitucionalidad, ¿cuál es el sustento de la revisión judicial y qué peso podemos dar a la institución defendida por Marshall? Si la Constitución no acredita –aunque tampoco plenamente desautoriza– la facultad revisora, ¿qué implicaciones tendrá el hecho de que el principio de validez deba, tan sólo, *suponerse* como esencial en la Constitución norteamericana, como textualmente se asienta en el fallo?

Con *Marbury* la revisión judicial se convirtió en un “instrumento de gobierno”, utilizado desde entonces por las cortes, legitimado una y otra vez como una “realidad en la existencia nacional norteamericana”.³¹ Si resulta incierto, o al menos hipotético, sustentar la autoridad revisora en el texto constitucional, ello no significa que éste se pronuncie en contra de dicha autoridad. Nos parece importante

subrayarlo, pues los críticos del *judicial review* escasamente han logrado impugnarlo como un acto de usurpación, mediante el cual la Corte se arrogue facultades cuyo rastro sea imposible seguir en las deliberaciones de los constituyentes. El estudio de los debates de la Convención y el análisis de documentos de la época, incluida la correspondencia entre los principales redactores de la Constitución, ha permitido sostener su legitimidad histórica, si bien no textual.³² La falta de una hermenéutica precisa para extraer de los artículos constitucionales evidencia para –por así decirlo– absolver a Marshall, no es prueba suficiente de que la revisión judicial no haya sido prevista *tácitamente* por los constituyentes. Es un hecho que los artículos 3 y 6 no avalan de manera indiscutible una intención en este sentido, pero el entorno de las ideas políticas vigentes en ese entonces puede dar fe del consenso que habría existido a favor de concretar la autoridad asumida por la Corte para decidir sobre la constitucionalidad de los actos del Congreso, el Presidente y los diversos estados.

Nuestro propósito presente no es debatir la veracidad del argumento histórico. Nos parece más importante constatar el hecho de que la institución del *judicial review* –originada por accidente o con toda premeditación– está hoy plenamente establecida *as a matter of policy*. El funcionamiento de las cortes no se entendería sin este recurso, como tampoco sería posible debatir sobre las modalidades de la interpretación del texto constitucional. Al afirmar en el fallo la facultad de la Corte de revisar y anular legislación incompatible con la Constitución, dejando en suspenso una justificación textual detallada, Marshall abrió una avenida de poder judicial real, cuyo contorno quedaba indefinido, apto para ser expresado en controversias futuras y bajo las circunstancias propias de una sociedad en transformación.

Aún suponiendo que el enfoque departamental del *judicial review* fuera el que mejor se ajustaba a sus propósitos, la incorporación de los derechos individuales a la órbita de control de la Corte invitaría a que, con el tiempo, los espacios políticos reservados para las ramas ejecutiva y judicial fueran también incluidos en esa misma

órbita, dada la importancia que posteriormente tendrían los derechos de participación y la igualdad de oportunidades frente al poder político concentrado precisamente en estos dos *departamentos*.³³ Esto, sin embargo, anticipa un tema que, estrictamente, la discusión en *Marbury* no plantea. El punto sigue siendo destacar el potencial de una Corte armada con la facultad revisora y la autoridad para derribar una ley aprobada por el Congreso.³⁴

B. En el periodo en que Marshall estuvo al frente de la Suprema Corte, las facultades de interpretación constitucional fueron adquiriendo vigor, lo que se reflejó en el cada vez mayor arraigo del tribunal dentro del esquema del gobierno federal y en la creciente importancia de sus fallos ante cuestiones de sustancia en la construcción de la nueva república. Un caso de gran relevancia en la conformación de un poder judicial más asentado y fuerte fue *McCulloch v. Maryland*, que decidiría la constitucionalidad del segundo banco nacional de Estados Unidos.

El primer banco nacional había sido establecido por el Congreso en 1791, a propuesta de Alexander Hamilton, no sin ásperos debates relativos a la facultad del legislativo de otorgar permisos de establecimiento (*incorporation*), como el que requería el banco para entrar en funciones. Esta facultad no aparecía en la lista de atribuciones expresas del artículo 1º constitucional dedicado al Congreso, por lo que sus defensores se esforzaban en deducirla del esquema general de gobierno avalado por la Constitución. Thomas Jefferson se opuso, basándose en una lectura restringida del texto, sosteniendo que ninguna cláusula contenía un mandato claro que permitiera la creación de una institución bancaria nacional, ni éste podía ser inferido de los propósitos globales de la Constitución. Hamilton, en cambio, desde su posición de secretario del Tesoro del presidente Washington, nunca dudó de la legalidad del banco, argumentando que éste cabía perfectamente en el diseño de los constituyentes.

Con el objetivo de fortalecer al gobierno federal, Hamilton propuso la creación

del banco nacional como una medida para asistir al ejecutivo en la solución de los problemas monetarios y financieros derivados de la Revolución de Independencia. De esta forma, el gobierno central debilitaría la relación de los gobiernos locales con los grupos que detentaban el poder comercial, financiero y crediticio en los estados, formando una red nacional que permitiera el avance económico de la república. Para lograrlo, Hamilton debió enfrentar a los republicanos y en general a los partidarios de los derechos estatales, incluido Madison, quien comulgaba cada vez menos con la postura “nacionalista” que antes había tendido a apoyar. Su argumento consistía en interpretar de forma amplia la llamada cláusula de las leyes necesarias y apropiadas, contenida en el artículo 1o, sección 8a, así como la cláusula del bienestar general, inserta en el breve preámbulo de la Constitución, derivando de ellas la justificación de una facultad del Congreso que, si bien no aparece expresamente mencionada en el texto, podría razonarse por implicación. El Congreso –dice el artículo 1o– tendrá autoridad para emitir “todas las leyes que sean necesarias y apropiadas” para llevar a efecto sus atribuciones mencionadas en la Constitución. ‘Necesarias’, de acuerdo con Hamilton, no significaba sólo ‘absolutamente indispensables’, sino también “útiles, requeridas, incidentales o conducentes”. El banco resultaba, así, útil y conducente para que el Congreso realizara otras funciones sí enumeradas en el texto. En otras palabras, como argumentó Hamilton, “si el fin puede quedar comprendido claramente en una de las facultades expresas de la Constitución, y si la medida a adoptar guarda una relación obvia con ese fin, y no se le prohíbe en ninguna otra cláusula”, entonces puede sostenerse que ésta también está avalada por el documento y, por tanto, entra en el ámbito de la autoridad nacional.³⁵

El primer Banco de los Estados Unidos operó hasta 1811, pero los cambios políticos en la presidencia y en los partidos ocurridos en este lapso de veinte años habían alterado las convicciones constitucionales de los principales actores, por lo que nuevamente tuvo que debatirse la legitimidad de la institución. En términos de

política económica, estaba claro que la ausencia de un banco nacional, constituido por el Congreso, creaba problemas de coordinación monetaria. Los estados habían intentado suplir esta falta con la creación de instituciones bancarias locales, muchas de las cuales operaban sin la debida prudencia y aún emitían su propio papel moneda sin respaldo real. El sistema monetario había llegado a causar tal confusión para los sectores comerciales e industriales, que fue necesaria la conformación de una comisión especial en el Congreso para uniformar la emisión de moneda. Además, la guerra de 1812 había dejado clara la necesidad de contar con una institución que ordenara la política fiscal federal. John C. Calhoun, quien presidía la comisión, recomendó en 1816 el establecimiento de un nuevo banco nacional por veinte años, con un capital de 35 millones de dólares y con el gobierno federal suscribiendo una quinta parte.³⁶

El decreto que creaba el nuevo banco fue aprobado por el Congreso ese mismo año. Para entonces, los bancos estatales contaban con el peso suficiente para negociar con la nueva institución los pasos a seguir en la reordenación del sistema monetario y fiscal, pero no lograron evitar que ésta adquiriera una importancia notable como agencia federal centralizada. Ello, aunado a posteriores conflictos con los bancos locales, daría nuevamente pie para nuevas discusiones sobre la constitucionalidad del banco, lo que hizo evidente una nueva dinámica en la interpretación de la Constitución y llevó a la Suprema Corte, luego de un incidente propicio, a pronunciarse sobre este asunto.

La ocasión fue la decisión del estado de Maryland de limitar las operaciones del banco nacional, imponiendo elevados impuestos a su sucursal en Baltimore. Aprobada en el congreso estatal, esta disposición fiscal buscaba desincentivar la especulación y el fraude financiero que, se sabía, el banco llevaba a cabo en varios estados, protegiéndose detrás de su autoridad federal. Las autoridades bancarias cuestionaron la validez de la ley y llevaron sin éxito el caso ante los tribunales de Maryland, por lo que apelaron a la Suprema Corte. Tras intensos debates, en marzo

de 1819 Marshall expuso en *McCulloch* la decisión unánime de la Corte de declarar inconstitucional a la ley estatal.

La importancia del fallo radica en que prácticamente repitió los argumentos de Hamilton en defensa del primer banco, declarando legítima la facultad del Congreso de establecer la institución y anteponiendo el principio de supremacía nacional a la soberanía estatal. Como Hamilton, Marshall invocó las cláusulas de bienestar general y de ley necesaria y apropiada, para justificar por implicación la facultad legislativa de constituir la institución bancaria, así como la cláusula de supremacía del artículo 6o, para conferir precedencia a la ley federal sobre la estatal. La discusión sobre el banco y la descalificación de la ley fiscal de Maryland mostraban que los poderes estatales no pueden desplazar a la autoridad federal, en particular cuando se trata del ejercicio de una facultad legislativa del propio estado sobre una agencia federal. La lógica esgrimida por Marshall daba el predominio a la esfera federal sobre la estatal, con base en el control que el pueblo tenía sobre las respectivas legislaturas. La legislatura de un estado podría aplicar un impuesto a una institución del mismo estado, cuyos electores tienen control sobre los legisladores que adoptasen este impuesto. De igual forma, el gobierno federal puede imponer contribuciones a bancos estatales, habida cuenta de que los electores de los estados están representados en el Congreso federal. En cambio, el estado de Maryland no está facultado para cobrar impuestos a una agencia del Gobierno Federal, ya que los electores de los Estados Unidos no cuentan con medios para controlar o destituir a los legisladores de Maryland.³⁷

La decisión no dejaba lugar a dudas en cuanto a la voluntad de la Corte de leer la Constitución con amplitud, concibiéndola más como un instrumento de poder político que como una fuente de limitaciones al poder constituido. El fallo indicaba lo siguiente:

Aunque entre las enumeradas facultades de Gobierno no encontramos la palabra

“banco” o “establecimiento [*incorporation*]”, si hallamos las grandes atribuciones de aplicar y recolectar impuestos, contratar créditos, regular el comercio, declarar y conducir la guerra, o establecer y mantener ejército y marina. Las armas y el erario, todas las relaciones externas y una porción no menor de la industria de la nación se confían a su Gobierno. [...] Con gran razón puede sostenerse que un Gobierno depositario de tales amplias atribuciones, sobre cuyo ejercicio vitalmente depende la felicidad y prosperidad de la Nación, debe ser también depositario de amplios medios para su ejecución.³⁸

Repitiendo el argumento de fines y medios utilizado por Hamilton en 1791, Marshall sostuvo que “si el fin era legítimo, si se hallaba dentro del ámbito de la Constitución, entonces todos los medios que sean apropiados, adaptados plenamente a este fin, y no estén prohibidos, sino sean consistentes con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales”.³⁹ La interpretación llevada a cabo por la Corte hacía factible y necesaria una dimensión federal equipada con amplios poderes, sancionados por la Constitución, para mantener condiciones políticas consistentes con un gobierno nacional fuerte. La lectura amplia del texto constitucional revelaba, por lo tanto, una decisión *política* por parte de Marshall, que encontraba terreno fértil en las ideas de la época, de dar al principal tribunal un peso incuestionable en la decisión de cuestiones esenciales sobre la forma de gobierno que habría de prevalecer en la unión y la manera de conducirlo en el curso de las transformaciones económicas y sociales. El apego a la Constitución no quedaba en duda, ni Marshall intentaba legitimar la creación de nuevas normas desvinculadas totalmente del texto de 1787, pero *McCulloch* mostraba sin rodeos que la revisión judicial que realizan los jueces debe conferirle un carácter flexible y evolutivo. “No debemos olvidar – afirmó Marshall– que es una Constitución lo que estamos exponiendo [...] diseñada para sobrellevar las épocas venideras y, consecuentemente, adaptarse a las distintas crisis de los asuntos humanos”. Asumirla como un texto inmóvil, fijo, determinado en su contenido y en las atribuciones que otorga a las ramas de gobierno, equivaldría a tratar de imponer reglas inmutables a las exigencias de un futuro que es imposible

prever totalmente; en otras palabras, a considerar el texto no como un conjunto de principios de gobierno, sino como un código legal.

Marbury y McCulloch fueron, ambos, determinantes para la conformación de una Corte fuerte ante el embate de los poderes ejecutivo y legislativo en los primeros años de la nación norteamericana; fueron, en este sentido, piezas clave en la definición de los ámbitos de autoridad de los poderes, en especial ahí donde la Constitución había dejado espacios en blanco. No obstante, esta precisa omisión y los argumentos del juez Marshall contenidos en los fallos, dieron pie a una controversia que ha probado ser perdurable, en ocasiones álgida, y muchas veces fructífera. Nuestra intención en este recuento conceptual sobre los orígenes de la cuestión ha sido destacar el vigor que Marshall infundió al trabajo judicial del máximo tribunal, y a la vez notar la ambivalencia de sus ideas. Hemos expresado que el *judicial review* es un instrumento de gobierno, tratando de dejar en claro que el consenso en cuanto a su justificación primigenia resulta difícil de alcanzar. La medida en que dicho instrumento sea utilizado, o los límites que deban observarse en su aplicación, siguen siendo objeto de debate y recriminación.

En el siguiente capítulo reencontraremos esta controversia. Los actores son distintos, pero el debate es esencialmente el mismo. En la segunda mitad del siglo XX, como en el caso de los primeros años del XIX, una honda preocupación sobre los alcances del poder interpretativo de la Suprema Corte marcará al constitucionalismo norteamericano. Al revisar los argumentos y perspectivas de autores contemporáneos podremos confirmar que el paradójico legado de Marshall fue su singular convicción de invocar la Constitución sin invocarla.

2. El debate sobre las modalidades de la interpretación constitucional

Cuando el juez Marshall escribió en *McCulloch v. Maryland* que los magistrados no debían olvidar que de lo que se trata es de “exponer una constitución” y señalar lo que la ley es,⁴⁰ abrió la puerta a una peculiar y atractiva forma de abordar el texto fundamental, tomándolo como un referente cuya interpretación y significado deben *cambiar* según cambian las épocas y los humores de la sociedad. El originalismo, o la búsqueda del sentido original dado por los constituyentes a la letra constitucional, se opone a esta visión mudable de los conceptos básicos sostenidos en 1789. El hecho es que esta postura no ha sido, ni lejanamente, la única o la más socorrida forma utilizada por los jueces en el momento de decidir un caso concreto, aún si el propósito expreso ha sido decidirlo “con apego” a la Constitución. En principio, toda resolución constitucional demanda un sustento en el texto original, pero la realidad es que a veces el significado de dicho texto se sustituye por otro, más cercano a las preferencias de los jueces, que de esta manera se embarcan en una lectura *amplia* de las cláusulas.

El punto aquí es mostrar que ambas posiciones, la originalista que respeta el significado del texto, y la amplia –que también podemos llamar liberal– que atiende más a las necesidades de cada época en la interpretación constitucional, gozan hoy día de bastante prestigio y respaldo en diversos ámbitos. Existe del lado del originalismo un importante cúmulo de razonamientos y alegatos, formulados por académicos y jueces respetados, que cuenta con numerosos seguidores y cuyo objetivo es restringir la labor de la Corte a una especie de hermenéutica histórica constitucional. Se quiere, con ello, identificar lo más exactamente posible la intención de los así llamados Padres Fundadores, cuyo diseño constitucional permitirá salvaguardar la república, a pesar de los avatares de la evolución social, aplicando los principios originales al caso concreto. De igual forma, del lado liberal

se han producido abundantes y sofisticados estudios que intentan mostrar que la Constitución es sólo el punto de partida en la reflexión constitucional, la cual, para ser completa, requiere de la interpretación generosa y del auxilio de múltiples disciplinas que permitan un mejor examen de la realidad. Sólo de esta forma, sostienen los liberales, podrá la Constitución convertirse en una guía para el presente, complementada por el conocimiento de las necesidades que plantea una era distinta a la de Madison y Hamilton.

Resulta sumamente complicado conciliar estas propuestas, tanto en su origen como en sus resultados. No sólo el debate ideológico⁴¹ entre ambas es, con frecuencia, áspero y sin vías aparentes de solución; también las diferencias de enfoque han llevado a los magistrados de la Suprema Corte a adoptar, en sus opiniones, posturas más identificadas con una o con otra, lo que ha tenido claras consecuencias de orden público. La historia de Estados Unidos, en particular sus momentos más críticos, se ha reflejado siempre en el debate constitucional, por lo que los fallos de la Corte han adquirido, muy a menudo, la fisonomía de símbolos o claves en un devenir conceptual ligado a los más variados y poderosos intereses. Al antagonismo que encontramos en el controlado ámbito de la revista jurídica especializada, o en la deliberación de los jueces previa al fallo, le corresponde, así, una rivalidad explícitamente social, un antagonismo nacido de concepciones distintas de lo que es o debe ser el bien público. La Suprema Corte, al conferir o retirar la protección de las leyes a determinadas acciones, sancionará el uso del poder legítimo del Estado a favor o en contra de las correspondientes convicciones sociales, ejerciendo con ello un poder de decisión crucial para mantener o socavar la cohesión emanada de los acuerdos fundamentales.

2.1 El originalismo

Los magistrados de la Corte han sido, en ocasiones, promotores de su propia

concepción de la interpretación constitucional, sea ésta más cercana a la tesis originalista o más cercana a la liberal. En el primer caso, exposiciones recientes de jueces considerados conservadores, como Antonin Scalia o William Rehnquist, ambos nombrados por presidentes republicanos,⁴² muestran claramente la importancia de apearse al texto original y los riesgos que, a su parecer, implica rechazar la autoridad de los constituyentes como guía en el trabajo de la Corte. Muchas de las observaciones *off the bench* de los jueces de la Corte revelan con nitidez las razones o la justificación que cada uno de ellos tiene para apoyar su particular enfoque judicial y su forma de abordar los casos que se presentan ante el tribunal. Comúnmente, estas exposiciones, a menudo dirigidas a la comunidad académica como *lectures*,⁴³ sintetizan los puntos de vista que han ganado cierto consenso a favor de alguna modalidad de interpretación constitucional. En el caso de Scalia y Rehnquist, se trata de la originalista, que se vio fortalecida en las décadas de los años setenta y ochenta como reacción al llamado activismo judicial de la Corte Warren.⁴⁴ Cuestionado por los conservadores, el tribunal había rendido fallos de gran importancia desde el inicio de la segunda mitad del siglo, modificando el status quo constitucional mediante la identificación de nuevas libertades y derechos, hasta entonces no mencionados explícitamente como parte del significado del texto original. El enfoque planteado por estos jueces se oponía, así, a una tendencia interpretativa políticamente controvertida y, de acuerdo con ellos, nociva para la concepción republicana defendida por los fundadores, que asigna a la Corte facultades limitadas.

Hemos visto que la revisión judicial planteada por el juez Marshall no conduce inevitablemente a una sola modalidad de interpretación de la Constitución, por estar fundamentada de una manera ambigua e indirecta. Como se apuntó, la legitimidad del *review* no está en duda, pero su raíz lógica dentro de la estructura de la argumentación marshalliana se ha prestado a cierta confusión, más aún cuando el propio Marshall indicó que “el deber propio del departamento judicial era decir lo

que la ley *es*”⁴⁵, dándole a los jueces mayores espacios de maniobra. Con todo, Scalia sostiene que el principal defecto teórico del enfoque liberal –al que llama, a falta de mejor calificativo, “no originalista”– es su incompatibilidad con el principio mismo que anima a la revisión judicial, también analizado por Marshall, según el cual la Constitución debe ser considerada por las cortes como ley fundamental y paradigma en la solución de conflictos entre leyes inferiores, cuyo significado es fijo y puede ser establecido mediante instrumentos comunes de interpretación jurídica.⁴⁶ Más aún, afirma Scalia, si la Constitución fuera una invitación a que la Suprema Corte recurriera a valores sociales propios de cada época, ninguna razón habría para que esta invitación estuviera dirigida a la Corte y no al poder legislativo, el cual pareciera ser un expositor más apropiado de los valores sociales vigentes en una época determinada. Los liberales –continúa– han hecho creer que existe una Constitución “viviente”, un documento proteico que debe adaptarse a las necesidades cambiantes de la historia, y con ello se ha llegado a considerar que “la selección de jueces, en todos los niveles, debe llevarse a cabo con base en sus puntos de vista sobre toda una serie de propuestas respecto a la evolución constitucional”. De proseguir esta tendencia, Scalia teme que el nombramiento y la confirmación de los magistrados pronto se convierta en un proceso dominado por la opinión de las mayorías, que ciertamente los jueces tratarán de hacer suya para asegurar su lugar en las cortes,⁴⁷ abandonándose a las pasiones sociales que tanto lamentaba Madison.

El originalista parte del supuesto de que las palabras tienen un sentido y que no fueron escritas con el solo propósito de provocar nuestra imaginación. La Constitución, por tanto, se nos presenta como un documento pleno de significado, cuya interpretación es posible y necesaria. El juez debe apegarse lo más posible al significado de las cláusulas constitucionales y valerse, para ello, de recursos interpretativos eficaces que hagan explícita la intención original de los constituyentes que las redactaron. El problema es que dicha tarea es notablemente difícil y en ocasiones demanda del juez habilidades de historiador concienzudo, lo

que en la práctica es sólo relativamente viable. No obstante, para los originalistas como Scalia, resulta más recomendable ceñirse al criterio de la intención original que optar por la espontaneidad de la lectura liberal de la Constitución, pues los posibles defectos del originalismo son considerablemente menores a los defectos de la concepción contraria.

Un primer defecto del enfoque originalista, aceptado por Scalia, consiste en la dificultad material de llevar a cabo un examen correcto del material histórico necesario para dilucidar el sentido de las cláusulas difíciles de la Constitución.⁴⁸ Como ejemplo, Scalia discute la frase “[e]l poder ejecutivo”, según ésta aparece en el artículo segundo, sección primera, de la Constitución, haciendo referencia al caso *Myers v. United States* considerado por la Suprema Corte entre 1923 y 1925, relativo a la facultad que tendría el Congreso de limitar la autoridad presidencial en materia de destitución de funcionarios dentro del poder ejecutivo⁴⁹. La Corte, a través de la opinión mayoritaria escrita por el magistrado William Howard Taft, declaró inconstitucional la facultad legislativa, marcando claramente los contornos de la referida autoridad.⁵⁰ En su argumento, Taft abordó la cuestión de dar sentido a la frase, tanto histórico como jurídico, con el fin de extraer de ésta la intención de los constituyentes de otorgar al ejecutivo plenas atribuciones en cuanto a nombramientos y remociones de los oficiales de gobierno bajo las órdenes del Presidente, lo que entrañaba importantes consideraciones de tipo constitucional sobre la doctrina de la separación de poderes y la autoridad *ejecutiva* del presidente. Taft recurrió al que consideraba el antecedente relevante, o sea las facultades de la Corona británica, extrapolándolas al caso norteamericano. En el sistema británico, sostuvo, la Corona, que era el ejecutivo, tenía la autoridad de nombrar y destituir funcionarios directamente bajo las órdenes del monarca, por lo que era natural que los constituyentes entendieran las palabras “poder ejecutivo” de forma que éstas connotaran, íntegra, dicha autoridad. “A diferencia de las facultades de conquista de la Corona británica –seguía Taft–, consideradas y rechazadas como precedente por

la Corte en *Fleming v. Page*, 9 Howard 603, 618, la asociación entre destitución y nombramiento [...] no es incompatible con la forma republicana de gobierno [de los Estados Unidos]”.

Insatisfecho con esta prueba y para mostrar qué tan intrincada podía ser la tarea de dilucidar el sentido de una frase de la Constitución, Scalia añade nuevos ingredientes de análisis a la cuestión, y se embarca en comentarios eruditos que incluyen notas de *amici curiae*⁵¹ presentadas a la Corte Taft; argumentos del juez Taney y del juez McReynolds en el caso citado de *Fleming v. Page* de 1850; opiniones del propio Taft en el caso *Ex Parte Wells* de 1856; apuntes de John Madison en las discusiones de la Convención Constitucional de 1787; investigaciones relevantes de William Winslow Crosskey de 1953; opiniones vertidas en la Convención Estatal de Carolina del Norte para ratificar la Constitución federal; citas de Hamilton en *El Federalista* No. 67; opiniones de William Blackstone contenidas en sus comentarios a las leyes de Inglaterra; y razonamientos propios tomados de su disenso en *Morrison v. Olsen*. Todo ello, dice Scalia, si bien no constituye necesariamente la interpretación histórica correcta o única, sí brinda algunos elementos adicionales para ampliar las líneas de Taft en *Myers*.

Todos estos materiales y sus posibles ramificaciones hacen pensar que no sería posible consumir el examen constitucional de la frase “poder ejecutivo”, ni mucho menos arribar a conclusiones históricamente irrefutables, tomando en cuenta que quienes tendrían esta responsabilidad son jueces, no historiadores, con un largo *docket* de casos por resolver en cada periodo. Las opiniones de los magistrados, por más ilustradas que sean, contendrán siempre alguna carencia o inexactitud, lo que implica la probabilidad, teórica al menos, de que pueden ser revisadas con posterioridad. Este es el primer inconveniente del originalismo, el cual ha sido citado con frecuencia por aquellos autores más inclinados a llevar a cabo un análisis liberal de la Constitución, en el que el aspecto histórico se introduce sólo como una herramienta entre varias para discernir el significado de un término o una cláusula

difícil.

El segundo defecto del originalismo es que resulta demasiado radical. ¿Es posible pretender que los constituyentes idearon la sociedad perfecta, de modo que la Constitución y sus 27 enmiendas puedan invocarse sin excepción en la resolución de cualquier controversia? Pareciera que no. Es posible identificar cláusulas en el texto cuyo sentido original permitiría la adopción de legislación inaceptable en la actualidad. Una instancia de ello es la octava enmienda, que establece la prohibición de “infligir castigos crueles e inusuales”. Hipotéticamente, si se probara de manera inequívoca que en la época de la ratificación los azotes y las marcas no constituían un castigo cruel e inusual, ningún juez avalaría la aprobación de una ley estatal que contemplara hoy tales acciones como remedio a un delito, y argumentaría en su contra con base, precisamente, en la enmienda citada. Aún el más originalista recurriría a la doctrina del *stare decisis*,⁵² u obediencia al precedente, a efecto de no violentar decisiones anteriores que invalidan tales prácticas,⁵³ y que han tenido lugar mucho después de la adopción del texto original.

A pesar de estas fallas en la aplicación de la norma originalista, Scalia considera que es ésta la más compatible con la naturaleza y propósito de la Constitución dentro de un sistema democrático. En este sentido, la sociedad democrática no requeriría garantías constitucionales para asegurar que las leyes reflejarán los valores existentes en la comunidad en una época determinada, pues para ello están diseñadas las elecciones regulares. El propósito de las garantías constitucionales, específicamente respecto de los derechos individuales, sería prevenir la modificación legislativa de *ciertos valores originales* que la sociedad que adoptó la Constitución juzgó como esenciales⁵⁴. En ello consiste el respeto a la voluntad de los constituyentes que los originalistas invocan como razón última de su postura, por lo cual ésta puede justamente calificarse de conservadora: aquello que es conveniente conservar, para bien de la república, de las libertades y del sistema democrático, sería la intención original de quienes concibieron la estructura

institucional del gobierno y los mecanismos apropiados para la protección de los derechos individuales, en especial frente a los posibles excesos del Estado. Es por ello que la acción legítima de las mayorías se halla definida y acotada en la propia Constitución, a efecto de evitar que el legislativo pueda verse fácilmente influido por la efervescencia social; los valores fundamentales expresados en las cláusulas constitucionales sólo pueden ser modificados mediante mayorías calificadas y a través del escarpado procedimiento de enmienda que el propio documento establece.⁵⁵

Los defectos de la concepción no originalista, por otra parte, aparecen de inmediato. Ante todo, la falta de un criterio aceptado y compartido de interpretación constitucional que pueda suplir al de la intención original, una vez que ésta es rechazada. Como Scalia y otros sostienen, los no originalistas consideran superfluo recurrir a una intención primigenia que es difícil de discernir, por lo que anteponen a ésta criterios variados de “razonamiento” constitucional y, al parecer, aducen una habilidad especial para entender los valores fundamentales y las mayores necesidades de la sociedad contemporánea. Lo cual revela un defecto mayor, y es que la interpretación judicial así entendida propicia la confusión entre los valores fundamentales que el no originalismo invoca con los valores particulares del juez que busca en la Constitución el remedio para el mal concreto. ¿Cómo distinguir los valores que son básicos para la sociedad de aquéllos que son tan sólo fruto de una predilección particular?

Estas son las principales dificultades que enfrenta el enfoque liberal. En el fondo, los originalistas como Scalia desconfían del teórico constitucional que pretende *revisar* el texto de 1789 a la luz de un más claro conocimiento y de una mayor conciencia de la realidad social actual, que el que pudieran haber tenido los constituyentes. Para ellos, el derecho constitucional estaría más emparentado con la indagación histórica y con el sentido común que con la disquisición teórica. En esta línea argumental, quienes respaldan el recurso al sentido original citan a menudo al

juez Joseph Story, quien en 1833 escribió que su propósito al interpretar la Constitución no era generar una nueva teoría de cómo interpretar el texto, o cómo ensanchar o estrechar su sentido. “En cuestiones de gobierno –decía Story– siempre me ha parecido que los refinamientos metafísicos están descartados; la Constitución llama al sentido común del pueblo y no está diseñada para provocar certámenes de habilidad lógica o especulación visionaria”.⁵⁶

Para el originalista, en especial en el caso de las cláusulas difíciles, las que más fácilmente admiten variantes en su interpretación, el juez no originalista corre el riesgo de *legislar* desde la corte, y es por eso que se le critica su desconsideración hacia los “departamentos políticos” del esquema republicano, ubicados en el Congreso y el ejecutivo. Como se anotó arriba, las cámaras serían las instancias más apropiadas para canalizar los valores sociales contemporáneos, materializándolos en ley; el originalista limitaría el papel de la Suprema Corte –y de las cortes en general– a la calificación de dicha ley como constitucional o inconstitucional, recurriendo para eso al sentido original. Ello permite, dice Scalia, que la administración de justicia genere resultados más bien moderados, y no radicales, como ocurriría en caso de que la Corte suscribiera métodos más liberales.

La suerte de perfeccionismo constitucional, al que hacíamos referencia con relación al segundo defecto del originalismo, no pretende ser la conclusión deseada de Scalia, aunque lógicamente ésta parezca seguirse de la premisa del sentido original. Ciertamente, los constituyentes no pudieron prever al detalle el desarrollo político, económico y social de la república que estaban diseñando, ni introducir en su esquema original las respuestas a todos los problemas del futuro. En palabras de Oliver Wendell Holmes: “Cuando nos enfrentamos con palabras que son a la vez un acto constitutivo, como la Constitución de Estados Unidos, hemos de advertir que éstas han dado vida a un ser cuyo desarrollo no podría haber sido previsto completamente ni por el más dotado de sus creadores”.⁵⁷ Pero la preocupación de los originalistas no radica aquí; como vimos, *stare decisis* o algún otro recurso de

corte conservador puede suplir las deficiencias inevitables del texto, cuyas generalidades habrán de irse precisando a la manera en que Scalia comentaba el argumento de Taft sobre el término ‘poder ejecutivo’. Lo que está en la mira de los originalistas es otra actitud, que se presenta con el atuendo venerable de la defensa de los grandes valores –la libertad, los derechos humanos, la vida– y pretende llamar a la Corte a cumplir un papel protector, armada con una Constitución “viviente”, es decir maleable. La siguiente cita, tomada de una nota presentada a una corte de distrito a favor de los reclusos en prisiones estatales, cuyas condiciones de vida se califican de inaceptables, dibuja con elocuencia dicha postura:

Exigimos bastante de esta Corte, pues los otros poderes han abdicado de su responsabilidad. [...] Los prisioneros constituyen, como otras, una minoría ‘discreta e insular’,⁵⁸ que debe obtener la protección de la Corte porque ninguna otra rama de gobierno está dispuesta a otorgarla. [...] Esta Corte, *como voz y conciencia de la sociedad contemporánea, como medida de la concepción moderna de la dignidad humana*, debe declarar que [la prisión en cuestión], y todo lo que ésta representa, ofende a la Constitución y no debe ser tolerado.⁵⁹

Esto es lo que los originalistas llamarían una corte *justiciera*, dispuesta a actuar en caso de que los otros poderes incumplan su responsabilidad en el ejercicio del poder público. Expresiones como ‘voz y conciencia de la sociedad’ y ‘medida de la dignidad humana’ son algo más que elogios hacia un tribunal cuyos miembros son generalmente respetados; en efecto, la cita evidencia un punto de vista respecto del papel de la Suprema Corte en el que la revisión judicial reviste un vigor ilimitado.

Conscientes de la relativa ambivalencia de los argumentos de Marshall en *Marbury*, los originalistas que condenan esta visión expansiva de la Corte y sus funciones ponen el acento en los aspectos del fallo que les son más propicios. Se evita mencionar la atribución básica del departamento judicial (i.e., decir lo que la ley es)⁶⁰ y se subraya, en cambio, la noción de Constitución escrita y su origen último en la voluntad popular. Para William Rehnquist, la concepción de *review*

subyacente en las expresiones citadas es totalmente contraria al sentido que Marshall adjudicó al poder judicial, e inconsistente con la “filosofía democrática del gobierno representativo.”⁶¹

El razonamiento de Rehnquist es notable porque, siendo un argumento a favor de la democracia, parte del hecho, señalado anteriormente, de que los jueces no son elegidos popularmente, por lo que su función dentro del esquema de separación de poderes comporta facetas a-democráticas y contramayoritarias. Como vimos, la Corte tiene asignada la responsabilidad de revisar la legislación o los actos del ejecutivo, y determinar en última instancia su validez o constitucionalidad, sin que exista la posibilidad de que sus integrantes sean llamados a cuentas por sus opiniones jurídicas. Para que, a pesar de todo ello, la labor de los jueces sea legítima, debe contarse con una sólida y permanente justificación, la cual está dada por la fuente original de la que emana la autoridad judicial, que es la Constitución escrita, la que a su vez extrae su legitimidad de la voluntad popular que la redactó, a través de sus representantes en la asamblea constituyente. El juez, no obstante ocupar una posición que institucionalmente trasciende la democracia —en el sentido representativo en que ésta opera en el poder legislativo— justifica su función a partir de un acto eminentemente democrático: la adopción popular de la Constitución original. La labor del juez debe ser, por ello, objetiva y desapegada, fiel al texto original y respetuosa del significado que el pueblo le atribuyó desde un principio. Por eso, “una simple alteración de la opinión pública —señala Rehnquist— posterior a la adopción de la Constitución, que no vaya acompañada de una enmienda constitucional, no ha de variar el sentido de la Constitución.”

Para el originalista, especular que la Corte es ‘medida de la dignidad humana’ y que puede, por decirlo así, enmendar la plana a los otros poderes cuando juzgue que éstos en general han desatendido su responsabilidad, significa conceder a los magistrados un encargo que rebasa el mandato del texto constitucional y violenta la voluntad popular. Si en su deliberación la Corte se guía por conceptos vagos y extra

constitucionales como el de 'dignidad humana',⁶² de forma que se pierda el vínculo necesario entre la autoridad judicial y la letra de la ley, el *review* entonces asumirá un sentido nuevo, según el cual los jueces dejarán de ser los garantes del acuerdo social originario y aparecerán como un selecto grupo de individuos afortunados, capaces de reescribir la ley de acuerdo con su visión propia, y supuestamente bien intencionada, de lo que es mejor para el país.⁶³

Rehnquist ofrece varios argumentos en contra de la visión amplia del papel de la Corte: en primer lugar, como Scalia, señala que el ejecutivo y el legislativo son las instancias más idóneas para mantener a la nación acorde con la evolución de los tiempos; en segundo lugar, se refiere a las malas experiencias de la Corte, cuando ésta se ha mostrado inclinada a adoptar ciertas nociones en boga en otros tiempos, ajenas al sentido original de la Constitución;⁶⁴ y finalmente, afirma que una Corte dedicada a materializar metas sociales *deseables* no puede tener lugar en un sistema democrático. De ellos, el tercer argumento reviste la mayor importancia pues, a nuestro juicio, plantea la esencia de la posición originalista, pragmática y conservadora, enraizada en el diseño republicano ya apuntado en *El Federalista*. Sus implicaciones políticas son, además, de gran alcance en el debate contemporáneo sobre los valores constitucionales y su materialización.

En el momento de adoptar una constitución –Rehnquist sostiene–, la sociedad lleva a cabo una elección valorativa profunda y determinante, una afirmación de su identidad política e institucional. Este ejercicio democrático originario implica una definición pública de lo que la sociedad considera bueno y valioso, para lo cual se establecen instituciones, procedimientos de gobierno, derechos, libertades y obligaciones consecuentes con esa definición. Sin embargo, la aceptación social de estos principios no se debe a su valor intrínseco o a alguna idea de justicia natural preexistente, sino al hecho simple de que éstos han sido incorporados al texto constitucional por voluntad popular. Asimismo, las leyes secundarias que logran la aprobación de las asambleas, responden igualmente a una decisión valorativa,

respaldada por los argumentos y convicciones de sus autores, sean éstos grupos o individuos, pero su obligatoriedad descansa en el hecho de que son ley positiva, y no en sus pretensiones de verdad o de valor. La modificación, por tanto, del marco legal de la sociedad, tanto en el nivel constitucional como en el nivel de las leyes inferiores, debe estar sujeta a los mecanismos de enmienda o reforma adoptados por los constituyentes, y no a la sola magnitud del convencimiento de quienes buscan alterar las leyes. Para el caso de la Constitución, el procedimiento modificatorio requerirá de amplias mayorías, y en el caso de otras leyes se estipularán otros métodos legislativos menos demandantes.

Para nuestro autor, el caso norteamericano debe apegarse, punto por punto, a esta visión positivista. La intención original de los Fundadores fue concebir un sistema político –y en especial un conjunto de derechos y libertades para los ciudadanos– que comporta una definición pública del bien social, garantizada por una Constitución escrita, cuya obligatoriedad se funda no en su atractivo particular, sino en el hecho de haber sido adoptada por la mayoría en un proceso democrático⁶⁵. La impugnación del documento fundamental en cualquiera de sus partes es posible, mas sólo si se realiza de acuerdo con lo que la propia Constitución establece. La Suprema Corte, en este esquema, surge del mismo ejercicio democrático del que emana, por ejemplo, el poder legislativo, pero su actuación no responde a las exigencias de la elección popular ni está sujeta a la acción de la mayoría. La sociedad consiente en la existencia de esta instancia, y aprueba su labor contramayoritaria, en virtud de la autoridad que la propia Constitución le ha conferido para validar o invalidar las acciones de la mayoría (en el caso de los poderes legislativos, tanto federal como estatales) y de la minoría (tratándose de cualesquiera oficiales del gobierno constituido, en particular en el poder ejecutivo), con base en la interpretación objetiva e histórica de la Constitución.

El razonamiento originalista es, por ello, a la vez pragmático y conservador: la reforma de la Constitución o de cualquier ley está prevista en el marco jurídico

mismo, sin que haya posibilidad, en teoría, de ignorar el mecanismo de enmienda e instituir nuevos preceptos en el texto original; al mismo tiempo, la Constitución escrita provee los fundamentos⁶⁶ que la Corte habrá de conservar, ciñéndose al sentido de sus cláusulas.⁶⁷

2.2 La lectura liberal de la Constitución

Como puede verse en lo dicho hasta aquí, los originalistas desconfían profundamente de cualquier lectura “evolucionista” del texto constitucional. Para los liberales, la adaptabilidad histórica de las cláusulas constitucionales representa no sólo la mayor virtud de un texto escrito hace más de doscientos años, sino la condición necesaria que hace posible que los magistrados de hoy puedan penetrar en su significado y aplicarlo a los casos concretos contemporáneos. Lejos de estar constreñido por la historia, para los no originalistas el juez está avalado por ésta para llevar a cabo una tarea interpretativa que atiende tanto al texto como a los acontecimientos que han tenido lugar en el curso del tiempo que separa al acto fundador de la realidad presente.

Ante todo, para la posición liberal la Constitución es un documento “público”, cuyo significado es en principio asequible a todo aquél que desee acercarse a él. Sus contenidos pueden, por ello, informar una posición política, económica o social específica. William Brennan, juez de la Corte desde 1956 hasta 1990, e identificado con esta postura, considera necesario afirmar solemnemente que “la Constitución encarna las aspiraciones de justicia social, hermandad y dignidad humana que dieron forma a la nación norteamericana”. Brennan, a diferencia de los originalistas, recurre con frecuencia a expresiones ambiciosas y simbólicas, para referirse al texto constitucional, cuya intención original resulta una, entre otras, de las razones de su valor como guía para las decisiones judiciales actuales. “Como todo texto que valga la pena leer –nos dice–, su significado no es cristalino. Sus frases son amplias y las

limitaciones de sus postulados no están claramente marcadas. Sus generalidades majestuosas y nobles pronunciamientos son a la vez luminosos y oscuros, lo que reclama un trabajo de interpretación que resuelva las ambigüedades, un trabajo de interacción entre lector y texto”.⁶⁸

Los liberales censuran a los originalistas con severidad. Para Brennan, pretender que la interpretación puede ajustarse a las intenciones de los fundadores, retrotrayendo toda controversia al terreno de los presupuestos del pacto social de 1787, demuestra “arrogancia disfrazada de humildad”, pues no es posible determinar con certeza cuáles son esas intenciones. Lejos de haber estado de acuerdo en todo, los fundadores tenían serias divergencias de opinión, las cuales tuvieron que ser matizadas mediante el uso de afirmaciones generales o vagas, que fueran aceptables para la mayoría de ellos. Además, ¿a quiénes habría que recurrir: a los que redactaron los artículos, a los que debatieron en Filadelfia, a los que debatieron en las convenciones estatales? La distancia, además, que separa a la Corte actual de los acontecimientos de finales del siglo XVIII, o de otras épocas en que fueron debatidas y acordadas las enmiendas constitucionales, tiene el efecto de nublar o refractar lo que percibimos de aquellos años, desdibujando la que pudiera haber sido la intención de los constituyentes. Para Brennan, legitimar el trabajo judicial mediante la fidelidad a la historia implica, paradójicamente, negar la historia misma, pues preferir la investigación documental de la etapa originaria sobre otras igualmente importantes, como la Guerra Civil o el *New Deal*, discrimina arbitrariamente entre los distintos “momentos constituyentes” que a la fecha se registran. El originalista plantearía que cada enmienda incorporada al texto original debe ser tratada sobre una base de igualdad con el resto de las cláusulas, y negaría la razón al liberal que le critica ignorar otros periodos históricos. Sin embargo, el enfoque evolutivo añade a las enmiendas la totalidad del desarrollo nacional y del progreso social para formar así la compleja materia histórica sobre la que la Corte debe trabajar.

El originalista, como hemos visto, descalifica las pretensiones liberales, argumentando que van en contra de los principios democráticos y republicanos que la Constitución defiende. En la labor judicial, concentrarse en los ‘valores fundamentales’ del presente –diría Scalia– supone alejarse de las decisiones valorativas del pueblo norteamericano que debatió y ratificó el instrumento original, y va en contra del principio democrático que demanda que magistrados no elegidos sujeten sus decisiones a la Constitución. Para el originalista, la Corte que se empeña en anteponer razonamientos propios de justicia a las concepciones avaladas por el texto, abandona la función judicial y se aventura en la función política, legislando desde el tribunal. Para Brennan, al contrario, optar por el sentido original constituye una decisión tan política como cualquier otra. Defender la democracia mediante la exaltación de los departamentos políticos, argumentando que es a ellos a quienes corresponden las decisiones valorativas de cada época, significa “no la aceptación de la autoridad trascendente de los fundadores, sino el respaldo a la autoridad contemporánea de las ramas de gobierno basadas en la elección popular”. Para Brennan, los originalistas cometen el error de confundir su apego al trabajo historicista con su predilección por el poder legislativo. Reducir a la Corte a la mínima expresión de intérprete historiográfico revela una decisión política sustantiva a favor del Congreso, el cual, para los liberales, posee una menor capacidad de defensa de los derechos del ciudadano que la Corte y está sujeto, además, al efecto irregular de las mayorías políticas.⁶⁹ Por ello, implícita en la crítica de Brennan se halla la acusación de que un tribunal perfectamente apegado al sentido original echaría abajo el arduo trabajo judicial de décadas, cuyo fruto ha sido la definición de derechos y libertades que la evolución del país ha demandado. Aceptar la intención original, según este punto de vista, no debe limitar al juez a considerar solamente los principios precisos que fueron enunciados por los fundadores: quedarse en el nivel textual de las cláusulas implica ignorar el potencial que éstas tienen como guía para la evaluación de otras realidades históricas, como

principios abiertos para uso de subsecuentes generaciones. Brennan cita al juez Robert Jackson, que redactó en 1943 por la mayoría el fallo de la Corte en *West Virginia Board of Education v. Barnette*: “[E]l reto de la interpretación judicial consiste en traducir las generalidades majestuosas del *Bill of Rights*, concebido como parte del patrón del gobierno liberal en el siglo XVIII, en limitantes concretos sobre la acción gubernamental ante los problemas del siglo XX”.⁷⁰ Y ahora, por supuesto, los problemas del siglo XXI.

Insistiendo en su crítica a los originalistas, Brennan se pregunta qué pueden significar en nuestro siglo las palabras y las frases que componen la Constitución. Ciertamente –responde– no lo que significaron en la época en que fueron escritas, pues el atractivo del texto original reside en su adaptabilidad a las nuevas exigencias. Al parecer, ello requiere que estas exigencias precedan al texto, infundiéndole nuevos contenidos. Sólo así puede entenderse que Brennan utilice las frases ampulosas como medida real del trabajo de los jueces, sin que resulte demasiado necesaria la definición estricta de los conceptos que usa o las reglas para aplicarlos. Brennan describe a la Constitución como una “oración sublime sobre la dignidad del hombre” o como una “visión fresca de la supremacía de la dignidad humana de cada individuo”.⁷¹ Para él, esta dignidad es la que debe ser defendida por la Corte frente al poder gubernamental, pues tal es realmente el mandato de los fundadores, y no un extraño llamado a la exploración judicial en los arduos socavones de la historia.

2.2.1 La nacionalización del Bill of Rights

Una de las expresiones fehacientes del papel liberal de la Corte, citada con frecuencia por los no originalistas, ha sido la defensa de los derechos individuales señalados en el *Bill of Rights*, no únicamente en el ámbito federal, sino también en el estatal.

Las diez primeras enmiendas a la Constitución, aprobadas en conjunto el 15 de diciembre de 1791, introdujeron en el texto la mención de aquellos derechos tradicionalmente aceptados en las constituciones estatales y que habían formado parte de la campaña federalista a favor del nuevo gobierno nacional en el proceso de ratificación. Una vez adoptada la Constitución, los federalistas, con Madison a la cabeza como representante por Virginia en el Primer Congreso, propusieron la formulación de las enmiendas en una iniciativa presentada a la cámara baja. El tema de los derechos había generado bastante controversia política en los primeros años de la República, al grado de que quienes aún se oponían a la Constitución habían anunciado su exigencia de que se llevara a cabo una segunda convención constitucional precisamente para añadir un *bill of rights* y, de paso, revertir hasta donde fuera posible el trabajo de los constituyentes. Con el fin de apaciguar a la oposición (que estaba formada en su mayoría por defensores de las prerrogativas estatales, es decir, por anti-federalistas) Madison y sus colegas redactaron en principio doce enmiendas para incluir la libertad religiosa, de expresión, de prensa, de reunión, de petición al gobierno y el derecho a portar armas, así como preceptos sobre el acuartelamiento de tropas, los procesos judiciales, la figura del jurado y la imposición de sanciones y penas. La intención era que todas estas garantías fueran aplicables tanto al gobierno federal como a los gobiernos estatales, pero en el Senado prevaleció solamente el primero de estos criterios. De esta forma, los anti-federalistas aseguraron una mayor independencia para los estados, acordándose que los derechos de las primeras ocho enmiendas regularan al gobierno federal, la novena protegiera los derechos individuales ya asentados en las constituciones estatales, y la décima reservara para los estados aquellas atribuciones no delegadas al gobierno federal ni prohibidas por la Constitución.⁷²

De esta forma, la protección de las libertades durante la primera etapa de la historia independiente de Estados Unidos quedó a cargo de las legislaturas y las cortes estatales. Las diferencias sociales y culturales entre los estados, así como las

disparidades entre los listados de los derechos contenidos en sus constituciones, generó durante la primera mitad del siglo XIX numerosos argumentos a favor de la aplicación del *Bill of Rights* a los gobiernos estatales, sin mucho éxito. De entre todas, la mayor heterogeneidad a este respecto resultó ser, sin duda, la racial que, junto con sus corolarios legales y económicos, llevaría finalmente a la Guerra Civil y la secesión de los estados confederados.⁷³ La Corte, como hemos señalado, llegó con *Dred Scott* al extremo de interpretar la Constitución de manera partidaria y política, a favor del bando esclavista, aunque también se sumó a la defensa de los derechos de los estados en *Barron v. Baltimore*,⁷⁴ leyendo puntualmente la intención de los fundadores. Suscitado por una controversia sobre el derecho a una compensación justa en caso de expropiación, *Barron* fue la oportunidad para declarar nuevamente que el *Bill of Rights*, así como la Quinta Enmienda que incluye tal garantía, constituían un coto a la acción del gobierno federal, no de los estados.

La emancipación⁷⁵ y el subsecuente periodo de la Reconstrucción operaron lo que los no originalistas celebran como el primer paso hacia la “nacionalización del *Bill of Rights*” y su legítima aplicación sobre los estados. El triunfo material de las fuerzas de Abraham Lincoln en 1863 y la Proclamación de Emancipación anunciada ese año, tenían como respaldo los poderes de guerra adoptados extraordinariamente por el Ejecutivo para enfrentar la secesión, pero carecían de efectos legales contra la esclavitud. La fuerza de las armas podía lograr la liberación de los esclavos del sur, pero no era suficiente para abolir legalmente la esclavitud. Para lograr esto último fue necesario enmendar la Constitución, tomando como base los logros concretos de la Guerra Civil y colocando a los estados directamente bajo control constitucional en materia de esclavitud. El punto era despejar toda duda en cuanto a la constitucionalidad de la legislación nacional sobre derechos civiles y asentar definitivamente la inconstitucionalidad de las leyes esclavistas, pasando así por encima de las soberanías estatales. Ello se logró con la adopción de las enmiendas Trece, Catorce y Quince en los años 1865-1870.

El efecto inmediato de las enmiendas fue la abolición de la servidumbre, así como la aclaración del status de ciudadanía de los esclavos liberados. La Enmienda Trece estableció que “[n]i la esclavitud ni la servidumbre involuntaria existirán en los Estados Unidos”, en tanto que la Enmienda Catorce asentó que “[t]oda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida”. De esta forma, se subsanaba la falta en el texto original de una cláusula de ciudadanía⁷⁶ y se eliminaba la discriminación *per se* en toda la Unión.

Sin embargo, los redactores de las enmiendas⁷⁷ debieron ir más lejos en su esfuerzo de someter legalmente a los estados que habían sido vencidos militarmente, pero cuyas leyes mantenían vigente la figura del esclavo no ciudadano; resultaba imprescindible incluir en la Constitución una garantía permanente de igualdad de derechos civiles y ampliar la jurisdicción federal al nivel local como medida de protección; era necesario, en otras palabras, dejar estampado en la Constitución el sometimiento de los estados del sur como una consecuencia legal de la guerra. Leída integralmente, la sección primera de la Enmienda Catorce representaba el triunfo sobre los confederados y efectivamente tenía el importante efecto de transferir al gobierno federal las facultades legislativas estatales en materia de derechos, específicamente aquellos que pueden calificarse como “privilegios e inmunidades de los ciudadanos”. Para complementar, por tanto, la cláusula de ciudadanía anotada arriba, la sección primera establecía que “[n]ingún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes”.

De esta forma, la constitucionalidad de la abolición de la esclavitud parecía estar asegurada, e igualmente la reincorporación a la Unión de los estados separados, cuya ratificación de la enmienda les permitía ser readmitidos en el Congreso.⁷⁸ Más aún,

la enmienda consumaba la *nacionalización* de los derechos de los negros, pasando por encima de las potestades estatales, pero en cierta forma respetando los valores federativos tradicionales. Los estados habían sido en el pasado los garantes de las libertades y los derechos ciudadanos, y habrían de seguir siéndolo, sólo que ahora estarían bajo supervisión federal y supeditados a lo que establecían las nuevas cláusulas constitucionales en materia de protección de tales derechos.

En otras palabras, la guerra y su secuela de reconstrucción no habían sido una cruzada a favor de las libertades, sino un síntoma del conflicto entre estados y gobierno federal que había marcado, en buena parte, el nacimiento de la república. La confrontación entre anti-federalistas y nacionalistas, entre Mason y Hamilton, a finales del siglo XVIII, siguió nutriendo las diferencias culturales y políticas entre los estados de mediados del siglo XIX; el diverso grado de desarrollo y la evolución diferenciada de las ideas políticas en los estados del norte y del sur avivó crecientemente la controversia entre un gobierno nacional fuerte y gobiernos estatales soberanos. Por ello, la dimensión armada del conflicto, tanto como la necesidad de alcanzar un acuerdo estuvieron, ante todo, determinadas por la preservación de la Unión; ésta fue la prioridad de Lincoln. La incorporación de los esclavos a la categoría de ciudadano y la recién lograda protección constitucional de sus derechos políticos,⁷⁹ fueron más complemento y consecuencia política de la campaña militar, que resorte o causa del enfrentamiento y de su solución. Es por ello que los estados seguirían teniendo la tutela de los derechos individuales, y en este rubro las constituciones y la legislación estatales conservarían su precedencia sobre las prácticas y usos federales. La Suprema Corte, por su lado, en su carácter de última instancia en la solución de las controversias entre la federación y los estados, tendría en la década de 1870-1880 una incidencia limitada en la procuración de la nueva justicia para la raza negra, tanto por el descrédito generado por *Dred Scott* como por el papel activo de los estados en la defensa de sus derechos. Los mayores acuerdos logrados con el fin de la guerra, por lo tanto, estarían asociados

más con la integridad nacional que con una decisión de llevar la igualdad a todos los rincones del país.⁸⁰

No transcurrió mucho tiempo, sin embargo, para que la Suprema Corte cobrara de nuevo autoridad y peso en la definición de lo que podríamos llamar los “grandes valores nacionales”, siendo el primero de ellos la protección de los derechos económicos bajo las premisas del *laissez-faire* hacia el cierre del siglo XIX. Gradualmente, la Corte comenzó a intervenir en la esfera propia de las entidades federativas a favor de los derechos de propiedad y la libertad de contrato, reflejando así el apego al mercado y al liberalismo económico que prevaleció durante la presidencia de Grover Cleveland, y había hundido sus raíces hasta los primeros años del siglo XX.⁸¹ *Lochner* fue el caso emblemático y extremo de este punto de vista. Conforme el esquema de intervención se consolidaba, más cerca estaba la posibilidad de que la Corte, utilizando el mismo camino para incidir en la legislación y las prácticas estatales, ejerciera su poder de decisión para adentrarse en la protección de otras libertades individuales. Los estados perdían fuerza constitucional ante el gobierno central, a medida en que la figura del ciudadano como tal, independiente de sus filiaciones locales, emergía como portador de derechos propios, pues entonces el garante de sus libertades era cada vez menos el estado en que éste residía, y más el gobierno federal investido de autoridad nacional. La muy conocida explosión industrial y urbana en Estados Unidos hacia fines del siglo XIX permitía la aparición del individuo y de la minoría, como nuevas instancias generadoras de nuevas demandas, por encima de las comunidades que tiempo atrás podían desplazar a quienes fueran disidentes, o sólo diferentes, con base en una cohesión social derivada de valores compartidos. Las comunidades locales, y aún estatales, quedaban atrás ante el avance del Estado nación centralizado, en el que la relación entre Estado e individuo se va fincando en el *quid pro quo* de la lealtad a ese estado a cambio de una protección efectiva de los derechos propios.

En el siglo XX norteamericano la idea de la libertad se va transformando, desde su concepción como valor político mayoritario para la defensa del modelo de gobierno republicano, hasta su redefinición como un conjunto de reglas y normas avaladas judicialmente que garantizan el ejercicio de derechos y prerrogativas concretos. La libertad en la época preindustrial se entendía como un valor intrínseco de la sociedad bien ordenada, de la sociedad consensual –si bien con frecuencia el consenso subsistía gracias a la supresión de las diferencias–; en cambio, la libertad del periodo industrial, urbano y masificado se vuelve objetivo y meta de grupos de interés, minorías e individuos que buscan tanto la protección de las leyes contra cualquier tipo de opresión social o económica, como la garantía jurídica de acceso a beneficios y oportunidades.

Esta descripción evidentemente simplifica un tránsito que debió ser complejo, incluso contradictorio, del parroquialismo al centralismo en los Estados Unidos. Aún así, es útil para iluminar un proceso evolutivo en la interpretación del apartado constitucional que fue el medio para operar una más amplia nacionalización del *Bill of Rights* y otorgar a la Corte una autoridad mayor para llevar a cabo el escrutinio de la legislación estatal. Se trata de la sección primera de la Enmienda Catorce, específicamente el texto que limita la acción estatal sobre la “vida, la libertad y la propiedad” de los ciudadanos, sujetándola al “debido procedimiento de ley” o “debido proceso.”

Fuera de *Barron v. Baltimore*, no había precedentes constitucionales que trataran el tema de la aplicación del *Bill of Rights* a los estados.⁸² En 1833 *Barron* estableció claramente que los preceptos de la Quinta Enmienda, y por extensión el contenido del *Bill*, sólo concernían a la acción del gobierno federal. La Enmienda Catorce establecía restricciones sobre los estados, pero en la práctica su utilización se limitaba a la protección de los derechos de propiedad frente a la interferencia estatal, o bien a la ratificación de los derechos políticos mencionados en la Quince; hacia 1917, la enmienda no incluía las garantías contenidas en otras enmiendas, por lo que

la Corte no podía invocarla para prestarles protección frente a la intrusión gubernamental.

Entre 1917 y 1925, debido en gran parte a los efectos de la Primera Guerra Mundial sobre la sociedad y la clase política norteamericanas, la Corte comenzó a evaluar casos controvertidos⁸³ en los que se argumentaba la inconstitucionalidad de leyes estatales que restringían la libre expresión. Grupos a favor de los derechos civiles y organizaciones políticas identificadas con la doctrina socialista percibían que sus derechos no se hallaban adecuadamente protegidos, y demandaban la intervención judicial para invalidar la legislación que les afectaba.

De manera aparentemente casual, en *Gitlow v. New York* de 1925 la Suprema Corte dio el paso decisivo hacia la incorporación de los derechos civiles del *Bill of Rights* en la cláusula del debido proceso o *due process* de la Enmienda Catorce, no tomados en conjunto, pero sí uno a uno paulatinamente. De nuevo, la controversia en este caso era la defensa de la libertad de expresión frente a una ley estatal, la cual tipificaba la “anarquía criminal” como el delito de buscar de manera deliberada y violenta la disolución del gobierno constitucionalmente establecido, incluso mediante la incitación verbal o escrita. Para los promoventes en *Gitlow*, autores de material editorial que llamaba al levantamiento socialista en contra del gobierno, la ley era contraria a la cláusula del *due process* de la Enmienda Catorce, pues les privaba de su libertad –de expresión– sin el debido procedimiento de ley. Aunque la Corte falló en su contra, temerosa de disturbios revolucionarios, adrede aclaró su postura sobre la relación entre el contenido de la Primera Enmienda y el contenido de la Catorce:

Para los propósitos presentes, podemos asumir y asumimos –dijo la Corte– que las libertades de expresión y de prensa, que están protegidas por la Primera Enmienda frente a la intrusión del Congreso, se encuentran entre los derechos y libertades fundamentales protegidos por la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce frente a la intrusión de los estados.⁸⁴

La cuestión debatida en el caso ameritaba un razonamiento acerca de los límites tolerables en la libertad de expresión, como el que desarrolló el juez Sanford con base en precedentes sobre el abuso de este derecho, pero difícilmente requería un señalamiento sobre su inclusión en la cláusula del *due process*, a menos que atribuyamos a la Corte la intención de hacer explícita una interpretación particular del precepto constitucional de 1868, interpretación que claramente podemos ya calificar de amplia o liberal. El magistrado Holmes, más inclinado a defender el derecho de los disidentes de la época a expresar sus ideas políticas (confiado en que el consenso norteamericano no les favorecía), y el magistrado Sanford, convencido de que la libertad de expresión debía acotarse para evitar la corrosión socialista del gobierno, creían, ambos, en la lectura generosa del *due process*; sus diferencias en *Gitlow* no procedían de visiones contrapuestas en el tratamiento de la enmienda, sino del uso diferenciado de la regla del ‘peligro claro y presente’. En su opinión en contra, Holmes señalaba específicamente que esta regla no se había considerado lo suficiente en la resolución judicial del caso, pues de habersele utilizado habría quedado claro que las arengas pro socialistas no planteaban mayores riesgos para la sociedad norteamericana de los años veinte. Dicho lo cual, Holmes sostenía que la expansión semántica de la palabra ‘*liberty*’ en la Enmienda Catorce no estaba en tela de juicio. Coincidiendo con Sanford, Holmes afirmaba que “el principio general de la libertad de expresión debe quedar incluido en la Enmienda Catorce, en vista de la amplitud que se ha dado a la palabra ‘libertad’ ahí usada, aunque quizá pueda aceptarse con mayor amplitud de interpretación que la que otorga al Congreso la letra constitucional que gobierna o debe gobernar las leyes de los Estados Unidos”.⁸⁵ Claramente, esta reflexión hace pensar que, en 1925, la cláusula del debido proceso aparecía ante los ojos del tribunal supremo como un enunciado abierto y genérico, cuyo total significado quedaba aún por descubrir. Usando las palabras del juez Brennan, se trataba de una “generalidad majestuosa”.

La tendencia a ampliar el sentido de la cláusula se acentuó en la década siguiente,

con *Palko v. Connecticut*,⁸⁶ donde la Corte expresó con mayor desenvoltura su posición sobre el *due process*. El caso surgió de una moción de inconstitucionalidad contra una ley de Connecticut que permitía la apelación, por parte del estado, de un caso ya juzgado en el que, sin embargo, se presumiera algún vicio legal. El demandante había sido sentenciado a cadena perpetua por homicidio en segundo grado, llevado a juicio nuevamente por apelación del estado, con base en errores de procedimiento que habían impedido al jurado considerar adecuadamente los hechos, y sentenciado por segunda ocasión, esta vez con pena capital por homicidio en primer grado. Su defensa buscaba demostrar que el haber sido sometido dos veces a un juicio por el mismo delito⁸⁷ violaba la garantía del debido proceso contenida en la Enmienda Catorce, en virtud de que ésta incorporaba los derechos enunciados por la Quinta.

El juez Cardozo, en su opinión mayoritaria, negó que la totalidad de las garantías del *Bill of Rights*, inscritas en las primeras ocho enmiendas, estuviera incluida en la concepción de ‘vida, propiedad y libertad’ a que hace referencia el debido proceso. Algunas de ellas, no obstante y de acuerdo con el juez, sí debían considerarse incorporadas a la Enmienda Catorce, por tratarse de derechos “implícitos en el concepto de libertad ordenada (*ordered liberty*)”, cuya protección debe ser obligatoria no sólo para el gobierno federal, sino también para los estados, entre ellas la libertad de expresión, de prensa, de religión, de reunión, y el derecho de los acusados a la representación de un abogado.⁸⁸ El derecho a juicio mediante jurado o a no ser enjuiciado dos veces por la misma falta, no alcanzaban ese rango; abolirlos, según Cardozo, “no violaba un principio de justicia tan enraizado en las tradiciones y la conciencia del pueblo norteamericano como para ser considerado fundamental”.

Lo que debe hacerse notar del razonamiento en *Palko* es la decisión del juez de jerarquizar, sin un criterio aparente o expreso, las libertades señaladas en el *Bill*, dándole así a la Corte una facultad especial para indagar el significado de los conceptos constitucionales, al margen de la estricta apreciación histórica de las

enmiendas. Asentar esta facultad en el fallo tiene el efecto de legitimar una nueva relación interpretativa entre el tribunal y el concepto mismo de libertad. Las conclusiones de la Corte, según explica Cardozo, deben fundarse en un “estudio de la libertad *en sí misma*, su significado e implicaciones esenciales”.⁸⁹

Este *esencialismo*, i.e., la tarea de abordar el valor político de la libertad *qua* libertad, permite al juez anunciar que, en el tratamiento de la cláusula del debido proceso, existe la posibilidad de que las garantías antes reservadas al ámbito federal vayan siendo “absorbidas” por la Enmienda Catorce, dependiendo tan solo de cuánta importancia tengan, desde un punto de vista judicial, para el mencionado “esquema de libertad ordenada”, concepto sugestivo que, sin embargo, no está desmenuzado en *Palko*. A raíz de ello, la moción de inconstitucionalidad fue rechazada, debido a una incompatibilidad entre dos lecturas *liberales* del mismo texto; por un lado, la interpretación de la defensa, más ambiciosa, y por otro la de la Corte, más restrictiva, pero igualmente proclive a llevar a cabo un examen teórico y ahistórico del concepto. La sentencia fue ratificada y Palko fue ejecutado.

Lo que llama poderosamente la atención es que, con el tiempo, el recurso a esta facultad por parte del tribunal no habrá de restringirse a este caso concreto, ni su racionalidad quedará agotada en la discusión del derecho particular que la defensa en *Palko* estaba invocando, es decir, no ser privado de la libertad sin el debido proceso. Con el fallo, la Corte allanó el camino para que en casos subsecuentes donde se discutiera la “absorción” de las libertades del *Bill of Rights* en la Enmienda Catorce, el juez pudiera revalorar los méritos de las leyes estatales que fuesen impugnadas, con base en interpretaciones propias de lo que significa el esquema de libertad ordenada, pues el razonamiento de Cardozo no prejuzgó sobre los límites de dicho esquema ni sobre las mutaciones factibles que éste podría sufrir como resultado de las transformaciones sociales. Más aún, si algunas de las libertades contenidas en el *Bill* habían sido ya incorporadas y otras no, de inmediato se volvería necesario explicar cuáles son las diferencias entre ellas que permiten

otorgarles un tratamiento distinto, no obstante pertenecer a un solo cuerpo legal, identificado con las ocho primeras enmiendas. Esto quedó fuera de la explicación de Cardozo.

La teoría de la absorción, por su carácter abierto e indeterminado, tanto como la visión esencialista de las libertades, ambas bosquejadas en *Palko*, tendrían su expresión más lógica en el caso ya comentado de *Adamson v. California* de 1947. Desautorizando el fallo en *Barron*, el juez Black sostendrá en su opinión particular que el propósito de los redactores de la Enmienda Catorce fue, en última instancia, lograr que todas y cada una de las libertades enunciadas en el *Bill of Rights* fueran aplicables a los estados.⁹⁰ Para Black, la racionalidad en *Barron* habría sido totalmente superada por los acontecimientos que condujeron a la Guerra Civil y por el conflicto mismo, de modo que ésta dejara su lugar a una nueva interpretación de las ocho primeras enmiendas, en la cual efectivamente se nacionalizara el alcance de los preceptos constitucionales contenidos en ellas.⁹¹

2.3 Originalismo y devenir histórico

Han transcurrido casi ocho décadas desde los razonamientos del juez Cardozo en *Gitlow* y centenares de casos han sido discutidos, en los que la Suprema Corte ha tomado decisiones que apelan, de una u otra forma, a la doctrina de la incorporación anunciada en aquel entonces. Desandar el camino parece imposible. Sin embargo, para los defensores de la letra original de la Constitución no existe otro medio de devolverle a la Corte la autoridad moral que ésta ha perdido por sumergirse en el fragor de la política norteamericana, abanderando ideales libertarios.

Los jueces –argumenta el originalista Edwin Meese⁹²– no son, ciertamente, guardianes platónicos de alguna verdad revelada, ni la Corte es un oráculo misterioso; pero su inserción en la política no debe darse como una afirmación de algún credo liberal, o aún conservador, sino centrarse en la exposición de la

Constitución escrita, como señalaba Hamilton, y apegarse estrictamente a la intención de los fundadores.⁹³ Utilizar la Enmienda Catorce como vehículo de escrutinio judicial sobre la legislación de los estados, en una medida difícil de discernir, a menos que se compartan las ambiciones justicieras de los magistrados, no forma parte alguna de esa intención. El *Bill of Rights*, según fue debatido, redactado y ratificado, sólo sería aplicable al gobierno federal. En 1787 los estados contaban ya con cartas de derechos similares al *Bill* federal, por lo que extender su alcance a los estados constituía una violación de su soberanía, y tal había sido el sentido de la decisión de la Corte en *Barron v. Baltimore*.

Meese plantea, de esta forma, la necesidad de recuperar la interpretación histórica de las enmiendas constitucionales, para gradualmente revertir la doctrina de la incorporación y restaurar el legítimo sentido de la cláusula del debido proceso, respetando la racionalidad de *Barron*.⁹⁴ Para John Marshall, autor de la opinión mayoritaria en el caso, la aplicabilidad sobre los estados de los preceptos contenidos en las primeras ocho enmiendas fue claramente descartada por sus redactores; si quienes apoyaron la Enmienda Catorce la hubieran estimado necesaria, nada les impedía haberlo declarado expresamente o haber introducido el fraseo pertinente en el texto. Como Marshall escribió:

La Constitución fue aceptada y establecida por el pueblo de Estados Unidos para él mismo, para su gobierno, y no para el gobierno de los estados individuales. [...] Si la intención de los autores de estas enmiendas [el *Bill of Rights*] era considerarlas como límites al poder de los gobiernos de los estados, hubieran imitado a los autores de la Constitución original y expresado dicha intención. [...] Si el Congreso se hubiera abocado a la tarea extraordinaria de mejorar las constituciones de los diferentes estados, otorgándole al pueblo protección adicional frente al ejercicio del poder de sus propios gobiernos, en asuntos que solamente a ellos conciernen, habría declarado este propósito en lenguaje simple e inteligible.⁹⁵

Citando al magistrado Rehnquist, Meese condena a los no originalistas por

pretender edificar una doctrina constitucional sobre bases históricas erradas⁹⁶ –lo que se traduce en la formulación de políticas públicas desvinculadas de todo principio constitucional–, y propone instaurar la “jurisprudencia de la intención original” como la más idónea para asegurar la sobrevivencia de los postulados republicanos de los fundadores. Tal jurisprudencia, señala, “al estar orientada a la explicación fiel de la intención original, producirá principios de gobierno defendibles y no contaminados por predilecciones ideológicas”.⁹⁷

La propuesta originalista ha generado, por supuesto, una reacción. Sorprendido ante este punto de vista, el juez John Paul Stevens⁹⁸ enuncia la réplica liberal en el diferendo sobre *Barron*. Por concentrarse demasiado en la intención de los redactores del *Bill of Rights*, Meese pierde de vista la importancia de acontecimientos subsecuentes en el desarrollo del derecho norteamericano, de importancia profundísima, como la Guerra Civil y las enmiendas constitucionales que le siguieron. La relación entre el gobierno federal y los estados, según Stevens, no puede entenderse solamente con referencia al momento fundador de 1787, desprendiéndolo de sus consecuencias o de los momentos históricos subsecuentes cuya impronta en la vida política tiene el efecto de revisar el plan original. Con esto, parece querer decirnos que tratar de sostener hoy la conclusión de *Barron* equivale a ignorar el devenir histórico que la adopción misma de la Constitución hizo posible, lo que haría de Meese un mal historiador, o al menos un historiador que descrea de la naturaleza eminentemente teleológica del hecho histórico –en este caso la adopción de la carta constitucional–, y se deja llevar por el espejismo de creer en la existencia de una época dorada superior a cualquier otro periodo.⁹⁹

¿Por qué –se preguntarían Stevens o Brennan– es tan reacio el originalista a otorgar credibilidad a una interpretación constitucional cronológicamente distinta de la que se considera la primera o la anterior? ¿Qué significa, en última instancia, la frase ‘intención original de los fundadores’? Para el intérprete liberal el momento *fundante* y la intención primera no poseen la inviolabilidad que Meese o Scalia les

atribuyen; su valor radica en el hecho de que inauguran una marea histórica, un impulso social capaz de regenerarse en el camino. Si James Madison pudo alguna vez cambiar de opinión sobre la intención original de los fundadores respecto al establecimiento del banco nacional de Estados Unidos, rechazándolo primero y apoyándolo después,¹⁰⁰ y si la sociedad norteamericana en su conjunto pudo primero aceptar la institución de la esclavitud y anularla legalmente después, entonces cualquier generación o grupo social puede tomar en sus manos el devenir constitucional para operar cambios en la forma en que se interpreta el texto original a fin de, diríase, reinventar su imagen en ese espejo.

3. Debido proceso, derecho a la privacidad y protección frente a la negligencia

Como hemos visto, en *Gitlow v. New York* la Corte sentó las bases para operar la nacionalización del *Bill of Rights*, lo que fue posible gracias a que *substantivó* la cláusula del debido proceso, que aparece en la Quinta Enmienda y en la primera sección de la Catorce. La primera de éstas declara que “[nadie] será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley”, mientras la segunda incluye una referencia expresa a las entidades federativas, al indicar que “ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley” [énfasis añadido].

Substantivar el *due process* significó transformar un precepto que garantizaba un procedimiento, en otro que otorgaba libertades; en otras palabras, convertir un enunciado que establece límites específicos sobre la forma en que debe llevarse a cabo un proceso legal, en una noción amplia que ampara al escrutinio judicial sobre la legislación, basado en la singular vaguedad de las palabras que componen el enunciado.

Para los originalistas, bajo una interpretación apegada a la confección histórica de las enmiendas, la Corte no contaba con ninguna autoridad para efectuar este cambio, el cual, según argumentan, coloca a los jueces en una posición privilegiada para ejercer el *judicial review* con base en preferencias personales de lo que es justo e injusto, adecuado o inadecuado, para una época particular. Desde este punto de vista, la Corte ha ido gradualmente arrogándose una facultad extraconstitucional que pone en riesgo la estabilidad republicana del gobierno, a la vez que deslegitima su propia función en el marco de los tres poderes, invadiendo la esfera legislativa al crear nuevos derechos y libertades que habrán de contar con la protección judicial.

Los liberales, en cambio, sostienen que la substantivación del debido proceso se halla implícita en la redacción de las enmiendas, en particular la Catorce, así como

en la intención de los constituyentes que las propusieron y ratificaron. Pero aún más importante, indican que gran parte del desarrollo y perfeccionamiento jurídico respecto a los derechos civiles que se ha observado en el siglo XX se debe a la innovación interpretativa que dio al *due process* el carácter que hoy tiene y al hecho de que la Corte ha sabido utilizar la facultad que le otorga la cláusula en la solución de casos clave en el mantenimiento de la democracia, la equidad y la justicia norteamericanas.

Ejemplares en muchos sentidos, los fallos de la Corte en *Griswold v. Connecticut*, de 1965, y en *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, de 1989, ilustran sobre las consecuencias de apelar al *substantive due process*, tanto para permitir a la Corte obtener un resultado deseable en términos generales de justicia, siguiendo una lectura liberal del precepto –en *Griswold*–, como para circunscribirla a su papel de intérprete fiel de la letra y la intención constitucionales, de acuerdo con los principios originalistas –en *DeShaney*–. El presente capítulo discute estas materias, comenzando con una reflexión sobre el debido proceso sustantivo.

3.1 El debido proceso sustantivo

La historiografía originalista de la Enmienda Catorce se ha propuesto demostrar que la cláusula de debido proceso no tuvo nunca la intención de crear un criterio novedoso de justicia ni una facultad revisora de la Corte, inédita antes de la Guerra Civil. La observación del profesor Raoul Berger de que el significado original de la cláusula únicamente remite al procedimiento legal que debe cubrirse en cualquier juicio parece correcta, en virtud de la afirmación de Alexander Hamilton en 1787 sobre la noción general de debido proceso de la que se nutren tanto la Quinta Enmienda como su sucesora, la Catorce:

[S]e declara que ningún hombre habrá de ser privado de privilegios, inmunidades o derechos, sino sólo mediante el ‘debido proceso de ley’ o el juicio de sus iguales. Las palabras ‘debido proceso de ley’ tienen un *sentido técnico preciso* [*a precise technical import*], y son sólo aplicables al proceso y los procedimientos de las cortes de justicia; no pueden nunca referirse a una acción del legislativo.¹⁰¹

Hamilton comenta así el significado del *due process*, verídico en la época, refiriéndose a la Constitución de Nueva York en la asamblea de ese estado en febrero del año citado. El concepto de ‘proceso’ denotaría solamente los autos y trámites de ley y orden que deben regir el desahogo del procedimiento, pues tal era la acepción jurídica aceptada por los constituyentes, derivada de la tradición angloamericana más antigua y vigente aún en los siglos XVIII y XIX. Así lo indican las referencias al término ‘debido proceso’ encontradas en el capítulo 29 de la *Magna Charta* de 1215:

Ningún hombre libre habrá de ser detenido, encarcelado, desposeído, proscrito, ejecutado o en forma alguna destruido, ni [h]abremos de proceder en su contra o perseguirlo, excepto mediante el juicio legal de sus pares y con apego a la ley [*law of the land*].

O en los *Statutes of the Realm* de la Inglaterra de 1354, bajo el reinado de Eduardo III:

A ningún hombre, de la condición o propiedad que sea, se le desposeerá, detendrá, encarcelará, desheredará o se le dará muerte, sin antes haber sido llamado a responder mediante el debido procedimiento de ley.¹⁰²

Tal fue la herencia recibida por los fundadores, donde *law of the land* significaba “el debido curso y proceso de ley”,¹⁰³ i.e., los procedimientos judiciales. Sin embargo, con la Guerra Civil y sus secuelas en materia constitucional, el *due process* fue modificándose en su alcance y crecientemente utilizado como arma política. Primero lo sería del Congreso, pues la Enmienda Catorce le autorizaba

garantizar nuevos derechos para los esclavos liberados mediante la adopción de legislación federal, es decir derechos civiles de los ciudadanos, independientemente de su raza o condición previa de servidumbre (debe hacerse notar que la sección quinta de la enmienda le daba al Congreso la atribución de reglamentar el precepto). Después, como se ha discutido, lo fue de la Corte, que gradualmente fue dotando de nuevos sentidos a las nociones de ‘libertad’, ‘vida’ y ‘propiedad’ que figuran en la cláusula. En conjunto, el impulso generado por la adopción de la enmienda y su ulterior interpretación tuvieron el efecto de inclinar el balance original contenido en la Constitución hacia el extremo federal, dándole mayor peso al gobierno nacional y restándosele a los gobiernos estatales.

De las tres nociones, la más idónea para convertirse en el vehículo del activismo judicial fue la de ‘libertad’. Poco a poco los fallos de la Corte fueron dando forma a un enfoque del término en el que se acentuaba su carácter holgado, para hacer posible la incorporación de todos los derechos civiles, en menoscabo de un sentido más tradicional que subrayaba ante todo la condición del individuo libre de ataduras o sujeción (i.e., de encarcelamiento).¹⁰⁴ La adopción de este nuevo alcance para la idea de ‘libertad’, sin embargo, habría de ser impugnada por los originalistas tanto por el lado de la lógica, como por el de la historia. Por una parte, el concepto no podría incluir todo el elenco de derechos, a riesgo de aceptar para éste una definición *ad hoc* que, bien vista, podría aplicarse igualmente a los conceptos paralelos de ‘vida’ y ‘propiedad’. Por otra parte, como ha indicado Berger, “en los materiales anteriores a 1787 no existen bases para sostener que la proposición del *due process of law* incluye la autoridad judicial para comprobar si la legislación es razonable [*test legislation for reasonableness*].”¹⁰⁵ Si se atienden los límites estrictos de la cláusula del debido proceso, la transformación del concepto es improcedente.

Pero lo importante para los liberales no es que el argumento fuera lógico o históricamente correcto, sino que fuera atractivo. Para ellos, la explicación del juez

Cardozo en *Palko* bastaba para consolidar gradualmente la nueva facultad judicial, con base en dos premisas: primero, que la incorporación de las libertades del *Bill of Rights* se diera caso por caso, atendiendo a la jerarquía valorativa de los derechos; y segundo, que la jerarquía fuera definida por la Corte misma, de acuerdo con lo que los magistrados consideraran razonable. Esta fue la visión que sustentó al creciente activismo judicial, a partir de 1925, y que nutrió una concepción interpretativa del debido proceso cada vez más libre de ataduras historicistas.

La Corte reconocería de inmediato el potencial de las declaraciones de Cardozo, reservándose el derecho de intervenir en situaciones sociales “injustas”, mediante la aplicación de los criterios del *due process*. En un caso, que hemos señalado de paso antes y que por lo demás tuvo una módica importancia para el desarrollo constitucional, *Carolene Products v. United States*, el juez Harlan F. Stone aprovechó su opinión por la mayoría para introducir una advertencia al Congreso y a las legislaturas de los estados sobre el poder de revisión judicial en materia de derechos de las minorías. El caso había surgido de una controversia sobre la desregulación económica, pero Stone halló viable insertar una nota de pie (*obiter dictum*) en la que diferenciaba el escrutinio de la Corte en estas materias, escrutinio que habría de llevarse a cabo cuando la legislación cuestionada pusiera en peligro el disfrute de los derechos y libertades de ciertos sectores sociales. Esta nota, cuya importancia para el constitucionalismo liberal sí fue central, establecía:

Es innecesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que de ordinario pueden provocar la anulación de legislación indeseable, debe sujetarse a un escrutinio judicial más estricto, de acuerdo con las prohibiciones generales de la Enmienda Catorce, en comparación con el escrutinio que merece otro tipo de legislación. [...] Tampoco requerimos cuestionarnos si consideraciones similares son aplicables en la revisión de normas que afectan a ciertas minorías religiosas, nacionales o raciales; [...] o si el perjuicio causado a las minorías aisladas [*discrete and insular minorities*] puede leerse como una condición especial que tiende seriamente a invalidar el funcionamiento de aquellos procesos políticos que normalmente se ponen en

marcha para la protección de las minorías, y que podría justificar un examen judicial más riguroso.¹⁰⁶

Este largo contrafactual habría de tener éxito en la conformación de la nueva doctrina de protección a las libertades enarbolada por la Corte. Con el tiempo, la advertencia del magistrado Stone adquiriría el carácter de una regla, con lo que se justificaría como apropiada la función de la Corte de contribuir a que los procesos políticos, es decir la maquinaria democrática del gobierno, funcionen debidamente, protegiendo la fluidez de los canales de participación política de las minorías. De esta forma, la Corte obtenía el derecho de comprobar la *razonabilidad* de las leyes estatales, ajustándose a una interpretación liberal de la cláusula del debido proceso, basándose en la explicación del juez Cardozo y en la autorización del juez Stone para incursionar más explícitamente en el terreno de las condiciones sociales.

3.2 *El nuevo derecho a la privacidad*¹⁰⁷

Hacia los años cincuenta y sesenta del siglo XX, el *due process of law*, entendido de manera substantiva, se había asentado ya como una realidad constitucional y como una práctica de sólidos precedentes. Su utilización para invalidar leyes estatales consideradas “injustas” era frecuente. El caso *Griswold, et. al., v. Connecticut*, elevado a la consideración de la Corte en 1964, sería un eslabón más en esta cadena de decisiones en que la Corte Warren fue desplegando su preferencia por un activismo judicial a favor de ampliar las libertades y los derechos; pero más aún, sería un caso en que la Corte se lanzaría a interpretar de modo aún más generoso el *Bill of Rights*, dando forma a un derecho *nuevo*, no sólo aplicable al caso concreto debatido en ese entonces, sino también fecundo en las labores posteriores de la Corte. Este derecho, surgido de una clara demanda de debido proceso substantivo y cobijado por la teorización de los magistrados en *Griswold*, fue el de la *privacidad*, es

decir, un privilegio que de alguna forma brinda protección a un entorno privado que se considera propio del individuo y libre de la intromisión gubernamental.

Es importante aclarar que el término ‘privacía’ figura en el derecho de agravios de Estados Unidos (*tort law*), dentro del marco del derecho común, desde por lo menos 1939¹⁰⁸. En la década de los años sesenta, la privacía así entendida era ya aceptada por la mayoría de los estados de la Unión, sin que por ello se le hubiera erigido como derecho de naturaleza constitucional. Los vínculos entre el derecho común y el derecho constitucional, sin embargo, han estado presentes desde la época de *Gitlow*, como puede colegirse de la opinión del juez James McReynolds en *Perry v. Butler* de 1916, donde se sostiene que la Enmienda Catorce lleva la intención de “preservar y proteger derechos fundamentales por largo tiempo reconocidos en el sistema del derecho común”.¹⁰⁹ La pretensión, no obstante, de que la Suprema Corte pueda conocer de casos en que se discuten preceptos de derecho común, y fallar con apego a sus criterios, es controvertida.¹¹⁰

En materia constitucional, los casos precursores de la privacía, entendida como prerrogativa o facultad individual, datan también de los años en que *Gitlow* fue decidido. *Meyer v. Nebraska*, de 1923, y *Pierce v. Society of Sisters*, de 1925, establecieron el *derecho* del ciudadano de conducir sus asuntos personales o privados de acuerdo con los dictados de la propia conciencia, sin la interferencia del Estado, pues ello constituiría una usurpación de la libertad “sin el debido proceso de ley”. En el primer caso, se trataba de decidir si la legislación estatal podía legalmente prohibir la enseñanza de idiomas extranjeros a menores. El estado de Nebraska argumentaba que una ley en este sentido ayudaría a crear ciudadanos norteamericanos fieles a los ideales del país, no a los ideales foráneos. Meyer era un profesor acusado de violar esta ley por impartir clases de alemán a niños en escuelas primarias, por lo que su postura ante los tribunales había sido denunciar la inconstitucionalidad del precepto que lo privaba de su legítimo derecho a ejercer su profesión. En su decisión, el magistrado McReynolds aceptaba este argumento,

indicando que el concepto de ‘libertad’ incluido en la cláusula de debido proceso “denota no sólo libertad frente a la sujeción física, sino también el derecho del individuo para celebrar contratos, llevar a cabo las ocupaciones comunes de la vida, adquirir conocimientos útiles, contraer matrimonio, establecer un hogar y educar a los hijos, practicar una religión de acuerdo con los dictados de la propia conciencia y, en general, disfrutar los privilegios largamente reconocidos por el derecho común como esenciales en la búsqueda ordenada de la felicidad”.¹¹¹ Este listado iba dando forma a una esfera de privacidad sin contornos bien definidos, que podía utilizarse posteriormente, pues dejaba margen a la especulación judicial.

Pierce, a su vez, fue la ocasión para decidir la constitucionalidad del *Compulsory Education Act* que en 1925 había establecido la obligatoriedad de la educación pública en el estado de Oregon, lo que en la práctica significó la extinción de numerosas escuelas privadas, entre las que estaba la que dirigía la Society of Sisters. Si bien los términos de la Enmienda Catorce sólo son aplicables al individuo, no a la persona moral, la Corte halló el argumento que buscaba para invalidar la ley de Oregon por considerarla violatoria de la cláusula del debido proceso, señalando que, “de acuerdo con la doctrina presentada en *Meyer*, se vulneraba “la libertad de los padres y tutores para decidir sobre la crianza y educación de los hijos bajo su custodia.”¹¹² Esta violación era inaceptable para el tribunal, que anuló la ley con base en la autoridad para revisar la legislación estatal que le confería la Enmienda Catorce.

Históricamente, *Meyer* y *Pierce* no conducen estrictamente al fallo en *Griswold*; es decir, no pre-definen lo que la Corte entenderá luego por ‘privacidad’; su ambigüedad deja demasiado margen para ello. Identificar un derecho constitucional de privacidad requería de la Corte una verdadera innovación jurídica. La privacidad, entonces, se transforma en derecho no por una causalidad lógica entre *Griswold* y los casos decididos en los años veinte, sino por efecto de la presión ejercida sobre la Corte por la temática social de los años sesenta. Los jueces hallan sustento en

Meyer y Pierce, no como precedentes, sino como indicadores de una línea de argumentación judicial muy cercana a la defensa genérica de una *dignidad* de la persona, en el sentido que el magistrado Brennan da a este término. La novedad en *Griswold* tiene, por lo tanto, un carácter constitucional inaugural, donde la racionalidad de la decisión de la mayoría está emparentada, más no determinada, por los casos precursores.

La ley específica del estado de Connecticut, impugnada ante la Corte en este caso, tipificaba como delito el uso de anticonceptivos por parte de cualquier persona, sin distinción. El texto *legal* establecía que “la persona que use cualquier medicamento, artículo o instrumento con el propósito de evitar la concepción será penalizada con multa no inferior a cincuenta dólares o prisión de sesenta días a un año, o ambos,” complementado con una disposición accesorio en la que se declara que “quien asista, aconseje, provoque o instruya la comisión de un delito será procesado y castigado como si se tratase del autor material” (§§ 53-32 y 54-196, *General Statutes of Connecticut*, 1958 rev.). Se trataba, además, de una ley añeja que databa de 1879 y de difícil aplicación, a no ser que fuera por medio de la disposición accesorio o la más directa facultad policial del Estado para catear los dormitorios de los hogares. En el fondo, como sostuvo la defensa del apelado, el objetivo de la legislación no era intervenir en la relación marital, sino desincentivar las relaciones sexuales ilícitas o fuera del matrimonio, utilizando el temor a la concepción como impedimento.¹¹³ La efectividad del ordenamiento era más que dudosa; en su opinión en contra, el magistrado Potter Stewart incluso lo calificó de “necedad”.¹¹⁴ Pero el punto no era discutir las virtudes de la ley estatal, sino su procedencia o improcedencia constitucional, y ahí surgió la controversia.

Estelle Griswold, directora ejecutiva de la llamada Liga de Planeación Familiar de Connecticut, junto con el director médico, fueron consignados y sentenciados por la Corte de Circuito en New Haven, con base en lo establecido por el estatuto principal y por el accesorio, por “informar, instruir y aconsejar” a matrimonios sobre

el *uso* de medidas anticonceptivas. La división de apelaciones de la Corte de Circuito y la Suprema Corte del Estado de Connecticut sostuvieron el fallo; en última instancia, sin embargo, éste fue revertido por la Suprema Corte federal y la ley fue invalidada por inconstitucional.¹¹⁵ El fallo afectó, por implicación, a otros estatutos equivalentes que aparecían en las legislaciones de otros estados, en particular en Massachusetts.

Como puede apreciarse en la exposición oral llevada a cabo ante la Corte por los abogados de ambas partes,¹¹⁶ había espacio para formular la querrela con base en la cláusula de “igual protección de las leyes”, que también figura en la Enmienda Catorce,¹¹⁷ intentando mostrar que la ley de Connecticut era *discriminatoria* en su tratamiento de los “pacientes”, aplicándose por igual a personas casadas y no casadas, o de los médicos, ignorando las prerrogativas normalmente asociadas con su condición profesional. El apelante debió aclarar por qué, desde un principio, no se había estructurado una defensa en torno al principio de igual protección que, al menos para un sector de la Corte, constituía una vía más razonable. Su argumento, no obstante, optó por la cláusula del debido proceso aplicable a los estados, calificando como arbitrario y sin sustento al estatuto citado: los directores de la Liga –se decía– habían sido privados de su libertad (en este caso de su derecho a ejercer la profesión médica y sostener una relación profesional con sus pacientes) sin el debido procedimiento de ley, además de que complementariamente se alegaba la violación de la Primera Enmienda, al no permitirse la libre expresión de las opiniones especializadas de los médicos. El asunto que nos atañe aquí es sólo el de la vulneración del *due process*.

La opinión mayoritaria,¹¹⁸ redactada por el juez William Douglas, estableció que la Corte tenía plena jurisdicción sobre la controversia y que los apelantes estaban en su derecho de cuestionar la validez de la ley estatal, procediendo entonces a razonar la aplicabilidad de la cláusula de la enmienda invocada y concentrándose en los méritos de las exposiciones de ambas partes.

Pierce y Meyer fueron citados por Douglas como casos relevantes, pero su utilización fue más allá, al tratárseles como inspiración para la creación de un nuevo valor jurídico. Ni la Constitución ni el *Bill of Rights*, según el magistrado, hacían mención alguna de un derecho de educación o un derecho a estudiar algún idioma, y no obstante la Corte había interpretado la Enmienda Catorce y la Primera Enmienda de modo que tales derechos queden incluidos en sus órbitas, como *derechos periféricos* necesarios para asegurar el cumplimiento de las libertades expresas. Ambos conceden, de esta forma, una “esfera de privacidad” al individuo en cuanto a ciertas decisiones de conciencia, que la Corte está obligada a proteger. Más aún – continuó Douglas– el tribunal ya ha tenido ocasión de respaldar la privacidad de asociaciones políticas, negándose a aceptar la presión del Estado en cuanto a revelar la identidad de los miembros, lo que consolida la libertad de asamblea mencionada en la Primera Enmienda.¹¹⁹ Todo ello, según Douglas, demuestra que ciertos derechos del ciudadano, a pesar de no estar expresamente contenidos en la Constitución o sus enmiendas, son tan reales como los derechos expresas, y deben contar con la debida protección judicial. En otras palabras, los preceptos constitucionales están en posesión de una especie de “penumbra” o claroscuro que los circunda, tanto semántica como valorativamente, lo que pone de relieve derechos y libertades conexos o ancilares, los cuales dan vida plena a las cláusulas que sí están claramente asentadas. Douglas, de inmediato, señala que la penumbra de varias de las garantías del *Bill* genera una zona de privacidad que es deber del tribunal mantener libre de la intromisión gubernamental. En sus palabras:

Las “[g]arantías específicas del *Bill of Rights* poseen penumbras, formadas por emanaciones de dichas garantías, que contribuyen a darles vida y substancia”.¹²⁰

Esta descripción, casi metafísica, apunta a la identificación de “zonas de privacidad” que surgen, individualmente o en conjunto, de diversos derechos expresas: el derecho de asamblea de la Primera Enmienda; el precepto de que “[e]n tiempos de

paz ningún soldado será alojado en casa alguna,” contenido en la Tercera Enmienda; el derecho del “pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables,” incluido en la Cuarta; la garantía de todo ciudadano a “no ser compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo,” incluido en la Quinta; y, finalmente, la afirmación general de la Novena Enmienda de que “[l]a inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo”.

Esta zona o derecho de privacidad (en el fallo los dos términos se usan indistintamente) se considera “no menos importante que cualquier otro derecho que particular y cuidadosamente haya sido reservado al pueblo,”¹²¹ y como tal se le hace enmarcar la relación marital debatida en *Griswold*. La prohibición del uso de anticonceptivos, más que cualquier otro asunto colateral, como la regulación de su fabricación o venta –sostiene Douglas–, tiene un impacto destructivo sobre el matrimonio y la intimidad en que éste se sustenta. ¿Habremos de invadir la intimidad marital –se pregunta– para buscar rastros del uso de anticonceptivos, violando la privacidad matrimonial? El derecho a la privacidad –concluye, entre elogios a la institución matrimonial– es “más antiguo que el *Bill of Rights*, más antiguo que los partidos políticos y más antiguo que el sistema escolar,”¹²² por lo que la ley que lo infringe es inconstitucional y debe invalidarse.

La sucinta intervención del juez Douglas creaba, sin embargo, un principio constitucional de enormes proporciones, con base en una interpretación amplia de la noción de ‘libertad’ contenida en el texto de la Enmienda Catorce. A este respecto, debe señalarse que el mismo estatuto de Connecticut ya había sido cuestionado en un caso anterior, que la Corte había rechazado por razones de procedimiento, pero que dio oportunidad a los jueces liberales de exponer sus puntos de vista. Se trató de *Poe v. Ullman*, de 1961, donde una mayoría de los magistrados decidió devolver el asunto a la corte de origen. El juez Harlan, disintiendo, analizó el concepto de

libertad de un modo plenamente compatible con la opinión de Douglas, diciendo que:

“El alcance de la libertad garantizada por la cláusula del debido proceso no puede estar limitado o circunscrito a los términos precisos de las garantías específicas contenidas en la Constitución. Esta ‘libertad’ no es sólo una serie de preceptos aislados, referentes a la propiedad; la libertad de expresión, prensa y religión; el derecho de poseer y portar armas; la garantía contra registros y allanamientos irrazonables; etc. Se trata, en cambio, de un *continuum* racional que, hablando en general, incluye la condición de ser libre de coacciones arbitrarias e irracionales, lo que a su vez demanda que ciertos intereses [supuestamente violados por la legislación estatal] sean objeto de un escrutinio cuidadoso de las prioridades señaladas por el estado como justificación de su acción”.¹²³

El derecho a la privacidad, avalado por esta lectura de la cláusula, quedaría instalado en el marco valorativo constitucional como un principio de aplicación *erga omnes*, no sólo como un privilegio del que algunos ciudadanos quisieran gozar. Los argumentos de Douglas y Harlan tendrían, por ello, la consecuencia –muy apreciada por los liberales– de elevar a rango constitucional una libertad social básica y aún una característica de lo que podríamos llamar la personalidad *moral* del individuo.

En respuesta, los magistrados Black y Stewart emitieron sendas opiniones disidentes, atacando los supuestos de la decisión mayoritaria y su resultado. Para ambos, la constitucionalidad de la ley de Connecticut se derivaba tanto de la ausencia en la Constitución de un pretendido derecho a la privacidad, como del reconocimiento de la autoridad que tienen los representantes populares de ese estado, reunidos en la legislatura, para aprobar, conforme a derecho, las leyes que estimen adecuadas.

Black coincidió con Stewart en que la ley impugnada no era particularmente defendible como expresión de una política pública, e incluso la reprobaba personalmente, pero ésta no era una razón suficiente para invalidarla desde la Corte. Desde *Marbury v. Madison* –dijo–, la facultad legítimamente reconocida al tribunal

ha sido la de revisar las leyes *a la luz* de los preceptos constitucionales específicos, no con base en las preferencias personales de los jueces, lo que impide que la legislación sea anulada porque se le juzgue arbitraria, irracional o extravagante, o simplemente porque “no cumple un propósito justificado o es ofensiva para las nociones particulares de lo que se considera una conducta civilizada.” Según Black, al interpretar la Constitución la Corte había cometido el importante error de identificar un precepto de ‘privacía’ donde no había ninguno, transgrediendo la voluntad popular que había puesto la ley de Connecticut en los códigos, no porque se transgrediera una garantía amparada constitucionalmente, sino porque la Corte simplemente consideró inaceptable y escandalosa la substancia del estatuto.¹²⁴

La lectura amplia de la Constitución, en especial de las enmiendas señaladas por Douglas como *fuentes* del nuevo derecho a la privacía, descansaba sobre una interpretación peculiar de los términos constitucionales que violentaba su sentido primigenio. Para el juez Black, según se desprende de su opinión, una manera efectiva tanto de diluir como de acrecentar el sentido de una cláusula, y por ende de la garantía que ésta expresa, consiste en sustituir la palabra o palabras clave contenidas en el texto, por otras más o menos flexibles y con un significado más o menos restrictivo. Así, el concepto general de ‘privacía’ había sustituido, por ejemplo, al concepto más preciso de la garantía contra “registros y allanamientos irrazonables” de la Cuarta Enmienda, asumiendo que ambos son sinónimos, o que sus significados de alguna forma se traslapan para dar origen a una nueva concepción jurídica, como simbiosis de parte de la esfera significativa de la noción de ‘privacía’ con parte de la esfera significativa de la noción de garantía contra los registros irrazonables. La posibilidad de sustituir una palabra del texto constitucional por otra, asumiendo que el sentido original se mantiene por efecto de la sinonimia o de la generosidad en la interpretación, tenía, para Black, la consecuencia nociva de justificar la adopción de una multitud de conceptos que supuestamente se derivan del sentido de una cláusula, cuando se quiere utilizar dicha

cláusula de manera conveniente para los propósitos de la Corte o se busca forzar su significado en una dirección particular. Por estas razones, en el caso concreto presentado en *Griswold*, Black debía concluir que:

“Hablar de un derecho constitucional a la privacidad, como emanación de uno o más preceptos constitucionales, no nos lleva a ninguna parte. Yo valoro mi privacidad, tanto como la del otro, mas sin embargo me veo obligado a admitir que el gobierno tiene el derecho de invadirla, a menos que lo prohíba un precepto constitucional específico.”¹²⁵

Por lo tanto, al no existir el derecho que la Corte invoca, el recurso a la cláusula de debido proceso para armar un argumento de violación a la libertad que la cláusula misma está diseñada para proteger, aparece como justificación improcedente de un tribunal empeñado en invalidar una ley estatal que los jueces consideran “irracional, irrazonable y ofensiva”. Ni el debido proceso, ni las garantías expresas de la Constitución, avalarían la acción por inconstitucionalidad promovida por el apelante. La decisión en *Griswold*, tanto como los fallos de la mayoría de los magistrados en *Meyer* y *Pierce*, serían resultado de una visión moralista o iusnaturalista del *due process*, desacreditada, sostiene Black, desde *Lochner*. Es inútil apelar a los “principios fundamentales de libertad y justicia” o a las “tradiciones y la conciencia colectiva del pueblo” para justificar la anulación de una ley estatal que no transgrede ninguna garantía constitucional; estas frases, si bien elocuentes, expresan demasiado poco cuando se utilizan como respaldo del *judicial review*, definido por Marshall como interpretación de una Constitución *escrita* y limitada. Apartarse de la intención original de los fundadores, que circunscribió la privacidad a las garantías expresas contenidas en el texto, creando un nuevo derecho, sin límites precisos, con base en el incierto procedimiento usado por Douglas, concede al tribunal un poder extraconstitucional cuyo alcance y dimensiones es difícil medir.¹²⁶ Con ironía, el juez Stewart señaló que esta indefinición no pareció importar demasiado a la mayoría de magistrados que invalidó la decisión de la

legislatura de Connecticut; y añadió: “[s]upongo, sin embargo, que después de lo sucedido hoy, un estado pueda todavía castigar al menos algunos delitos que no se cometen en público.”¹²⁷

Decretar la constitucionalidad de la ley contra el uso de anticonceptivos no es, según declaró la minoría en *Griswold*, responsabilidad de la Suprema Corte. Decidir si la ley es deseable, razonable o prudente, o si cumple un propósito justificado como parte de una política pública del Estado, corresponde al poder legislativo de Connecticut.¹²⁸ Esa es la mayoría democrática que debe decidir la legitimidad del ordenamiento, no la Corte.

3.2.1 *La controversia sobre la Novena Enmienda*

Como complemento a la opinión del juez Douglas en *Griswold*, el juez Goldberg reforzó la decisión mayoritaria recurriendo a un argumento que resultó, para muchos observadores, falaz, y que provocó su descalificación por parte de Hugo Black, así como una reacción airada de la comunidad académica –muy en especial de los originalistas.

Mostrando su acuerdo con Douglas, Goldberg anotó su convicción de que la Enmienda Catorce “incorpora” plenamente algunos de los derechos consagrados por las ocho primeras enmiendas, encontrándose entre ellos el derecho a la privacidad, no como una libertad expresa, sino como fruto de las emanaciones de las garantías asentadas en la letra constitucional, como se ha explicado. Para Goldberg, la ‘libertad’ incluida en la cláusula del *due process* acoge con naturalidad el derecho a la privacidad marital, por hallarse éste “profundamente enraizado en las tradiciones y la conciencia del pueblo norteamericano, y ser por ello justamente considerado como fundamental”. Esta declaración reiteraba la posición anunciada por el juez Cardozo en *Gitlow*, a la vez que se servía de los razonamientos de la Corte en *Meyer* y *Pierce*.

No obstante, la contribución notable de Goldberg fue acompañar su defensa del nuevo derecho con un argumento histórico que pretendía mostrar la validez de la zona de privacidad principalmente mediante el recurso a la cláusula *abierta* contenida en la Novena Enmienda, que establece que “[l]a inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo”. La privacidad, según el magistrado, sería un derecho que “se ha reservado el pueblo,” aunque éste no se halle expresamente incluido en la Constitución. La Corte –añadía– “nunca ha sostenido que el *Bill of Rights* o la Enmienda Catorce protejan solamente aquellos derechos que la Constitución específicamente menciona por su nombre.”¹²⁹

La cuestión importante aquí es qué se entiende por ‘pueblo’, i.e., quién es el depositario de los derechos no mencionados en la Constitución, y cuál fue el propósito que tuvieron los fundadores para sancionar la Novena Enmienda. Goldberg sostuvo que ‘pueblo’ alude a la totalidad de ciudadanos *vis-à-vis* el gobierno federal, por lo que a su juicio sería correcto afirmar que en este preciso punto la Constitución deja en la ambigüedad la definición, y aún la identificación, de tales derechos, pues lo único que se sabe de ellos es que *no* son los derechos expresos del texto. La Novena Enmienda –afirmó– fue redactada para apaciguar los temores de que una enumeración expresa de derechos considerados esenciales “no sería lo suficientemente amplia para cubrir todos los derechos, y que la mención específica de ciertos derechos podría interpretarse como la negativa a proteger otros no señalados”, que necesitan, sin embargo, protección.¹³⁰ Animado por esta vena iusnaturalista, que encontraba en el texto de la enmienda suelo fértil para el nacimiento de estos *nuevos* derechos, Goldberg buscó sustento en Madison y aún, por oposición, en Hamilton, elaborando en su opinión una historia sucinta del precepto constitucional. En primer término, según el magistrado, al presentar la propuesta de enmienda, discutiendo la necesidad de incluir el *Bill of Rights* en la Constitución, Madison habría sostenido:

“Se ha objetado que la carta de derechos, al enumerar excepciones particulares del poder, denegaría todos aquellos derechos que no han sido enumerados; y también, por implicación, que aquellos derechos que no fueron expresados, se entendería que quedan en manos del Gobierno General, y por lo tanto estaban en entredicho. Este es uno de los argumentos más plausibles a favor de incluir una carta de derechos en este sistema... [a lo cual da respuesta] la última cláusula de la cuarta resolución [la Novena Enmienda].”¹³¹

Esto avalaba, según Goldberg, el acento en los derechos no enumerados, abordándolos como si se tratase de un lienzo al que es necesario dotar de una imagen. Además de ello, se contaría con el razonamiento de Hamilton en El Federalista No. 84, que Goldberg cita, donde aquél se opone a la adopción de una carta de derechos, sosteniendo que el gobierno que se propone es un gobierno de facultades delegadas u otorgadas (“*delegated powers*”), entre las que no figura la facultad de interferir con los derechos fundamentales que los promotores de la carta deseaban ver estampados en la Constitución:

“[La carta de derechos propuesta] –afirmó Hamilton– contendría varias excepciones a facultades que no han sido otorgadas [al gobierno]. ¿Por qué declarar que ciertas cosas no pueden hacerse, cuando no existe la facultad para hacerlas? ¿Por qué, por ejemplo, se diría que la libertad de prensa no debe ser restringida, cuando no se ha otorgado ninguna facultad [al gobierno] para restringirla?”.¹³²

Todo ello, según el magistrado, dejaba en claro que los fundadores no pretendieron que las ocho primeras enmiendas pudieran interpretarse como una lista exhaustiva de las libertades básicas y fundamentales que la Constitución otorga a los ciudadanos, en su posición de gobernados frente al poder federal, por lo que existirían otros derechos, hasta entonces no definidos, cuya identificación sería una tarea legítima de la Corte. Nada difícil era, entonces, concluir que el “derecho a la privacidad” concebido por la Corte en *Griswold* podía muy bien ser una prerrogativa del pueblo avalada y protegida por la Novena Enmienda:

“Sostener que un derecho tan básico y fundamental, tan enraizado en nuestra sociedad, como el derecho a la privacidad en el matrimonio, puede transgredirse porque éste no figura expresamente en las ocho primeras enmiendas a la Constitución, significa ignorar la Novena Enmienda y darle a ésta nula importancia.”¹³³

Resultaba por lo menos extraño que la Corte haya esperado hasta 1965 para utilizar la Novena Enmienda y dar vida a un nuevo derecho con base en ella. ¿Por qué la Corte nunca reconoció con anterioridad las amplias posibilidades de interpretación que le ofrecía la cláusula ahí contenida?¹³⁴ La razón, según Black, es que la enmienda *no* puede utilizarse así, pues su significado es totalmente distinto del que Goldberg le atribuye. La enmienda no confiere a la Corte autoridad alguna para invalidar la legislación estatal que viole supuestos “principios fundamentales de libertad y justicia;” nada en la historia de la redacción o ratificación de la enmienda permite arribar a esta “aberrante” conclusión.¹³⁵ El ‘pueblo’ señalado en el texto – sostiene– es la ciudadanía de cada estado, considerada en su relación con el gobierno estatal y la constitución estatal, por lo que los derechos que no se enumeran y que el pueblo retiene son aquellos que figuran en las constituciones de los estados, que habían sido los instrumentos jurídicos naturales para la definición de los derechos del ciudadano antes de la Independencia y hasta la ratificación de las enmiendas de la Guerra Civil.¹³⁶ Además, usando las mismas fuentes de Goldberg, Black encuentra que la cláusula de la Novena Enmienda no es un enunciado abierto, que permita adosar a la Constitución otros derechos distintos de los expresamente enumerados, sino uno bastante cerrado que se opone a la idea de que los derechos no mencionados por su nombre caerían, por ese solo hecho, en las manos del gobierno federal. La enmienda, para Black, no establece nada más. Descalificando al juez Goldberg, escribió:

“Como lo sabe cualquier estudiante de historia, [la enmienda fue ratificada] para

asegurar al pueblo que la Constitución, con todos sus preceptos, tiene el objetivo de circunscribir al gobierno federal a la autoridad que expresamente, o por deducción necesaria, se le confirió. [...] Durante más de siglo y medio no ha habido nunca una pretensión seria de interpretar la Novena Enmienda (diseñada para proteger a los poderes estatales de la invasión federal) como un arma a disposición del poder federal para evitar que las legislaturas estatales aprueben las leyes que consideran apropiadas para el gobierno de asuntos locales. El ejercicio de una autoridad judicial tal, amplia e ilimitada, haría de la Suprema Corte una cotidiana convención constitucional.”¹³⁷

Por su parte, la reacción del originalismo académico fue también áspera. Gary McDowell escribió que sería difícil encontrar una opinión judicial más intelectualmente deshonesto que la emitida por el juez Goldberg, a menos que se pensara en las decisiones del juez Taney en *Dred Scott* y del juez Peckham en *Lochner*.¹³⁸ Alfred H. Kelly, en un artículo publicado al año siguiente de la decisión de la Corte en *Griswold*, criticó la “resucitación” de la Novena Enmienda por parte de Goldberg, así como su cuestionable uso de la historia.¹³⁹ Según Kelly, el razonamiento de Goldberg era una “perversión de la relación entre utilidad y verdad, en la que se asume que la historia puede ser reescrita para servir los intereses del idealismo libertario.” Russell Caplan, analizando históricamente el concepto de ‘pueblo’ antes aludido, concluyó que la cláusula había sido diseñada no para acotar, sino para proteger las leyes de los estados.¹⁴⁰ Raoul Berger, a su vez, sostuvo que era incongruente leer la Novena Enmienda como una expansión de los poderes federales, mientras la Décima establece exactamente lo contrario, es decir, que los estados o el ‘pueblo’ se reservan los poderes o facultades no delegados.¹⁴¹ Del hecho de que el gobierno federal no puede *denegar* a los ciudadanos derechos no enumerados –añadió Berger– no se sigue que pueda ejecutar (“*enforce*”) estos derechos en contra de los estados.¹⁴² El mismo juez Stewart, en su opinión en contra, había reprochado a Goldberg el dar “saltos mortales con la historia,”¹⁴³ al proponer lo que McDowell llamó una representación de la Novena Enmienda como una puerta falsa hacia un mundo metafísico de derechos indefinidos

constitucionalmente –aunque también se les pretenda constitucionalmente protegidos– que tan sólo aguardan ser descubiertos e invocados por la Corte.

El argumento originalista descansaba específicamente en el propósito general de la carta de derechos como primera modificación constitucional, el cual había sido descrito ampliamente por los defensores de las soberanías estatales frente al gobierno federal fuerte que se describía en *El Federalista*. El *Bill of Rights* había sido introducido en el texto como garantía de que el gobierno central en ningún momento transgrediría las declaraciones de derechos del ciudadano contenidas en las constituciones estatales, lo cual, siguiendo a Hamilton, no era del todo necesario, por la redacción misma de la Constitución federal como una carta de poderes delegados o enumerados. En uno o en otro caso, ya sea aceptando la exigencia de incluir el *Bill* o cediendo al razonamiento de Hamilton de que lo que no ha sido delegado no ha sido autorizado, los preceptos generales de la Novena Enmienda sólo pueden entenderse como un reconocimiento *federalista* (en el sentido histórico *anti-federalista* del término) a las potestades de los estados de la Unión. La enmienda no habla a la ciudadanía norteamericana *per se*, enfrentada al gobierno federal y poseedora de derechos indeterminados; como señaló Caplan, su función específica fue siempre rescatar los derechos garantizados por las leyes de los estados, no sólo los que se hubieran establecido mediante el derecho común en el momento de la ratificación de la Constitución federal, sino también aquellos que se establecieran subsecuentemente por las legislaturas estatales. Más en particular, pretender que el derecho a la privacidad anunciado en *Griswold* pudiera defenderse invocando la enmienda distorsiona la “naturaleza substantiva de cualesquiera libertades que ésta deja sin enumerar,”¹⁴⁴ ya que en ningún momento este derecho habría sido parte de la tradición jurídica heredada de Inglaterra y así consagrado en un *bill of rights* estatal o federal. Como concluye McDowell:

“El hecho es que la teoría del juez Goldberg sobre la Novena Enmienda surgió

sólo de su propia imaginación; éste es uno de los ejemplos más claros de cómo el anhelo ideológico puede engendrar una abstracción judicial.”¹⁴⁵

3.3 La demanda de protección frente a la negligencia

En sentido contrario al fallo en *Griswold*, la decisión de la Corte en *DeShaney, a minor, by his guardian ad litem, et. al. v. Winnebago County Department of Social Services, et. al.*, emitida en 1989, mostró el apego de una mayoría de magistrados a la doctrina originalista. Para entonces, la conformación del tribunal había cambiado en forma substancial, lo que diluyó bastante su orientación liberal. En 1971 los jueces Black y Harlan anunciaron su retiro, siendo sustituidos por William Rehnquist (quien redactó la opinión de la mayoría en *DeShaney*) y Lewis Powell, ambos nombrados por el presidente Nixon. En 1981, Ronald Reagan, cumpliendo una promesa de campaña, nominó a la Corte a la primera magistrada de la historia, la jurista de Arizona Sandra Day O'Connor, para ocupar el lugar que había dejado vacante el juez Stewart. En 1986, el magistrado presidente Warren E. Burger, quien había presidido una Corte aún muy influida por el activismo del juez Earl Warren, dejó el cargo, lo que dio la oportunidad al presidente Reagan de ocupar el espacio con un candidato afín a su visión conservadora. Rehnquist, identificado con esta visión y conocido defensor del recurso a la intención original de los fundadores, fue promovido a la presidencia del tribunal, y en su lugar como juez asociado el Senado aprobó el nombramiento del carismático juez Antonin Scalia. Powell, por su parte, dejó la Corte en 1988, un año antes de la consideración del caso *DeShaney*, cuyo sitio ocupó entonces el juez Anthony Kennedy, también nombrado por Reagan. Los jueces de orientación liberal que aún quedaban eran el veterano William Brennan, magistrado desde 1956 y figura importante en la Corte Warren; Thurgood Marshall, nombrado por el presidente Lyndon Johnson; y Harry Blackmun, nombrado por Nixon. Por último, en una posición que podría calificarse como menos extrema,

más al centro del espectro, estaban los jueces Byron White, nombrado por el presidente John Kennedy, y John Paul Stevens, nombrado por Gerald Ford.

DeShaney, como *Griswold*, fue un caso de debido proceso substantivo, pero a diferencia del fallo del juez Douglas, que en su análisis sostuvo estar frente a “una amplia gama de cuestiones que implicaban la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce,”¹⁴⁶ el fallo de Rehnquist evitó deliberadamente poner en marcha la protección de libertades que ampara la cláusula: “la parte demandada, afirmó, sustenta su acción en la privación de libertad en violación del debido proceso; la Corte considera que no hubo tal violación.”¹⁴⁷ Su decisión desechó por completo un razonamiento basado en *due process*, apegándose a una lectura estricta, restringida y acotada del texto de la enmienda, a pesar de los matices emotivos e indignantes del caso.

3.3.1 El caso

Joshua DeShaney nació en 1979; un año más tarde, sus padres, Melody y Randy DeShaney, obtuvieron el divorcio de una corte de Wyoming y cambiaron de residencia. Por un tiempo, la madre tuvo a Joshua bajo su cuidado en Phoenix, Arizona, pero por razones de trabajo cedió su custodia al padre, y Randy y Joshua se establecieron en la pequeña ciudad de Neenah, Winnebago County, Wisconsin. Randy DeShaney contrajo nuevamente matrimonio, el cual también terminó abruptamente en divorcio en 1982. Fue en este año que surgió por vez primera la sospecha de que el pequeño Joshua era víctima de violencia y abuso por parte de su padre. Chris, la segunda esposa de Randy, declaró en el juicio de divorcio que Randy “golpeaba al niño, causándole marcas, y que se trataba de un caso claro de abuso infantil”. Se notificó entonces al Departamento de Servicios Sociales (DSS) del condado, que por ley estatal debe conocer de este tipo de casos; el DSS entrevistó al padre, quien negó los cargos y, a falta de mayores pruebas, la

investigación no prosiguió.

Un año más tarde, en enero de 1983, Joshua ingresó de emergencia al Theda Clark Medical Center en Winnebago, llevado por Maria DeShaney, ex esposa del hermano de Randy, quien por ese entonces sostenía una relación con el propio Randy DeShaney. El menor presentaba múltiples contusiones y escoriaciones, por lo que los médicos que lo examinaron contactaron de inmediato al DSS por sospechar abuso infantil. Trabajadores sociales del DSS obtuvieron entonces una orden de la corte para menores de Wisconsin, mediante la cual Joshua fue puesto bajo custodia temporal del hospital. Como lo establece la ley, se formó un equipo integrado por varios funcionarios del DSS, del hospital y del departamento de policía de Neenah, para evaluar el caso y decidir si la evidencia era suficiente para iniciar acción legal por el cargo de abuso de menores. Tras la evaluación, el equipo decidió que no había elementos suficientes para iniciar la acción, pero recomendó la suscripción de un acuerdo con el padre buscando que éste recibiera ayuda profesional, que su compañera Maria se mudara del domicilio y que Joshua se enrolara en un programa infantil voluntario operado por el DSS, todo lo cual permitiría observar de cerca al menor y determinar el curso a seguir. Randy DeShaney aceptó y Joshua le fue devuelto.

El DSS asignó el caso a la trabajadora social Ann Kemmeter, responsabilizándola de dar seguimiento a la condición de Joshua y verificar el cumplimiento de los términos del acuerdo con Randy. Un mes más tarde, Kemmeter fue notificada de que Joshua había sido admitido nuevamente en el departamento de urgencias del hospital, para el tratamiento de lesiones. Tras inspeccionar al menor y conducir una investigación informal, la trabajadora social concluyó nuevamente que no había evidencia suficiente para determinar el abuso. En sucesivas visitas domiciliarias, Kemmeter pudo constatar, no obstante, que ninguno de los compromisos había sido cumplido y que Joshua mostraba regularmente lesiones sospechosas. En dos ocasiones más entre julio y noviembre de 1983 Joshua fue llevado a Theda Clark y

atendido por diversos golpes, cortadas y escoriaciones; aún así, Kemmeter decidió no actuar.

Durante los primeros meses de 1984, en sus visitas a la casa de los DeShaney, Kemmeter no consiguió ver a Joshua, supuestamente porque se encontraba enfermo, según le informó el padre. En marzo de 1984, en una visita más a la casa de los DeShaney, Randy explicó que Joshua se había desmayado en el baño y que estaba descansando. Nuevamente, Kemmeter no actuó.

El desenlace fue trágico. Un día después de la última visita de Kemmeter, Joshua ingresó de emergencia al Mercy Medical Center, esta vez en coma, con numerosas lesiones en la cabeza y en el cuerpo. En un intento por salvarle la vida, se le llevó de inmediato al quirófano. La cirugía mostró un grave daño cerebral, producto de hematoma subcraneal agudo causado por repetidos traumatismos. La condición del menor era deplorable y los médicos dudaron su restablecimiento.

Joshua DeShaney no murió, pero el daño causado por los golpes del padre le impidió permanentemente valerse por sí mismo, por lo que debió internarse en una institución para débiles mentales. De inmediato el DSS actuó para iniciar el proceso en contra de Randy DeShaney, a quién luego de un breve juicio se le encontró culpable de varios delitos, de acuerdo con las leyes del estado, y se le sentenció a cuatro años de prisión, dos por abuso de menores y dos por imprudencia.

Por su parte, Melody DeShaney, quien no fue informada del estado de su hijo sino hasta el día en que éste ingresó en coma al hospital, decidió iniciar acción penal en contra del Departamento de Servicios Sociales de Winnebago en la Corte de Distrito de Estados Unidos por el Distrito Este de Wisconsin, demandando compensación por daños y perjuicios, con base en el Título 42 del *United States Code*, en especial la sección 1983,¹⁴⁸ y el Título 28, sección 1343 (ambos parte de la legislación federal), sustentando la acción en la cláusula de debido proceso de la Enmienda Catorce de la Constitución.

Los abogados de Melody y Joshua DeShaney sostuvieron que la conducta del

DSS y, por lo tanto, del estado de Wisconsin, habían sido violatorias de la ley federal y constitucional, así como de la ley de Wisconsin. Joshua había sido privado de su libertad y sus derechos por individuos que actuaban en cumplimiento de un deber público, es decir –como lo marca el estatuto citado por los abogados– “*under color of state statute*”. El 20 de junio de 1986 la corte de distrito emitió sentencia sumaria¹⁴⁹ estableciendo que la relación entre Joshua y el estado no generaba un derecho constitucional a ser protegido de la violencia del padre, pues había sido éste y no los oficiales del estado, quien había causado el daño, y ninguna ley federal había sido violada. De acuerdo con la corte, aunque los funcionarios del DSS, actuando en representación del estado de Wisconsin, habían establecido *cierta* relación con Joshua, de ello no se desprendía que lo sucedido al menor fuera imputable al estado.

La decisión fue apelada por DeShaney un mes después ante la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, la cual reafirmó la decisión anterior en febrero de 1987. Este tribunal halló convincente el fallo de la corte de distrito y razonó que “aunque inexplicablemente las autoridades no habían actuado para proteger a Joshua, a pesar de la enorme evidencia acumulada del peligro que representaba el padre, el menor no contaba con un derecho constitucional que hubiera sido violado por esta conducta.”¹⁵⁰ En otras palabras, la Corte de Apelación reiteraba que el menor no tenía derecho a esperar protección del estado en contra de la violencia de su padre.

En apelación de última instancia, la Suprema Corte otorgó el *certiorari*¹⁵¹ al caso en el verano de 1988 y programó la exposición oral para el 2 de noviembre de ese año. El abogado Donald J. Sullivan argumentó por los apelantes, en tanto que Mark J. Mingo sostuvo la causa del estado; además, la Corte escuchó la postura del gobierno federal, por medio de la comparecencia del *deputy solicitor general*¹⁵² Donald Ayer, quien argumentó a favor de sostener los fallos de las cortes inferiores.

Es interesante notar que para Sullivan, un abogado de Cheyenne, Wyoming, éste

era su primer caso ante la Suprema Corte, mientras que para Mingo la visita al máximo tribunal no representaba mayor novedad, siendo un abogado con experiencia, habituado a los modos de Washington. Mingo, por otra parte, había ganado ya la batalla en la corte de apelaciones, y estaba dispuesto a ganar de nuevo. Como puede apreciarse en la exposición oral, los argumentos de Sullivan buscaban siempre la elocuencia, tratando de construir una posición fuerte de *due process*, para lo que incluso contó con la ayuda del juez Brennan cuando éste realizó sus cuestionamientos. Mingo, en cambio, se concentraría en verter con fidelidad la defensa del estado, negando cualquier relación especial que pudiera haberse formado entre el DSS y Joshua, buscando anular cualquier prerrogativa substancial de debido proceso.¹⁵³

El 22 de febrero de 1989 la Corte emitió el fallo en *DeShaney*. Con la opinión mayoritaria concurrieron Scalia, Stevens, O'Connor, Kennedy y White. En contra, se expresaron los jueces Marshall, Brennan y Blackmun.

3.3.2 *El debate*

A. Rehnquist expuso la intención de los apelantes, que era inculpar al estado por haber privado a Joshua de su libertad, permitiendo una intrusión injustificada en su seguridad personal, sin proveerle de protección adecuada frente a la violencia del padre,¹⁵⁴ y directamente señaló que la demanda invocaba el componente sustantivo de la cláusula del debido proceso, más que su componente procedimental, aquél que como hemos visto se asocia con los procedimientos de ley y orden en una acción judicial. En otras palabras, el juez dejaba en claro que la substantivación de la cláusula normaba la actuación de la Corte con apego al *stare decisis*, específicamente tomando en cuenta la evolución constitucional iniciada con *Gitlow*. El estado, de acuerdo con el reclamo de los apelantes, estaba obligado “categóricamente” a proteger al menor en las circunstancias del caso, o bien a

reparar el daño por haber incurrido en negligencia imprudencial.

No obstante, Rehnquist fue directo en su rechazo de la petición: “nada en el texto de la cláusula del debido proceso compromete al estado a proteger la vida, la libertad y la propiedad de sus ciudadanos en contra de la intrusión de actores privados [*private actors*, por oposición a *state actors*].” La cláusula está dirigida al estado y se orienta a normar su conducta, pero no puede deducirse de ella una obligación afirmativa del estado de salvaguardar los valores que se mencionan frente al daño que pudiera provenir de otras fuentes, “[n]i la historia apoya tal lectura expansiva del texto constitucional”. El propósito del *due process* en este caso específico, continuó el magistrado, es proteger a los ciudadanos frente al estado, no protegerlos de los daños que pudieran causarse entre sí; los fundadores habían determinado que fueran los “procesos democráticos políticos,” es decir los procesos legislativos, los que definieran esta dimensión de la obligación gubernamental. La Corte no puede, por tanto, erigirse en *creadora de un derecho afirmativo* a la ayuda gubernamental, aún si esta ayuda es necesaria para garantizar la vida, la libertad y la propiedad que se señalan en la cláusula. Citando *Harris v. McRae*¹⁵⁵, Rehnquist afirmó que aunque la libertad protegida por el debido proceso concede protección frente a la interferencia gubernamental injustificada, no confiere el derecho a la ayuda del gobierno para materializar dicha libertad. Más aún, “si la cláusula no obliga al estado a proveer a sus ciudadanos un servicio de protección específico, entonces el estado no puede ser responsable, bajo esta cláusula, por las lesiones que pudieran haberse evitado con la provisión de este servicio.”¹⁵⁶ Por todo ello, la falta de protección por parte del DSS en contra de la violencia privada no constituye una violación del *due process*.

Sin embargo, quedaba aún por analizar la pretensión del apelante de que entre Joshua y el DSS se había establecido una “relación especial”, surgida de las sospechas por abuso que se registraron desde 1982 y refrendada por la conformación de un equipo de trabajadores sociales encargados de monitorear el estado del menor,

así como por las repetidas visitas de Ann Kemmeter al domicilio de los DeShaney. Esta relación especial existía, sostenía el apelante, porque el estado conocía el peligro que Joshua enfrentaba, y el DSS había expresado puntualmente su intención de protegerle, como establece la ley de Wisconsin en materia de abuso de menores, dejándole a la postre desamparado¹⁵⁷. El estado adquiriría, por tanto, la obligación y el deber de cumplir dicha intención en forma efectiva, pues de lo contrario se configuraría un delito de “abuso de autoridad gubernamental,” en violación a la cláusula del debido proceso substantivo.

Este razonamiento tampoco fue aceptado por Rehnquist, pues para que exista obligación de otorgar la protección por parte del estado se requiere, señaló, que el individuo haya sido privado de su libertad por el estado mismo, por ejemplo si se trata de prisioneros cuyo encarcelamiento no les permite plenamente cuidarse a sí mismos; o que la privación de la libertad sea resultado de una situación inevitable e involuntaria, como en el caso de pacientes mentales. Citando *Estelle v. Gamble*,¹⁵⁸ Rehnquist sostuvo que la prohibición de castigos crueles e inusuales de la Octava Enmienda es aplicable a los estados a través de la cláusula de debido proceso de la Enmienda Catorce, de modo que el estado debe proveer el cuidado médico adecuado a los prisioneros, pues la privación de su libertad les impide acceder a dicho cuidado. Por otro lado, citando *Youngberg v. Romeo*,¹⁵⁹ concedió que el componente substantivo de la cláusula de debido proceso obliga al estado a proveer a los pacientes mentales confinados involuntariamente a una institución pública los servicios requeridos para garantizar su seguridad personal y la de otros. Pero ni *Estelle* ni *Youngberg* prestan ayuda al apelante en *DeShaney*, pues en ambos se presupone que solamente cuando el estado adquiere la custodia del individuo, y la mantiene en contra de la voluntad de éste, existe un deber constitucional para el estado de hacerse responsable de la seguridad y bienestar del custodiado. La racionalidad de este principio, según Rehnquist, es muy clara: “cuando en ejercicio afirmativo de su autoridad, el estado limita la libertad del individuo, de modo que lo

imposibilite para cuidarse a sí mismo, y niega al mismo tiempo la provisión de satisfactores esenciales –alimentación, vestido, cuidados médicos y seguridad razonable–, el estado transgrede los límites substantivos a la acción estatal impuestos por la Octava Enmienda y por la cláusula del debido proceso.” En otras palabras, la obligación de proteger no se deriva del conocimiento que el estado tiene de la situación precaria del individuo ni de su intención expresa de protegerlo, sino de la restricción que el propio estado le haya impuesto, coartando su libertad para actuar por sí mismo. En el caso concreto de Joshua, si bien el estado sabía del peligro que le amenazaba en la esfera privada, el estado nunca jugó ningún papel en la creación del riesgo que representaba el padre ni actuó para aumentar su vulnerabilidad ante dicho riesgo. En ello, Rehnquist fue definitivo: “[e]l estado no se convierte en el garante permanente de la seguridad de un individuo por el solo hecho de haberle ofrecido cobijo una vez. Bajo estas circunstancias, el estado no tenía obligación constitucional alguna de proteger a Joshua.”¹⁶⁰

B. La posición contraria de los magistrados que conformaron la minoría, expresada por el juez Brennan, tiene una doble importancia. Por una parte, enfrenta el fallo de Rehnquist por su caracterización del *due process* y de la sección 1983. Ello era previsible, pues ya desde que tuvo lugar la exposición oral de los abogados Sullivan y Mingo, Brennan había tratado de consolidar un papel más activo de la Corte que permitiera otorgar a Melody DeShaney la compensación que buscaba. Pero por otra parte, de manera muy señalada, Brennan reprende a Rehnquist por considerar que el magistrado presidente se atrincheró en una interpretación originalista de la cláusula del debido proceso, y ello le impide apreciar los hechos concretos del caso y distinguir la validez legal de la demanda del apelante, no porque Brennan asumiera que la Constitución otorga un derecho afirmativo y general de protección, sino precisamente porque coincide con Rehnquist en que no existe tal derecho, sin que ello obste para llevar a la Corte por el camino del pago de reparaciones al apelante.

En otras palabras, Brennan está lejos de defender la creación *de novo* de un derecho no enumerado, como fue el caso en *Griswold*, derecho que concedería una prerrogativa general para el disfrute de ciertos servicios gubernamentales, particularmente el de protección; a su vez, Rehnquist niega también que exista este derecho pero, según dice Brennan, de manera tan obsesiva que ello le obstaculiza juzgar a DeShaney con imparcialidad. De esta forma, la crítica de Brennan tendría el doble mérito de evitar un extremismo liberal como el que predominó en la decisión del juez Douglas en *Griswold* y, concentrándose en un argumento legal, de exhibir el razonamiento originalista en toda su desnudez.

Brennan inicia su exposición sin rodeos: “Nadie le ha pedido a la Corte que declare que la Constitución salvaguarda libertades positivas tanto como negativas”; la Corte, dice, se empeña en negar que exista un derecho general del ciudadano a contar con servicios gubernamentales, derecho que estaría protegido por la cláusula del debido proceso inserta en la Enmienda Catorce, y esa no es la cuestión en este caso, ni lo fue en la apelación, ni en la demanda, ni tampoco en las notas de *amici curiae*. “Vayamos más allá de las argucias sobre puntos liminares y notemos que aquí tratamos de la perspectiva y sus ramificaciones substanciales. En un marco constitucional que distingue claramente entre la acción y la inacción, la caracterización que hagamos de la negligencia, presumida bajo la sección 1983, puede en efecto decidir el presente caso. Cuando la Corte inicia su razonamiento con una discusión (y rechazo) de la idea de que la Constitución impone al estado un deber afirmativo de prestar cuidados básicos a sus ciudadanos, anticipa y aún prejuzga su conclusión de que no existe deber alguno del estado, en los hechos específicos que aquí encaramos.”¹⁶¹ Brennan desea hacer a un lado la discusión sobre el derecho (*right*) y atender la demanda en sus propios méritos, buscando el daño por negligencia que la ley pueda remediar o compensar.

Para Rehnquist es sospechosa cualquier pretensión de inaugurar un derecho constitucional donde no lo hay, sino sólo limitantes al poder del estado, en el sentido

hamiltoniano del término ‘limitantes’ (“*delegated powers*”). Su afirmación de que el significado histórico de la cláusula del debido proceso excluye la posibilidad de crear nuevos derechos no enumerados, como el de protección frente al abuso privado, le hace desconfiar de cualquier petición que parezca depender de tales derechos. De ahí que la lectura que hace Rehnquist de *Estelle y Youngberg* le lleve a concluir que sólo la restricción física impuesta por el propio estado cuenta como una condición válida para poder demandar la protección; el encarcelamiento o el confinamiento en una institución psiquiátrica obligan al estado a proveer los medios que aseguren la seguridad personal de los individuos afectados, porque fue el propio estado el que desde un principio impidió el acceso a dichos medios. Bajo la óptica del juez Rehnquist, Joshua en ningún momento fue privado de su libertad de esta manera, lo que descalifica el reclamo. Brennan disiente, señalando que dicha restricción no es la única constitucionalmente relevante, y que la *acción* del DSS en el presente caso, i.e., el haber notado la posibilidad del abuso y haber declarado la intención de proteger al menor, *sí* califica como causa efectiva de una mayor precariedad de Joshua, volviendo sumamente grave la *inacción* posterior.

Para Brennan, el caso *Youngberg* facilita una de las claves para solucionar *DeShaney*, siempre y cuando se le interprete de manera más generosa. Nicholas Romeo, confinado en una institución de salud mental a los 33 años, contaba con un I.Q. no mayor a 10 y la inteligencia de un niño de 18 meses de edad. Es posible, entonces, preguntarse si en realidad fue el estado el que privó a Romeo de la “capacidad de cuidarse a sí mismo”, o si éste era ya incapaz de ello mucho antes de que el estado interfiriera en su vida. La hospitalización fue un hecho relevante en *Youngberg*, dice Brennan, no porque ésta haya coartado la autonomía del individuo ni su capacidad de sobrevivencia, sino porque “lo separó de otras fuentes de ayuda que el estado, de acuerdo con el fallo, estaba obligado a prestar.” Razonando por analogía, Brennan denuncia la parquedad de la interpretación que hace Rehnquist de la situación en que el estado *colocaba* a Joshua, aceptando solamente la sujeción

física como hecho relevante para determinar cuándo el individuo pierde la facultad de cuidar de sí mismo, e ignorando que otras limitaciones impuestas por el estado revisten igual importancia cuando cancelan la posibilidad de que la persona reciba ayuda de terceros. “Si el estado, sostiene Brennan, primero corta las fuentes de ayuda privada y luego se niega a otorgar él mismo ayuda equivalente, no puede simplemente lavarse las manos del daño que resulta de su inacción.”¹⁶²

Para la minoría en *DeShaney*, el punto era mostrar que el estado fue *cómplice* en la tragedia de Joshua, pues en cierta forma le estaba colocando en una situación de mayor vulnerabilidad ante los ataques de su padre. El estado, según se desprende de la opinión de Brennan, tenía el peculiar poder de reforzar o de debilitar el hecho de que Joshua estaba incapacitado para actuar por sí mismo; ni el DSS ni ninguna otra agencia gubernamental ejercía control físico directo sobre él, pero al demostrar el interés y la intención de ayudar, los trabajadores sociales habían prácticamente eliminado otras fuentes privadas de asistencia (o al menos las habían vuelto muy difíciles de obtener), a partir de que la ley de Wisconsin obliga a los ciudadanos y otras entidades gubernamentales de ese estado a depender de la ayuda que prestan los departamentos locales de servicios sociales en casos de abuso infantil. Como refiere Brennan, la ley del estado establece el deber de los ciudadanos y de las instituciones públicas o privadas de reportar los casos de supuesto abuso, *los cuales deben canalizarse sin excepción a dichos departamentos*, aún en el caso de que el reporte provenga de los departamentos de policía. Como vimos, el DSS, encomendado con esta enorme responsabilidad, afirmaba tener la situación bajo estudio, llevando un registro detallado de la evolución de Joshua que le permitía observar su deterioro creciente y aún anticipar un desenlace funesto.¹⁶³ De modo que la decisión de actuar o dejar de actuar resultaba ser estrictamente propia del DSS, lo que en la práctica tenía el efecto de disuadir la acción de otras instancias. “Cuando el Departamento optó por ignorar o descartar las señales de alarma –insiste Brennan– confinaba a Joshua entre las cuatro paredes de la violenta casa de Randy

DeShaney”.

Brennan concluyó diciendo que en la visión que la Corte ha desarrollado a lo largo de la historia, la intención de la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce ha sido siempre evitar que el gobierno abuse de su poder o lo emplee para oprimir a los ciudadanos. “[L]a Corte [que ha decidido *DeShaney*] no percibe que la inacción puede ser tan abusiva del poder como la acción, que la opresión puede materializarse cuando el estado acepta un deber vital y luego lo ignora. El fallo interpreta la cláusula del *due process* a modo de permitir que el estado desplace a otras fuentes de protección para luego, en el momento crítico, encogerse de hombros y dar la espalda al daño que había prometido tratar de evitar.”¹⁶⁴

En el debate entre el originalismo y el liberalismo judicial sobre cómo interpretar la Constitución, las decisiones de la Corte en *Griswold* y *DeShaney* ocupan vértices opuestos. Dar al texto constitucional una dimensión quasilegislativa, utilizando la cláusula del *due process* como mandato para incursionar en las esferas reservadas a los estados, hizo posible en el primer caso la creación de un derecho no enumerado en las enmiendas, con base en maniobras semánticas con los postulados de las garantías individuales. Esto inflamó los ánimos de los originalistas, quienes condenaron el activismo de la Corte e incluso dejaron entrever su aspiración de revertir algún día la decisión. En cambio, el apego a la letra constitucional y a la intención de los constituyentes, en una lectura acotada del significado de dicha cláusula que rechaza cobijar nuevas libertades “inventadas” por los magistrados, generó un fallo legal, formalista y aparentemente inexpugnable en su distinción de la acción y la inacción en materia de negligencia. Esto provocó la reprobación por parte de los liberales, que calificaron como ceguera el supuesto desapasionamiento de la Corte y su devoción por la intención original.

La óptica originalista más moderada de un autor como Scalia podría servir para tender un puente entre ambas posturas.¹⁶⁵ Atemperados por el oficio de juzgar, los

magistrados de una y otra tendencia podrían encontrar puntos de acuerdo y de equilibrio. Sin embargo, debe recordarse que la tarea judicial es también de naturaleza política, consecuencia natural del importante poder que ejerce la Corte, y está marcadamente influida por el poder ejecutivo a través de los nombramientos de magistrados, que califica el Senado. Es por esto que muchas veces los puentes se rompen y las discusiones sobre el modo correcto de interpretar la Constitución se vuelven acres, pudiendo derivar en desavenencias mayores que involucran a partidos políticos, medios de comunicación y grupos de presión en la sociedad.

En una aproximación a la dimensión política de la Suprema Corte, será necesario analizar, en el siguiente Capítulo, el efecto concreto que han tenido en Washington las controversias de principio que aquí se han apuntado. Adherentes y detractores de una y otra postura han podido debatir abiertamente sus puntos de vista, ganando o perdiendo importantes batallas políticas. La duda que les anima, y que se apresuran a zanjar incluso entre recriminaciones, puede formularse así: ¿Tiene la Corte autoridad para tratar cada caso que se le presenta como un *problema moral*, que demande de los jueces una penetración extraconstitucional, o bien sólo como una *cuestión legal* en la que los magistrados deban limitarse a aplicar la ley positiva? En suma, ¿debe la Corte apegarse a la *ley* o debe buscar la *justicia*?

4. Las opciones enfrentadas. El caso Bork de 1987.

La sección 2 del artículo segundo de la Constitución establece, entre otras cosas, que el presidente de Estados Unidos, “con el consejo y el consentimiento del Senado, [...] nombrará [...] los jueces de la Suprema Corte.” El sentido de esta cláusula deja, al parecer, poco espacio para la controversia. Durante los debates de la Convención de Filadelfia en 1787, los delegados analizaron la facultad de nombrar a los magistrados de la Corte, oscilando entre otorgar dicha facultad al titular del Ejecutivo o confiarla por completo a la Cámara de Senadores. Hacia la conclusión de los trabajos de la Convención, sin embargo, la decisión final de los delegados colocó en el mismo plano a ambas instancias, con responsabilidades definidas para cada una. Además, leída junto con el precepto ya mencionado en el Capítulo 1 sobre la permanencia de los jueces en sus cargos bajo la condición de “buena conducta,”¹⁶⁶ esta cláusula dejaría en claro que el consejo y el consentimiento del poder legislativo versará siempre sobre la competencia jurídica y la honorabilidad de los candidatos propuestos, no sobre su particular orientación constitucional, filosófica y menos aún política. Si el magistrado ha de conducir su labor libre de presiones, en especial aquellas generadas por el contenido de sus decisiones judiciales, entonces también deberá gozar del derecho a no ser rechazado por los legisladores para ocupar un lugar en la Suprema Corte por motivos distintos de su integridad, capacidad y experiencia.

En la realidad, empero, el proceso de nominación y ratificación es muy distinto. Si bien la referencia a las credenciales jurídicas del candidato es una constante en cada caso, es ya una práctica común y aceptada que el presidente seleccione a individuos que coinciden con su propia visión de la Constitución¹⁶⁷ y del trabajo de juzgar, lo cual no siempre coincidirá con lo que piensan los senadores más directamente involucrados en el proceso.¹⁶⁸ Por ello, cuando por una u otra razón

las tensiones entre el ejecutivo y el Senado aumentan, el nombramiento de un nuevo magistrado puede convertirse en ocasión para medir fuerzas, debatir con vehemencia perspectivas constitucionales de fondo, movilizar políticamente a los grupos de interés que se consideren convenientes y hasta desprestigiar o denostar al candidato, dejando muy de lado, a veces, sus méritos reales. El presente capítulo describe e interpreta un proceso de nominación que abarcó todo esto y que, a la vez, ilustró dramáticamente la controversia sobre la interpretación constitucional discutida en los capítulos anteriores.

4.1 La batalla por la confirmación

El 26 de junio de 1987, a sus 78 años, el magistrado asociado Lewis Powell anunció su retiro de la Corte. Con ello, se abrió para el presidente Reagan la posibilidad de nombrar un tercer magistrado para ocupar un sitio en el tribunal. Como se ha dicho, antes Reagan había seleccionado a la juez Sandra Day O'Connor, en 1981, para ocupar el lugar de Potter Stewart, y a Antonin Scalia, para suceder a Warren Burger, cuando el juez Rehnquist fue promovido para presidir la Corte en 1986. El retiro de Powell significaba, para muchos, la oportunidad de los republicanos de colocar a un magistrado conservador que inclinara definitivamente hacia la derecha el balance de la Corte, como compensación por los años de activismo judicial de las cortes Warren y Burger. El candidato seleccionado por Reagan fue Robert H. Bork, en ese entonces juez de la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, considerado como un elocuente y firme defensor de la intención original de los fundadores y marcadamente conservador.¹⁶⁹ Específicamente, la esperanza de los conservadores y de la administración republicana de Reagan era superar la moderación de un juez como Powell, que mostraba muchas tendencias liberales, mediante la nominación de un juez más resuelto y enérgico, que diera marcha atrás a la importante decisión por mayoría en el caso *Roe v. Wade*, de 1973, sobre el muy

controvertido “derecho” al aborto. En 1987, tras los nombramientos de O’Connor, Rehnquist y Scalia, el escenario parecía ser el más favorable para esta causa. Además, desde 1980 Reagan había establecido, en la campaña por la presidencia, que la “despolitización” de la Corte figuraba como una de sus prioridades de gobierno, junto con otras medidas como la reducción de los impuestos y la recuperación del orgullo nacional, tras los difíciles años de James Carter, tanto en materia económica como de política exterior. En la plataforma política del Partido Republicano de ese año se asentaba que era necesario “lavarle la cara” al tribunal supremo.¹⁷⁰

En la década de 1970, *Roe* vino a completar un elenco de decisiones liberales de la Corte, influido de manera muy directa por el razonamiento a favor de la privacidad del fallo en *Griswold v. Connecticut*. Las organizaciones de derechos civiles en Estados Unidos consideraban un triunfo para su causa tanto la determinación específica en *Roe*, que delineaba un derecho fundamental, como el hecho de que la Corte Burger hubiera ratificado la orientación liberal marcada por la Corte Warren en *Griswold*, muy alejada de los principios originalistas estrictos.¹⁷¹

En concreto *Roe* determinó por mayoría de 5 a 4 la inconstitucionalidad de una ley del estado de Texas que tipificaba el aborto como delito, bajo el argumento de que ello violaba el derecho a la privacidad o la intimidad de la mujer, a la luz de lo que establece la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce. En su opinión por la mayoría, el juez Blackmun estableció que durante el primero y segundo trimestres de embarazo la autoridad estatal no tenía autoridad para regular su posible terminación, pues esencialmente se trataba de una decisión privada de la madre, es decir, de un derecho a optar por el aborto o bien por el nacimiento. Poco después, en *Doe v. Bolton*,¹⁷² el tribunal volvió a utilizar el argumento de la privacidad para defender el mismo derecho, aunque esta vez lo restringió en algunos casos por razones de índole médica. No obstante, la controvertida decisión provocó amplia resistencia de parte de algunas legislaturas estatales, que buscaron medios para

condicionar y aún impedir el aborto. El Congreso federal, incluso, llegó a aprobar en 1976 la llamada *Hyde Amendment*¹⁷³, que excluía de la cobertura del programa gubernamental Medicaid los abortos que no fueran clínicamente necesarios para proteger la vida de la madre. Acomodándose a ello, en los años siguientes la Corte, sin renunciar al principio establecido en *Roe*, convalidó las acciones legislativas que buscaban prevenir que el derecho al aborto fuera transformado en una prerrogativa al amparo del financiamiento público.¹⁷⁴

No es posible aquí entrar en detalles sobre la constitucionalidad del derecho al aborto o la caracterización que de éste hizo la Corte en *Roe* y casos sucesivos.¹⁷⁵ Lo importante es valorar tanto las implicaciones que ha tenido el derecho a la privacidad enunciado en *Griswold*, como el significado político del voto conservador necesario para revertir *Roe*.¹⁷⁶

La vena liberal del juez Powell se había hecho evidente en su apoyo a decisiones cruciales para el bando de Brennan y Blackmun,¹⁷⁷ muy en particular a la que reafirmó el derecho al aborto en un caso de 1983, muy atacado por los conservadores, *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*,¹⁷⁸ decidido por una mayoría de 5 a 4. En teoría, un voto realmente conservador, similar en orientación al de Rehnquist, en sustitución del de Powell, habría cambiado estos números, para revertir no sólo *Akron*, sino también *Roe*. Bork prometía ser ese voto.

La designación de Robert Heron Bork como magistrado de la Suprema Corte parecía un hecho natural en su carrera, dada su experiencia en diversas áreas del derecho: la academia, el sector público, el poder judicial y la práctica privada. Graduado en la Universidad de Chicago, Bork inició su carrera como abogado en el despacho Kirkland & Ellis, donde trabajó de 1955 a 1962. Al dejar la firma, ingresó como profesor a la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, donde ocupó las cátedras Chancellor Kent y Alexander M. Bickel. De esa época data su obra *The Antitrust Paradox* (1978), una importante contribución al derecho económico. En 1973 el presidente Richard Nixon lo nombró representante legal del gobierno

federal, es decir, *solicitor general*, cargo que ocupó hasta 1977,¹⁷⁹ año en que regresó a la práctica privada. En 1982, recibió del presidente Reagan la designación como magistrado de la Corte de Apelaciones, con aprobación unánime por parte del Senado.

Cuando el juez Powell anunció su retiro, de inmediato el nombre de Bork empezó a escucharse en el ámbito judicial, en el Departamento de Justicia y en los medios. El día 30, según el recuento que hace el propio juez Bork, A. B. Culvahouse, de la oficina de asesores del presidente, le citó para el día siguiente a las 6 A.M. en Jackson Place No. 716, frente a Lafayette Square, cruzando Pennsylvania Avenue desde la Casa Blanca. Culvahouse interrogó a Bork por un par de horas, básicamente tratando de identificar algún aspecto *difícil* (o sea escandaloso) en su vida y desarrollo profesional. Al no encontrarlo, se retiró satisfecho y Bork volvió a sus oficinas de la Corte de Apelaciones. En los hechos, la entrevista con Culvahouse era la culminación de un largo proceso de selección llevado a cabo por el Departamento de Justicia, que en los años de Reagan contó con una sección especialmente dedicada a examinar a los posibles contendientes, con base en criterios originalistas.¹⁸⁰ Como hemos visto, Edwin Meese, uno de los procuradores generales de Reagan, no sólo había expresado públicamente su filiación originalista, también había dejado claro que la política de la administración era propugnar por una “jurisprudencia de la intención original” en todos los niveles del sistema judicial federal, contando con la importante influencia que el presidente ejerce a través de sus facultades de nominación.¹⁸¹

No eran todavía las 12 del día del 1 de julio de 1987, cuando Bork recibió una llamada del *chief of staff* de Reagan, Howard Baker, comunicándole la intención del presidente de discutir con él su postulación a la Suprema Corte, y que si la decisión presidencial era favorable, el anuncio podría llevarse a cabo inmediatamente después de este encuentro.

Según el recuento de Bork, Reagan no perdió tiempo. Preguntó a Bork si le

“agradaba” la idea de su nominación y éste, por supuesto, contestó que sí.

La sala de prensa de la Casa Blanca estaba lista para el anuncio, llena de reporteros y cámaras de televisión. En su breve discurso, Reagan elogió la experiencia y las calificaciones del propuesto magistrado y aprovechó para reiterar su posición en materia constitucional. “El juez Bork –dijo– es ampliamente reconocido como un prominente y sólido defensor de la moderación judicial [*judicial restraint*], y comparte mi punto de vista de que las preferencias y valores personales de los jueces no deben formar parte de sus interpretaciones constitucionales. El principio rector de la moderación judicial reconoce que bajo nuestra Constitución es deber exclusivo del poder legislativo aprobar las leyes, y de las cortes, interpretarlas.” Claramente, ésta era una crítica directa lanzada en contra del liberalismo judicial. El propio juez Bork tendría más tarde la oportunidad de subrayar su propio carácter o filosofía judicial, suscribiendo la intención original como guía del trabajo de la Corte. En sus palabras, vertidas en el *Opening Statement* de las comparecencias:

“Quiero hacer unos comentarios sobre un tema central. Se trata de cómo entiendo la labor judicial, o de lo que considero mi filosofía del papel de un juez en una democracia constitucional. La autoridad del magistrado se deriva exclusivamente del hecho de que éste aplica la ley y no sus valores personales. [...] ¿Cómo procede un juez para determinar lo que la ley establece? El único modo legítimo, en mi opinión, es tratar de discernir la intención de aquellos que hicieron la ley. Las intenciones de los constituyentes son las de quienes ratificaron la Constitución y las diversas enmiendas.

”La responsabilidad del juez es discernir cómo los valores de los fundadores, definidos en el contexto del mundo que ellos conocieron, se aplican al mundo que nosotros conocemos. Si el juez abandona esta intención como su guía, entonces no hay ley que le asista y [...] rebasa entonces su autoridad legítima.”¹⁸²

Luego de la presentación con Reagan, Bork acudió a la oficina de Baker para realizar llamadas telefónicas a senadores y al magistrado Powell, que acababa de anunciar su salida de la Corte. Fue entonces que Bork pudo escuchar y ver la

primera muestra de la peculiar oposición que se formaba en su contra. Por televisión y en cadena nacional, el senador demócrata por Massachusetts Edward Kennedy, miembro del Comité Judicial,¹⁸³ leía un discurso en tono de alarma en el que repudiaba la postulación como una seria amenaza para el país y los derechos sociales. Sin duda preparado con anterioridad, el texto presentado por Kennedy buscaba desacreditar a Bork mucho antes de que las comparencias ante el Comité dieran inicio, de una manera que revelaba una vasta estrategia política para derrotar al candidato del presidente. Entre otras cosas, Kennedy expuso:

“Bork quiere un país en el que las mujeres se vean forzadas a practicar abortos de callejón, los negros vuelvan a ser segregados en los restaurantes, las fuerzas policíacas puedan irrumpir a media noche en los hogares de los ciudadanos, los escolares no puedan recibir educación sobre la teoría de la evolución, los escritores y artistas sean censurados a placer por el gobierno, y las puertas de las cortes federales se cierren en los dedos de millones de ciudadanos, para quienes el poder judicial es con frecuencia el único protector de los derechos individuales que son el corazón de nuestra democracia.”¹⁸⁴

Estaba claro: esta arenga proveniente de un poderoso senador demócrata prometía la movilización del frente liberal en contra del juez Bork, más sobre la base de la descalificación que del razonamiento. Las relaciones entre republicanos y demócratas estaban tensas ese año, agudizadas por el llamado *Iran-Contra Affair* del verano anterior,¹⁸⁵ a la vez que el nombramiento enfrentaba a una Cámara de Senadores con mayoría demócrata de 54 a 46. Por otra parte, la veracidad de las acusaciones vertidas en la campaña liberal importaba mucho menos que el efecto que éstas pudieran tener en el público e, indirectamente, en los senadores que favorecían la candidatura. Los comentarios en la oficina de Baker, asegurándole a Bork que Kennedy había escogido mal su estrategia, que ésta le produciría más pérdidas que ganancias, no parecían acertar en su evaluación del hecho. Los meses que siguieron confirmaron que frente a Bork se levantaba una feroz campaña de desprestigio para evitar su ratificación como magistrado de la Corte. Como lo

comentó Paul Gewritz, académico de la Universidad de Yale, “ésta no era una vacante más, sino el punto de inflexión de la próxima generación del derecho constitucional norteamericano.”¹⁸⁶

Se ha dicho que en los años ochenta “la izquierda liberal” estaba perdiendo prestigio y popularidad, y que ante las dificultades para ejercer su influencia en el Congreso, buscaba más y más ejercerla en las cortes. Atemorizada por el nombramiento de Scalia y la promoción de Rehnquist, vio en Bork un nuevo y preocupante desafío del conservadurismo, lo que la llevó a invertir entre 10 y 15 millones de dólares en una campaña negativa sin precedente en la historia de las postulaciones judiciales.¹⁸⁷ Numerosos activistas y organizaciones de defensa de los derechos civiles iniciaron en julio acciones de protesta, de difusión en medios de comunicación y de presión a legisladores, junto con estudios deplorando la actuación del juez Bork en la Corte de Apelaciones y en la academia. Entre estos grupos figuraron *People for the American Way* (PFAW), un grupo de presión fundado por el productor de televisión Norman Lear; la *Alliance for Justice*, organización de defensa de los derechos civiles en Washington, D.C.; *Public Citizen Litigation Group*, sección de la organización *Public Citizen* para la defensa del consumidor formada por Ralph Nader; algunos comités de la *American Bar Association* (ABA), que regularmente revisa las cualidades de los jueces postulados a diversas cortes; la *American Civil Liberties Union* (ACLU), importante conglomerado de asociaciones para la defensa de las libertades; la organización laboral AFL-CIO; la influyente *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP); la *Southern Christian Leadership Conference*, encabezada por Joseph Lowery; el *National Women’s Law Center* y la *National Organization for Women* (NOW); el *National Abortion Rights Action League* (NARAL); la *Leadership Conference on Civil Rights*, dirigida por Ralph Neas; y la *American Federation of State, County and Municipal Employees*, que de manera muy señalada levantó fondos para realizar encuestas durante el mes de agosto, con el

fin de descubrir los temas que más preocupaban a distintas audiencias y utilizarlos en contra del nominado.

En el bando contrario, las organizaciones que apoyaban a Bork fueron menos numerosas, estaban insuficientemente financiadas y carecían de la coherencia que sí mostraron sus contrapartes liberales. Algunas de ellas fueron *Coalitions for America*; el *Center for Judicial Studies*, dirigido por Dan Peterson; el *Free Congress Foundation* y el *Phyllis Schlafly's Eagle Forum*.¹⁸⁸ El Departamento de Justicia y la Casa Blanca, desde luego, formaban también parte de este esfuerzo. El presidente Reagan, el *chief of staff* Baker y el jefe de prensa Marlin Fitzwater promovían con regularidad la candidatura de Bork. Al interior del Senado, los principales defensores de la causa eran los senadores republicanos Orrin G. Hatch de Utah y Strom Thurmond de Carolina del Sur.

Gracias a que el senador Joseph Biden, demócrata y presidente del Comité, había maniobrado para retrasar lo más posible las comparecencias,¹⁸⁹ las organizaciones sociales lograron armar un *lobby* liberal múltiple y efectivo, adicionado de constantes y dramáticas descalificaciones de Bork enfocadas hacia varios ámbitos de la opinión pública. PFAW, por ejemplo, contrató la emisión de un comercial televisivo difamatorio y apocalíptico en contra de Bork, narrado con la voz del actor Gregory Peck, que tuvo el efecto de consolidar la impresión de que el propuesto magistrado era un “monstruo” y un emisario del pasado, y que ponía en peligro los logros de tres décadas en materia de derechos sociales. Esta propaganda y otras más difundidas en radio le descalificaban también por oponerse al derecho a la privacidad avalado por la Suprema Corte, afirmando sin reservas que Bork apoyaría la autoridad del estado para evitar que los matrimonios utilizaran anticonceptivos en su hogar.¹⁹⁰

La mancuerna Biden-Kennedy¹⁹¹ probó ser sumamente eficaz para coordinar e impulsar el movimiento anti-Bork, para lo cual se contó también con experimentados *lobbyists*, que aseguraban que el mensaje que se escuchaba en la

calle tuviera también su máximo impacto en las oficinas de los senadores, en especial los indecisos. El senador Kennedy contó con el apoyo profesional de Anthony Podesta, quien muy probablemente fue el autor de una de las líneas que más daño hicieron a Bork, al afirmar que éste se hallaba “fuera del consenso (*mainstream*) de la jurisprudencia constitucional” norteamericana. Asimismo, el senador Kennedy contó con el respaldo de Benjamin Hooks, director ejecutivo del NAACP, para reforzar el rechazo al nombramiento por parte de la comunidad de raza negra. Como presidente del Comité Laboral, Kennedy conocía bien a los líderes obreros en la mayoría de los estados de la Unión y en las 30 secciones del NAACP, lo que le permitió aglutinar a importantes grupos y líderes activistas que tenían –y tienen aún hoy– gran influencia sobre el Congreso.

Por su lado, la Casa Blanca contrató al prestigioso Tom C. Korologos, veterano de numerosas batallas en el terreno de los nombramientos presidenciales que requieren la aprobación del Senado, desde que fuera *liaison* de Richard Nixon con la cámara. Korologos, presidente en ese entonces de Timmons & Co., una empresa de *lobby* corporativo, sostuvo que nunca antes había visto nada parecido a la campaña orquestada por los liberales: “la ferocidad de la oposición es de subrayarse,” dijo. Ante el torrente de descalificaciones, Korologos intentó acentuar lo que parecía imposible, es decir, mostrar a Bork como un moderado y un pragmático, como un juez que legítimamente estaba dentro del *mainstream* constitucional, tratando de convencer a muchos senadores en lo individual. Por supuesto, frente al escándalo provocado por Kennedy y Biden, y sus reverberaciones en el mosaico de grupos de presión anti-Bork, la estrategia de defender la mesura y la razonabilidad difícilmente podía tener éxito. Ni qué decir de los razonamientos objetivos a favor de la corrección de la postura constitucional de Bork. En este esfuerzo, sin embargo, participaron numerosos funcionarios y abogados del sector privado, entre los que puede mencionarse a Raymond Randolph, *deputy solicitor general* con Bork; Leonard Garment, abogado de Washington con importante influencia en firmas de

Nueva York; Carla Hills, abogada y posteriormente nombrada por el Presidente George Bush como representante comercial de Estados Unidos; William Bradford Reynolds, procurador general asistente para derechos civiles; Mike Carvin, de la asesoría legal del Departamento de Justicia; Peter Keisler, de la asesoría legal de la Casa Blanca; entre otros.

Los medios jugaron también un papel crucial en la batalla, pero no porque contribuyeran a elevar el nivel de la discusión o porque presentaran información objetiva, balanceada y veraz. Muy al contrario, el tratamiento de prensa escrita y electrónica dado a Bork fue extremadamente sesgado en su contra, reflejando una tendencia a seguir de cerca el ánimo general en Capitol Hill, donde la posibilidad de la derrota se iba perfilando con más claridad. Una empresa de seguimiento de medios, el Center for Media and Public Affairs (que publica bimensualmente el *Media Monitor*) de Robert y Linda Lichter, reportó que entre la fecha del anuncio del nombramiento y las comparecencias, la prensa citó al doble de detractores que defensores de Bork, y de los juicios publicados sobre el caso, 75 por ciento fueron negativos. Asimismo, 75 por ciento de los académicos entrevistados en el periodo se expresaron mal de Bork y 82 por ciento de quienes emitían una opinión sobre su postura constitucional la censuraban. En 232 notas de prensa evaluadas, tomadas de noticieros en televisión y del *Washington Post*, se encontró que de 381 juicios vertidos sobre Bork por diversas fuentes 63 por ciento eran negativos y sólo 37 por ciento positivos. En el análisis de las cadenas televisivas –NBC, CBS y ABC– el CMPA descubrió que las *tag lines* utilizadas fueron negativas en un 100 por ciento en las tres cadenas. Aún más importante, las organizaciones movilizadas a favor o en contra recibieron un tratamiento desigual: antes de las comparecencias, cerca del 50 por ciento de los líderes citados o entrevistados ofrecían un punto de vista positivo sobre Bork; durante las comparecencias la cifra cayó a 38 por ciento; y tras las comparecencias, ésta cayó más, a 28 por ciento.¹⁹² Los activistas no habían cambiado de opinión en el curso del debate en el Senado, sino que los medios

preferían cada vez más dar espacio a quienes se oponían a la designación.

Tras la larga espera, las comparecencias de Bork ante el Comité de Asuntos Judiciales tuvieron lugar entre el 15 y el 30 de septiembre de 1987. Para entonces, las campañas de desprestigio montadas por las organizaciones liberales habían tenido éxito al crear una atmósfera de acusaciones y temor, que hacía muy costoso para cualquier senador dar su respaldo al nombramiento y sostenerlo así en público. En este ambiente, para la bancada demócrata, Bork no era un juez conservador propuesto para ocupar el lugar de otro juez igualmente conservador, sino un “radical de la derecha” que, en palabras de Kennedy, devolvería al país a una época de dolorosos desacuerdos, reabriendo heridas sociales que se consideraban hoy ya resueltas. La arenga inicial del senador y sus secuelas en los medios habían tenido el desafortunado efecto de hacer creer a amplios sectores de opinión pública que la discusión de la “filosofía constitucional” del candidato propuesto por la presidencia no era un debate sobre su perspectiva en la tarea de la interpretación constitucional, sino una mera verificación o palomeo de opiniones en una lista de prioridades organizadas según criterios de popularidad política. Objetivamente, puede decirse que la campaña de desprestigio se había sustentado, la mayor parte de las veces, en enunciados falaces, artificiosos y exagerados. En perspectiva, aún analistas liberales conceden que la substancia de la postura jurídica de Bork fue soslayada, dándose más importancia a las acusaciones difamatorias y a las distorsiones de sus puntos de vista. Como la calificó un observador, la campaña fue notable no sólo por ruidosa, sino por “abusiva y mendaz.”¹⁹³

El debate en el Comité fue, por lo general, áspero.¹⁹⁴ Como no había ocurrido en los casos de Scalia y Rehnquist, gran parte de las preguntas formuladas por los legisladores demócratas se orientaron a cuestionar la filosofía constitucional del juez Bork y a plantearle situaciones hipotéticas para descubrir su intención de voto en el tribunal. Normalmente, los jueces postulados a la Suprema Corte no anuncian en las comparecencias su punto de vista constitucional sobre casos hipotéticos ni casos ya

decididos por la Corte; sin embargo, Bork sí llegó a delinear cierta orientación de voto en temas difíciles, principalmente porque ya lo había hecho antes por escrito, lo que facilitó la tarea de sus detractores. Estas definiciones, sin embargo, no constituían un alejamiento del consenso constitucional ni diferían de las opiniones judiciales tradicionales; el originalismo de Bork, en las comparecencias, se mantenía dentro de límites razonables. El récord de Bork en la Corte de Apelaciones había sido sumamente similar al de Scalia, que fue su colega en el tribunal, con quien coincidía en un 98 por ciento de los fallos. Pero el bando demócrata del Comité había logrado exponer importantes diferencias entre las posturas asumidas por Bork antes de ocupar el cargo en la Corte de Apelaciones y aquellas adoptadas con posterioridad, incluyendo sus opiniones en el debate. De lo que se trataba era de descalificarle por asumir una posición aceptable para los senadores, sólo con el propósito de asegurar su confirmación en el proceso. Los ataques, por ende, se concentraron en las inconsistencias y en las opiniones más tajantes del candidato, destacando en particular el tema de la *privacia* y sus consecuencias en el terreno de los derechos individuales, lo que generó grandes sospechas en cuanto a cuál sería la verdadera personalidad constitucional de Bork una vez que éste ocupara un asiento en la Corte.

Este último punto suscitó gran interés por parte de los senadores en el curso de las comparecencias. En un discurso ante la *Federalist Society* en el mismo año de 1987, Bork había señalado que un juez originalista no tendría problema alguno para invalidar una decisión de la Corte si se descubría que su sustento histórico era incorrecto. El *stare decisis* no tendría en este caso la fuerza que le corresponde en materias del *common law*, donde el juez debe guiarse más estrictamente por lo ya decidido. En el ámbito constitucional, el juez originalista podría invalidar un fallo no-originalista si llegara a la firme conclusión de que la razón histórica no le asiste, con lo que estaría repudiando un fallo ilegítimo.¹⁹⁵ Para el senador Kennedy esta era la herejía que quería escuchar, pues entonces nadie podría asegurar que una vez

nombrado magistrado, Bork no emprendiera una revisión de, por ejemplo, el fallo en *Roe v. Wade*, o su antecedente *Griswold*, y lo revirtiera sobre la base de que carecía de sustento histórico.¹⁹⁶ La sola mención de la invalidez de *Roe*, por supuesto, encendió los ánimos de las organizaciones pro derechos de las mujeres, las cuales eran particularmente fuertes en el estado del senador republicano Arlen Specter, Pennsylvania, quien era miembro del Comité y se oponía al nombramiento, cruzando la línea partidaria.¹⁹⁷

Al término de las comparencias, ni los más optimistas defensores de Bork le daban muchas posibilidades de ser confirmado. Para entonces, el *lobby* liberal había tenido éxito en generar un clima hostil al nombramiento, de modo que cualquier apología apareciera como políticamente incorrecta. La Casa Blanca, antes explícitamente a favor de Bork, ahora mantenía un grave silencio, y los medios en ocasiones presentaban la versión de que, *off the record*, algunos funcionarios concedían la derrota. Por otra parte, las intenciones de voto de algunos senadores que ya habían llegado a una decisión, cuando ésta era contraria a la confirmación, recibían amplia cobertura por parte de los noticieros. Fue entonces cuando Bork anunció, con sorpresa para muchos, que no se retiraría, sino que aguardaría a la votación del pleno. Con tan escasas posibilidades, esta estrategia sólo podía tener un propósito: asegurar que en esta importante decisión los senadores y la Cámara en su conjunto llevaran sus actos hasta sus últimas consecuencias y asumieran la responsabilidad por el precedente que se dejaría sentado.¹⁹⁸ El 23 de octubre, el resultado de la votación fue inequívoco: 42 votos a favor y 58 en contra.¹⁹⁹

4.2 *La posición de Bork sobre Griswold*

Como se ha señalado, el juez Bork debió aportar en el curso de su comparencia sus puntos de vista sobre cuestiones constitucionales controvertidas, pues ya antes las había debatido por escrito. Uno de sus textos más citados y atacados en el

proceso de confirmación fue un artículo publicado en 1971²⁰⁰ sobre la necesidad de incorporar principios neutrales en la interpretación constitucional que llevan a cabo los magistrados, donde debatía precisamente la legitimidad del fallo en *Griswold v. Connecticut*, considerándolo impropio e históricamente improcedente. En más de una ocasión, al tratar el tema de la privacidad, los senadores del Comité objetaron las ideas expresadas por Bork en ese entonces, invitándole a aceptar otra línea de argumentación más favorable a la opinión del juez Douglas. En lo esencial, Bork mantuvo su posición sin cambios, tratando de explicar por qué *Griswold* le parecía objetable y, en particular, por qué ello no lo descalificaba en su aspiración a ocupar un lugar en la Suprema Corte.²⁰¹ En uno y otro caso, sus reflexiones no convencieron a los legisladores.

En varios sentidos, el razonamiento borkiano sobre *Griswold* se asemeja a los que ofrecieron los magistrados Stewart y Black, en el sentido de devolver a los departamentos políticos del esquema republicano –en especial el poder legislativo– la legítima atribución de sostener o invalidar la ley del estado de Connecticut. Para Bork, entregar esta facultad a la Corte la convertía en un foro de poder exento de *principios*, ilegítimo según el modelo de gobierno delineado en la Constitución. La necesidad de que el tribunal cuente con principios al interpretar y aplicar la ley, la derivó Bork de Herbert Wechsler, autor frecuentemente citado en la literatura originalista, quien en 1959, en plena era Warren, publicó *Toward Neutral Principles in Constitutional Law*,²⁰² un alegato en contra del activismo judicial, cuyo principal objetivo fue sentar la base teórica para sustituir las decisiones valorativas de los jueces por las de quienes habían redactado y ratificado la Constitución original.²⁰³ Sin más herramientas que Wechsler y las opiniones de los jueces en *Griswold*, Bork erigió su crítica a Douglas, misma que repitió ante el Comité, sazónándola con nuevos argumentos diseñados para tratar de evitar las malas interpretaciones.

Una decisión basada en *principios*, sostenía Wechsler, es sólo “la que está avalada por razones que, en su generalidad y neutralidad, trascienden cualquier

resultado inmediato involucrado en el caso,” es decir, razones cuya *aplicación* es neutral. Wechsler calificó este tipo de decisión como ‘neutral,’ no porque ésta posea un contenido valorativo neutral, sino porque responde a la aplicación general de los principios. Además, el contenido valorativo estará dado, en todos los casos, por los valores y las preferencias ya formuladas desde el momento constituyente de 1787, lo que significa que los principios habrán de ser neutralmente *derivados* y *definidos*. Con ello, como puede anticiparse, Wechsler afirmaba que se evitaría que la Corte impusiera en los fallos sus predilecciones particulares, apegándose en cambio al diseño democrático constitucional original, lo que garantizaría que las decisiones contramayoritarias de la Corte fueran legítimas, pues estarán avaladas por los principios que la misma Constitución establece. Siguiendo a Wechsler, Bork insistiría en que el juez debe dar una definición neutral a los preceptos del texto constitucional, sin rebasar el *nivel de generalidad* adoptado por los fundadores.²⁰⁴ Esta deferencia al sentido original es lo que le permitió a Bork afirmar que un juez, sin importar la Corte en la que sirve, no está autorizado para “crear” nuevos derechos constitucionales o destruir los ya establecidos en el texto. De hacerlo, convertirá al tribunal en un foro *político*, no uno legal.

Como hemos visto, el hecho de que las decisiones de la Corte estén exentas del control de las mayorías²⁰⁵ es, propiamente, una característica del diseño constitucional original. Los fundadores dejaron ciertas áreas de este diseño fuera del control político de las mayorías legislativas, creando espacios que el principio de decisión democrática no puede alcanzar. Esto evita, dice Bork,²⁰⁶ que la libertad individual sea allanada por la “tiranía de las mayorías”. Sin embargo, para que el ejercicio del poder no democrático de la Corte sea legítimo, y se evite entonces una “tiranía de la minoría,” éste debe ceñirse estrictamente a lo que el texto constitucional define como libertad mayoritaria y libertad minoritaria. El texto, desde este punto de vista originalista, contiene una clara regla de demarcación entre ambas y resuelve, por tanto, la objeción contramayoritaria. La labor de los jueces

resulta, de este modo, una tarea sencilla, pues las decisiones valorativas más importantes *ya fueron tomadas* por los fundadores, y sólo resta llevar a cabo la aplicación neutral a los casos concretos de los principios enunciados en tales decisiones, dejando de lado los valores particulares o personales de los magistrados. Por el contrario, si la decisión judicial resulta de la aplicación de preferencias o valores no contenidos en la Constitución, no habrá remedio democrático para corregir esta desviación.

Es importante remarcar la afirmación de Bork de que la definición *neutral* de los principios constitucionales, es decir la elucidación de su contenido y de sus límites, demanda un apego pleno a su nivel de generalidad, establecido por los fundadores. Muchas veces, dice Bork, la interpretación de un precepto legal puede llegar a transformarlo si su lectura le concede un inadecuado nivel de generalidad. Este tipo de lectura, que de inmediato podemos identificar con la lectura liberal discutida en páginas anteriores, es incompatible con la teoría del sentido original, la cual *no* prescribe que los jueces deban *elegir* un nivel de generalidad o de abstracción en el ejercicio de su tarea interpretativa. Antes bien, el papel del juez comprometido con el sentido original es “*encontrar* el significado del texto, proceso que en sí mismo incluye el identificar su nivel de generalidad, que es parte del significado.”²⁰⁷ Para Bork –que elogia la sencillez de este cometido– muchos de los preceptos incluidos en el texto constitucional poseen un nivel de generalidad evidente, excepto aquellos contenidos en el *Bill of Rights*, es decir, las cláusulas abiertas y difíciles, como la del debido proceso o la de igual protección de las leyes que aparecen en la Enmienda Catorce.

Sustentándose en este análisis de neutralidad y generalidad, Bork se sumó a la crítica de la decisión de la Corte en *Griswold*, señalando su carencia de principios. El fallo, en su opinión, no cumplía con las condiciones de neutralidad en la definición, derivación y aplicación de un principio constitucional que avalara al derecho de privacidad, ni tampoco especificaba los límites ni los alcances del nuevo

derecho. Como se recordará, el razonamiento del juez Douglas partía de la afirmación de que las garantías contenidas en varias de las cláusulas de las enmiendas del *Bill* poseían “penumbras,” en las que podía constatarse la existencia de libertades ancilares que ayudaban a consolidar dichas garantías. Douglas había citado el caso de *NAACP v. Alabama*, en el que la penumbra del derecho de reunión contenido en la Primera Enmienda generaba la libertad complementaria de asociación, bajo ciertas condiciones de privacidad, lo que permitía argumentar que el estado no puede compeler a una organización legalmente formada a revelar la identidad de sus miembros. Utilizando éste y otros ejemplos, Douglas había concluido que del examen de las penumbras se derivaba la existencia de “zonas de privacidad,” que a su vez daban a luz a un derecho a la privacidad, claro y concreto. Para Bork había aquí un salto lógico inaceptable, pues si en el caso citado se desprendía de la Primera Enmienda un “derecho” a no publicar información considerada privada, eso no significaba que este derecho tuviera una vida propia e independiente del valor descrito en la enmienda. El derecho a no publicar tenía un fin concreto, y se relacionaba directamente con la garantía de reunión, explícita en el texto; el derecho a la privacidad, en cambio, aparecía en el fallo de Douglas como un *stand alone principle*, fuera de la penumbra creada por cualquier cláusula específica, sin ningún límite que revelara sus alcances o su fuerza. “¿Privacidad para qué?”, preguntaba Bork.

La noción del debido proceso sustantivo, utilizada como puntal del argumento de los apelantes en *Griswold* había permitido a la Corte, según Bork, reformular libremente amplias áreas del texto constitucional, infundiéndoles un nivel de generalidad mucho mayor al que les otorgaron quienes redactaron y ratificaron el texto. Con ello, Douglas, Goldberg y los demás magistrados que votaron con la mayoría, habían pervertido la Constitución y transgredido los límites de la autoridad judicial, incursionando en la esfera legislativa al imponer al estado de Connecticut sus propias nociones de lo que consideraban justo y correcto. La Constitución,

afirmaba Bork, guardaba silencio sobre la existencia de un supuesto derecho a la privacidad y, por tanto, la Corte debía hacer lo mismo, dejando a las instancias políticas, como dijo el juez Stewart, decidir sobre la permanencia o no de la ley impugnada.

4.3 La crítica de Dworkin

De entre las críticas liberales hechas a Bork destaca la realizada por Ronald Dworkin, profesor de jurisprudencia en Estados Unidos y en el Reino Unido, reconocido por sus estudios de filosofía del derecho.²⁰⁸ Dworkin publicó varios artículos en ocasión de la postulación de Bork para la magistratura en la Corte,²⁰⁹ descalificándolo con juicios severos y presentando su visión alternativa de la interpretación constitucional. La vehemencia de Dworkin y la oportunidad con la que difundió sus ideas en contra de la postura constitucional de Bork, contribuyeron a acrecentar el desprestigio del candidato del presidente Reagan, principalmente en la comunidad académica.

De manera similar a como el senador Kennedy describió a Bork al inicio de las comparencias, Dworkin le definió como un extremista, que rechazaba el estado de derecho aceptado por conservadores y liberales en el debate sobre el papel de la Suprema Corte, y que mantenía que “partes ya resueltas de la doctrina constitucional son meros errores, susceptibles de ser enmendados por una Corte derechista.” La intención original invocada por Bork como guía para la interpretación –continuaba Dworkin– resultaba ser un criterio demasiado estrecho, sin justificación suficiente, que sólo “produce decisiones al gusto de Bork y sus simpatizantes, con base en una filosofía constitucional vacía.”²¹⁰

El análisis de Dworkin se cifra en su tratamiento de las cláusulas constitucionales como enunciados de un *nivel de generalidad* mayor al que proponen los originalistas. Como vimos, Bork es enfático al señalar que la interpretación

constitucional debe buscar el nivel de generalidad establecido por los fundadores, mediante el estudio de los documentos históricos que permitan al juez identificar el propósito público que tenían las cláusulas en el momento de su adopción. Este proceder, señalaba Bork, es el único que realmente respeta las decisiones ya tomadas por el pueblo, en el *momento* constituyente original, y es por tanto la única vía para legitimar el papel no democrático de la Corte. Dworkin, en cambio, atribuye a los enunciados constitucionales una dimensión que no necesariamente coincide con la intención de quienes los redactaron y ratificaron. Las cláusulas –en especial las difíciles o las que componen las enmiendas del *Bill of Rights*– poseen un nivel de generalidad suficiente para incorporar principios morales, que la sola referencia a la intención original no necesariamente alcanza a captar. La lectura que hagamos de una cláusula importante –e.g., *due process of law*– puede coincidir con la lectura que de ella habrían hecho sus redactores, pero sólo en un plano accidental, pues el intérprete que verdaderamente respete las decisiones originales de los fundadores deberá profundizar en la búsqueda del principio general contenido en la cláusula, del que las convicciones históricamente vinculadas con el momento constituyente no son más que una aplicación particular. Hoy, como en 1787, las convicciones de los individuos no se separan nítidamente entre principios generales y aplicaciones concretas de tales principios, sino que forman una estructura compleja de niveles de generalidad, de modo que toda convicción particular puede subsumirse a un enunciado o principio colocado más arriba en la escala. En este sentido, el *due process* pudo haber sido considerado como una expresión del debido proceso de ley y orden que señalamos en el capítulo anterior, lo que ubicaba a la convicción que le dio forma en un nivel de generalidad inferior al que *Palko* y sucesivos casos demandaban. Es obligación del juez, según Dworkin, indagar qué nivel debe darse a la cláusula, a efecto de otorgarle la mayor fuerza compatible con el principio moral que legítimamente estaría detrás de la enunciación más restringida del momento constituyente.

En apoyo a esta posición, Dworkin recuerda la objeción liberal ya comentada aquí de que no es posible alcanzar un acuerdo respecto a cuál de las variadas intenciones debe calificarse como la auténticamente original, entre las muchas que es posible extraer de las opiniones de los debates en las convenciones estatales que ratificaron la Constitución, y también de las opiniones que seguramente se habrían encontrado entre el público de la época. Una intención original *institucional* parece, en este sentido, difícil de precisar. Más aún –según Dworkin– existe alguna evidencia histórica para probar que los constituyentes no pretendían que sus nociones particulares sobre el sentido de los preceptos abstractos constitucionales prevalecieran en la labor de la Corte.²¹¹ Su razonamiento, en todo caso, rebasa la esfera histórica, pues le parece más persuasivo indicar que los constituyentes habrían intentado delinear, mediante *su* redacción de las cláusulas, principios más generales y ambiciosos, que la Constitución y las cortes habrían de resguardar. De esta forma, el debido proceso *legal*, aún con el respaldo histórico provisto por autores como Berger, podría interpretarse como una versión limitada del debido proceso *substantivo*, y éste como una corrección o precisión de aquél. Los redactores de la cláusula, inmersos en los efectos sociales de la Guerra Civil, habrían alcanzado a ver sólo la dimensión legal del principio que estaban proponiendo, de manera que “malinterpretaran su propia fuerza.”²¹²

Con base en estas precisiones, Dworkin presenta una visión alternativa, congruente con las premisas liberales. Sostiene que, en efecto, las cláusulas difíciles de la Constitución, en especial las contenidas en el *Bill of Rights* y en la Enmienda Catorce, fueron redactadas en un “lenguaje moral abstracto”. Los términos ‘derecho’ (*right*), ‘libertad’, ‘debido’ e ‘igual’ deben entenderse como referencias a *principios* morales abstractos que limitan el poder del estado. Así, lo que Dworkin denomina “la lectura moral de la Constitución” sería un acercamiento al texto constitucional que deliberadamente busca identificar qué principios morales están contenidos en las cláusulas, para luego poder utilizar estos principios como guía y

justificación del ejercicio judicial, o sea de su aplicación a los casos concretos. En su lectura, el conjunto de declaraciones de los fundadores llevaría a adoptar como principios políticos y legales los siguientes: “el gobierno está obligado a tratar a todos los individuos sujetos a su dominio como poseedores del mismo *status* moral y político; debe intentar tratarles, de buena fe, en un plano de igualdad (*with equal concern*); y debe respetar las libertades que son indispensables para realizar estos objetivos, incluyendo las libertades mencionadas en el documento, pero sin limitarse sólo a ellas.”²¹³

Esta lectura expansiva de los enunciados constitucionales, que dan al intérprete un poder amplio en la tarea de solucionar controversias, deriva muy directamente del uso de la historia que hace Dworkin para dilucidar el significado original de las cláusulas. La historia tiene aquí un papel limitado, a diferencia del papel determinante que ésta tiene para el originalismo, dejando más espacio libre al intérprete. Lo que a Dworkin interesa es acercarse a la historia para averiguar la *intención última* de los fundadores que debatieron y ratificaron los preceptos constitucionales, no *qué otras intenciones* podrían haber tenido. En otras palabras, según su visión no importa el *propósito* que tuvieron al redactarlos, sino sólo la *idea* de lo que estaban redactando, lo que le permite establecer un nivel de generalidad mayor en el que esta idea pueda entenderse como *principio*. La distinción es esencial, pues de ella se deduce que la base del gobierno republicano es lo que los fundadores expresaron, i.e., los principios que establecieron, no la información que se pudiera tener de cómo los fundadores habrían interpretado estos principios o cómo los habrían aplicado a casos concretos en su propia época. Darle más peso a la historia significaría, para Dworkin, imponer obstáculos a la lectura moral de la Constitución y preferir las visiones del estado que tenían los constituyentes, en detrimento de las visiones actuales, evolucionadas en su interpretación de los preceptos, los cuales invariablemente refieren a un enunciado moral de mayor alcance.

De aquí su valoración de *Griswold*. Para Dworkin, más que enunciar un nuevo derecho a la privacidad, Douglas estaría descubriendo un principio moral contenido en las cláusulas de la Constitución, de naturaleza más general y no restringido a cualesquiera propósitos o premoniciones que pudieran haber tenido los redactores de las enmiendas. Este principio, sostiene Dworkin, es el de la “autonomía procreativa”, que no puede ser invadido por el estado. A diferencia del derecho a la libertad personal, ya discutido más arriba, la “autonomía” tendría el mérito de circunscribir la esfera de aplicación del principio, reformulando la noción de privacidad a modo de evitar la crítica borkiana que censura el precepto por su falta de contornos. El precepto como tal no fue ciertamente previsto por los fundadores, pero puede incluirse legítimamente en la Constitución si a ésta se le lee *moralmente*, es decir, si se establece el nivel de generalidad al que propiamente corresponden tanto el debido proceso discutido en el caso, como los derechos del *Bill* y sus penumbras.

Para Dworkin, además, la tarea del juez (o de cualquiera que interprete la Constitución) no puede concebirse como una labor aislada ni como el encuentro solitario entre texto e intérprete, aún si se toma en cuenta la historia que rodeó a la confección del texto. La lectura moral sólo estará completa si ésta se inscribe en el diseño total de la Constitución y en el conjunto de interpretaciones constitucionales dominantes. Los jueces del presente –afirma– deben saberse parte de una comunidad de intérpretes, del pasado y del futuro, que elabora una “moralidad constitucional coherente.”²¹⁴ En este sentido, la lectura moral propuesta es también una lectura comunitaria.

En el fondo, la crítica de Dworkin al modelo originalista se basó en la distinción entre reglas y principios, o entre “concepciones” y “conceptos,” que ha permeado su filosofía jurídica, así como en su análisis de las “convicciones” que están detrás de los estatutos.²¹⁵ Dar precedencia a nociones de amplio alcance, en lugar de colocar el acento en enunciados más concretos y particulares, sin importar que éstos

incorporaran la intención de los constituyentes, le permitió edificar una modalidad de interpretación liberal que coincidía con el espíritu mayoritario de una Corte que consistentemente se ha rehusado a revisar *Griswold* y tampoco ha dado señales de querer revertir *Roe*. Más aún, las convicciones habituales de la opinión pública, siempre más distantes del rigor y el historicismo conservadores, encontraron en los juicios de Dworkin una confirmación a sus expectativas de *justicia*. Desde la academia, Dworkin favoreció la *intuición moral*, tan denostada por el originalismo, como una herramienta legítima para dilucidar el sentido de las cláusulas constitucionales, lo cual armonizó bien con las metas políticas de los legisladores opuestos al nombramiento.

Esta distinción entre reglas y principios es todavía más pertinente en el caso particular decidido en *Griswold*, y fue quizá determinante en el rechazo de Bork por parte del Senado. Optar por las reglas, el textualismo y la intención original, implica reiterar la posición de que sólo los derechos explícitos en la Constitución pueden contar con protección judicial. Esto parece dejar en una posición vulnerable a los grupos minoritarios que aspiran a ver protegida su intimidad de la intromisión del estado, lo cual requiere una posición más flexible de parte de la Corte. Optar en cambio por la “jurisprudencia de los principios,”²¹⁶ como la plantea Dworkin, robustece la promesa social de *Griswold*, lo que es políticamente más atractivo. Si a Bork se le consideró, finalmente, inadecuado para ocupar un sitio en la Corte, fue debido a que el Senado no encontró en él la apertura y la flexibilidad necesarias para defender los derechos civiles que situaciones como la de *Griswold* pueden poner en entredicho.

4.4 La dimensión política del proceso

A. Según la evaluación de Dworkin, la derrota del juez Bork tras la larga batalla por la confirmación fue también un rechazo de la perspectiva constitucional defendida

por la administración Reagan. La descalificación senatorial por 58 a 42 no sólo dio el triunfo a las organizaciones sociales que habían apostado en contra del candidato del Presidente, sino que, como quiere Dworkin, marcó la defunción del originalismo como un límite estricto y exclusivo de las bases que legitiman las decisiones de la Suprema Corte.²¹⁷ ¿Es justa esta apreciación?

Una primera e inmediata consecuencia de ello fue obligar a Reagan y al Departamento de Justicia a formalizar un nuevo nombramiento, proceso que enfrentó serias dificultades, dada la muy marcada convicción de los republicanos de que Bork contaría con el respaldo del Senado. Luego del fallido intento por postular al juez Douglas Ginsburg,²¹⁸ la administración nominó a Anthony Kennedy, quien eventualmente fue confirmado en febrero de 1988. La orientación constitucional del magistrado Kennedy, si bien no tan abierta o combativa como la de Bork, tenía todos los rasgos del originalismo que los senadores demócratas tanto satanizaron en las comparecencias un año antes. Mucho se dijo que Kennedy habría de llevar a la Corte el perfil conservador que temían las organizaciones sociales movilizadas ante la postulación de Bork. El Comité Judicial y el Senado en su conjunto, sin embargo, exhaustos por el esfuerzo y el desgaste, dieron su voto aprobatorio a Kennedy, sin que durante los cuestionamientos se levantara una oposición ni una estrategia para desprestigiarlo similares a las que debió enfrentar Bork. Por más que a Kennedy se le haya calificado como *moderado*, lo cierto es que cuando asumió su cargo en la Corte nadie podía predecir cuál sería su línea de argumentación y votación. De haberlo deseado, los senadores Edward Kennedy y Joseph Biden hubieran podido organizar un movimiento de protesta tan efectivo como el anterior, y de nuevo acabar con las posibilidades del candidato, aunque ello mermara en cierta medida su capital político.

De lo anterior podemos extraer, al menos, dos consecuencias. Por un lado, la fuerza y aún la virulencia del movimiento anti-Bork estuvo determinada por la imagen del juez que difundieron los legisladores y los grupos de presión, muchas

veces de manera parcial, sesgada y falsa, además de prefabricada. Un análisis objetivo, más interesado en los matices y la substancia de la orientación jurídica del candidato nunca hubiera tenido ni el efecto deseado en los medios, ni habría captado la atención de las audiencias. Recuérdese que el escándalo *Iran-Contra* del verano de 1987 era aún historia reciente, por lo que las expectativas del público norteamericano requerían que de Bork se hiciese un “monstruo,” un radical intolerable y una amenaza inminente, para lograr unir en su contra a tantas organizaciones y provocar la animadversión generalizada.²¹⁹ El tono sobrio y erudito que Bork mantuvo a lo largo de las comparecencias, así como su notoria negativa a defenderse en público de los ataques de sus adversarios, difícilmente generarían la simpatía y el apoyo que antes había despertado el patriotismo y el descaro de un Oliver North.

Por otro lado, se distingue claramente en la postura de los demócratas del Comité una animadversión hacia el presidente Reagan, que entraba en su último año de gobierno, lo que predispuso en contra de Bork a muchos senadores. Las repetidas críticas a la “ideología” de la intención original, tanto como las acusaciones de que Bork trataba de suavizar sus posiciones tan sólo para obtener la confirmación, estaban en realidad dirigidas a Reagan y al procurador Meese. Bork, a pesar de su natural inclinación hacia el originalismo, debió al parecer pagar el costo de una filiación ideológica que cada senador activista y cada organización movilizadas en su contra se esmeraron en atribuirle.

Este último punto es de gran importancia. Indagar a qué grado la candidatura del juez Bork fue tratada como un asunto *político*, permitirá sopesar la influencia que pueden tener algunos senadores, en especial dentro del Comité Judicial, para descartar a un posible magistrado, supuestamente por motivos de incompatibilidad de visiones jurídicas, cuando en realidad la filosofía constitucional del verdadero juez Bork fue considerada sólo tangencialmente, así como su integridad, solvencia moral y competencia profesional, facetas que la Constitución misma destaca como

cualidades necesarias en un candidato. Esto, a su vez, aportará elementos para evaluar la afirmación de Dworkin de que gracias a Bork –su presencia ante el Comité y sus razonamientos en defensa de la intención original de los constituyentes– el originalismo está hoy extinto.

B. Robert Bork fue insistentemente criticado por su conservadurismo y por su supuesta intransigencia en la defensa de la intención original de los fundadores. Por un lado, fuera del Senado, las campañas en su contra lo presentaban como un constitucionalista radical que amenazaba con cancelar los derechos políticos y sociales alcanzados durante los últimos cincuenta años. Por otro lado, en el Comité, los senadores que se oponían a su confirmación no dejaron de recalcar su carácter doctrinario y formalista, censurándolo por estar fuera del *mainstream* constitucional norteamericano. El hecho es que en los dos ámbitos, en las calles y en las comparecencias, sus detractores le caricaturizaron con demasiada frecuencia, deformándolo de la manera más conveniente para satisfacer sus objetivos. Ello se explica, naturalmente, por la creciente *politización* del nombramiento, desde el momento en que éste fue anunciado por la Casa Blanca, hasta que el pleno del Senado emitió su voto desfavorable.

Ante todo, debe decirse que no hay nada extraño en el hecho de que la postulación de Bork haya sido politizada. El proceso de nombramiento y ratificación de magistrados de la Corte es en sí político, como lo es la relación misma entre los poderes ejecutivo y legislativo. Sin embargo, debe plantearse la pregunta de si el Senado puede, legítimamente, rechazar a un candidato por razones *políticas*, o bien debe confinar su examen a comprobar sus habilidades y prudencia, incluyendo su visión constitucional, si éste está dispuesto a ofrecerla. Para responder, es necesario volver atrás, al inicio de este Capítulo, y replantear la interpretación de la sección 2 del Artículo Segundo de la Constitución. ¿Qué papel tiene realmente el Senado en el proceso de confirmación de los nombramientos de

jueces de la Suprema Corte?

Como ha sostenido el jurista Charles L. Black, suprimir las opiniones políticas del candidato, del conjunto de factores que un senador puede analizar para decidir su voto a favor o en contra, equivale, en la práctica, a establecer que ciertas cosas que influyen de modo determinante en la forma en que un juez se conducirá en la Corte, *no* pueden ser consideradas.²²⁰ El Senado, desde luego, repudia esta posibilidad y demanda que la frase “consejo y consentimiento” incluida en la Constitución avale, sin cortapisas, la valoración política del nominado.

En apoyo a este punto de vista, considérese la facultad similar que tiene el Senado para aprobar los nombramientos del presidente de funcionarios dentro del poder ejecutivo. En este caso, los funcionarios son agentes del presidente, en tanto están obligados a llevar a cabo sus instrucciones, cumpliendo su papel de subordinados. Si el Senado negara su consentimiento al nombramiento que realiza el presidente por discrepar con su orientación política, asumiendo que, de acuerdo con la regla *Myers* discutida antes, ésta es aceptable para el titular del ejecutivo que los ha postulado, se diría que el Senado interfiere en la relación de subordinación avalada por la Constitución. El poder judicial claramente no es una entidad subordinada al presidente, de modo que las razones señaladas, que limitan la acción del Senado, se aplicarían de igual forma al ejecutivo en el caso de que éste pretendiera utilizar el nombramiento de magistrados para ejercer control sobre el poder judicial. Adicionalmente, dado que la rama judicial dentro del esquema republicano está exenta del control mayoritario o democrático, podría sostenerse que las instancias democráticas están autorizadas para supervisar con algún detalle la conformación de sus cuadros, en especial tratándose el máximo tribunal. Por último, podría también suponerse que quienes entre los constituyentes apoyaban el proceso de nombramiento como facultad exclusiva del Senado y a la postre votaron por la fórmula compartida, debieron negociar su asentimiento y obtener algo a cambio, en lugar de simplemente retractarse de su postura inicial. Lo obtenido bien pudo ser

dar al Senado un papel al menos tan preponderante como lo es el del ejecutivo.

Todos estos elementos, como puede verse, apuntan a legitimar la incursión de la Cámara de Senadores en el terreno político del proceso de confirmación.²²¹ Los cuestionamientos lanzados contra Bork, con el fin de revelar sus preferencias en este terreno, así se tratara de preferencias “jurisprudenciales” que, a su vez, pudieran tener consecuencias políticas, serían aceptables como medida de la aprobación que un senador está dispuesto a dar respecto a un nombramiento presidencial, siempre y cuando se realicen abiertamente. Es decir, la naturaleza política del proceso debe quedar al descubierto, e igualmente las posiciones adoptadas por los legisladores. El propio Bork, en un punto del debate, declinó argumentar en contra de la adopción de criterios políticos para el examen de su candidatura. Un senador republicano favorable a su causa, buscando descalificar el uso de estos criterios, le preguntó:

“¿Le parece importante que los constituyentes hayan dispuesto el requisito de mayoría de dos tercios para el consejo y consentimiento del Senado en el caso de los tratados propuestos por el presidente, pero no hayan incluido el mismo requisito de voto para los nombramientos del ejecutivo? [y cuando Bork no pareció captar la implicación de la pregunta:] ¿Qué tan deferente debe ser el Senado, de acuerdo con los fundadores, a los nombramientos del ejecutivo?”

A lo que el juez Bork respondió:

“Desearía poder decir que creo que muy deferente, pero no tengo idea de cuán deferente los fundadores estimaron que fuera.”

Y más adelante:

“Considero que dada la naturaleza de la estructura del proceso de nombramiento y del proceso de confirmación y la estructura de las entidades involucradas, el Senado debe asegurarse de que la filosofía judicial del candidato es respetable y apropiada para la Suprema Corte de Estados Unidos.”²²²

Nada más apropiado para las intenciones de los senadores demócratas que

querían su cabeza. Lo que aún debe aclararse, no obstante, es si la politización del proceso, y en especial la forma en que los senadores demócratas generaron la campaña de desprestigio y condujeron el debate, llegó a impedir la objetividad en el interrogatorio del candidato, nublando el hecho mismo de que se le ratificaría o no *por motivos políticos*. En perspectiva, puede afirmarse que el Senado rechazó a Bork porque no compartía la teoría originalista con la que éste se identificaba, lo que no significa, precisamente, que le negara la confirmación por considerarle inconveniente (*unfit*) para ocupar un lugar en la Corte. Con toda deliberación, algunos senadores opuestos a la candidatura perdieron la objetividad frente a Bork, pues lo que trataban era cubrir una agenda política predeterminedada, a la vez que extraían suficientes elementos para condenar la intención original como un criterio “inmoral”.

Las comparecencias ofrecen varios ejemplos que muestran a un Bork más conciliador, no como el originalista intransigente que los medios se esforzaban en presentar. He aquí dos de ellos. En primer lugar, en las discusiones sobre *Griswold*, Bork insistió en formular una crítica al razonamiento del magistrado Douglas, no una descalificación sumaria del derecho a la privacidad. Una y otra vez, su intención fue deslindarse del *modo* en que Douglas había derivado este derecho de las garantías contenidas en el *Bill of Rights*, subrayando que nada se perdía en relación con el concepto de intimidad implícito en la Constitución si se declaraba como un error la deducción que hacía Douglas de un nuevo derecho fundamental a la privacidad. Lo importante era, en todo caso, abordar la definición de este derecho mediante otros argumentos. Bork tuvo oportunidad de elaborar sobre este punto, respondiendo a una pregunta expresa del senador Biden:

Biden. Hablemos del caso *Griswold*. La Corte dijo [en ese caso] que la ley [que prohibía el uso de medios anticonceptivos] violaba el derecho constitucional a la privacidad de los matrimonios. Usted criticó esta opinión en numerosos artículos y discursos, empezando en 1971 y recientemente en el 26 de julio de este año...

Bork. Déjeme aclararlo. Yo objetaba la *forma* en que el juez Douglas, en esa opinión, dedujo este derecho. Puede ser posible deducir una objeción en contra del estatuto en alguna otra forma. No lo sé. Pero partiendo de la suposición [...] de que no hay nada en la Constitución, bajo cualquier *método legítimo* de argumentación constitucional, relativo a una u otra [objeción], todo lo que estoy diciendo es que el juez no tiene elementos para preferir un resultado frente al otro.

Biden. ...Bueno, ese es mi punto: entonces [el derecho a usar anticonceptivos] no es un derecho constitucional. No es que quiera ser farragoso, ni entrar en una discusión de profesor, pero me parece que lo que usted está diciendo es lo que yo dije, que no existe tal derecho.

Bork. No senador, eso es lo que estoy tratando de poner en claro. Mi argumento es que el *modo* en el que este derecho elaborado por el juez Douglas, el *modo* en que lo hizo, no prueba su existencia. Todo lo que he hecho es indicar que el derecho a la privacidad, definido o indefinido por el juez Douglas, es un derecho a la deriva (*free-floating*) que no se deduce *por principio* de los materiales constitucionales. Eso es todo lo que he hecho.

Y más adelante:

Biden. Conuerdo con la racionalidad ofrecida en el caso. Permítame leérsela. Resulta que estoy de acuerdo con ella. Dice, en parte: “¿habremos de permitir que la policía invada los sagrados espacios maritales en su búsqueda de señales de uso de anticonceptivos? La idea es repulsiva para las nociones de privacidad que rodean la relación matrimonial. Tratamos con un derecho a la privacidad que es más antiguo que el *Bill of Rights*. El matrimonio es una unión para bien o para mal, con la esperanza de perdurar, e íntimo al grado de ser sagrado. Esta asociación promueve una forma y armonía de vida. Es lealtad de uno al otro, no proyecto comercial o social.

Bork. Estaría de acuerdo con cada palabra, pero esa no es [...] la racionalidad en el caso. Esa es la retórica al final del caso. Lo que objeto es la *forma* en que este derecho a la privacidad ha sido creado.

Biden. Por lo que escucho, usted no cree que haya un derecho general a la privacidad en la Constitución.²²³

El senador demócrata trataba, infructuosamente, de empujar a Bork hacia terrenos más doctrinarios, esperando que descartara por completo el derecho a la privacidad, en virtud de su dudoso origen. Biden necesitaba que Bork condenara el *resultado* de la

argumentación del juez Douglas, sin entretenerse en la derivación del principio de privacidad ni mucho menos intentar razonar una defensa alternativa de este derecho. Aparentemente, como se aprecia en el diálogo transcrito, Biden tenía frente a sí la distinción entre el modo de argumentación y su consecuencia, pero se negaba a apreciarla, insistiendo en antagonizar con Bork. Notemos, para bien de nuestro argumento, que lo más que muestra este intercambio, es que Biden y Bork no podían ponerse de acuerdo sobre el razonamiento, pero no que hubiera un conflicto entre ambos sobre la *substancia* de la privacidad en tanto derecho.

En segundo lugar, la actitud conciliadora del juez Bork también se observa en su tratamiento de la noción del precedente, que era crucial para los demócratas que vaticinaban la caída de los derechos liberales a manos del originalismo. El senador Biden, por ejemplo, no dejó de señalar la supuesta convicción del candidato de que muchos casos ya decididos por la Corte debían revisarse:

Biden: Si usted piensa que debe reconsiderar la racionalidad, la racionalidad de *Griswold*, eso me preocupa en extremo. Si usted considera que debe reconsiderar la racionalidad de *Roe*, eso preocupa a mucha gente.

Bork. [...] se requeriría el acuerdo de muchos magistrados para reconsiderar un caso.

Biden. Pero no el *principio*, porque el principio podría aparecer de nuevo. [...] No es que vaya a reconsiderar *Griswold*, pero el principio contenido en el caso es factible que aparezca de nuevo...²²⁴

Muchos de los críticos de Bork utilizaron el provocador tema del precedente para mostrar que su postura constitucional planteaba un serio riesgo de involución en materia de derechos sociales. Por ejemplo, para Kathleen M. Sullivan²²⁵ –citada a comparecer en contra–, la postura adoptada por Bork en el caso *Dronenberg* antes mencionado,²²⁶ reticente a aceptar el derecho a la privacidad aún sobre la base del *stare decisis*, significaba negar que las cortes estuvieran obligadas a aplicar un principio “jurisprudencial,” cuando éste ya había sido utilizado con anterioridad en otros fallos. Para Sullivan, rechazar de esta forma la lógica del precedente, *desde* el poder

judicial, constituía una seria transgresión de la moderación que todo magistrado debe observar si trabaja dentro del marco de un sistema de casos.

Como en la discusión sobre la privacidad, en materia de precedente Bork no daba pruebas de intransigencia ni se apartaba demasiado de la línea tradicional que, sin calcar la concepción estricta del precedente que figura en el *common law*, aparecía en muchas de las decisiones liberales recientes de la Corte. Los senadores que estaban en su contra buscaban que Bork declarara, sin matices, que lo que importaba era la intención de los constituyentes, y que en el examen de cualquier decisión de la Corte, sin importar su popularidad o el tiempo que llevara vigente, se debía volver a ella y corregir, si era necesario, la decisión. El originalismo estricto, al estilo Meese, podría admitir una visión tajante como ésta, pero Bork no llegó siquiera a acercarse a esta posibilidad en las comparecencias. Considérese el siguiente intercambio entre el senador republicano Orrin Hatch y el juez Bork sobre *Roe v. Wade*, específicamente sobre la racionalidad que *Roe* deriva de *Griswold*:

Bork. Es lo que yo objeto del caso. No cuenta con un razonamiento legal que funde el derecho al aborto en materiales constitucionales.

Hatch. Asumo que su preocupación sobre el razonamiento del caso no significa, necesariamente, que usted revertiría la decisión si fuera un juez de la Suprema Corte.

Bork. No [i.e., no necesariamente la revertiría]. Si el caso, o algo parecido, surgiera, y el caso requiriera una completa reconsideración del precedente, que podría no ser el caso, preguntaría en primer lugar al abogado: “¿Puede usted deducir de la Constitución, por principio, un derecho a la privacidad, [aún si éste no se encontrara] en una de las enmiendas específicas, de modo que yo sepa de dónde lo obtuvo o qué cubre?” Existen derechos que no están expresamente mencionados en la Constitución, como el derecho a viajar... Es concebible que pudiera hacerlo, no lo sé. Si no pudiera hacerlo, le diría: “Bueno, si no puede deducir un derecho general a la privacidad, puede usted derivar un derecho al aborto, o al menos una limitante a las leyes anti-aborto, de una forma legítima, a partir de la Constitución?” Si luego de escuchar el argumento no pareciera que aporta una teoría viable, le diría: “Quisiera que argumentara por qué éste es el tipo de caso que no debiera ser invalidado.” Porque obviamente, hay casos que vemos en retrospectiva y decimos que son erróneos, o que no son compatibles

con la intención original, pero no los invalidamos por una variedad de razones.²²⁷

Entre estas razones se hallan las expectativas y las instituciones políticas y sociales, que han nacido y se han desarrollado al amparo de las decisiones supuestamente erróneas. Estos factores, importantes desde el punto de vista de lo que podría llamarse *prudencia* jurídica, impiden que el juez identifique los casos que no se apegan a la intención original y simplemente los deseche. “La nación –llegó a señalar Bork– ha crecido en modos que no cuadran con las intenciones de quienes escribieron la Constitución, y desde luego es demasiado tarde para volver atrás y desbaratar todos esos cambios.”²²⁸ La siguiente declaración, más prolija, dibuja mejor la posición de Bork sobre el tratamiento que debe darse al precedente en la esfera constitucional:

Bork. Será un placer discutir mi enfoque general del *stare decisis* y los tipos de factores que yo consideraría... En primer lugar debe estar claro que la decisión previa era errónea. Quiero decir, no sólo dudosa, sino realmente incorrecta en términos de teoría constitucional. Pero eso no es suficiente para invalidarla... He discutido estos factores antes. Por ejemplo, el desarrollo de expectativas privadas por parte de la ciudadanía. El crecimiento de las instituciones, instituciones gubernamentales, instituciones privadas, en torno a un fallo... La necesidad de continuidad y estabilidad en la ley. La necesidad de certidumbre en la doctrina jurídica.²²⁹

Y nuevamente en otro momento de las comparecencias, donde Bork explica al senador Arlen Specter (único republicano en el comité que votó por no confirmar) su dificultad para asumir las ideas de Meese sobre el precedente, es posible encontrar opiniones prudenciales que matizan su originalismo:

Specter. [...] y el procurador general Meese dijo [citando a Charles Warren] “como quiera que la Corte interprete los preceptos constitucionales, la Constitución es aún la ley, no las decisiones de la Corte. [La decisión de la Corte es vinculante] pero no establece una ley suprema de la Unión [*supreme law of the land*] que sea vinculante para todas las personas y las partes del gobierno de aquí

para siempre” [...] Mi pregunta para usted es, ¿está de acuerdo con lo que dice el procurador general Meese?

Bork. Bueno, no estoy seguro de saber qué significa, senador, pero déjeme decir lo siguiente. [Meese] comenzó diciendo que alguien sostenía que el Congreso y el Presidente también pueden interpretar la Constitución, lo que es bastante cierto. [...] Pero una vez que se ha hecho esto, la Suprema Corte –las cortes y en última instancia la Suprema Corte, son quienes determinan lo que la Constitución es. Cuando la Corte decide un caso, como creo lo dijo Lincoln en sus debates con Steven Douglas sobre *Dred Scott*, que no era su deseo cuestionar la decisión o declarar que nadie estaba obligado por ella, pero uno es libre de volver atrás y preguntar a la Corte en un caso futuro si cambiará de opinión.

Y creo que eso es cierto por un tiempo. Creo que fue el profesor Herbert Wechsler quien dijo que uno puede pedir a la Corte que reflexione sobre una decisión, hasta que quede claro que el asunto está resuelto y asentado [*settled*], y cuando está asentado, está asentado. Y esto embona, por supuesto, con la discusión que tuvimos sobre el precedente y el respeto que se le debe. Las cortes pueden repensar las decisiones pero, como he dicho antes, puede ser muy tarde para repensarlas por una variedad de razones.²³⁰

Una y otra vez, Bork dejaba en claro que el hecho de no estar de acuerdo con un razonamiento de la Corte no significaba que uno quisiera invalidarlo,²³¹ aunque los senadores opuestos a su candidatura no notaran esta salvedad, o no quisieran hacerlo.

Al término de las comparencias, algunos senadores declararon que efectivamente votarían en contra por considerar a Bork “políticamente inaceptable;” ésta era, al menos, una confidencia nacida de la sinceridad. Otros, quienes sentían que debían arropar sus prejuicios personales con lenguaje elegante, anunciaron que votaban en contra por razones no-políticas, y se embarcaban en argumentos liberales que condenaban el originalismo en nombre de la justicia. Sin embargo, el análisis del diálogo entre Bork y los senadores, lejos de presentar a un candidato extremista o peligroso para la salud de las “conquistas” sociales impulsadas por la Corte, exhibe a un juez Bork proclive a la prudencia y la moderación, inclinado a conversar largamente sobre sus puntos de vista más controvertidos, donde con frecuencia debía explicar los límites de las posturas que había adoptado, reiterar su respeto al

precedente y aclarar lo que dijo y lo que no dijo.²³² Si el debate en el Comité no produjo las pruebas para condenar a Bork que Kennedy y Biden buscaban, entonces tanto el rechazo político como el no-político tendrían que calificarse de excéntricos, de haber perdido el centro de gravedad que mantenía al proceso de comparecencias dentro de los límites de lo razonable. Parece justificado, por ello, afirmar que el enemigo verdadero del bando anti-Bork no era el juez Bork o el académico Bork, sino el ideario originalista acogido por la administración Reagan, como expresión de cierta derecha republicana que los senadores Kennedy y Biden estaban resueltos a exterminar.

Conclusión: la Constitución inmarcesible

En este estudio nos ha parecido apropiado comenzar con la exposición de las cláusulas constitucionales en las que se aborda el poder judicial, la figura de los magistrados y la relación de estos con los otros poderes. Asimismo, hemos subrayado la importancia de varios artículos de *El Féderalista* por el apoyo fundamental que brindan a la interpretación del texto constitucional, en especial en lo relativo a la revisión judicial como emblema de la autoridad de la Corte, la cual emana de la Constitución (y ésta, a su vez, de la voluntad popular) y prepara a los jueces para ocupar un sitio peculiar entre los poderes ejecutivo y legislativo. El hecho de iniciar con la Constitución fue deliberado en dos sentidos: por un lado, expresa nuestra visión de que los juicios de los constituyentes en torno a la forma de gobierno que Estados Unidos adoptaría tiene precedencia sobre cualesquiera otras concepciones constitucionales, más o menos sofisticadas, que hayan aparecido en la historia jurídica y política estadounidense. Por otro lado, revela la importancia de la Constitución como guía y pauta en el análisis del comportamiento de la Corte en épocas subsecuentes, frente al cual pueden ser evaluadas las opiniones de los magistrados y, desde luego, las opiniones de legisladores, funcionarios y analistas que abordan cuestiones constitucionales.

Esta estrategia nos llevó, de inmediato, a considerar casos ejemplares de la Corte –que son la sustancia viva del clausulado constitucional– para tratar de mostrar cómo la interpretación judicial iba dando forma al *review* como “instrumento de gobierno” y, más importante aún, cómo éstos primeros debates delineaban una tensión consustancial al texto constitucional y a la forma de gobierno que perduraría, sin mayores cambios, hasta el presente. Por ello se revisaron los casos de *Marbury* y *McCulloch*, para dar relieve a la autoridad concreta de la Corte de invalidar leyes o preceptos inconstitucionales, y para dejar sentado que la lectura de la Constitución que lleva a cabo la Corte puede acentuar o bien el sentido original del texto, o bien

otro sentido, considerado más actual, prudente, correcto o políticamente más apropiado, en la aplicación de la ley al caso concreto.

El originalismo y el liberalismo judicial son las dos facetas de esta tensión constitucional, y ambas fueron analizadas con algún detalle en el segundo capítulo. Para abordarlas, se optó por seguir de cerca a expositores formados en el derecho, y en la relación de éste con la labor cotidiana de las cortes, es decir, los jueces, pues ello nos pareció adecuado para decantar ambas posiciones en elementos contrastables. De nuevo fue necesario hacer referencias constantes a las opiniones de los magistrados, útiles para dilucidar la intención tanto de originalistas como de liberales, así como al desarrollo de la nueva legislación constitucional que emergió tras la Guerra Civil, para insistir en la interpretación judicial que fue necesaria para convertir las nuevas cláusulas en herramientas de una y otra postura. Este fue el propósito de abordar lo que se ha llamado la nacionalización del *Bill of Rights*.¹

La postura originalista y la liberal han estado en serio conflicto respecto de temas controvertidos en Estados Unidos, como el aborto, la separación entre iglesias y Estado, la cuestión racial, el federalismo, la libertad de prensa o la pena de muerte. Esta tesis se ha enfocado en dos materias igualmente polémicas, cuyo análisis nos ha permitido confrontar las posturas interpretativas ya expuestas, sin que su oposición resulte inútil ni tajante sea su descalificación. El derecho a la privacidad y el derecho al resarcimiento por negligencia, son garantías que se discuten acaloradamente en nuestros días. Creemos que la consideración que la Corte ha hecho de ambas ilustra la fuerza, o la falta de ella, con que la Constitución protege estos derechos.

1. En las secciones aludidas se hizo mención de algunos de los casos más notables en la época de postguerra (i.e., post 1865), como *Dred Scott*. El tema racial, en sus muchas dimensiones, no se ha abordado en este estudio, más que tangencialmente. *Dred Scott* y, desde luego, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), y *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), son casos ejemplares que demandan un tratamiento aparte.

En el caso de la privacidad, el tercer capítulo lleva a cabo un minucioso análisis de la argumentación presentada por los jueces de la Suprema Corte en la decisión sobre *Griswold*. Tratándose de la inauguración de un derecho constitucional –como hemos tratado de mostrar–, ha sido importante dedicar algunas páginas al “raptó” liberal del magistrado Douglas y enfatizar la importancia de los disensos de Black y Stewart. La invasión de la esfera legislativa, no obstante los llamados a defender la esfera privada, fue innegable.² Se ha apuntado la necesidad de dar a la legislatura de Connecticut su debido lugar en esta controversia.

En el caso del resarcimiento por negligencia, se abordó *DeShaney v. Winnebago* –un caso surgido de un hecho lamentable– para mostrar que la Constitución no protege a los ciudadanos de la violencia ejercida por otros ciudadanos. No existe en el texto constitucional, ni fue la intención de los fundadores, ofrecer un derecho al individuo privado para exigir al gobierno una compensación por el agravio cometido por otro individuo, si se muestra que no existía una relación especial entre el Estado y el agraviado. Hemos tratado de mostrar, asimismo, que la consideración de los méritos del caso no produce una distinción fuera de toda duda respecto a dicha ‘relación especial’, por lo que la argumentación del magistrado Brennan debe considerarse con detenimiento. Con todo, el propósito fundamental, i.e., la demarcación entre la injusticia y la responsabilidad constitucional, parece haberse alcanzado.

Finalmente, con el objetivo de remarcar la dimensión política del conflicto conceptual que anima a la tesis, abordamos la nominación del juez Bork a la Suprema Corte de 1987 y el debate –y combate– legislativo que le siguió. Dado el poder sustancial que tiene el presidente a través de su facultad de nombrar jueces a las cortes federales y a la Suprema Corte, y habida cuenta de las credenciales

2. Tras *Griswold*, la Corte fue dando gradualmente mayor contenido al nuevo derecho. El siguiente caso que abordó la cuestión fue *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

‘conservadoras’ y aún ‘radicales’ de Bork, no extrañó que este conflicto conceptual haya sido utilizado por los senadores Biden y Kennedy para orquestar una campaña de desprestigio en su contra, en la que una discusión constitucional teórica se convirtió en una cruzada mediática del bien contra el mal. La inclusión de Ronald Dworkin en la controversia, no obstante su prestigio, no pareció contribuir a elevar la calidad del debate. Hoy en día, quedan como testimonio de este capítulo en la historia político-judicial de Estados Unidos los textos que Bork y Dworkin publicaron años más tarde, *The Tempting of America* y *Freedom's Law*, respectivamente, cuyos títulos dan ya una idea de la profundidad del desacuerdo.

Esta tesis ha buscado defender una lectura original de la Constitución, tanto por principio como por las ventajas concretas –y menores riesgos– que ello tiene en el ejercicio de la autoridad judicial. Sin embargo, la confrontación de este enfoque con visiones liberales o evolutivas de la Constitución no debe ser inútil, ni provocar la idea de que en la tarea interpretativa sólo hay dos posturas claramente distinguibles. Por ello, hemos enfatizado la importancia de una tensión original presente en el texto constitucional, justificada por Hamilton mediante la metáfora del poder y el juicio, recogida en el epígrafe al inicio, y sobre el que puede abundarse.

En el análisis del sistema constitucional de Estados Unidos nos enfrentamos con una cuestión de autoridad y tradición, no sólo de democracia. Este sistema, tal y como lo concibieron los Padres Fundadores, no es totalmente democrático, como se ha mostrado ya en la discusión sobre el papel contramayoritario de la Corte. Asimismo, la Constitución revela y sostiene una visión particular de la política, sujeta con los principios de la forma republicana de gobierno y de la representación política, que no está abierta a la discusión, excepto bajo circunstancias previamente prescritas en el texto constitucional mismo. El consentimiento de los gobernados es una importante característica de la idea republicana en Estados Unidos, pero ello no significa que la república o la

Constitución requieran un consentimiento permanente y plebiscitario, que deba discernirse periódicamente mediante revisiones profundas de la ley fundamental.

En su intento por transformar a la sociedad y la política norteamericanas, la Suprema Corte, en especial la Corte Warren, encabezó una revisión profunda de la ley fundamental, inspirada en ideales liberales. El resultado bien puede ser compatible con los principios constitucionales introducidos por los constituyentes en el *Bill of Rights* y en las enmiendas más usadas por los magistrados liberales en el siglo pasado (las *Civil War Amendments*), pero es la intención y la voluntad judicial lo que debe motivar una reflexión crítica. Hemos de preguntarnos nuevamente si no es más adecuado que sea la política y la sociedad los factores de cambio en el esquema republicano de Estados Unidos, y no los jueces. La intención de los Fundadores parece ir en este sentido. La Corte no está llamada a intervenir en las discusiones constitucionales, decidiendo *ex aequo et bono*. A diferencia de la Corte Internacional de Justicia, que en el artículo 38 de su estatuto incluye esta fórmula, la Suprema Corte de Estados Unidos cuenta con una Constitución escrita que, como lo señala *El Federalista*, claramente limita los poderes del Estado y prescribe la naturaleza de las instituciones de gobierno, señalando contornos legales a una supuesta visión de justicia que pudiera suponerse inmersa o implicada por el texto constitucional.

Por ello es que hemos señalado en varias secciones de este estudio que la Corte no debe decidir casos con base en los juicios morales propios de los magistrados, ni con base en su sentido de justicia, vergüenza o admiración. Estos criterios juegan un papel central en las decisiones políticas de los ciudadanos, y con frecuencia son utilizados con éxito en la promoción o el denuesto de políticas públicas; incluso son permisibles en el debate legislativo, en el que, junto con los intereses de los grupos

sociales, asumen una dimensión moral.³ Sin embargo, no tienen cabida en decisiones judiciales de control de la constitucionalidad que, idealmente, se concentran en la aplicación del derecho escrito y del precedente al caso concreto. La complejidad de los casos que aborda un tribunal federal puede ser agobiante, pero analizada en sus méritos, toda demanda o exigencia de resarcimiento que se sustente en criterios de inconstitucionalidad, encontrará su lugar en este debate entre el juicio moral y la aplicación del derecho.

El argumento en el que se basa esta posición es relativamente simple: el pueblo tiene la facultad, con base en los procedimientos legislativos, de convertir en leyes sus preferencias morales y sus compromisos sociales, los cuales son, en sí mismos, definiciones específicas del bien público, es decir, de una concepción del bien públicamente aceptada. Sin embargo, no toda ley o preferencia moral es jurídicamente válida, sino sólo aquellas que son compatibles o se apegan a los principios de la estructura institucional básica delineada en la Constitución. La Constitución define estos principios y atribuye al poder judicial la facultad de revisar toda legislación federal para evaluar su constitucionalidad, con apego al documento fundacional escrito. En casos de desacuerdo popular con los preceptos constitucionales, es el pueblo mismo, no las cortes, el encargado de acometer su modificación mediante la acción de sus representantes legislativos, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo Quinto de la Constitución. Procurar que este mecanismo se cumpla, dando a los poderes legislativo y judicial las atribuciones que se ilustran en *El Federalista*, significa procurar que la forma republicana de gobierno perdure, sustentada en la voluntad popular y la separación de poderes.

³. La moralidad en asuntos legislativos juega un papel central. Toda ley incorpora un juicio moral particular, así como una decisión de compromiso entre sectores sociales, representando una visión específica de los derechos y obligaciones que la cooperación social hace necesarios. En este sentido, las leyes son, como sostuvo el magistrado Holmes, fruto tangible del “libre mercado de las ideas” (véase su disenso en *Gitlow v. New York*).

La autoridad y la tradición asociadas con la Constitución nos remiten al origen republicano, al momento constituyente. Los redactores del documento de Filadelfia abordaron su labor con el convencimiento de que los preceptos constitucionales de entonces tendrían vigencia décadas adelante; para ellos la Constitución era “fundamental”, “preeminente” y “duraría para siempre”, o al menos “duraría por generaciones”. Su propósito fue diseñar un documento no restringido a las circunstancias transitorias del momento político que vivieron, sino consolidado con lo que la historia y la filosofía política habían mostrado ser los atributos de la naturaleza humana; un documento que no era el resultado del azar o de algún accidente en la marcha sinuosa de la historia, sino de la reflexión y la elección racional.⁴ Por ello, la Constitución no fue utópica, sino realista, breve, e incluso administrativa en muchas de sus cláusulas. Su permanencia y su relevancia para el presente radican en su aceptación de la imperfección humana y en su diseño de instituciones adecuadas para resistirla. El gobierno concebido por los constituyentes habría de ser, de acuerdo con Madison, un gobierno fuerte y capaz de gobernar a ciudadanos comunes, movidos por ambiciones, miedos e intereses también comunes. Un gobierno republicano poderoso, pero también obligado a controlarse a sí mismo. Un gobierno, en fin, en el que la justicia existiese bajo la ley.

4. Como lo afirmó Hamilton en *El Federalista* No. 1.

Notas

1. La Constitución y sus enmiendas han sido objeto de frecuentes ediciones. Una edición útil es E. Conrad Smith [y] H. J. Spaeth (eds.), *The Constitution of the United States*, Bicentennial Edition; New York: Barnes & Noble, 1987. Una posible traducción al español es *The Constitution of the United States of America in Various Foreign Languages: Spanish*. Washington: Library of Congress, 1993.

2. De manera complementaria, es importante señalar que, en vista de que la Constitución dejó en manos del Congreso la creación de las cortes inferiores, correspondió a la primera legislatura discutir y aprobar la ley del poder judicial. En 1789 fue promulgado el primer Judiciary Act, con lo que se estableció un sistema judicial uniforme para toda la nación, equilibrado en sus dimensiones federal y estatal, con la Suprema Corte en el vértice y compuesta por cinco magistrados asociados y un magistrado presidente, éste como *primus inter pares*. El Congreso, siguiendo el mandato constitucional, creó trece cortes federales de distrito con un juez cada una (un distrito por cada uno de los once estados existentes en la época y dos distritos adicionales, en Virginia y Massachusetts, para Kentucky y Maine) y tres cortes de circuito, cada una integrada por dos jueces de la Suprema Corte y un juez de distrito. Más abajo se ubicarían las cortes estatales, más numerosas, establecidas por las legislaturas de los estados. Esta primera distribución sería alterada, en 1801, por el segundo Judiciary Act, propiciado por razones políticas y controversias sobre las atribuciones propias de las cortes federales y estatales. Más tarde, conforme el país evolucionaba, el arreglo institucional y jurisdiccional del poder judicial se alteraría, pero siempre guardando una consistencia básica con el

texto constitucional. Véase Kelly, Alfred H.; W. A. Harbison [y] H. Belz, *The American Constitution. Its Origins and Development* (7a edición); New York: Norton, 1991; pp. 159-167.

3. Según lo dice Isaac Kramnick en su introducción a J. Madison, A. Hamilton [and] J. Jay, *The Federalist Papers*, London: Penguin, 1987. Todas las traducciones de citas en esta tesis, a menos que se indique otra cosa, son propias.

4. Hacia mediados de enero de 1788 cinco convenciones estatales habían ratificado la Constitución: Delaware, New Jersey y Georgia por unanimidad; Connecticut y Pennsylvania por mayorías de dos o tres a uno. Maryland la aprobó el 28 de abril y Carolina del Sur el 23 de mayo por amplias mayorías. La Constitución enfrentó oposición intensa en los otros seis estados, siendo ratificada el 6 de febrero de dicho año por Massachusetts, el 21 de junio por New Hampshire, el 25 del mismo mes por Virginia y el 26 de julio por Nueva York. El nuevo gobierno de los Estados Unidos comenzó a operar el 30 de abril de 1789. Carolina del Norte ingresó a la Unión en noviembre de ese año y Rhode Island poco más de un año después.

5. La posición que favorece Publius es la del bando federalista o constitucionalista, opuesto al anti-federalista, que fue la corriente de pensamiento político que apoyaba una mayor autoridad de los estados frente al gran gobierno "nacional", por considerarlo una amenaza para la libertad. Entre los federalistas figuraban Hamilton y Madison, así como James Wilson y Gouverneur Morris, que participaron activamente en la redacción de la Constitución. Los anti-federalistas, que basaban su postura en la forma de gobierno que había sido dispuesta por los Artículos de la Confederación de 1781, incluían a líderes del periodo revolucionario como Patrick Henry, George Mason y Richard Henry Lee, entre otros varios. De este último destaca la serie de artículos periodísticos "Letters of the Federal Farmer" a favor del

punto de vista anti-federalista. Véase Hugh Brogan, *History of the United States of America*; London: Penguin, 1985; pp. 184, 197ss.

6. Véase *The Federalist Papers*, ed. de Kramnick, pp. 254-259. Esta declaración de Madison resume la tensión entre las atribuciones federal y local que desde el origen caracterizó al estado norteamericano, la cual se hizo evidente desde los debates de la Convención de Filadelfia. La estructura “nacional” correspondía, en el fondo, al gobierno federal fuerte, y éste a los intereses concretos de los grupos sociales representados por los constituyentes. Como escribió Richard Hofstadter, “[l]a Convención fue una hermandad de varios tipos de propietarios que se encontraban ausentes de sus tierras” (*La Tradición Política Norteamericana*; trad. M. Caso; México: FCE, 1984; p. 40). Asimismo, retomando las ideas del progresista Charles Beard (*An Economic Interpretation of the Constitution*, 1913), Howard Zinn expone que la mayoría de los firmantes del proyecto de Constitución favorecían un gobierno fuerte que protegiera sus propias actividades económicas, propiedades y riqueza financiera. Resultado de ello fue un documento que legitimaba las ganancias políticas del sector más beneficiado con la revolución de independencia. (Véase Zinn, *A People's History of the United States, Revised and Updated Edition*. New York: Harper Perennial, 1995; pp. 89-90).

7. *The Federalist, op. cit.*, No. 78, p. 437ss. Hamilton cita a Montesquieu: “De los tres poderes citados, el Judicial es casi nada” (*Espíritu de las Leyes*).

8. *Ibid.*, No. 80, p. 445.

9. Durante la primera administración de Jefferson, el ala radical del Partido Republicano buscó por varios medios incrementar la influencia política del Congreso sobre las cortes. Entre 1803 y 1805 el recurso legislativo del *impeachment* contra oficiales civiles de Estados Unidos (establecido por la

Constitución en su artículo 1o, seccs. 2 y 3) fue utilizado como arma política para controlar a los magistrados cuya “ética judicial” o preferencia política era incompatible con la mayoría en las cámaras. Destaca, en este sentido, la posición intransigente adoptada por John Randolph, representante por Virginia, en el juicio para destituir a Samuel Chase, magistrado de la Suprema Corte. Aquél sostuvo que el *impeachment* era un “medio constitucional para mantener a las cortes en armonía con la voluntad de la nación, expresada a través de los departamentos políticos”. El fracaso de los intentos republicanos y la absolución de Chase en 1805 permitió que se generara consenso en contra del uso de este recurso como instrumento de una pretendida hegemonía legislativa. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 169-170. En la historia de Estados Unidos ningún juez de la Suprema Corte ha sido destituido de su cargo. El intento de *impeachment* del presidente Andrew Johnson en 1868 –y su posterior exculpación por un voto en el Senado– sí mostró la naturaleza eminentemente política de este recurso. Al constituirse en corte y estar presidida por el magistrado presidente de la Suprema Corte, la cámara de senadores adopta un carácter judicial y se rige por normas legales para alcanzar un fallo; pero eso no es obstáculo para que el Senado mantenga su carácter de asamblea política. La destitución del Presidente o de otro servidor público conlleva siempre una pesada carga de controversia política, por lo que está fuera de lugar censurar al Congreso por una supuesta “politización” del *impeachment*. Ver Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 343-345.

10. Las palabras de Hamilton son: “*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts*”; *ibid.*

11. Los términos utilizados en *El Federalista*, que aquí se vierten como ‘interpretar’ y ‘dilucidar’, son ‘*construe*’ y ‘*ascertain*’. El término inglés ‘*construction*’ normalmente refiere a la forma en que se interpreta una cláusula o un precepto,

distinguiéndose entre interpretación estricta y liberal. La primera atiende a la letra del texto, sin dejar nada a la inferencia, y se sustenta en el sentido técnico preciso del lenguaje usado, dejando sin efecto consideraciones de índole práctica o equitativa. Así, un precepto penal recibe habitualmente una interpretación estricta. La segunda expande el significado del precepto, de modo que se dé un efecto amplio al propósito que lo anima, el cual se asocia más con el espíritu del texto que con su letra. Un precepto retributivo tiende a interpretarse de esta forma. Véase por ejemplo Steven H. Gifis, *Law Dictionary*; New York: Barron, 1991; p. 95.

12. Como lo señala Peter Hay, “[e]l sistema jurídico norteamericano, al igual que el inglés, es metodológica y principalmente un sistema de casos [...] y la extensa y creciente legislación aún está sujeta a interpretación obligatoria a través de precedentes.” En un sistema tal, las cortes inferiores deben apegarse a los fallos (precedentes) y a la *ratio decidendi* (dictámenes) de las cortes superiores. Ver *An Introduction to United States Law*; Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1976; pp. 5, 8.

13. Con todo, el hecho mismo de que la Constitución de Estados Unidos sea un documento *escrito*, aún si la posibilidad de su interpretación o la identidad del intérprete idóneo persisten como un asunto controvertido, introduce la imperiosa necesidad de "reconstruir" (*construe*) dicho texto, pues de ello dependería la eficacia de todo argumento legal. Para los constituyentes, la reconstrucción adecuada del texto constitucional sería aquella acorde con los métodos prevalecientes en la época, es decir, los argumentos del *common law*. Si el derecho común caracterizaba todo razonamiento legal, primordialmente local, éste mismo habría de imprimir sus modalidades a la interpretación constitucional una vez que el estado mismo quedara subsumido a la ley. Véase Philip Bobbit, *Constitutional Interpretation*; Oxford: Basil Blackwell, 1991; p. 5.

14. Véase *The Federalist* No. 83, ed. de Kramnick, p. 462.
15. Como sucede, por ejemplo, en la Gran Bretaña, donde el legislativo, a través de la Cámara de los Lores, tiene facultades judiciales de última instancia (*Supreme Court of Appeal*) para todo el Reino Unido en materia civil y (a excepción de Escocia) penal.
16. Esta inquietud adquirió en la época un relieve notable, pues incluso el propio James Madison llegó a dudar de la conveniencia de conferir a la Suprema Corte de jurisdicción total sobre los casos que se generaran en el ámbito constitucional, como lo establece el artículo 3º, secc. segunda, de la Constitución, que señala: “El poder judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución”. Existe duda –afirmó Madison en una ocasión– de que sea apropiado “extender la jurisdicción de la Corte en general a los casos que surjan de la Constitución, o bien limitarla sólo a aquellos casos de naturaleza jurídica. El derecho de aplicar la Constitución a casos distintos de éstos no debiera ser otorgado a este departamento.” Citado en Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 100.
17. Véase *The Federalist*, No. 81, ed. de Kramnick, p. 451.
18. 1 Cranch 137 (1803). Las indicaciones de casos refieren, por lo general, a los *United States Reports*, i. e., la compilación oficial de las decisiones de la Suprema Corte. En las primeras épocas, la clasificación de los fallos dependía del editor, de ahí la mención de William Cranch (1769–1855), primer compilador.
19. Art. 3, sección 2 de la Constitución.
20. “*The question whether an act repugnant to the Constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest*”. 1 Cranch 176.

21. 1 Cranch 177: “*It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is.*”

22. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 174.

23. En 1 Cranch 166.

24. La doctrina departamental busca resaltar, ante todo, la dimensión política del fallo de Marshall, ubicándolo en un momento histórico en el que el poder judicial corría el peligro de perder independencia frente a los otros poderes. Políticamente, la decisión de la Corte sí le asegura una esfera de acción jurídica exclusiva, pero doctrinalmente tiende a descalificar la evolución de la revisión judicial hacia una concepción más amplia. La intención de Marshall parece apuntar hacia esta concepción más amplia, si bien sea por fiat.

25. Véase Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*; New Haven: Yale University Press, 1986; p. 3.

26. De inmediato podría criticarse la cesión de esta facultad a las cortes, incluida la Suprema Corte, pues los jueces no podrían de suyo garantizar el respeto de límites autoimpuestos, menos aún cuando, a diferencia de los legisladores, no es posible llamarlos a cuentas. De aquí surge la llamada “objeción contramayoritaria”, según la cual no es admisible que un organismo no elegido popularmente esté facultado para censurar la legislación aprobada por quienes sí han sido electos para representar democráticamente a la sociedad en asamblea. El asunto ha sido debatido prolíficamente, pero *El Federalista* mismo –y con éste el propio Marshall– ofrece una explicación convincente. Si las decisiones de los jueces están basadas en la Constitución, la cual establece las normas a seguir, y éstas han sido ratificadas popularmente, entonces no son los jueces los que imponen un contrapeso al pueblo o

sus representantes, sino la Constitución misma y, detrás de ella, el pueblo. Así, la voluntad popular se limita a sí misma. Hamilton observa que no existe superioridad alguna del poder judicial sobre el legislativo, pues “el poder del pueblo es superior a ambos” (*El Federalista* No. 78, p. 439 en la ed. de Kramnick). Véase en general Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

27. La cláusula de supremacía establece: “*This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*” Véase Anexo 1.

28. Dice Marshall: “*It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank.*” 1 Cranch 179.

29. En palabras de Marshall: “[t]he particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.” *Ibid.*

30. Este punto de vista se sostiene, por ejemplo, en Robert H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*; London: Sinclair-Stevenson, 1990, pp. 23-24. Más adelante, en el Capítulo 4, se analizan con detalle las posiciones del juez Bork y las controversias a que éstas dieron lugar.

31. Véase Bickel, *op. cit.*, pp. 14-16.
32. Véase Bickel, *ibid.*, citando a Felix Frankfurter, “A note on advisory opinions”, 37 *Harvard Law Review* 1002-03, no. 4 (1924), donde se remite a los estudios clásicos de Max Farrand, *The Records of the Federal Convention* (1911) y *The Framing of the Constitution* (1913), y Charles Beard, *The Supreme Court and the Constitution* (1912). Es notorio que un constitucionalista de la importancia de Bickel esté dispuesto a admitir la revisión judicial como un *fait accompli*, y partir de ahí en su examen del poder político de la Corte.
33. El mayor interés de la Corte por los derechos individuales y, más aún, su inclinación a llevar a cabo un escrutinio más minucioso de actos de gobierno considerados políticos bajo esta visión “departamental”, se daría hasta el siglo XX. Célebre a este respecto es el señalamiento del juez Harlan F. Stone, en una nota de pie de página en *Carolene Products v. United States*, de 1938, anunciando que es una función apropiada de la Corte contribuir a que la maquinaria democrática del gobierno funcione debidamente, asegurando que los canales de participación política se mantengan abiertos, y dando una especial protección a ciertas minorías. 304 U.S. 144, 152-53, n. 4 (1938).
34. Si bien este potencial habría de comenzar a hacerse efectivo cincuenta años después de *Marbury*, en un fallo de mala fama que convalidaba la esclavitud. El caso fue *Dred Scott v. Sanford*, 19 Howard 393 (1857), decidido por mayoría de 7 a 2 y expuesto por el juez Robert B. Taney, que declaró inconstitucional y nulo el Missouri Compromise Act de 1820, el cual prohibía la esclavitud al norte del paralelo 36°30'. Ver *infra*, nota 64.
35. Cit. en Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 127.

36. *Ibid.*, p. 151.

37. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 185 y más adelante pp. 198-199. La discusión reavivaba una antigua controversia sobre la naturaleza propiamente federal o nacional del Estado norteamericano (véase *supra* nota 5). *McCulloch* tendía a privilegiar un gobierno nacional fuerte, que contara con una Suprema Corte lo suficientemente poderosa para corregir los males de la dispersión política y la división de la soberanía. La Constitución misma era el compromiso entre quienes en la Convención de 1787 favorecían la creación de una nueva “unión nacionalista” y quienes optaban por defender los derechos de los estados originarios y solamente revisar los Artículos de Confederación. Recordemos que de éstos, el artículo 3o exponía que los estados retenían, para todo propósito, su soberanía. Para los nacionalistas –y Marshall podría contarse entre ellos– el problema era “no cómo mejorar el federalismo, sino cómo ser mejor siendo menos federal” (véase Martin Diamond, “The Federalist’s View of Federalism”, en G.C.S. Benson (ed.), *Essays on Federalism*; Claremont, CA, 1961; p. 233, cit. en Gary L. McDowell *Curbing the Courts. The Constitution and the Limits of Judicial Power*; Baton Rouge and London: Louisiana State University Press, 1988; p. 78). Madison, en *El Federalista* No. 51, había admitido que el poder de los estados era un elemento adicional en el sistema de pesos y contrapesos, asegurando una doble garantía a la protección de los derechos del pueblo: “Los distintos gobiernos [federal y estatales] se controlarán entre sí; y al mismo tiempo cada uno se controlará a sí mismo” (p. 321, en la ed. de Kramnick).

38. Textualmente: “*Although, among the enumerated powers of Government, we do not find the word "bank" or "incorporation," we find the great powers, to lay and collect taxes; to borrow money; to regulate commerce; to declare and conduct a war; and to raise and support armies and navies. The sword and the purse, all the external relations, and no inconsiderable portion of the industry of the nation are*

intrusted to its Government. It can never be pretended that these vast powers draw after them others of inferior importance merely because they are inferior. Such an idea can never be advanced. But it may with great reason be contended that a Government intrusted with such ample powers, on the due execution of which the happiness and prosperity of the Nation so vitally depends, must also be intrusted with ample means for their execution”; 17 U.S. 316, en 407-8.

39. “*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional*”, cit. de 17 U.S. 316, en 421.

40. En 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819).

41. El término ‘ideológico’ se utiliza a lo largo de esta tesis en su sentido estadounidense llano, tal y como lo define el diccionario: “*The body of ideas reflecting the social needs and aspirations of an individual, group or culture*” (*The American Heritage Dictionary of the English Language*; New York: Dell, 1976). Deliberadamente se dejan de lado aquí acepciones técnicas del concepto, por ejemplo la muy celebrada de que la ideología es “un sistema organizado de creencias irracionales que manipulan a los individuos para impulsarlos a acciones que promueven el poder político de un grupo o una clase determinados” (en Luis Villoro, *El Concepto de Ideología*, México: FCE, 1985; p. 20).

42. El magistrado Rehnquist fue nombrado por el presidente Richard Nixon en 1971 y elevado al cargo de presidente de la Corte (*Chief Justice*, una suerte de *primus inter pares*) por el presidente Ronald Reagan en 1986. El magistrado Scalia fue nombrado por el presidente Reagan en 1988. Ambos siguen activos en sus respectivos cargos.

43. Scalia se dirigió a la comunidad académica de la Universidad de Cincinnati el 16 de septiembre de 1988 en ocasión de la William Howard Taft Constitutional Law Lecture, y Rehnquist expuso la Will E. Orgain Lecture en la Universidad de Texas el 12 de marzo de 1976.

44. Para los originalistas, la época en que la Suprema Corte estuvo presidida por el juez Earl Warren, de 1953 a 1969, constituye un periodo de radicalismo judicial en el que la Corte llevó a cabo gran parte de su labor sin apearse al texto constitucional, generando nuevo derecho y usurpando así funciones del poder legislativo. En especial, los críticos del tribunal Warren señalan como responsables de este activismo a los jueces Hugo L. Black (nombrado en 1937 por el presidente F. D. Roosevelt), William O. Douglas (también nombrado por Roosevelt, en 1939), William J. Brennan (designado por el presidente Dwight D. Eisenhower en 1956) y el propio Warren (nombrado por Eisenhower en 1953). En este lapso, la Corte decidió casos clave para el desarrollo del constitucionalismo norteamericano reciente, entre los que destacan *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, de 1954), que declaró inconstitucional la segregación racial en escuelas públicas de los estados (junto con *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 del mismo año, similar a *Brown* para el Distrito de Columbia); *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, de 1966), que instituyó prácticas específicas para la detención de sospechosos e inculpados; y *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, de 1965), que dio rango constitucional al derecho a la privacidad.

45. Véase *supra* p. 11 y nota 21.

46. Véase Antonin Scalia, "Originalism: the lesser evil" en *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, no. 3 (1989), p. 854

47. Ver A. Scalia, *A matter of principle. Federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1998; p. 47.

48. La Corte ha apoyado la realización de un examen de esta naturaleza en varias ocasiones, por ejemplo en *Ex parte Bain*, 121 U.S. 1, 12, 787: “No debe olvidarse nunca que en la interpretación del lenguaje de la Constitución, así como en todas aquellas ocasiones en que la interpretación es necesaria, debemos colocarnos lo más cercanamente posible en la condición de los hombres que redactaron el instrumento”.

49. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

50. *Myers* constituyó un caso de gran relevancia para definir la autoridad constitucional del presidente, partiendo de lo señalado por el párrafo segundo de la sección 2, y la sección 3 del artículo II, de la Constitución. En *Myers* la Corte invalidó la destitución del conservador W. E. Humphrey, director de la Federal Trade Commission, ordenada por F. D. Roosevelt, aduciendo que para cumplir cabalmente su función, el organismo debía contar con un titular elegido por él. El tribunal señaló que, por sus atribuciones, la posición ocupada por Humphrey rebasaba la esfera propiamente ejecutiva y tocaba funciones legislativas y judiciales, por lo que la destitución sólo procedía por razones de ineficiencia o desempeño contrario a la ley. Sólo los funcionarios con “responsabilidades puramente ejecutivas”, razonó la Corte, están bajo el control exclusivo del presidente. Esta tesis ha permanecido vigente desde 1926, tan sólo matizada por la decisión de la Corte en *Morrison v. Olson* (108 S. Ct. 1135, 1988), que introduce y valida el concepto de “remoción por causa” para limitar en cierta, pero importante, medida la facultad presidencial de nombrar y destituir a funcionarios del poder ejecutivo. Directamente provocado por el escándalo Watergate, *Morrison* consolidó la figura del

“*independent counsel*”, como funcionario puramente ejecutivo que, sin embargo, no puede ser destituido por el presidente o su procurador general. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 497-98, 669-70, 721, y 751-52.

51. Literalmente, ‘amigos de la corte’. La nota *amicus curiae* puede ser presentada por terceros a la Suprema Corte en apoyo a una de las partes, generalmente para proveer argumentación adicional o elementos técnicos que puedan complementar la labor de los magistrados.

52. Literalmente, ‘apegarse a lo ya decidido’. Gifis, *op. cit.* (véase *supra*, nota 10), refiere que el *stare decisis* es la regla por la cual las cortes del *common law* prefieren no interferir con los principios establecidos en decisiones anteriores e incluso las ratifican cuando, de tratarse de un caso novedoso, pudieran resolver de otra manera. El sistema judicial demanda la fidelidad a la doctrina, a menos que pueda mostrarse una “buena causa” para modificarla (p. 461).

53. La opción para el originalista podría ser mostrar que la palabra “inusual” utilizada en el texto conlleva la aceptación de un significado evolutivo para el término “castigo”, pero, como el propio Scalia señala, no se conoce evidencia histórica en este sentido. Ver Scalia, “Originalism...”, p. 862. Además, si se aceptara la naturaleza evolutiva del concepto, ¿qué evitaría que otras cláusulas controvertidas de la Constitución recibieran el mismo tratamiento?

54. Ver Scalia, “Originalism...”, *id.*

55. El artículo 5o de la Constitución establece que el Congreso, mediante mayoría de dos tercios de ambas cámaras, o bien las legislaturas de dos tercios de los estados, podrán proponer enmiendas al texto constitucional, las cuales entrarán en vigor cuando sean ratificadas por las legislaturas de tres cuartas partes del total de los

estados de la Unión o por la misma proporción de convenciones llevadas a cabo en los estados para este efecto, dependiendo de la modalidad de ratificación que proponga el Congreso.

56. De J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, p. vi (Carolina Academic Press, 1987, original de 1833). Cit. por R. Bork en *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*; London: Sinclair-Stevenson, 1990; p. 5.

57. Tomado de *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920).

58. ‘Discreta e insular’ fue la expresión utilizada por el juez Stone en la mencionada decisión de *Carolene Products*; ver *supra*, nota 33.

59. De William H. Rehnquist, “The notion of a living Constitution”, en *Texas Law Review*, vol. 54, no. 4 (mayo de 1976), p. 695, énfasis añadido. Decimos que esta nota representa una ‘actitud’ por considerar que se trata de un alegato no argumentado a favor de una concepción particular de la Suprema Corte y sus funciones. Más adelante se expone con detalle la postura liberal respecto de la interpretación constitucional, donde esta ‘actitud’ da pie a una posición teórica articulada, si bien fiel aún al espíritu de esta nota.

60. Véase *supra*, nota 21; énfasis añadido.

61. Ver Rehnquist, *op.cit.*, pp. 696 ss.

62. No existe en la Constitución o sus enmiendas mención alguna de esta frase. Cláusulas difíciles en cuanto a su interpretación, incluyen la enunciación de “privilegios o inmunidades de los ciudadanos” (Enmienda XIV, secc. 1), “servidumbre involuntaria” (Enmienda XIII, secc. 1) u “otros derechos que se haya

reservado el pueblo” (Enmienda IX), todas ellas frases controvertidas, pero claramente distintas al señalamiento de ‘dignidad’.

63. Las críticas de los originalistas con frecuencia se enfilan en contra del uso de conceptos vagos como ‘dignidad’ o, incluso, ‘justicia’; al hacerlo, revelan su oposición a una concepción jurídica que estuviera sustentada en el llamado “derecho natural”, es decir en una ley superior al derecho positivo o codificado, específicamente la Constitución original. El debate actual entre iusnaturalismo y positivismo es amplio y no sería éste el lugar para adentrarse en la discusión (véase, por ejemplo, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961). Importa más entender que el derecho natural es, para el originalismo, un atuendo más del evolucionismo constitucional que debe ser rechazado. El connotado juez Hugo Black, en su opinión en contrario en el caso *Adamson v. California* (332 U.S. 46 de 1947) sostuvo que “decidir sobre la constitucionalidad de las leyes examinando las cláusulas particulares del *Bill of Rights* [i.e., las diez primeras enmiendas a la Constitución, que entraron en vigor en 1791] y otras secciones de la Constitución es una cosa; invalidar leyes con base en la aplicación de una ‘ley natural’ supuestamente superior y no definida por la Constitución es otra”. Criticando el recurso al derecho natural que la Corte había planteado en *Twining v. New Jersey* (211 U.S. 78 de 1908), Black afirmaba que la ‘fórmula del *natural law*’ debía abandonarse por ser “una excrecencia incongruente en la Constitución [...] que concede a las cortes, arrebatándosela a la legislatura, autoridad última de decisión en políticas públicas, en áreas donde ningún precepto constitucional específico limita al poder legislativo” (332 U.S. 46, 75). En la época que Black escribió esta crítica, el activismo de la Corte había ya abandonado el recurso al derecho natural, por otro más efectivo (véase la sección 2.2.1). *Twining* se encontraba al final de una larga cadena de casos en que el derecho natural aparecía

como justificación obvia, comenzando con *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810), el primer caso en que la Corte invalidó por inconstitucional una ley estatal, y *Terret v. Taylor*, 13 U.S. 43 (1815), ambos relativos al derecho a la propiedad. En el primero, la Corte invocaba “ciertos grandes principios de justicia, cuya autoridad se reconoce universalmente”, y en el segundo, no dudaba en utilizar tanto principios de justicia natural, como la letra de la Constitución, para sustentar una decisión. En el constitucionalismo norteamericano, la posición clásica en contra de apelar a una idea de justicia natural fue formulada por el juez Iredell en 1798: “... si el Poder Legislativo de la Unión, o los poderes legislativos de los estados, aprueban una ley, dentro del marco de su autoridad constitucional, la Corte no puede pronunciarla inválida, tan solo porque a su juicio dicha ley contradice los principios de justicia natural. Las ideas de justicia natural no se hallan reguladas por ninguna regla fija: los hombres más capaces y puros difieren sobre este tema; todo lo que la Corte puede propiamente decir, en dado caso, sería que el Legislativo –que goza de un derecho igual a opinar al respecto– habría aprobado una ley que los jueces consideran inconsistente con los principios abstractos de justicia natural”, sin que ello llegue a significar que están autorizados a anularla. *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386, 399.

64. Para Rehnquist, la experiencia histórica muestra claramente la equivocación de la Suprema Corte al plegarse a los sentimientos de la época en dos casos. El primero fue *Dred Scott v. Sanford*, de 1857, ya señalado en el primer Capítulo. En ese entonces, la cuestión fue resolver si un hombre de raza negra, Scott, quien había sido llevado desde un estado esclavista a territorio libre (bajo lo dispuesto por el Missouri Compromise de 1820), adquiriría por ese solo hecho su libertad, aunque hubiese retornado a dicho estado con posterioridad. La Corte resolvió que no, argumentando que el Congreso no tenía autoridad para legislar sobre la esclavitud en

los nuevos territorios y que, además, Scott no tenía derecho a solicitar su liberación en las cortes, pues su condición de raza y servidumbre impedían que se le considerara como ciudadano.

Hacia 1820, la admisión de Missouri a la Unión generó un intenso debate sobre si el Congreso podía imponer condiciones a los nuevos estados, relativas a sus asuntos internos. La Cámara de Representantes votó por la abolición gradual de la esclavitud en Missouri, moción que fue rechazada por el Senado y sustituida por el compromiso de admitirle como estado esclavista a cambio de admitir también a Maine como estado libre. En el acuerdo alcanzado, la esclavitud quedaba prohibida en el territorio de la Compra de Louisiana al norte del paralelo 36°30'.

El debate volvió a encenderse en 1846 con la declaración de guerra en contra de México por la administración del presidente James K. Polk. Ante la posibilidad de que la anexión de nuevos territorios arrebatados a México diera pie a extender en ellos la esclavitud, los abolicionistas del norte se mostraban críticos de la guerra expansionista. Con el fin de mantener la unidad del partido Demócrata en el norte y apoyar la guerra, el representante esclavista David Wilmot de Pennsylvania presentó en la Cámara una propuesta para mantener el *status quo* geográfico en cuanto a la esclavitud, que se había mantenido durante las últimas dos décadas, conocida como la Wilmot Proviso de 1846. Constitucionalmente, la medida era ortodoxa, pues era práctica común que el Congreso aboliera la esclavitud en los territorios, pero políticamente era radical, ya que descansaba en la cancelación de la política territorial basada en la línea divisoria del Missouri Compromise.

La Wilmot Proviso atizó la controversia esclavista por varios años, hasta el advenimiento del Kansas-Nebraska Act de 1854, con el cual se otorgó a la población de los nuevos territorios la facultad de decidir sobre la legalidad de la esclavitud al interior de sus fronteras. Ello significó una derrota para los grupos abolicionistas,

pero permitió un nuevo acuerdo que hacía viable la convivencia entre los estados. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 256-57, y más adelante p. 270.

Lo grave de la decisión en *Dred Scott* fue que ignoró el Missouri Compromise, la Wilmot Proviso y el Kansas-Nebraska Act, declarando la incompetencia del Congreso para legislar en la materia y rechazando sucesivos esfuerzos políticos por arribar a acuerdos. El juez Taney antepuso a todo esto una lectura propia de la Constitución, que coincidía con un importante sentir popular. *Dred Scott* fue rechazado con la Guerra Civil y anulado por las enmiendas XIII, XIV y XV, de 1865-70, no sin antes haber encendido una intensa controversia, que incluyó los debates entre Abraham Lincoln y Stephen Douglas en 1858. La reputación de la Corte, en todo caso, había sufrido un duro golpe, cuyas consecuencias negativas fueron palpables por muchos años más.

El segundo caso aludido por Rehnquist fue *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), en el que la Corte invalidó por 5 a 4 una ley del estado de Nueva York que limitaba las horas de trabajo en la industria panificadora. La justificación de la ley era de naturaleza sanitaria, pero el magistrado Rufus W. Peckham, por la mayoría, la interpretó como un intento inconstitucional de constreñir la libertad de contrato protegida por la cláusula del 'debido proceso' o 'debido procedimiento de ley' de la Enmienda XIV. En el fondo, la Corte se había propuesto respaldar la teoría del darwinismo social, de moda a principios de siglo, contenida en los muy difundidos escritos de Herbert Spencer en Inglaterra y William Graham Summer en Estados Unidos.

Los puntos de *Lochner* que deben subrayarse son, por un lado, la utilización de la cláusula del 'debido procedimiento de ley' como justificación constitucional en el fallo y, por otro, la célebre opinión disidente del juez O. W. Holmes, citada a menudo por los originalistas. (La cláusula se discute más adelante en este mismo Capítulo, y luego en el Capítulo 3). Holmes, por su parte, descalificaba el

razonamiento de Peckham por considerarlo incorrecto y subjetivo. La libertad de contrato que intentaba protegerse no era más que un pretexto para leer en la Constitución preferencias económicas personales, cuando ésta no tiene ningún propósito de sancionar el *laissez faire*, el paternalismo, el positivismo o cualquier otra teoría de la relación entre el Estado y los ciudadanos. En 198 U.S. 75-76.

Es interesante notar que Kelly y Harbison consideran fácil desechar *Lochner* como mera hipocresía, pero señalando que la orientación de la Corte en 1905 respondía en gran parte a la necesidad de mantener la legitimidad judicial en una época de rápido cambio social y político, de manera semejante a como Marshall había defendido a la Corte en tiempos de Jefferson. Esta “jurisprudencia declaratoria,” como se le conoció, habría tenido en *Lochner* el propósito de racionalizar actitudes sociales y económicas dominantes, no sólo por predilección judicial, sino por certeza ideológica. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 446-47 y más adelante p. 454.

65. Como lo señaló Story: “La máxima fundamental en la interpretación del derecho positivo es seguir la intención [del legislador], la cual debe recogerse de las palabras, del contexto, del tema tratado, de sus efectos y consecuencias; el espíritu y la razón de la ley deben dilucidarse no mediante la vaga conjetura, sino a partir de los motivos y el lenguaje visible en su letra”. En J. Story, “Law, legislation and codes”, reimpreso en James McClellan, *Joseph Story and the American Constitution*, Norman: University of Oklahoma Press, 1971; p. 350.

66. Como lo hemos hecho notar, para Hamilton, la independencia de las cortes de justicia era esencial en una Constitución escrita y, por tanto, “limitada”, en el sentido de que las facultades y atribuciones contenidas en ella estaban claramente enumeradas. Igualmente, en *El Federalista* No. 78 señalaba que la Constitución, propiamente entendida, era nada menos que la realización de la “intención del

pueblo”, es decir la intención original. Véase *The Federalist Papers*, ed. cit. de Kramnick, pp. 438 ss.

67. Adoptar el enfoque originalista implica sostener que la única autoridad judicial *legítima* es la que deriva sus decisiones estrictamente del texto constitucional, lo que hace posible que las decisiones tomadas con base en criterios diferentes puedan ser criticadas por su inconstitucionalidad. Los defensores de lo que se ha llamado “jurisprudencia del sentido original” así lo han hecho. Ver, por ejemplo, Edwin Meese III, “The Attorney-General’s View of the Supreme Court: Towards a Jurisprudence of Original Intention”, *Public Administration Review*, 45 (1985). La inconformidad con los fallos del tribunal, al ser éstos inapelables, genera un estado de tensión política cuyas afloraciones se registran en distintos ámbitos, como el poder legislativo, el debate académico, la acción de los grupos de interés y de presión, o los medios de comunicación. Sin embargo, el mecanismo más poderoso para influir en la orientación jurídica de la Corte lo posee el poder ejecutivo, a través de sus facultades para nombrar nuevos magistrados. Este punto se discute más adelante en el Capítulo 4. Puede consultarse a este respecto Richard Hodder-Williams, “Ronald Reagan and the Supreme Court” en Joseph Hogan (ed.) *The Reagan Years. The Record in Presidential Leadership*; Manchester, U.K.: Manchester University Press, 1990.

68. Véase William J. Brennan, “The Constitution of the United States: contemporary ratification”, *U.C. Davis Law Review*, vol. 19, no. 1, Otoño 1985, p. 2; conferencia presentada en Georgetown University en el simposio “Text and Teaching” el 12 de octubre del mismo año.

69. *Ibid.*, pp. 5-6. La tiranía de la mayoría fue, como se sabe, una de las principales preocupaciones de Madison en los tiempos en que la Constitución fue redactada. Su

razonamiento en El Federalista No. 10 es célebre a este respecto. Tanto la minoría como la mayoría pueden actuar como facción en contra de los intereses propios de la comunidad, por lo que debe encontrarse un antídoto; la Constitución no debe ser nunca la máscara de la violencia ejercida contra la comunidad. El remedio, para Madison, se encuentra en la forma republicana de gobierno, la cual no podría extirpar las causas de la facción, pero sí controlar sus efectos. Véase *The Federalist Papers*, edición de Kramnick, pp. 125-127. Brennan también cita a Madison, quien sostuvo en otra parte: “Las salvaguardas a favor de la libertad deben alejar a la república del mayor peligro, es decir, de aquel que posee la mayor prerrogativa de poder. Este, sin embargo, no se encuentra ni en el Ejecutivo ni en el Legislativo, sino en el pueblo mismo, operando como una mayoría en contra de la minoría” (1 *Annals of Congress* 437, J. Gales ed. 1789; cit. por Brennan, *op. cit.*, p. 6).

70. 319 U.S. 624, 639. En este caso, la Corte se pronunció por la protección de minorías disidentes durante la Segunda Guerra Mundial, al invalidar una ley del estado de West Virginia que hacía obligatorio el saludo a la bandera nacional. Es interesante hacer notar que el juez Jackson razonó a favor de un “derecho a guardar silencio”, equiparable a otros derechos de la Primera Enmienda. Ver Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 530-531.

71. Brennan, *op. cit.*, p. 8.

72. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 118-119. La interpretación de la novena y décima enmiendas ha sido objeto de polémica. El texto vigente señala lo siguiente:

“Novena Enmienda. La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo.”

“Décima Enmienda. Las facultades que esta Constitución no delegue a los Estados Unidos, ni prohíba a los estados, quedan reservadas a los estados respectivamente o al pueblo.”

En el primer caso, ha sido muy poco frecuente la inclusión del precepto sobre derechos no enumerados en razonamientos de la Corte, a excepción de uno especialmente importante. Se trata del caso *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, de 1965), ya mencionado en la nota 44 *supra*, específicamente en la opinión concurrente del juez Arthur J. Goldberg a favor del derecho a la privacidad. El tema se retomará más adelante, en el Capítulo 4.

En cuanto a la Décima Enmienda, Madison apoyaba una lectura de la Constitución en la que pudieran invocarse prerrogativas del gobierno federal aún si éstas no estaban expresamente incluidas en los artículos, admitiéndolas por implicación. No obstante, el lenguaje de la enmienda permitió que la Corte pudiera invalidar aquella legislación federal que se considerara violatoria de los derechos estatales. En la práctica, ésta enmienda se convirtió en una especie de “cláusula de supremacía para los estados”.

73. Hacia 1860, los argumentos a favor del esclavismo se mezclaban con la defensa de la soberanía de los estados. Enfrentados con el gobierno federal, los estados sureños demandaban el establecimiento de un código pro-eslavista en los territorios. Ese año, la elección presidencial dio el triunfo a Lincoln, del partido Republicano, con 180 votos electorales, delante de John C. Breckinridge, candidato de los Demócratas del sur, con 72 votos; Stephen A. Douglas, de los Demócratas del norte, con 12 votos; y John Bell de Tennessee, candidato del partido Unión Constitucional, con 39 votos. La secesión, justificada sobre la base de la soberanía de los estados, fue el resultado directo de la elección de 1860. Desde el punto de vista sureño, la Constitución no era

más que un tratado entre estados soberanos, y la Unión tan sólo una alianza: ésta podía romperse y el tratado quedar sin efecto. En enero de 1861 abandonaron la Unión Alabama, Georgia, Florida, Mississippi, Louisiana y Texas, y en abril del mismo año se sumaron a la causa Virginia, Tennessee, Arkansas y Carolina del Norte. Simultáneamente, la decisión de Lincoln de combatir militarmente la rebelión dio inicio a la guerra, la cual puso en el centro de la política norteamericana el asunto de la preservación de la integridad nacional y de la Constitución, desplazando a un segundo término el debate sobre el futuro de la esclavitud. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 280-281, 288-290.

74. 7 Peters 243 (1833). Véase también Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 198, 278.

75. La tarea fundamental del presidente Lincoln durante la guerra fue preservar la Unión y devolverle la estabilidad constitucional, que los estados confederados habían puesto en grave peligro mediante la secesión. Las acciones de Lincoln, en particular la adopción de poderes extraordinarios y la respuesta militar frente a la rebelión, fueron cuestionadas por una minoría del Congreso, pero en general avaladas por los legisladores ante lo delicado de la situación: la guerra amenazaba con desmembrar la Unión. La Suprema Corte, por su parte, dio su apoyo al presidente a través de su decisión por mayoría de 5 a 4 en los llamados *Prize Cases* (1863), relativos a la legalidad de las acciones de confiscación de buques y carga neutrales, practicadas a partir de la orden de Lincoln de bloquear los puertos confederados en abril de 1861. La Corte señaló que, en respuesta a una amenaza clara de guerra, como se interpretó la decisión secesionista, el Ejecutivo contaba con el poder constitucional de tomar medidas efectivas y apropiadas a la magnitud de la crisis, aún antes de que el Congreso ejerciera las atribuciones al respecto que marca el artículo primero, sección 8 (11) de la Constitución.

El gobierno federal, no obstante, nunca tuvo durante la guerra la autoridad constitucional para interferir en los asuntos internos de los estados, es decir, para prohibir la esclavitud. La campaña de Douglas, por ejemplo, prometía el cumplimiento de *status quo* constitucional engendrado por *Dred Scott*. Cualquier posibilidad de terminar con la institución sureña de la servidumbre estaba ligada directamente con la suerte que tuviera la campaña militar de Lincoln. Hacia finales de 1862, cuando el avance de las fuerzas federales prometía ya la victoria, el presidente preparaba la Proclamación de Emancipación, con base en la necesidad de terminar con la rebelión y restaurar el orden constitucional. De esta forma, quedaban enlazados los poderes extraordinarios del Ejecutivo para enfrentar la emergencia militar –avalados por la Corte– con la liberación de los esclavos en todo el territorio rebelde, sometido o no, pues en ambos casos el propósito último era el triunfo material sobre los confederados. Ver en general Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 291 ss.

76. La enmienda dio precedencia a la ciudadanía nacional sobre la estatal, clausurando con ello el debate surgido en *Dred Scott* y en el *Missouri Compromise*. En el fallo, el juez Taney había asentado claramente que el control sobre la ciudadanía era una facultad exclusiva del Congreso, bajo la cláusula de naturalización (artículo 1, sección 8: “El Congreso tendrá facultad [...] para establecer una regla uniforme de naturalización”), lo que los republicanos utilizaron para defender el otorgamiento de la ciudadanía a los negros. Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 330, 332.

77. La redacción de las “*Civil War Amendments*”, como se les conoció después, estuvo a cargo del *Joint Committee on Reconstruction*, formado por 9 representantes y 6 senadores, surgido de un acuerdo parlamentario en que los líderes republicanos en el Congreso maniobraron para bloquear el acceso a los legisladores sureños

reconstituidos hacia finales de 1865. El Comité estuvo instruido para proponer un plan comprensivo de reconstrucción, equilibrando los puntos de vista de republicanos radicales y moderados. En gran medida, fue el Congreso la fuente de las enmiendas, a pesar de la política a favor de los derechos de los estados del presidente republicano que había sucedido a Lincoln, Andrew Johnson. Ver Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 325-326; y H. Brogan, *op. cit.*, pp. 356 ss.

78. Cuando Tennessee ratificó la Enmienda Catorce, en julio de 1866, de inmediato se le otorgó nuevamente representación en el Congreso federal. Esta, sin embargo, no sería la vía por la que los demás estados secesionistas volverían a la Unión. Los otros diez estados rebeldes, esperanzados en que las elecciones legislativas de 1866 le darían al Congreso un balance político más favorable a su posición –y a la posición misma del Presidente Johnson– prefirieron esperar. Los abolicionistas, sin embargo, obtuvieron amplia ventaja en las elecciones, lo que, junto con la cada vez mayor presión de la opinión pública en el norte, condujo a la adopción de un plan de reconstrucción más severo; tal fue el *Military Reconstruction Act* de 1867. Ver Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 333-335.

79. En especial lo señalado por la Enmienda Quince en su primera sección: “Ni los Estados Unidos ni ningún estado de la Unión negará o coartará a los ciudadanos de los Estados Unidos el derecho al sufragio por razón de raza, color o condición previa de esclavitud.”

80. Es notable, por ejemplo, que la Enmienda Quince, redactada a principios de 1869, ya bajo la presidencia de Ulysses S. Grant, y ratificada en marzo de 1870, autorizara al gobierno federal para regular el derecho político de votar, dejando en manos de los estados el control básico sobre el asunto. Lo establecido por la enmienda, más que conferir el derecho a votar, confería el derecho a no ser

discriminado por motivos raciales en el ejercicio del sufragio. La enmienda no protegía a los negros de ser excluidos de los cargos de elección popular ni prohibía a los estados utilizar criterios de analfabetismo o de propiedad para el otorgamiento del derecho al voto. Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 347.

81. Hofstadter censura la corta vista de Cleveland y en general el enfoque del *laissez-faire*, en una época en que la obsesión por el mercado hacía *tabula rasa* de todos los agentes productivos, incluidos los especuladores. Lo interesante es que la defensa de los derechos económicos le daba cada vez más peso a un gobierno federal crecientemente burocratizado y centralizado sobre los estados. Véase R. Hofstadter, *op. cit.*, pp. 185-187.

82. La decisión de la Corte en otro caso de 1866, *Ex parte Milligan* (4 Wallace 2), había revertido una sentencia dictada por una comisión militar, con base en la improcedencia del establecimiento de dichas comisiones en lugares en que las cortes civiles están abiertas y funcionando. Legalmente, el efecto de *Milligan* fue respaldar el mantenimiento de las garantías individuales protegidas por el *Bill of Rights* en tiempos de guerra.

83. Véase, por ejemplo, *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 1919), *Frohwerk v. United States* (249 U.S. 204, 1919), *Debs v. United States* (249 U.S. 211, 1919), y *Pierce v. United States* (252 U.S. 239, 1920), todos relativos al *Espionage Act*, en los que la Corte reafirmó la constitucionalidad de preceptos que limitaban la libertad de expresión con base en la llamada '*clear-and-present-danger rule*' razonada por el juez Holmes en *Schenck* y en *Abrams v. United States*, éste último a favor del *Sedition Act*. La idea intuitiva detrás de la regla era desestimar como marginal toda aquella expresión disidente o revolucionaria que no tuviera potencial real para

subvertir el orden establecido, otorgándole, por esta razón, protección constitucional. Ver Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 513-514.

84. De la opinión mayoritaria, redactada por el juez Edward T. Sanford; 268 U.S. 652, en 666. El juez Holmes disienta del fallo, basándose en la regla del *clear-and-present-danger*, pero sin disputar la afirmación de Sanford relativa a la inclusión de la libertad de expresión y prensa en la Enmienda Catorce.

85. 268 U.S. 652, en 672, tras lo cual sostenía que el criterio anunciado en *Schenck* y en *Abrams* era aplicable al asunto planteado en *Gitlow*.

86. 302 U.S. 319 (1937), con opinión mayoritaria redactada por el magistrado Benjamin N. Cardozo, que sirvió en la Suprema Corte de 1932 a 1938.

87. El derecho en contra del *double jeopardy* aparece en la Quinta Enmienda aplicable al Congreso: “*nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*”.

88. 301 U.S. 319, en 324-325.

89. 301 U.S. 319, en 326. Énfasis añadido.

90. 332 U.S. 46, en 71-72, opinión en contra del juez Black. Véase, asimismo, el Apéndice a la opinión, relativo a la génesis histórica de la Enmienda Catorce. En *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 675-676 (1966) Black sostuvo que “no existe apoyo constitucional alguno para que la Corte utilice la cláusula del debido proceso como si ésta proveyera un cheque en blanco para alterar el significado de la Constitución escrita, con el fin de efectuar cambios constitucionales sustantivos que una mayoría de los magistrados considera necesarios para enfrentar problemas del presente”. La postura de Black ha sido

ambivalente, como hace notar Bickel al decir que “bajo una definición muy estricta del significado de la cláusula del debido proceso, mucho de lo que el juez Black ha escrito y respaldado sería relegado al limbo”; *op. cit.*, p. 88. Los originalistas citan a Black no por su congruencia, sino por la veracidad que le atribuyen a su análisis de la cláusula.

91. Los fallos de la Corte en *Gitlow*, *Palko* y *Adamson* dieron a la cláusula del debido proceso una nueva y poderosa dimensión, incrementando el poder político de la Corte que, en el futuro, consolidaría la doctrina de la incorporación teorizada por Black y Cardozo. La lectura liberal de la cláusula ganaría, de esta forma, la adhesión de magistrados no originalistas como William O. Douglas (activo en la Corte durante 1939-1975), Frank Murphy (1940-1949) y Wiley B Rutledge (1943-1949), quienes abrirían paso al activismo judicial de periodos posteriores (como el de la Corte Warren), al proponer incluso que el *due process* incluya a las libertades fundamentales, estén o no enumeradas en el *Bill of Rights*. Ver Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 521.

92. Edwin Meese III fue titular del Department of Justice de 1985 a 1988, nombrado por el Presidente Ronald Reagan. En ese lapso, sus artículos en revistas especializadas avivaron el debate entre originalistas y liberales, presentando de manera inusualmente abierta la postura oficial del gobierno federal. La plataforma política del Partido Republicano en las dos campañas por la presidencia de Reagan incluían de manera destacada algunas propuestas constitucionales contrarias a los fallos de las cortes liberales de Warren y Burger, siendo Meese uno de los responsables de promover el punto de vista de la administración durante su mandato. Véase el trabajo ya citado de Meese, “The Attorney-General's View of the Supreme Court: Towards a Jurisprudence of Original Intention”, *supra*, nota 67; así como “The Law of the Constitution”, *Tulane Law Review*, 61 (1986-7); y su “Address

before the D.C. Chapter of the Federalist Society Lawyers Division,” reproducido en *U.C. Davis Law Review*, Vol. 19, no. 1, Otoño 1985.

93. Meese recalca que el derecho constitucional no es sinónimo de *la* Constitución; ésta es un instrumento delimitado para la creación de las instituciones de gobierno, aquella es el cumulo de leyes que han resultado de la labor de la Suprema Corte al abordar y discurrir sobre los preceptos constitucionales. Citando al juez Felix Frankfurter: “[t]he ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself and not what we have said about it” (*Graves v. O’Keefe*, 306 U.S. 466, 491-92; 1938). Ver E. Meese, “The Law of the Constitution”, p. 986.

94. Sobre ello existe un amplio debate, en el que la posición originalista se ha visto fortalecida por las investigaciones del profesor Raoul Berger. Véase *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*; Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

95. 7 Peters 243 (1833). Esta fue la última opinión constitucional del juez Marshall.

96. De la opinión de William Rehnquist en *Wallace v. Jaffree*, 104 S.Ct. 1704 (1985), donde la Corte invalidó una ley estatal que establecía la observancia de un momento de silencio en las escuelas públicas, dedicado a la meditación o la oración, por considerar que infringía la libertad religiosa.

97. E. Meese, “The Attorney General’s view...”, p. 704.

98. Nombrado magistrado de la Suprema Corte por el Presidente Gerald Ford en 1975.

99. El procurador Meese no se adentra en la discusión del hecho histórico como *datum* del devenir; ni tampoco Stevens. El punto aquí es mostrar que sus consideraciones, en tanto visiones contrapuestas del uso de la historia para justificar una concepción de la adjudicación jurídica, apelan a intuiciones distintas del *propósito* de los acontecimientos. Como lo señaló Lincoln, “[h]ace ochenta y siete años nuestros padres trajeron a la vida, en este continente, una nueva nación, concebida en la libertad y consagrada a la proposición de que todos los hombres han sido creados iguales”; es decir, una nación constituida deliberada y conscientemente por primera vez en la historia. Stevens entiende este momento fundador como el otorgamiento a la sociedad de una facultad para recrearse a sí misma como nación, alterando así sus constitutional essentials. Meese, en cambio, cancela este efecto y busca sujetar todo devenir político posterior a la adopción de la Constitución al texto primigenio. Cfr. E.H. Carr, *¿Qué es la historia?*; trad. de J. Romero Maura; Barcelona: Seix Barral, 1961; pp. 145, 184-185. Para la discusión de Stevens, ver su “Address before the Federal Bar Association”; Chicago, 23 de octubre de 1985; reproducido en *U.C. Davis Law Review*, vol. 19, no. 1, Otoño 1985.

100. Como legislador, Madison se opuso a la creación del primer banco nacional, en parte por considerar que el Congreso no tenía facultades para autorizarlo. Como Presidente, veinte años después, no sólo firmó el decreto de autorización del segundo banco, sino que aceptó la interpretación de *McCulloch v. Maryland* ocurrida en 1819. “No puede sino suceder —escribió Madison en este último año—, como fue previsto en el nacimiento de la Constitución, que dificultades y diferencias de opinión puedan ocasionalmente surgir al interpretar los términos y las frases necesariamente utilizadas en el texto ...y que pueda requerirse de la práctica regular para convenir el significado de algunos de ellos”. Tomado de L. Powell, “The original understanding of original intent”; *Harvard Law Review*, 98 (1985), pp. 939-41; citado en Stevens, *op. cit.*, p. 20.

101. Véase Raoul Berger, *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*; Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977, p. 194; énfasis añadido.

102. Recogidas por Gary L. McDowell y Eugene W. Hickok en *Justice vs. Law. Courts and politics in American society*; New York: Free Press, 1993; pp. 91-92; de Keith Jurow, "Untimely thoughts: a reconsideration of the origins of Due Process of Law", *American Journal of Legal History* 19 (1975), p. 265.

103. R. Berger, *op. cit.*, pp. 195 ss.

104. Esta concepción dual de la libertad está emparentada con la que discutió Isaiah Berlin en su seminal *Two concepts of liberty*, Oxford: Clarendon Press, 1958, donde se establece la diferencia entre ser libre *de* algo y ser libre *para* algo. Las discusiones de la Corte tratan sólo tangencialmente esta controversia. Véase también la opinión de John Rawls, quien sostiene que la polémica entre libertad positiva y negativa no se centra en la necesidad de alcanzar una definición, sino en determinar los valores relativos de las distintas libertades cuando éstas entran en conflicto. La libertad, dice Rawls, "puede siempre explicarse con referencia a los agentes que son libres, las restricciones o limitantes de las que son libres y lo que pueden hacer o dejar de hacer como individuos libres" (*A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971; pp. 201-202).

105. Véase McDowell y Hickok, *op. cit.*, pp. 103, 229. Cfr. Charles Warren, "The new 'liberty' under the Fourteenth Amendment," *Harvard Law Review* 39 (1926) y R. Berger, "'Law of the land' reconsidered," *Northwestern University Law Review* 74 (1979).

106. Véase 304 U.S. 144, 152 n.4 y *supra*, nota 33.

107. El *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 21a edición, 1992) no contiene la acepción ‘privacia’. La palabra puede usarse en aras de la claridad. Jurídicamente en Estados Unidos, ‘privacia’ fue definida por *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), como el “derecho general a estar solo” (“*the right to be left alone*”):

108. Mucho antes de esta fecha, en un artículo de 1890, Louis D. Brandeis y Samuel Warren habían ya mencionado la necesidad de declarar la existencia de un “derecho a la privacidad”, derivándolo de doctrinas jurídicas diversas en materia de difamación, abuso de confianza e invasión de derechos de propiedad. Para estos autores, el individuo tenía derecho a proteger sus asuntos privados, en vista del efecto emocional nocivo que causa el volverlos públicos indebidamente. Véase Brandeis y Warren, “The right to privacy”, *Harvard Law Review* 4 (1890).

109. Cit. en McDowell y Hickok, *op. cit.*, p. 116.

110. El juez Hugo Black, precisamente en su opinión en contra en el caso *Griswold*, externó su convicción de que la Corte no tiene autoridad para constituirse como tribunal de derecho común (ver 381 U.S. 479, en 510, n. 2).

111. 262 U.S. 390 (1923). Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 516, y McDowell y Hickok, *op. cit.*, p. 116.

112. 268 U.S. 510 (1925).

113. Cfr. la opinión concurrente del juez White en este caso: “No se sostiene la afirmación de que el estado de Connecticut considera inmoral o erróneo el uso mismo de métodos anticonceptivos artificiales o externos. [...] Se dice, más bien, que el estatuto está en línea con la política del estado en contra de todas las relaciones

sexuales promiscuas o ilícitas, sean premaritales o extramaritales, lo cual debe concederse como un objetivo legislativo permisible y legítimo”, 381 U.S. 479, en 505.

114. “[a]n uncommonly silly law”, 381 U.S. 479, en 527.

115. 381 U.S. 479, en 480; 14 L ed. 2d 510; 85 S Ct. 1678. Decidido el 7 de junio de 1965.

116. Una fuente importante de información judicial, específicamente sobre la Suprema Corte, es la base de datos en línea conocida como The Oyez Project, de Northwestern University, que incluye numerosos fallos del tribunal, así como grabaciones de la exposición oral original de muchos de ellos. La exposición en *Griswold* puede localizarse en <http://oyez.nwu.edu/cases/>. La exposición se llevó a cabo el 29 de marzo de 1965, con los abogados Thomas I. Emerson por el apelante y Joseph B. Clark por el apelado.

117. Enmienda Catorce, sección primera: “[...] ningún estado [...] negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes”.

118. El caso fue decidido por mayoría de 6 a 2. La decisión de la Corte fue redactada por el juez William O. Douglas. Formaron parte de la mayoría el magistrado presidente Earl Warren y los magistrados Arthur J. Goldberg, William J. Brennan, John M. Harlan y Byron R. White, con opiniones concurrentes. Los jueces Hugo L. Black y Potter Stewart, en opiniones separadas, disintieron del fallo. El juez Tom C. Clark no participó.

119. En *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 462 (1958).

120. Véase 381 U.S. 479, en 484.

121. Citando de *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 656 (1961).

122. 381 U.S. 479, en 486.

123 *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 543 (opinión en contra de desechar la apelación).

124. En el curso de la exposición oral, el magistrado Black tocó el punto medular de la sustantivación del *due process* en su cuestionamiento del apelante: “*Using the concept of liberty in this way, it seems to me you are trying to force a decision from the Court on the broadest possible grounds under the meaning of due process, speaking as a matter of substance, as to how reasonable or unreasonable is the decision of the people of Connecticut as presented in the statute.*” (Oral argument; 29-III-1965; *docket* 496, 1964; ver *supra*, nota 116).

125. 381 U.S. 479, en 509-510.

126. Black insiste en que el razonamiento del juez Douglas recupera la tradición del derecho natural que *Twining* había desacreditado, reviviendo la dudosa racionalidad de *Lochner*. Al cabo, *Griswold* permanece como precedente vigente en la protección de la esfera privada del individuo. La tensión que genera la invocación, velada o expresa, de un derecho natural superior a la Constitución escrita es, en el fondo, la misma tensión que siguen suscitando las palabras del juez Iredell en *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386, 399; véase *supra*, n. 63.

127. 381 U.S. 479, en 530, n. 7.

128. Según anotó el juez Stewart en su opinión, retomando parte de la exposición oral de Joseph Clark a favor del apelado (*supra*, n. 116), la Cámara de Representantes del estado de Connecticut había aprobado, con anterioridad al fallo de la Corte en *Griswold*, la derogación de la ley que prohibía el uso de anticonceptivos. La ratificación del Senado estatal estaba pendiente cuando la Corte

emitió su decisión. (Connecticut House Bill No. 2462; véase *New Haven Journal-Courier*, 19 de mayo de 1965, p. 1, col. 4 y p. 13, col. 7.) 381 U.S. 479, en 531, n. 8.

129. 381 U.S. 479, en 486-487, n.1.

130. 381 U.S. 479, en 488-489.

131. I *Annals of Congress* 439 (Gales and Seaton ed. 1834), cit. por Goldberg en 381 U.S. 479, en 489-490.

132. Ver *The Federalist*, ed. de Kramnick, p. 475-6. Lo cual se complementa, según Goldberg, con la explicación de Joseph Story de por qué es necesaria la Novena Enmienda: “Esta cláusula fue manifiestamente introducida para prevenir la malversación de la conocida máxima, de que una afirmación en casos particulares implica una negación en todos los demás; y, *e converso*, una negación en casos particulares implica una afirmación en todos los demás.” (II Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* 626-627, 5a ed. 1891; cit. por Goldberg en 381 U.S. 479, en 490).

133. 381 U.S. 479, en 491.

134. De hecho, ¿por qué la Corte no ha utilizado la Novena Enmienda como base de su autoridad en el *judicial review* en casos *posteriores* a Griswold? La enmienda no ha sido invocada en ninguna ocasión para invalidar por sí sola una ley estatal.

135. 381 U.S. 479, en 519-520.

136. Para los anti-federalistas, por ejemplo, los estados eran los garantes principales de las libertades, lo cual estaba en peligro de aprobarse un nuevo y poderoso gobierno nacional. Gracias a los anti-federalistas —entre quienes figuraban

prominentes independentistas– el *Bill of Rights* había sido incluido en la Constitución. Véase *supra*, n. 5.

137. *Ibid.*

138 Gary L. McDowell, “The politics of original intention”, en R. A. Goldwin y W. A. Schambra, eds., *The Constitution, the Courts and the Quest for Justice*; Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1989.

139. La frase textual de Kelly imputa a Goldberg el uso de “*a curious mixture of law-office history and vaulting legal logic*”. Véase A. H. Kelly, “Clio and the Court: an illicit love affair”, en Philip B. Kurland, ed., *The Supreme Court Review: 1965*; Chicago: University of Chicago Press, 1966; pp. 150, 155, 157; citado en Gary L. McDowell, “The politics...”, pp. 12, 22.

140. Ver Russell L. Caplan, “The history and meaning of the Ninth Amendment”, *University of Virginia Law Review*, vol. 69, 1983; p. 245.

141. La Décima Enmienda establece: “Las facultades que esta Constitución no delegue a los Estados Unidos, ni prohíba a los estados, quedan reservadas a los estados respectivamente o al pueblo”.

142. Ver R. Berger, “The Ninth Amendment”, *Cornell Law Review*, vol 66, 1980; pp. 1, 8.

143. Textualmente: “[t]o say that the Ninth Amendment has anything to do with this case is to turn somersaults with history. The Ninth Amendment [...] states but a truism that all is retained which has not been surrendered, *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 124.” 381 U.S. 479, en 529.

144. Véase Caplan, *op. cit.*, pp. 223, 262.

145. En McDowell, "The politics...", p. 13. El rechazo de la visión constitucional de Goldberg fue casi unánime en el terreno académico. Como tal, la opinión concurrente del magistrado era inatacable en el plano judicial, mas no sentaba un precedente que pudiera invocarse en decisiones ulteriores de la Suprema Corte o las cortes inferiores. La Novena Enmienda no se ha utilizado como fundamento para el *judicial review*, tanto por el peligro que representa su carácter abierto, como por la historiografía que previene sobre su uso iusnaturalista. El juez Goldberg sirvió solamente durante tres años en la Corte, pues dimitió en 1965, año de la decisión en *Griswold*, siendo nombrado entonces por el presidente Johnson como embajador de Estados Unidos ante la ONU.

146. 381 U.S. 479, en 481.

147. 489 U.S. 189, en 191; traducción editada.

148. Véase *infra*, nota 157.

149. *Summary judgment*, i.e., presentencia emitida por la corte ante moción del demandado o demandante, que establece que la ausencia de controversia, atendiendo a los méritos de la acción, hace innecesaria la presencia de un jurado. Ver Gifis, *op. cit.*, p. 473-474.

150. 812 F.2d 298 (1987). La jurisdicción de la Corte de Apelaciones del Séptimo Distrito abarca los estados de Illinois, Indiana y Wisconsin.

151. En general, el *writ of certiorari*, utilizado por la Suprema Corte desde 1895, es el auto que dirige una corte superior a una inferior con el propósito de allegarse el expediente de un caso particular, a fin de revisarlo. La Suprema Corte ejerce el *certiorari* de modo discrecional, pudiendo dirigirlo a cualquier corte de Estados

Unidos para revisar una cuestión federal, si al menos 4 de los 9 magistrados votan en este sentido. Ver Gifis, *op. cit.*, p. 66. Normalmente, en 9 de cada diez ocasiones el *writ of certiorari* es denegado por la Corte; concederlo no asegura, por otra parte, que la exposición oral se llevará a cabo ni que el tribunal evaluará los méritos de la decisión de la corte inferior, así como denegarlo tampoco significa que la corte inferior erró en su fallo. El hecho es que la Corte no puede, por razones prácticas, revisar todas y cada una de las apelaciones que se le formulan, si bien la decisión de atraer o no un caso expresa la importancia constitucional que los magistrados están dispuestos a concederles. Ver Henry J. Abraham, *The Judiciary: the Supreme Court in the Governmental Process*, 8a ed.; Dubuque: Wm. C. Brown Publishers, 1991; pp. 22-23; cit. por McDowell y Hickok, *op. cit.*, p. 22.

152. El *solicitor general* es un funcionario designado por el Presidente para asistir en las funciones legales del Procurador General, y es quien defiende la causa federal en todo juicio o proceso que sea del interés de los Estados Unidos. El subordinado (*deputy*) tiene las mismas funciones que el titular, cuando así se le instruya. En la práctica constitucional al *solicitor general* se le conoce como el “décimo magistrado” (“*the tenth justice*”), por su importante influencia en la Corte.

153. La posición defendida por Donald Ayer consistía en mostrar que el gobierno federal tenía un interés concreto en el resultado del juicio. Si la Corte corregía el fallo del tribunal de apelaciones, basándose en la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce, aplicable a los estados, habría un efecto directo sobre el tratamiento de la cláusula similar contenida en la Quinta Enmienda, aplicable a la federación, en casos de responsabilidad de trabajadores federales. Una decisión diferente de la afirmativa en *DeShaney* acrecentaría el potencial de responsabilidad del estado frente a ellos. En palabras de Ayer, “*it would open a Pandora’s box of liability.*”

154. Textualmente: “*Petitioners contend that the State deprived Joshua of his liberty interest in ‘free[dom] from...unjustified intrusions on personal security,’ [...] by failing to provide him with adequate protection against his father’s violence.*” 489 U.S. 189, en 194-195.

155. 448 U.S. 317, en 318.

156. 489 U.S. 189, en 196-197.

157. Aquí radica la relevancia de la sección 1983 en la que los apelantes basaban su acción. Dicha sección del código federal permite interponer una demanda en contra de funcionarios del estado que, actuando bajo responsabilidad pública, violan los derechos del individuo. La ya citada sección 1343, U.S.C. por su lado, otorgaba jurisdicción original a las cortes federales para conocer las demandas que invocaban la 1983. Textualmente, el estatuto es el siguiente:

42 USC Sec. 1983 01/05/99; Title 42 - The Public Health and Welfare, chapter 21: civil rights; subchapter I: generally. Sec. 1983, Civil Action for Deprivation of Rights. Statute: Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable.

158. 429 U.S. 97 (1976).

159. 457 U.S. 307 (1982). La importante cuestión presentada en este caso fue si Nicholas Romeo, involuntariamente internado en una institución psiquiátrica, poseía

o no derechos sustantivos al amparo de la cláusula de debido proceso de la Enmienda Catorce, que le garantizaran (i) condiciones seguras para su integridad física, (ii) libertad corporal y (iii) rehabilitación. Romeo basó su demanda en la ya citada sección 1983 del Título 42 del U.S. Code. La Corte falló a su favor. Tanto *Estelle* como *Youngberg* fueron invocados por los abogados de DeShaney como precedentes clave.

160. 489 U.S. 189, en 197-202. Rehnquist acota que el estado puede adquirir la obligación de brindar la protección adecuada en contra del peligro descrito en DeShaney bajo las directrices del *tort law*, pero el cumplimiento de esta obligación no puede demandarse con base en la cláusula de debido proceso de la Enmienda Catorce. “Esta cláusula, dice, no transforma todo daño civil causado (*every tort committed*) por un actor estatal en una violación constitucional.” De esta forma, guiándose por la lectura originalista de la cláusula y apegado al principio del federalismo, Rehnquist señala que si el estado de Wisconsin lo desea, puede imponer a sus funcionarios la obligación sustantiva que desee y crear un sistema legal para imponer remedios y sanciones a quienes cometen delitos como el del presente caso. Ver 489 U.S. 189, en 202-203, así como *Daniels v. Williams*, 474 U.S. 335 y *Martinez v. California*, 444 U.S. 227, en 285.

161. Véase 489 U.S. 189, en 204. Textualmente: “*This is more than a quibble over dicta; it is a point about perspective, having substantive ramifications. In a constitutional setting that distinguishes sharply between action and inaction, one’s characterization of the misconduct alleged under 1983 may effectively decide the case. Thus, by leading off with a discussion (and rejection) of the idea that the Constitution imposes on the States an affirmative duty to take basic care of their citizens, the Court foreshadows - perhaps even preordains - its conclusion that no duty existed even on the specific facts before us*”.

162. 489 U.S. 189, en 207.

163. En el juicio presidido por la Corte de Apelaciones, Anne Kemmeter había afirmado: “Sabía que el teléfono sonaría un día y que Joshua estaría muerto.” 812 F.2d 298, 300 (CA7 1987).

164. 489 U.S. 189, en 212. El juez Blackmun presentó una breve opinión concurrente con la de Brennan, que no añade nuevos elementos al razonamiento. Su comentario reitera que la decisión mayoritaria se “encierra en un formalismo estéril” que le impide apreciar tanto los hechos como las normas aplicables, lo que es inaceptable en la interpretación constitucional. El largo aliento de las cláusulas de la Enmienda Catorce –dice– obliga a desterrar este formalismo, defecto común en la jurisprudencia de preguerra, refiriéndose a la Guerra Civil. *Id.*, en 212-213.

165. Véase *supra*, Capítulo 2, pp. 26 ss.

166. Véase Capítulo 1, pp. 4-5.

167. Ver por ejemplo la declaración de Robert L. Stern, *solicitor general* de 1941 a 1954: “...un presidente elegido por el pueblo, sea Franklin Roosevelt o Ronald Reagan, tiene el derecho a nominar personas de su propia filosofía. El candidato que por lo demás esté plenamente calificado, no deberá ser rechazado, a menos que el Senado tenga una buena razón para creer que sus votos [i.e., sus decisiones] están realmente fuera de lugar”. Cit. en Richard Hodder-Williams, “The strange story of judge Robert Bork and a vacancy in the United States Supreme Court,” *Political Studies*, vol. 36 (1988), p. 620.

168. La iniciativa de nombramiento la emite el Departamento de Justicia y es recibida en el Senado por el Comité de Asuntos Judiciales (*Committee on the*

Judiciary), el cual por lo regular está integrado por 18 miembros, reflejando la composición partidaria de la Cámara. El Comité analiza el nombramiento y vota para emitir una recomendación no vinculante, que luego eleva al pleno.

169. Es importante advertir que los términos ‘liberal’ y ‘conservador’ se utilizan a lo largo de la tesis de manera llana, para reflejar su sentido popular o periodístico, más que académico. ‘Liberal,’ entonces, es compatible con la intervención gubernamental en la economía y la sociedad, así como con la visión de que los derechos civiles deben ser protegidos activamente por la Corte. ‘Conservador,’ en cambio, denota una preferencia por el mercado en la regulación de la mayoría de las cuestiones económicas y sociales, así como la convicción de que las cortes deben restringir al mínimo constitucional su intervención en casos de derechos civiles. Esta distinción es semejante, pero no equivalente, a la que aquí se ha utilizado con mayor precisión entre ‘liberal’ y ‘originalista.’

170. En la parte correspondiente a la reforma judicial, la plataforma republicana señalaba la necesidad de modificar algunas de las posiciones asumidas por la Corte, en temas como cuotas discriminatorias (*affirmative action*), penalización del aborto, derecho a orar en las escuelas y otros recintos públicos, transporte escolar para cumplir requisitos raciales (*busing*). A tales cuestiones correspondían otros tantos fallos controvertidos: *Regents of the University of California v. Bakke*, 348 U.S. 265 (1978); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); y *Swann v. Charlotte-Mecklenberg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).

171. En particular, las organizaciones *pro* derechos de las mujeres, que habían hecho valer las cláusulas antidiscriminatorias de la Constitución y del *Civil Rights Act* de 1964 en casos como *Phillips v. Martin Marietta Co.* y *Reed v. Reed*, ambos de 1971,

veían con simpatía a la Corte, que consideraban un aliado. En *Phillips*, la Corte invalidó las políticas discriminatorias de las empresas en contra de las mujeres, especialmente la negativa a dar empleo a mujeres con hijos en edad preescolar, lo que violaba el *Civil Rights Act* de 1964 (400 U.S. 542). En *Reed*, el tribunal utilizó la cláusula del *equal protection of the laws* de la Enmienda Catorce para anular una ley del estado de Idaho que favorecía a los hombres sobre las mujeres en materia testamentaria y de administración de los bienes (404 U.S. 71).

172. 410 U.S. 179 (1973).

173. El *Hyde Amendment* fue aprobado en 1977 para prohibir el uso de fondos del Medicaid para llevar a cabo abortos, con lo que en la práctica se negaba un derecho a las madres de escasos recursos, el cual sí podía ser ejercitado por mujeres que pudieran sufragar los gastos del aborto en clínicas privadas. El *Hyde Amendment* solamente permite el uso del Medicaid para abortos para salvar la vida de la madre. En *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), la Corte sostuvo la legalidad de esta legislación. En 1994 el Congreso amplió el alcance del programa para cubrir casos de violación e incesto, ratificando la enmienda en 1997.

174. Véase 410 U.S. 113. La existencia de un derecho constitucional al aborto fue puesta en duda por la Suprema Corte misma en *Webster v. Reproductive Health Services* (109 S.Ct. 3040), de 1989, donde se validó una ley del estado de Missouri que demandaba que el médico que practicaba un aborto a una mujer con más de veinte semanas de embarazo debía determinar, mediante exámenes clínicos, si el producto era viable. El juez Rehnquist, por la mayoría, sostuvo que dicha ley se vinculaba razonablemente con un “interés apremiante del estado” (“*state’s compelling interest*”) de proteger la vida humana. Para Rehnquist, no se sostenía la pretensión básica de *Roe* de utilizar el enfoque trimestral para decidir cuándo es

legítima la intervención del estado para prevenir un aborto; ni 'viabilidad' ni 'trimestre', dijo, aparecen en la Constitución. Lo cual, ciertamente, provocó una opinión en contra del juez Blackmun, quien afirmó que *Webster* dejaba sin efecto, en los hechos, el derecho descrito en *Roe*, al volver tan difícil como fuera posible la realización del aborto. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, pp. 740-741.

175. Este derecho continúa vigente en la actualidad, como una garantía que goza de protección constitucional y que demanda de la Corte estricto escrutinio. Si bien no cuenta con respaldo público por la vía del subsidio gubernamental, el derecho al aborto no puede ser cancelado por la legislación estatal o federal. El último caso analizado por la Corte a este respecto es *Stenberg v. Carhart*, de junio de 2000 (530 U.S. 914, remitido como *certiorari* a la apelación en 192 F.3d 1142), donde se reiteran la decisión y la racionalidad de *Roe*. *Stenberg* fue decidido por mayoría de 5 a 4, con opiniones en contra de Rehnquist y Scalia, así como de los magistrados Anthony Kennedy y Clarence Thomas, nombrados en 1987 y 1991, éste último por el presidente George Bush.

176. Importante también es señalar la dificultad existente para revertir *Griswold*. Por un lado, la privacidad o la intimidad, entendidas como prerrogativa individual, han sentido ya un precedente; por otro, la Corte ha variado su interpretación específica del derecho definido por el juez Douglas, entendiendo la garantía de privacidad más como un derecho a la libertad personal, que como un derecho fundamental a secas. Entre 1970 y 1990, la Corte se fue inclinando por una definición *contextual* del derecho a la privacidad, que lo hace depender de las circunstancias que rodean al acto privado, así como de las relaciones que guardan entre sí los individuos que supuestamente ejercen este derecho. Ello fue necesario debido a la indeterminación que rodeaba al derecho a la privacidad, tal y como éste fue expuesto por Douglas. Véase Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 740 y n.33. Muy recientemente, el derecho a la

privacía fue reexaminado por la Corte bajo una luz bastante benévola, si bien no como parte de las garantías que incorpora el *due process of law*, sino como un componente de la Cuarta Enmienda (“[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated”). El caso fue *Kyllo v. United States*, de 2001 (533 U.S. [paginación pendiente]), decidido por una mayoría de 5 a 4, en la que el juez Scalia, redactando la opinión, defiende una esfera de privacía personal frente a las posibles transgresiones del Estado que las nuevas tecnologías hacen posible.

177. El hecho de que Powell votara las más de las veces con Rehnquist o Burger, antes que con Brennan o Thurgood Marshall, hacen de él un conservador *prima facie*. Esto se aprecia en la siguiente tabla:

Patrón de votación del juez Powell en la totalidad de los casos, 1981-1986

	Periodo					
	1981	1982	1983	1984	1985	1986
% decisiones unánimes	18.6	21.0	26.4	31.8	18.9	18.4
% acuerdo con O'Connor	72.0	79.7	84.9	85.7	87.1	83.3
% acuerdo con Burger	74.8	84.3	89.4	80.8	84.5	--
% acuerdo con Rehnquist	75.6	81.1	82.4	76.2	87.7	86.1
% acuerdo con Marshall	50.6	45.6	58.8	62.7	51.6	55.0
% acuerdo con Brennan	50.3	53.5	58.5	65.7	55.8	56.3
Número de casos	167	162	163	151	159	152

Sin embargo, el voto de Powell fue decisivo en muchos casos y comúnmente necesario en aquellas ocasiones en que prevalecía una mayoría liberal, como el necesario quinto voto. En otras palabras, a Powell se le calificó como un “*swing vote*.” Fuente, Harvard Law Review, *Annual Statistics*. Véase R. Hodder-Williams, *op. cit.*, p. 616.

178. 462 U.S. 416 (1983). El fallo en este caso reafirmó el derecho de la mujer al aborto e invalidó diversos obstáculos que las legislaturas estatales trataban de

imponer, con el fin de elevar significativamente el costo del procedimiento quirúrgico. Como en *Webster*, la Corte citó la noción del “interés apremiante del estado,” aunque aquí no encontró razón suficiente para invalidar las leyes locales. Powell también supuso en junio de 1987 el quinto voto en la ratificación del derecho al aborto en *Thornburg v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S.Ct 2169.

179. Durante el episodio de *Watergate*, recayó en Bork la responsabilidad de destituir al fiscal especial Archibald Cox, cuando el procurador general Elliot L. Richardson y el subprocurador William D. Ruckelshaus dimitieron por disentir con Nixon en este punto. Por un breve lapso, Bork estuvo encargado del Departamento de Justicia, en 1973-74. Tras la destitución de Cox (avalada por la racionalidad de *Myers*) Bork designó como nuevo fiscal a Leon Jaworski, quien continuó la investigación con el mismo empeño.

180. La tarea de buscar y recomendar posibles candidatos para las cortes federales y la Suprema Corte normalmente la comparten el Departamento de Justicia y la *Office of Legal Counsel* de la Casa Blanca. La preeminencia de una u otra en un momento particular depende del presidente en turno.

181. Véase *supra*, Capítulo 2, p. 51-54, y Edwin Meese III, “The Attorney-General's View of the Supreme Court: Towards a Jurisprudence of Original Intention”, *Public Administration Review*, 45 (1985); así como “The Law of the Constitution”, *Tulane Law Review*, 61 (1986-7), por el mismo autor.

182. *Hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, One Hundredth Congress, First Session, on the Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States*; Washington, D. C.: U.S. Government Printing Office, 1989 (en adelante *Senate Hearings*); pp. 103-104.

183. El *Committee on the Judiciary* que recibió la propuesta en septiembre de 1987 estaba compuesto como sigue. Presidente: Joseph R. Biden, Jr. Demócratas: Edward M. Kennedy, Mass.; Robert C. Byrd, WV.; Howard M. Metzenbaum, Oh.; Dennis DeConcini, Ar.; Patrick J. Leahy, Ve.; Howell Heflin, Ala. y Paul Simon, Ill. Republicanos: Strom Thurmond, SC; Orrin G. Hatch, Ut.; Allan K. Simpson, Wy.; Charles E. Grassley, Io.; Arlen Specter, Penn. y Gordon J. Humphrey, NH.

184. Véase Robert H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*; London: Sinclair-Stevenson, 1990; pp. 267-268, 275-277, 282. El 11 de octubre de 1987, el senador Kennedy declaró al *Boston Globe* (p. 22) que su discurso tenía que ser rotundo y directo, de modo que sonara la alarma y evitara que aquellos senadores que pudieran comprometer su voto en favor de Bork lo hicieran, dando tiempo a que la campaña se desarrollara.

185. En octubre y noviembre de 1986 dos operaciones secretas de la Administración Reagan fueron expuestas a la luz pública, lo que involucraba a varios funcionarios en actividades ilegales. Las operaciones en cuestión eran la provisión de asistencia militar a la insurgencia rebelde en Nicaragua (los Contras), contraviniendo una prohibición en esta materia vigente entre octubre de 1984 y octubre de 1986, así como la venta de armas a Irán, en contra de la política exterior expresa de Estados Unidos y posiblemente en contra de la normatividad estadounidense sobre exportación de armas. En noviembre de 1986 la Administración reveló que parte de los recursos obtenidos con la venta de armas habían sido canalizados a los Contras. El 19 de diciembre de ese año, el Procurador Meese nombró a Lawrence E. Walsh como fiscal especial para investigar el caso.

186. *Time*, 6 de julio de 1987, p. 8.

187. Véase Suzanne Garment, "The War Against Robert Bork," en *Commentary*, enero de 1988, p. 17. Estas cifras también las cita R. Hodder-Williams, *op. cit.*, p. 628. El *Time* del 17 de agosto de 1987 reportó 20 millones. En 1991 Garment publicó *Scandal. The Culture of Mistrust in American Politics* (New York: Times Books).

188. Véase Bruce C. Wolpe y Bertram J. Levine, *Lobbying Congress. How the System Works*, 2a ed. Washington: Congressional Quarterly, 1996; pp. 146-153.

189. Con el apoyo de los senadores demócratas Howard Metzenbaum y Alan Cranston, Biden fijó la fecha de inicio de las comparecencias el 15 de septiembre, 77 días después del anuncio de Reagan, cuando normalmente la transición entre ambos eventos toma 14 días.

190. Véase S. Garment, *op. cit.*, p. 20.

191. Uno de los factores importantes que explican la inmediata oposición de los senadores demócratas a la candidatura de Bork, aparte del rechazo a lo que se interpretaba como su posición constitucional, fue la mala relación que existía entre los legisladores y el presidente Reagan. Luego de la victoria en la reelección de 1984, Reagan propuso a Edwin Meese como Procurador General, cargo que fue aprobado con dificultad por el Senado, que en ese entonces contaba con mayoría republicana. Los senadores demócratas atacaron la postulación, señalando tanto la falta de integridad de Meese como presuntos hechos de corrupción que se le imputaban. Jacob A. Stein, fiscal especial nombrado para investigar los alegatos en contra del futuro procurador, emitió su dictamen exonerando a Meese en septiembre de 1984. Sin embargo, los senadores Kenney y Biden, ya en la mayoría en 1987, no olvidaron las intenciones de Reagan. R. Hodder-Williams, *op. cit.*, p. 622.

192. Ver S. Garment, *op. cit.*, p. 23, y R. Bork, *The Tempting*, pp. 281-282.

193. Robert W. Jenson, "Churchly honor and judge Bork," *Dialog*, vol. 27, invierno de 1988, p. 3. Cit. por R. Bork, *The Tempting*, p. 293, 401. El senador Gordon J. Humphrey, republicano por New Hampshire, recalcó en su intervención el primer día de comparecencias: "*I have been around this city for 9 years, and the charges against Judge Bork are the worst infestation of politics this senator has ever seen. ...these charges are pure political poppycock, 99.9 percent pure, so pure it floats.*" Opening Statement, *Senate Hearings*, p. 88.

194. Es importante señalar que varios líderes de los grupos de presión opuestos al nombramiento de Bork evitaron presentarse a testificar en su contra, temiendo que los cuestionamientos de los senadores republicanos se orientaran más hacia sus organizaciones, membresía, recaudación de fondos y calificaciones éticas. En otras palabras, la efectividad de las campañas anti-Bork estaba fuera del Senado; dentro, los organizadores de las campañas podrían volverse blanco de ataques, lo que mermaría su influencia. Véase S. Garment, *op. cit.*, p. 21.

195. Ver *Senate Hearings*, p. 370.

196. Ver los comentarios del senador E. Kennedy en *id.*, p. 663. Bork: "*I don't think that precedent is all that important. I think the importance is what the framers were driving at, and to go back to that.*" (Tomado del Senate Committee Summary presentado al pleno con la recomendación de no aprobar).

197. Otro senador, el demócrata Howell Heflin, de Alabama, vería con alarma por ejemplo la posibilidad de invalidar por insuficiencia histórica el fallo en *Reynolds v. Sims* 377 U.S. 533 (1964), que había establecido la modalidad del *one man, one vote* a través de la reorganización distrital. Ello afectaría a grandes porciones de sus electores, predominantemente negros.

198. El periódico *Wall Street Journal*, en editoriales publicados durante octubre de 1987, acusó a los oponentes de Bork de haber orquestado una “sangrienta campaña de distorsiones”, proponiendo que la administración Reagan le nombrara nuevamente en el siguiente receso legislativo. El periódico sugirió también que la posibilidad de la derrota de Bork estaba influyendo negativamente en el índice Dow Jones -y que quienes se oponían a la confirmación habrían, tarde o temprano, de “pagar por ello.” Cit. por Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996; p. 383.

199. Sólo dos senadores demócratas votaron a favor, y seis republicanos en contra.

Republicanos a favor: Armstrong, Bond, Boschwitz, Cochran, Cohen, D'Amato, Danforth, Dole, Domenici, Durenberger, Evans, Garn, Gramm, Grassley, Hatch, Hatfield, Hecht, Heinz, Helms, Humphrey, Karnes, Kassebaum, Kasten, Lugar, McCain, McClure, McConnell, Murkowski, Nickles, Pressler, Quayle, Roth, Rudman, Simpson, Stevens, Symms, Thurmond, Trible, Wallop y Wilson.

Demócratas a favor: Boren y Hollings.

Republicanos en contra: Chafee, Packwood, Specter (único republicano miembro del Comité Judicial que votó en contra), Stafford, Warner y Weicker.

Demócratas en contra: Adams, Baucus, Bentsen, Biden, Bingaman, Bradley, Breaux, Bumpers, Burdick, Byrd, Chiles, Conrad, Cranston, Daschle, DeConcini, Dixon, Dodd, Exon, Ford, Fowler, Glenn, Gore, Graham, Harkin, Heflin, Inouye, Johnston, Kennedy, Kerry, Lautenberg, Leahy, Levin, Matsunaga, Melcher, Metzenbaum, Mikulski, Mitchell, Moynihan, Nunn, Pell, Proxmire, Pryor, Reid, Riegle, Rockefeller, Sanford, Sarbanes, Sasser, Shelby, Simon, Stennis y Wirth.

Este ha sido el rechazo más contundente en la historia de una nominación a la Suprema Corte. En años anteriores, dos candidatos propuestos por Richard Nixon perdieron también la confirmación: G. Harrold Carswell por 45 a 51 y Clement Hainsworth por 45 a 55. De igual forma, el Senado rechazó la promoción que hiciera Lyndon Johnson de Abe Fortas, magistrado asociado, a la presidencia de la Corte.

200. Véase R. Bork "Neutral principles and some First Amendment problems," *Indiana Law Journal*, vol. 47, no. 1, otoño de 1971.

201. Las opiniones de Bork databan de 1971, de su época en Yale, por lo que podría suponerse que con el paso de los años éstas hubieran podido variar de modo importante. No fue así. En 1984 Bork expuso, ya como juez de la Corte de Apelaciones, una decisión que confirmaba sus puntos de vista sobre el derecho a la privacidad, y en la que descalificaba nuevamente la racionalidad de *Griswold*. El caso fue *Dronenberg v. Zech*. 741 F.2d 1388 (D.C. Cir. 1984). En este caso la Corte de Apelación rechazó la petición de que las prácticas homosexuales de miembros de la Marina de Estados Unidos fueran incluidas en la esfera del derecho a la privacidad enunciado y mantenido por la Suprema Corte. El fallo, sin embargo, no se guió por la noción del *compelling state interest*, adecuado a la controversia en cuestión, sino por la inconstitucionalidad del derecho mencionado, que Bork coligió de la falta de principios que lo sustentaran, tal y como lo había argumentado en 1971.

202. Ver Herbert Wechsler, "Toward neutral principles of constitutional law," *Harvard Law Review*, vol. 73 no. 1, noviembre 1959.

203. El objeto inmediato del artículo de Wechsler fue debatir la decisión de la Corte en *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954), en la que se invalidó el principio "*separate but equal*" asentado en *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896), estableciendo la inconstitucionalidad de la segregación racial.

204. Véase R. Bork, *The Tempting*, pp. 78-81, 146. "[A] judge should state the principle at the level of generality that the text and historical evidence warrant" (p. 149).

205. Véase la referencia a la “objeción contramayoritaria”, *supra*, Capítulo 1, p. 14, n. 26.

206. Véase R. Bork, “Neutral principles,” pp. 3 ss; y *The Tempting*, pp. 145 ss.

207. Bork, *The Tempting*, p. 149. Claramente, los términos ‘encontrar’ e ‘identificar’ denotan un sentido *fijo* que los jueces deben adscribir a las cláusulas constitucionales. Ello es compatible con la afirmación de que las decisiones valorativas más importantes, contenidas en las cláusulas, ya fueron hechas por los fundadores mucho tiempo atrás. Esto es lo que se ha llamado teoría de la “petrificación” (ver Miguel Beltrán, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989, pp. 53 ss). Es interesante notar que durante la comparecencia y tiempo después, Bork se alejaba de este originalismo radical, señalando con naturalidad que “[n]uevos casos presentarán nuevos patrones, por lo que los principios deberán con frecuencia ser reenunciados y redefinidos” (*The Tempting*, p. 151), lo que le daba un relieve más moderado que, sin embargo, no le ayudó en el proceso.

208. Ronald M. Dworkin realizó sus estudios de derecho en la Harvard Law School y fue asistente del juez Learned Hand en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito hacia finales de la década de 1950. Por un breve lapso trabajó en el despacho Sullivan & Cromwell en Nueva York, para luego iniciar su carrera académica en la Universidad de Yale, donde fue profesor de derecho entre 1962 y 1969. Ha ocupado cátedras en Oxford University, University College (ambas en la Gran Bretaña) y New York University, donde actualmente imparte el Seminario de Filosofía Jurídica, Política y Social. Otras actividades incluyen haber sido co-presidente del Democratic Party Abroad y consultor de derechos humanos para la Ford Foundation. Entre sus obras

pueden mencionarse *Taking Rights Seriously* (1977), *Law's Empire* (1986) y *Freedom's Law* (1996).

209. Véase *infra* Bibliografía, p. B-3.

210. Ver Ronald Dworkin, "The Bork Nomination" en *New York Review of Books*, 13 de agosto de 1987, p. 3.

211. Dworkin cita a Jefferson Powell, "The original understanding of original intent," *Harvard Law Review*, vol 98 (1995), p. 885; *Freedom's Law*, p. 380, n. 1.

212. Dworkin, *Freedom's Law*, p. 270.

213. Véase R. Dworkin, *Freedom's Law*, pp. 7-8.

214. Esto último es lo que Dworkin ha llamado el principio de *integridad* del derecho, lo que obliga a las cortes a ceñirse no sólo al *stare decisis*, sino también a decidir de modo similar los casos que sean similares, atendiendo al principio moral que está en juego. *Id.*, pp. 10 y 101 ss.

215. Ver en general *Taking Rights Seriously*; Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977, y *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, especialmente los capítulos 9 y 10.

216. Dworkin, *Freedom's Law*, p. 282.

217. *Id.*, pp. 281, 303.

218. Ginsburg fue nombrado por Reagan en noviembre de 1987, pero en pocos días se vio obligado a retirarse del proceso, debido a acusaciones ciertas de uso de drogas en el pasado.

219. Cfr. Kelly y Harbison, *op. cit.*, p. 763.

220. Véase el artículo de Charles L. Black, “A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees,” incluido en el Reporte del Comité Judicial emitido al término de las comparecencias: *Nomination of R. H. Bork to be an Associate Justice of the United States Supreme Court*; S. Rep., no. 7, 100th Cong., 1st Sess (Washington, D.C.: Government Printing Office, 1987). Originalmente en *Yale Law Journal*, vol 79 (1970).

221. En el artículo citado, Ch. L. Black sostiene lo siguiente: “The Supreme Court is a body of great power. Once on the Court, a Justice wields that power without democratic check. This is as it should be. But, is it not wise, before that power is put in his hands for life, that a nominee be screened by the democracy in the fullest possible manner?” En “A note...”, *Yale Law Journal*, vol. 79, p. 660.

222. *Senate Hearings*, p. 260.

223. *Senate Hearings*, pp.114-120, énfasis añadidos.

224. *Senate Hearings*, pp. 709-710, énfasis añadido.

225. K. Sullivan, profesora asistente de derecho en Harvard Law School. Ver. *Hearings*, pp. 3072, 3076.

226. Véase *supra*, nota 201.

227. *Senate Hearings*, p. 185.

228. *Senate Hearings*, pp. 112-113.

229. *Senate Hearings*, pp. 292-293.

230. *Senate Hearings*, pp. 713-714.

231. *Senate Hearings*, p. 405.

232. De aquí la acusación de que Bork simulaba una “conversión” en su pensamiento judicial, con el sólo fin de obtener la confirmación del Senado. Véase la discusión de Philip Bobbit en *Constitutional Interpretation*, Oxford: Basil Blackwell, 1991; pp. 86 ss.

Bibliografía

Este estudio incluye el análisis de fuentes, en especial los fallos de la Suprema Corte y la propia Constitución de Estados Unidos. Cuentan como fuentes también las versiones estenográficas de las comparecencias ante el *Judiciary Committee* del Senado de candidatos a jueces de la Suprema Corte. La bibliografía restante en torno al tema tratado es amplia. Si bien el asunto del control de la constitucionalidad, principalmente bajo la modalidad norteamericana, ha sido explorado en países de habla hispana como España y Argentina, como lo muestran algunos trabajos señalados más abajo, la bibliografía se concentra en la discusión generada en Estados Unidos. A continuación se presentan algunos de los libros y artículos de revistas especializadas más directamente relacionados con los aspectos abordados, o bien complementarios en la materia.

1. Abraham, Henry J. *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*; New York: Oxford University Press, segunda edición, 1985.
2. Ackerman, Bruce. "Constitutional politics/Constitutional law". *Yale Law Journal*, vol. 99, no. 3 (diciembre 1989).
3. Alonso García, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
4. Bader Ginsburg, Ruth. "A Plea for Legislative Review", en *South California Law Review*, vol 60 (mayo 1987).
5. Bayón, Juan Carlos. "El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana". *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 4, enero-abril de 1985.
6. Beltrán de Felipe, Miguel. *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989.

7. Berger, Raoul. *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
8. ----. *Death Penalties*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
9. Berlin, Isaiah. "Does Political Theory Still Exist?" en *Philosophy, Politics, and Society*; Oxford: Basil Blackwell, 1962.
10. ----. "On the Pursuit of the Ideal", *New York Review of Books*, marzo 17, 1988.
11. ----. *Four Essays on Liberty*, 1969. Varias ediciones. Versión española en Alianza Editorial, Madrid, 1988.
12. Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986. [Publicado originalmente por Bobbs-Merrill en 1962].
13. Bobbit, Philip. *Constitutional Interpretation*. Oxford: Basil Blackwell, 1991.
14. Bork, Robert H. "Neutral principles and some First Amendment problems," *Indiana Law Journal*, 47 (1), Otoño 1971.
15. ----. "The Supreme Court needs a new philosophy," *Fortune*, diciembre 1968.
16. ----. *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*; London: Sinclair-Stevenson, 1990.
17. ----. "The impossibility of finding welfare rights in the Constitution". *Washington University Law Quarterly*, 1979.
18. ----. "Original intent and the Constitution". *Humanities*, febrero de 1986.
19. Brennan, William J. "The Constitution of the United States: contemporary ratification". *U.C. Davis Law Review*, vol. 19, no. 1, Otoño 1985.
20. Brogan, Hugh. *History of the United States of America*; London: Penguin, 1985.
21. Chayes, Abram. "How the Constitution Establishes Justice," en R. A. Goldwin [y] W. A. Schambra (eds.), *The Constitution, the Courts, and the*

- Quest for Justice*; Washington, D. C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1989.
22. Dworkin, Ronald M. *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
 23. ----. "Bork's Jurisprudence," *Chicago Law Review*, 57 (1990).
 24. ----. "The Bork Nomination," *New York Review of Books*, agosto 13, 1987.
 25. ----. "From Bork to Kennedy", *New York Review of Books*, noviembre 17, 1987.
 26. ----. "Reagan's Justice", *New York Review of Books*, noviembre 8, 1984.
 27. ----. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
 28. ----. *Taking Rights Seriously*; Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
 29. Ely, John H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
 30. Fish, Stanley. "Fish v. Fiss", *Stanford Law Review*, Vol. 36, julio de 1984.
 31. Fiss, Owen M. "Objectivity and interpretation." *Stanford Law Review*, vol. 34, abril de 1982.
 32. Freeman, Samuel. "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution," *Philosophy and Public Affairs*, 21 (1).
 33. Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
 34. Garment, Suzanne. "The War Against Robert Bork," en *Commentary*, enero de 1988.
 35. Hartz, Louis. *The Liberal Tradition in America*. New York: Harcourt, Brace & Jovanovich; 2a edición, 1986.
 36. Hay, Peter. *An Introduction to United States Law*; Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1976.

37. *Hearings before the Committee on the Judiciary, United States Senate, One Hundredth Congress, First Session, on the Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States*; Washington, D. C.: U.S. Government Printing Office, 1989.
38. Hodder-Williams, Richard. "Ronald Reagan and the Supreme Court" in Joseph Hogan (ed.) *The Reagan Years. The Record in Presidential Leadership*; Manchester, U.K.: Manchester University Press, 1990.
39. ----. "The strange story of judge Robert Bork and a vacancy in the United States Supreme Court". *Political Studies*, vol. 36 (1988).
40. Hofstadter, Richard. *La Tradición Política Norteamericana*; trad. M. Caso; México: FCE, 1984.
41. Hutchinson, Allan C. "Part of an essay on power and interpretation", *New York University Law Review*, vol. 60 (noviembre 1985).
42. Kelly, Alfred H.; W. A. Harbison [y] H. Belz. *The American Constitution. Its Origins and Development* (7a edición), New York: Norton, 1991.
43. Madison, James; Alexander Hamilton [y] John Jay. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.
44. McDowell, Gary L. "The Politics of Original Intention" en Goldwin [y] Schambra (eds.), op. cit.
45. ----. *Curbing the Courts. The Constitution and the Limits of Judicial Power*; Baton Rouge and London: Louisiana State University Press, 1988.
46. ----. *Justice vs. Law. Courts and politics in American society*. New York: Free Press, 1993.
47. ----. "Rights without roots". *The Wilson Quarterly*, Winter, 1991.
48. Meese III, Edwin. "The Attorney-General's View of the Supreme Court: Towards a Jurisprudence of Original Intention", *Public Administration Review*, 45 (1985).
49. ----. "The Law of the Constitution", *Tulane Law Review*, 61 (1986-7).
50. ----. Address before the D.C. Chapter of the Federalist Society Lawyers Division. Reproducido en *U.C. Davis Law Review*, Vol. 19, no. 1, Otoño 1985.

51. Nino, Carlos (ed.). *La filosofía del control judicial de la constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
52. ----. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
53. ----. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.
54. Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.
55. ----. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
56. Rehnquist, William H. "The notion of a living Constitution", *Texas Law Review*, vol. 54, no. 4, mayo de 1976.
57. ----. "Political battles for judicial independence", *Washington Law Review*, vol. 50 (1975).
58. ----. *The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*. New York: Morrow, 1992.
59. Rosenberg, Gerald N. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press, 1992.
60. Sandel, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press; 2a edición, 1990.
61. Scalia, Antonin. "Originalism: the lesser evil." *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, no. 3 (1989).
62. ----. *A matter of principle. Federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
63. Smith, E. C. [y] H. J. Spaeth (eds.), *The Constitution of the United States, Bicentennial Edition*; New York: Barnes & Noble, 1987.
64. Stevens, John Paul. "Address before the Federal Bar Association". Chicago, 23 de octubre de 1985. Reproducido en *U.C. Davis Law Review*, vol. 19, no. 1, Otoño 1985.
65. Sunstein, Cass. "How independent is the Court?," *The New York Review of Books*, octubre 22, 1992.

66. ----. *Legal Argument and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
67. Tribe, Lawrence. *Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
68. Wechsler, Herbert. "Toward neutral principles of constitutional law," *Harvard Law Review*, vol. 73 no. 1, noviembre 1959.
69. Wellington, Harry H. *Interpreting the Constitution. The Supreme Court and the Process of Adjudication*. New Haven: Yale University Press, 1990.
70. Wolpe, Bruce C. [y] Bertram J. Levine. *Lobbying Congress*. 2a ed. Washington: Congressional Quarterly, 1996.
71. Zinn, Howard. *A People's History of the United States*. New York: Harper Perennial [Revised and updated edition], 1995.

Anexo

The Constitution of the United States of America

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquillity, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

Article I

Section 1.

All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Section 2.

The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second Year by the People of the several States, and the Electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.

No Person shall be a Representative who shall not have attained to the age of twenty five Years, and been seven Years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen.

Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other Persons. The actual Enumeration shall be made within three Years after the first Meeting of the Congress of the United States, and within every subsequent Term of ten Years, in such Manner as they shall by Law direct. The Number of Representatives shall not exceed one for every thirty Thousand, but each State shall have at Least one Representative; and until such enumeration shall be made, the State of New Hampshire shall be entitled to chuse three, Massachusetts eight, Rhode-Island and Providence Plantations one, Connecticut five, New-York six, New Jersey four, Pennsylvania eight, Delaware one, Maryland six, Virginia ten, North Carolina five, South Carolina five, and Georgia three.

When vacancies happen in the Representation from any State, the Executive Authority thereof shall issue Writs of Election to fill such Vacancies.

The House of Representatives shall chuse their Speaker and other Officers; and shall have the sole Power of Impeachment.

Section 3.

The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the Legislature thereof, for six Years; and each Senator shall have one Vote.

Immediately after they shall be assembled in Consequence of the first Election, they shall be divided as equally as may be into three Classes. The Seats of the Senators of the first Class shall be vacated at the Expiration of the second Year, of the second Class at the Expiration of the fourth Year, and of the third Class at the Expiration of the sixth Year, so that one third may be chosen every second Year; and if Vacancies happen by Resignation, or otherwise, during the Recess of the Legislature of any State, the Executive thereof may make temporary Appointments until the next Meeting of the Legislature, which shall then fill such Vacancies.

No Person shall be a Senator who shall not have attained to the Age of thirty Years, and been nine Years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State for which he shall be chosen.

The Vice President of the United States shall be President of the Senate but shall have no Vote, unless they be equally divided.

The Senate shall chuse their other Officers, and also a President pro tempore, in the Absence of the Vice President, or when he shall exercise the Office of President of the United States.

The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present.

Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law.

Section 4

The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time by Law make or alter such Regulations, except as to the Places of chusing Senators.

The Congress shall assemble at least once in every Year, and such Meeting shall be on the first Monday in December, unless they shall by Law appoint a different Day.

Section 5.

Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members, and a Majority of each shall constitute a Quorum to do Business; but a smaller Number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the Attendance of absent Members, in such Manner, and under such Penalties as each House may provide.

Each House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour, and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member.

Each House shall keep a Journal of its Proceedings, and from time to time publish the same, excepting such Parts as may in their Judgment require Secrecy; and the Yeas and Nays of the Members of either House on any question shall, at the Desire of one fifth of those Present, be entered on the Journal.

Neither House, during the Session of Congress, shall, without the Consent of the other, adjourn for more than three days, nor to any other Place than that in which the two Houses shall be sitting.

Section 6.

The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place.

No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during

such time: and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office.

Section 7.

All Bills for raising Revenue shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with amendments as on other Bills.

Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a law, be presented to the President of the United States: If he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his Objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it. If after such Reconsideration two thirds of that House shall agree to pass the Bill, it shall be sent, together with the Objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two thirds of that House, it shall become a Law. But in all such Cases the Votes of both Houses shall be determined by Yeas and Nays, and the Names of the Persons voting for and against the Bill shall be entered on the Journal of each House respectively. If any Bill shall not be returned by the President within ten Days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the Same shall be a Law, in like Manner as if he had signed it, unless the Congress by their Adjournment prevent its Return, in which Case it shall not be a Law

Every Order, Resolution, or Vote to which the Concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of Adjournment) shall be presented to the President of the United States; and before the Same shall take Effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the Rules and Limitations prescribed in the Case of a Bill.

Section 8.

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

To borrow Money on the credit of the United States;

To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;

To establish an uniform Ruie of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States;

To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures;

To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States;

To establish Post Offices and post Roads;

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;

To constitute Tribunals inferior to the supreme Court;

To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offences against the Law of Nations;

To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water;

To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years;

To provide and maintain a Navy;

To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces;

To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repeal Invasions;

To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress;

To exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District (not exceeding ten Miles square) as may, by Cession of Particular States, and the Acceptance of Congress, become the Seat of the Government of the United States, and to exercise like Authority over all Places purchased by the Consent of the

Legislature of the State in which the Same shall be, for the Erection of Forts, Magazines, Arsenals, dock-Yards and other needful Buildings;--And

To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

Section 9.

The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person.

The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases or Rebellion or Invasion the public Safety may require it.

No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.

No Capitation, or other direct, Tax shall be laid, unless in Proportion to the Census of Enumeration herein before directed to be taken.

No Tax or Duty shall be laid on Articles exported from any State.

No Preference shall be given by any Regulation of Commerce or Revenue to the Ports of one State over those of another: nor shall Vessels bound to, or from, one State, be obliged to enter, clear or pay Duties in another.

No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time.

No Title of Nobility shall be granted by the United States: And no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince or foreign State.

Section 10.

No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post

facto Law. or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.

No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the United States; and all such Laws shall be subject to the Revision and Controul of the Congress.

No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay.

Article II

Section 1.

The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows:

Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector.

The Electors shall meet in their respective States, and vote by Ballot for two Persons, of whom one at least shall not be an Inhabitant of the same State with themselves. And they shall make a List of all the Persons voted for, and of the Number of Votes for each; which List they shall sign and certify, and transmit sealed to the Seat of the Government of the United States, directed to the President of the Senate. The President of the Senate shall, in the Presence of the Senate and House of Representatives, open all the Certificates, and the Votes shall then be counted. The Person having the greatest Number of Votes shall be the President, if such Number be a Majority of the whole Number of Electors appointed; and if there be more than one who have such Majority, and have an equal Number of Votes, then the House of Representatives shall immediately chuse by Ballot one of them for President; and if no Person have a Majority, then from the five highest on the List the said House shall in like Manner chuse the President. But in chusing the President, the Votes shall be taken by States, the Representatives from each State having one Vote; a quorum for this Purpose shall consist of a Member or Members

from two thirds of the States, and a Majority of all the States shall be necessary to a Choice. In every Case, after the Choice of the President, the Person having the greatest Number of Votes of the Electors shall be the Vice President. But if there should remain two or more who have equal Votes, the Senate shall chuse from them by Ballot the Vice President.

The Congress may determine the Time of chusing the Electors, and the Day on which they shall give their Votes; which Day shall be the same throughout the United States.

No Person except a natural born Citizen, or a Citizen of the United States, at the time of the Adoption of this Constitution, shall be eligible to the Office of President; neither shall any person be eligible to that Office who shall not have attained to the Age of thirty five Years, and been fourteen Years a Resident within the United States.

In Case of the Removal of the President from Office, or of his Death, Resignation, or Inability to discharge the Powers and Duties of the said Office, the Same shall devolve on the Vice President, and the Congress may by Law provide for the Case of Removal, Death, Resignation or Inability, both of the President and Vice President, declaring what Officer shall then act as President, and such Officer shall act accordingly, until the Disability be removed, or a President shall be elected.

The President shall, at stated Times, receive for his Services, a Compensation, which shall neither be increased nor diminished during the Period for which he shall have been elected, and he shall not receive within that Period any other Emolument from the United States, or any of them.

Before he enter on the Execution of his Office, he shall take the following Oath or Affirmation:--"I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States."

Section 2.

The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to Grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except in Cases of Impeachment.

He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.

The President shall have Power to fill up all Vacancies that may happen during the Recess of the Senate, by granting Commissions which shall expire at the End of their next Session.

Section 3.

He shall from time to time give to the Congress Information on the State of the Union, and recommend to their Consideration such Measures as he shall judge necessary and expedient; he may, on extraordinary Occasions, convene both Houses, or either of them, and in Case of Disagreement between them, with Respect to the Time of Adjournment, he may adjourn them to such Time as he shall think proper; he shall receive Ambassadors and other public Ministers; he shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States.

Section 4.

The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.

Article III

Section 1.

The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Section 2.

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;--to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;--to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;--to Controversies to which the United States shall be a Party;--to Controversies between two or more States;--between a State and Citizens of another State;--between Citizens of different States;--between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

Section 3.

Treason against the United States, shall consist only in levying War against them, or in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort. No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.

The Congress shall have Power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture except during the Life of the Person attainted.

Article IV

Section 1.

Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.

Section 2.

The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States.

A Person charged in any State with Treason, Felony, or other Crime, who shall flee from Justice, and be found in another State, shall on Demand of the executive Authority of the State from which he fled, be delivered up, to be removed to the State having Jurisdiction of the Crime.

No Person held to Service or Labour in one State, under the Laws thereof, escaping into another, shall, in Consequence of any Law or Regulation therein, be discharged from such Service or Labour, but shall be delivered up on Claim of the Party to whom such Service or Labour may be due.

Section 3.

New States may be admitted by the Congress into this Union; but no new State shall be formed or erected within the Jurisdiction of any other State; nor any State be formed by the Junction of two or more States, or Parts of States, without the Consent of the Legislatures of the States concerned as well as of the Congress.

The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State.

Section 4.

The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.

Article V

The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no

Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

Article VI

All Debts contracted and Engagements entered into, before the Adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation.

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding.

The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.

Article VII

The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the same.

* * *

The Word, "the," being interlined between the seventh and eighth Lines of the first Page, The Word "Thirty" being partly written on an Erasure in the fifteenth Line of the first Page, The Words "is tried" being interlined between the thirty second and thirty third Lines of the first Page and the Word "the" being interlined between the forty third and forty fourth Lines of the second Page.

Attest William Jackson, Secretary.

Done in Convention by the Unanimous Consent of the States present the Seventeenth Day of September in the Year of our Lord one thousand seven hundred and Eighty seven and of the Independence of the United States of America the

Twelfth. In witness whereof We have hereunto subscribed our Names, G^o.
Washington—Presid^t. and deputy from Virginia.

New Hampshire	John Langdon Nicholas Gilman
Massachusetts	Nathaniel Gorham Rufus King
Connecticut	WM Sam ^l Johnson Roger Sherman
New York	Alexander Hamilton
New Jersey	Wil: Livingston David Brearley. WM Patterson. Jona: Dayton
Pennsylvania	B Franklin Thomas Mifflin Rob ^t Morris Geo. Clymer Tho ^s Fitz ^s imons Jared Ingersol James Wilson Gouv Morris
Delaware	Geo: Read Gunning Bedford jun John Dickinson Richard Bassett Jaco: Broom
Maryland	James McHenry Dan of ST Tho ^s Jenifer Dan ^L Carroll
Virginia	John Blair James Madison Jr.

North Carolina	WM Blount RichD Dobbs Spaight Hu Williamson J. Rutledge
South Carolina	Charles Cotesworth Pinckney Charles Pinckney Pierce Butler
Georgia	William Few Abr Baldwin

In Convention Monday, September 17th 1787. Present The States of New Hampshire, Massachusetts, Connecticut, MR Hamilton from New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North, South Carolina and Georgia. Resolved,

That the preceeding Constitution be laid before the United States in Congress assembled, and that it is the Opinion of this Convention, that it should afterwards be submitted to a Convention of Delegates, chosen in each State by the People thereof, under the Recommendation of its Legislature, for their Assent and Ratification; and that each Convention assenting to, and ratifying the Same, should give Notice thereof to the United States in Congress assembled. Resolved, That it is the Opinion of this Convention, that as soon as the Conventions of nine States shall have ratified this Constitution, the United States in Congress assembled should fix a Day on which Electors should be appointed by the States which shall have ratified the same, and a Day on which the Electors should assemble to vote for the President, and the Time and Place for commencing Proceedings under this Constitution. That after such Publication the Electors should be appointed, and the Senators and Representatives elected: That the Electors should meet on the Day fixed for the Election of the President, and should transmit their Votes certified, signed, sealed and directed, as the Constitution requires, to the Secretary of the United States in Congress assembled, that the Senators and Representatives should convene at the Time and Place assigned; that the Senators should appoint a President of the Senate, for the sole Purpose of receiving, opening and counting the Votes for President; and, that after he shall be chosen, the Congress, together with the President, should, without Delay, proceed to execute this Constitution.

By the Unanimous Order of the Convention

G^o: Washington--Presid^t. W. Jackson Secretary.

[Bill of Rights]

Amendment I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Amendment II

A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

Amendment III

No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Amendment VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the

witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Amendment VII

In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

Amendment VIII

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Amendment IX

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

Amendment X

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

[Other amendments]

Amendment XI

Passed by Congress March 4, 1794. Ratified February 7, 1795.

Note: Article III, section 2, of the Constitution was modified by amendment 11.

The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.

Amendment XII

Passed by Congress December 9, 1803. Ratified June 15, 1804.

Note: A portion of Article II, section 1 of the Constitution was superseded by the 12th amendment.

The Electors shall meet in their respective states and vote by ballot for President and Vice-President, one of whom, at least, shall not be an inhabitant of the same state with themselves; they shall name in their ballots the person voted for as President, and in distinct ballots the person voted for as Vice-President, and they shall make distinct lists of all persons voted for as President, and of all persons voted for as Vice-President, and of the number of votes for each, which lists they shall sign and certify, and transmit sealed to the seat of the government of the United States, directed to the President of the Senate; -- the President of the Senate shall, in the presence of the Senate and House of Representatives, open all the certificates and the votes shall then be counted; -- The person having the greatest number of votes for President, shall be the President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed; and if no person have such majority, then from the persons having the highest numbers not exceeding three on the list of those voted for as President, the House of Representatives shall choose immediately, by ballot, the President. But in choosing the President, the votes shall be taken by states, the representation from each state having one vote; a quorum for this purpose shall consist of a member or members from two-thirds of the states, and a majority of all the states shall be necessary to a choice. [And if the House of Representatives shall not choose a President whenever the right of choice shall devolve upon them, before the fourth day of March next following, then the Vice-President shall act as President, as in case of the death or other constitutional disability of the President. --]* The person having the greatest number of votes as Vice-President, shall be the Vice-President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed, and if no person have a majority, then from the two highest numbers on the list, the Senate shall choose the Vice-President; a quorum for the purpose shall consist of two-thirds of the whole number of Senators, and a majority of the whole number shall be necessary to a choice. But no person constitutionally ineligible to the office of President shall be eligible to that of Vice-President of the United States.

**Superseded by section 3 of the 20th amendment.*

Amendment XIII

Passed by Congress January 31, 1865. Ratified December 6, 1865.

Note: A portion of Article IV, section 2, of the Constitution was superseded by the 13th amendment.

Section 1.

Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

Section 2.

Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment XIV

Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868.

Note: Article I, section 2, of the Constitution was modified by section 2 of the 14th amendment.

Section 1.

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2.

Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age,* and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens

shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Section 3.

No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4.

The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5.

The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

**Changed by section 1 of the 26th amendment.*

Amendment XV

Passed by Congress February 26, 1869. Ratified February 3, 1870.

Section 1.

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude--

Section 2.

The Congress shall have the power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment XVI

Passed by Congress July 2, 1909. Ratified February 3, 1913.

Note: Article I, section 9, of the Constitution was modified by amendment 16.

The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration.

Amendment XVII

Passed by Congress May 13, 1912. Ratified April 8, 1913.

Note: Article I, section 3, of the Constitution was modified by the 17th amendment.

The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years; and each Senator shall have one vote. The electors in each State shall have the qualifications requisite for electors of the most numerous branch of the State legislatures.

When vacancies happen in the representation of any State in the Senate, the executive authority of such State shall issue writs of election to fill such vacancies: *Provided*, That the legislature of any State may empower the executive thereof to make temporary appointments until the people fill the vacancies by election as the legislature may direct.

This amendment shall not be so construed as to affect the election or term of any Senator chosen before it becomes valid as part of the Constitution.

Amendment XVIII

Passed by Congress December 18, 1917. Ratified January 16, 1919. Repealed by amendment 21.

Section 1.

After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the

exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited.

Section 2.

The Congress and the several States shall have concurrent power to enforce this article by appropriate legislation.

Section 3.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

Amendment XIX

Passed by Congress June 4, 1919. Ratified August 18, 1920.

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex.

Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment XX

Passed by Congress March 2, 1932. Ratified January 23, 1933.

Note: Article I, section 4, of the Constitution was modified by section 2 of this amendment. In addition, a portion of the 12th amendment was superseded by section 3.

Section 1.

The terms of the President and the Vice President shall end at noon on the 20th day of January, and the terms of Senators and Representatives at noon on the 3d day of January, of the years in which such terms would have ended if this article had not been ratified; and the terms of their successors shall then begin.

Section 2.

The Congress shall assemble at least once in every year, and such meeting shall begin at noon on the 3d day of January, unless they shall by law appoint a different day.

Section 3.

If, at the time fixed for the beginning of the term of the President, the President elect shall have died, the Vice President elect shall become President. If a President shall not have been chosen before the time fixed for the beginning of his term, or if the President elect shall have failed to qualify, then the Vice President elect shall act as President until a President shall have qualified; and the Congress may by law provide for the case wherein neither a President elect nor a Vice President shall have qualified, declaring who shall then act as President, or the manner in which one who is to act shall be selected, and such person shall act accordingly until a President or Vice President shall have qualified.

Section 4.

The Congress may by law provide for the case of the death of any of the persons from whom the House of Representatives may choose a President whenever the right of choice shall have devolved upon them, and for the case of the death of any of the persons from whom the Senate may choose a Vice President whenever the right of choice shall have devolved upon them.

Section 5.

Sections 1 and 2 shall take effect on the 15th day of October following the ratification of this article.

Section 6.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission.

Amendment XXI

Passed by Congress February 20, 1933. Ratified December 5, 1933.

Section 1.

The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed.

Section 2.

The transportation or importation into any State, Territory, or Possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited.

Section 3.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by conventions in the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

Amendment XXII

Passed by Congress March 21, 1947. Ratified February 27, 1951.

Section 1.

No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of President more than once. But this Article shall not apply to any person holding the office of President when this Article was proposed by Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this Article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term.

Section 2.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission to the States by the Congress.

Amendment XXIII

Passed by Congress June 16, 1960. Ratified March 29, 1961.

Section 1.

The District constituting the seat of Government of the United States shall appoint in such manner as Congress may direct:

A number of electors of President and Vice President equal to the whole number of Senators and Representatives in Congress to which the District would be entitled if it were a State, but in no event more than the least populous State; they shall be in addition to those appointed by the States, but they shall be considered, for the purposes of the election of President and Vice President, to be electors appointed by a State; and they shall meet in the District and perform such duties as provided by the twelfth article of amendment.

Section 2.

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment XXIV

Passed by Congress August 27, 1962. Ratified January 23, 1964.

Section 1.

The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay poll tax or other tax.

Section 2.

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.