

EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN LA ERA POSWATERGATE

David H. STERN

SUMARIO: I. *El espíritu de las leyes.* 1. *Introducción.* 2. *Formación de la Constitución.* 3. *Proceso de ratificación.* 4. *Conclusión.* II. *Destrucción creadora y guerra civil.* III. *El debido proceso legal al servicio del Estado imperialista.* IV. *El New Deal y la formación del Estado de servicio.* V. *El problema político y la revolución procesal.* VI. *La Suprema Corte y el conflicto de leyes.* 1. *Privacia.* 2. *La primera enmienda-libertad del habla y de la prensa.* 3. *La primera enmienda-separación de Iglesia y Estado.* VII. *Los derechos humanos y las garantías individuales.*

I. EL ESPÍRITU DE LAS LEYES *

1. *Introducción*

Los constituyentes reunidos en Filadelfia hace dos siglos tuvieron necesidad de hacer frente a un desastre: el desastre de la Confederación que los rebeldes habían organizado a raíz de la independencia reconocida por los tratados de París de 1783. Había sido en todos sentidos una paz efímera, resultado principalmente de la ayuda de los franceses y en la que éstos habían estado motivados sobre todo por razones de estado y de posible venganza por su derrota a manos de los ingleses en la guerra anterior en la que habían perdido definitivamente al Canadá. Los pleitos dinásticos continuaron influyendo en el destino de la nueva Confederación; pero la crisis de los años 1783-1789 no surgió por influencias europeas, sino por fallas y debilidades internas.

Reconstruir a esta época constitutiva requiere de mucha imaginación, pues como los Estados Unidos son actualmente de importancia, muchos estudiosos han querido captar los secretos del éxito en el proceso de fabricación de una nación por el ejemplo de la primera

* Este punto está basado en la Conferencia de Rigor para Cátedra Extraordinaria Antonio Caso, que ocupé en la UNAM durante 1984-1985.

república moderna. Como veremos, la realidad es una combinación de hechos históricos, de aproximaciones y de mitos. Con base en esta combinación, tenemos que construir el edificio de nuestro estudio del derecho constitucional norteamericano actual. El país que existe hoy día es producto de lo bueno y de lo malo o defectuoso del pacto de Filadelfia.

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

2. *Formación de la Constitución*

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

Es bien sabido que las ideas dominantes en los ensayos federalistas, de tan crítica importancia en la segunda parte de la obra constitutiva, la de ratificación, tuvieron su origen en los debates de la Cámara de los Burgueses o de Virginia.

Tenemos que aceptar como un hecho histórico la influencia enorme de las figuras de Locke, Montesquieu y Rousseau. Los líderes de los debates manifestaron claramente su obvio deber hacia quienes cultivaron las nociones de autogobierno. Veremos que no hubo acuerdo

muy claro sobre los detalles del nuevo arreglo, e incluso sabemos que algunos que eran muy partidarios de las ideas de Montesquieu querían una monarquía constitucional. No obstante, los líderes estuvieron conformes con el nuevo pacto en sus rasgos esenciales: en crear un nuevo gobierno capaz de representar al nuevo estado en la vida internacional y con capacidad para defenderse con dignidad contra la hostilidad de su exmonarquía y la de los demás reinos. Los “federalistas” radicales, con Hamilton a la cabeza, querían mucho más para el gobierno central y los “estadualistas” mucho menos. Aquéllos pensaban reducir los estados a entidades esencialmente administrativas del gobierno central y sus contrincantes solamente querían entregar el mínimo de poder, conservando todo lo importante en las manos de cada entidad.

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

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

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

Cabe mencionar que los constituyentes trágicamente pospusieron la solución de la esclavitud de los negros. Como veremos, no tuvieron necesidad de solucionar la naturaleza de su Federación y tuvieron que sufrir una guerra fraternal, de las más sangrientas que ha habido (po-

siblemente peor que la de España y quizá comparable a la revolución mexicana). En el momento en que se establece un gobierno representativo surgen conflictos de orden político. Fue imposible tranzar en la necesidad de abolir la esclavitud. Hubo elementos importantes con deseos de esta derogación; pero les faltaba suficiente respaldo popular para conquistar este objetivo.

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

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

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

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

el exterior del país, con facultades para conducir las relaciones exteriores y comandante *en capite* (jefe supremo) de las fuerzas armadas.

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

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

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

Tantas fueron las dudas, que mandaron esta cláusula a la Comisión de Detalles. Inmediatamente después entraron a una discusión general del Poder Judicial.⁴ Fueron agregadas a las facultades de la Corte y de los otros tribunales federales algunas de mucha importancia; entre otras, estuvo la inclusión de interpretar constructivamente la Constitución misma.⁵ También ocurrió así, paulatinamente, al aplicar la

¹ Madison, J., "Notes of Debates in the Federal Convention of 1787" (citada por Madison, *Debates*), Ohio, Ohio University Press Athenas, 1966, reimpresión de 1976.

² *Idem*, p. 393. La versión en el informe de 6 de agosto de la Comisión de Detalle todavía se refiere a la Corte.

³ *Idem*, p. 535 (Gouverneur Morris) y Madison.

⁴ *Idem*, pp. 536-540 (27 de agosto).

⁵ *Idem*, p. 539. Moción del doctor Johnson. Madison tuvo una duda, pero la moción fue aceptada *nemo contrario*-i.e., abreviación para *nemo contrario*.

cláusula de la supremacía de la Constitución y de los tratados hechos conforme a ella.⁶

Cuando se volvió a entrar al asunto del juicio al presidente, se advierte que desapareció el tribunal supremo, salvo que en el caso de acusación a éste, sería el presidente de la Suprema Corte el encargado del Senado, actuando como tribunal. El 4 de septiembre el señor Brearly rindió un informe sobre conclusiones provisionales de la "Comisión de Once", en donde aparece el lenguaje del actual documento que indica que es el Senado el lugar para juzgar funcionarios acusados por la Cámara de Representantes por delitos graves.⁷ Madison perdió la moción de sacar las palabras "para el Senado". La versión que hoy día tenemos, aparece emitida por la "Comisión de Estilo" el 12 de septiembre; aparece en la última cláusula de la segunda sección del artículo 1o.⁸ ("La Cámara tendrá exclusiva facultad de *impeachment*"), y en la cláusula sexta de la Tercera Sección del mismo artículo.⁹ La cláusula sobre fe plena y crédito se aprobó sin debate¹⁰ y también la famosísima cláusula territorial.¹¹ Debe advertirse que en los debates finales el delegado Wilson promovió la participación de la Cámara en la ratificación de tratados, poniendo su dedo en el centro medular de un problema eterno, como se vio recientemente en los debates sobre ratificación de los tratados del Canal de Panamá.

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

Hubo una aceptación inmediata de la práctica anterior que dejaba ciertas facultades a órganos judiciales federales. Asuntos que tenían origen o base en la "ley de las naciones", todas las facultades de los tribunales sobre almirantazgo, la piratería y los delitos en alta mar (*prize*) debían formar parte de lo exclusivamente federal.¹² También

⁶ *Ibidem*.

⁷ Recomendación 9, de 4 de septiembre, reformando la 2a. sec., art. 10 (de la reunión anterior de 6 de agosto, *op. cit. supra*, pp. 392, 393 y 575) y debatido después (p. 605). Madison todavía insistió en la Corte; Gouverneur Morris en contra.

⁸ *Idem*, p. 606.

⁹ *Idem*, p. 618.

¹⁰ *Idem*, pp. 547 y 570.

¹¹ *Idem*, p. 559.

¹² *Idem*, p. 631.

reconocieron la necesidad de que las materias sobre quiebras debían ser uniformes. Otras facultades dadas al Congreso implicaban la posible superioridad de la competencia federal. Durante los debates se extendió la jurisdicción en única instancia de la Corte para incluir asuntos en que participaron embajadores y pleitos entre estados y otros integrantes de la Federación. La fijación de la competencia en apelación (una de sus cláusulas provocó la crisis que condujo a la onceava enmienda) dio aún más motivo para esa extensión. La más interesante fue que se incluyera el derecho a un jurado como existía en el “derecho común” inglés en la fecha en que se adoptó la Constitución. La definición de “asuntos civiles” en el derecho común es donde se da la mayor flexibilidad; pero está en la amplitud de la cláusula sobre supremacía de las leyes federales y tratados, en donde se tiene la idea más clara sobre la enorme potencialidad de este poder federal.¹³

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

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

Excusándose en vista de su decisión de no firmar, las palabras de Randolph sugerían un último “arreglo” de los “arreglos”, uno de mucha importancia por el momento y de simbólica importancia para el

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

¹⁴ Véanse las palabras de él y del doctor Franklin al clausurar la sesión final, *op. cit.*, pp. 650-651 y 637 para Randolph y pp. 653 y 657 para Franklin.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 624, art. III.

porvenir. Él sí firmaría si la votación era por unanimidad de los estados; esto dejaría fuera de la corriente del debate el hecho de que cuatro de las personas de renombre habían destruido de hecho esta unanimidad, aunque en todo caso habría sido una unanimidad ficticia, por parcial, ya que nunca asistieron a la convención todas las trece "colonias".

El discurso de clausura de Randolph necesita citarse aquí porque sus predicciones formaron parte del proceso de ratificación, y daría también lugar a controversias que hubo entre aquellos responsables durante este proceso en la persona de *Publius* de *El Federalista*. Después, esto daría lugar a la forma de los gobiernos y eventualmente de los partidos políticos. Y también abriría el camino filosófico que conduciría directamente a la guerra civil.

El día de la aprobación, sábado 15 de septiembre, Randolph con sus aptitudes normales,¹⁶ expresó el dolor que sufría en diferir con toda la convención al terminar ésta su gran y tremenda labor, y buscó algún expediente que lo aliviara de su vergüenza haciendo una moción de enmiendas al plan que podían someterse a las convenciones estatales, para ser decididas en otra convención general. Pero si no aceptase su moción —dijo— se vería imposibilitado de firmar el documento; pero de momento no quería privarse de la libertad de oponerse en su propio estado e ignoraba si se opondría si este curso fuera el conveniente en su opinión final.

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

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

Por esto, señor, estoy de acuerdo con esta Constitución con todos sus defectos, si existen, porque pienso que no hay ninguna forma de gobierno que no sea una bendición para su pueblo. . . Dudo mucho que en otra posible convención pudiéramos hacer otra Constitución mejor. Cuando uno convoca a un número de hombres para tener la ventaja de su sabiduría colectiva, uno reúne también inevitablemente todos sus prejuicios, pasiones, errores de opinión, intereses locales y puntos de vista egoístas. ¿Se puede

¹⁶ *Idem*, p. 650.

de tal asamblea esperar un resultado perfecto? Me asombré, señor, que hemos llegado a algo tan próximo a la perfección, y pienso que será una enorme sorpresa para nuestros enemigos, que esperan confiadamente oír que nuestros concilios están tan confusos como una Torre de Babel, que nuestros estados están a punto de separarse para reunirse después en otra futura convención autosuicida.

Por esto espero . . . que . . . recomendaremos esta Constitución hasta donde llegue nuestra influencia, para que nuestros pensamientos y energía futuros tornen hacia los medios de asegurar su buena administración.¹⁷

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

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

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

3. *Proceso de ratificación*

Aun estas facultades tan limitadas espantaron a los estados. Al salir de la última sesión, fue obvio que la ratificación de las dos terceras partes de los estados sería difícil sin la ayuda de una campana fuerte y bien llevada a su favor y con otro famoso "arreglo", el que dio nacimiento al *Bill of Rights*, o sea las primeras diez enmiendas, un paquete de derechos que limitaba el poder de la nueva Federación y protegía a los estados miembros. El derecho moderno y contemporáneo constitucional se deriva en gran parte de este paquete. Dicho en otra manera, las grandes libertades nacieron cuando hubo la doble imposi-

¹⁷ *Idem*, pp. 653 y 654. Para entender la influencia de la Sociedad de Cincinnati (la mitad de cuyos miembros residía en Filadelfia) consulte la historia recientemente publicada por la prensa de la Universidad de Virginia, Minor Myers, Jr., *Liberty Without Anarchy: A History of the Society of Cincinnati*, Charlottesville, Va., 1983; es útil compararla con la influencia de los masones.

ción de estas limitaciones a los estados, al par con lo que históricamente se había aplicado solamente a la Federación, desde la época del conocido *New Deal* de Franklin Roosevelt, pero con más empuje todavía después de la Segunda Guerra Mundial. En mi conclusión, veremos si esta barrera de pergamino (*Parchment Barrier*, como la llamó el conocido jurisconsulto Edmond Cahn) es suficiente para defender las libertades esenciales de los habitantes actuales de los Estados Unidos.

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

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

¹⁸ Triste es advertir que pocos años después los dos rompieron su compañía, cuando Hamilton se hizo miembro del gabinete del presidente Washington.

Para *Publius* fue muy fácil obtener el respaldo de su conciudadano neoyorquino, John Jay. La labor que cumplieron los tres se deterioró un poco debido a la rapidez de la producción y la obligación de enfocar los problemas políticos y polémicos, dada la oposición fuerte de Clinton. Como decía Rossiter¹⁹ en su introducción: "Las páginas de *El Federalista* que señalan las debilidades de los Artículos de la Confederación son hoy día las menos interesantes. En 1787-1788 fueron de gran interés y para muchos partidarios de la nueva Constitución *El Federalista* valió principalmente por su crítica sin merced a los defectos palpables a la Constitución subsistente..." Además de haber destruido verbalmente la validez de los artículos, los hechos habían venido demostrando lo mismo. Ambos, Hamilton y Jay, tuvieron que enfrentar una nueva amenaza, la división de las trece ex colonias en varias confederaciones. "Hombres motivados (por pasiones personales) nunca han parado un momento para sacrificar la tranquilidad nacional en su ventaja o beneficio personal."²⁰ La historia indica que estos hombres siempre prosperan cuando puede haber conflicto entre las naciones.²¹

Hamilton, en el famoso ensayo 9, después de enumerar las virtudes del arreglo de Filadelfia, agrega una nueva²² extensión a la órbita del nuevo gobierno. Hizo varias referencias al *Espíritu de las leyes* para enseñar a sus opositores el hecho de que, para Montesquieu, los grandes estados de aquel entonces, Nueva York, Pennsylvania y Virginia, tenían territorios mucho más grandes que las entidades que el barón tomaba como máximo para una república. Obviamente, la oposición había aplicado, no la esencia del pensamiento, sino un detalle. Hamilton cita entonces el famoso pasaje del libro IX en detalle, porque allí reside el argumento más fuerte del barón en favor de la nueva unión, lo que llamó una república confederada.²³

¹⁹ Editor de *El Federalista*, Mentor Edit., N. Y., 1946, p. xi.

²⁰ *Idem*, ver también el núm. 15, p. 105.

²¹ *Idem*, núm. 1, pp. 33 y 34; núm. 2, p. 37, y núm. 6, p. 54. Cita en la p. 54. También ver p. 71. "Las pequeñas repúblicas de Grecia e Italia dan muestra de ... una vibración eterna entre los extremos de la tiranía y la anarquía."

²² *Op. cit.*, p. 73.

²³ Ver libro IX, cap. 1, pp. 183 y 184. He usado la edición basada en el Compendio de la Primera Edición en inglés, traducción de Tomás Nugent, Londres, Nourse, 1750, publicada por la prensa de la Universidad de California, 1977, David N. Carrithers, edit. Hamilton cita de este capítulo los N. 3, 4, 8-11. Carrithers, en su nota en p. 390, observa que, en el 9o., Hamilton hace recordar a sus lectores que una república confederada como la de América, puede ser mucho más grande que una república que no se compone de estados separados.

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

Pasamos ahora a observar la comprensión de Montesquieu en los ojos de Madison. La introducción del ensayo 47 cita muchísimas veces la famosa doctrina de la “separación de poderes”.²⁶ Los opositores dicen que: “... los departamentos del poder han sido distribuidos ... en tal forma que destruyen su simetría y belleza formal, y para exponer unas partes esenciales del edificio al peligro de que desaparezcan bajo el peso desproporcionado de otras partes.”²⁷ Para esclarecer el error, Madison dice que: “... el oráculo más citado en esta materia es el celebrado por Montesquieu.”²⁸ Él recomendó una separación más eficaz, pero con un sentido muy especial. Madison dice que Montesquieu tomaba la Constitución británica como modelo, “el espejo de la libertad”; también dijo que comprendió muy bien que los poderes no fueron perfectamente separados en Inglaterra. Madison daba especial énfasis a que es la posesión completa de dos o más poderes lo que representa el peligro de que “... sucumba una Constitución libre”.²⁹ “Si la judicatura se une a la legislatura, la vida y la libertad del individuo

²⁴ *El espíritu de las leyes*.

²⁵ *Idem*, p. 242.

²⁶ Ver en general, pp. 300-303.

²⁷ *Idem*, p. 301.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Idem*, p. 303.

se exponen al control arbitrario, porque el juez es entonces legislador. Si se fusiona al Ejecutivo, el juez se portaría con la violencia del opresor."³⁰

4. Conclusión

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

La primera etapa se concluyó con la ratificación del estado número nueve, New Hampshire, en junio de 1788. Se formó inmediatamente el proceso electoral y el primer Congreso ratificó el pacto con la creación del famoso *Bill of Rights*. Esta fase tiene implicaciones para el siguiente periodo que adelante veremos.

¿Qué era exactamente lo que temían los estados antinacionalistas? En el transcurso de los debates de los diversos estados y sobre todo en el inicio de la campaña de Nueva York, se puede ver muy claramente la línea divisoria. Además, la terminología también se transformó debido al esfuerzo de Hamilton, Madison y Jay. Desde mediados del año de 1788, se llamaron los que querían un gobierno fuerte "federalistas", y el grupo en contra sencillamente "antifederalistas". Durante las sesiones en Filadelfia sus dudas surgieron, pero en puntos indirectos. Los estados del sur pelearon para defender sus propiedades y por el derecho de importar más esclavos por veinte años; los del norte querían el poder para abrir el comercio con las Antillas. En

³⁰ *Idem*, libro XI, cap. 6,35, pp. 201-202.

³¹ El título, intraducible al español, en su cuerpo se deriva remotamente de la llamada carta magna del siglo XII y de la *Bill* de la llamada "gloriosa revolución" de 1688-1689 de Inglaterra, la que estableció por fin la supremacía del Parlamento.

el fondo, ambos grupos vieron que facultades federales muy importantes eran adoptadas casi sin debate, tales como la supremacía de las leyes y tratados federales y el poder absoluto del Congreso sobre el territorio y los bienes del país.³² Su gran temor residía en dos cláusulas que a continuación comentaré. La primera, la cláusula que daba al Congreso la facultad de adoptar leyes “apropiadas y necesarias” para cumplir con los poderes otorgados; aquí el debate sí fue al punto esencial y muy caluroso. Los expositores admitieron que este poder también fuese limitado. Pero la coincidencia con las modificaciones a la competencia de los tribunales federales y la Suprema Corte por crearse reanimaron su temor.³³

El primer Congreso se reunió en Nueva York el 4 de marzo de 1789, y Washington se instauró como el primer presidente el 30 de abril del mismo año. Formando el gobierno tuvieron que honrar su promesa y se pusieron inmediatamente al estudio de la “ley de garantías y libertades de Virginia” como el modelo a seguir. La presencia de Madison en el Congreso, uno de los principales autores de aquella legislación, ayudó mucho. En general, la idea fue establecer límites específicos al poder federal. El primer Congreso también aprobó la “Ley Orgánica del Poder Judicial” de 1789, que estableció tribunales de circuito y jueces de distrito. El *Bill of Rights* fue su tercera ley importante. Otra más fue la creación de tres departamentos: Estado, Guerra y Tesorería. Ratificado por $\frac{3}{4}$ partes, entró en vigor en 1791.

II. LA DESTRUCCIÓN CREADORA Y LA GUERRA CIVIL

Cuando terminó la era del ministro presidente John Marshall, dos puntos descriptivos de la futura función de la Corte se habían establecido. Él y sus colegas lo hicieron en una forma tan duradera que todavía hoy aceptamos el rol de la Suprema Corte, lo que hasta la fecha en realidad no ha cambiado. El punto más importante fue el establecimiento del poder de la Corte de declarar leyes del Congreso anticonstitucionales; el segundo punto fue la incorporación en el derecho norteamericano bajo la cláusula de supremacía del derecho internacional público. Obviamente, para una infante república cuya vida

³² Para Madison, ver *op. cit.*, p. 304; Pinkney, p. 505, en el punto de territorio, y pp. 558-589.

³³ Para la última cláusula del último párrafo del art. 1o. (VII de la versión de 6 de agosto); ver *op. cit.*, p. 390. Randolph se excusó muy bien durante el debate sobre el alcance de la cláusula “entera fe y crédito”, p. 570. La composición y formación de la justicia federal causó solamente breve discusión, *op. cit.*, pp. 316-319.

representaba un reto continuo a las monarquías europeas, defenderse con base en lo aceptado por la costumbre fue una resolución de mucha importancia.

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

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

Taney tenía una mente muy diferente y a él sí le interesaba lo mercantil. Siendo del sur, él veía la necesidad de liberar a los nuevos capitalistas. Los del sur se estaban moviendo hacia Texas con su aludón; la infraestructura necesitaba flexibilidad; antiguos monopolios no deben detener el "progreso" material. Cuando en el norte se interesaban en canales y luego en ferrocarriles, Taney se metió en la pelea final con Story. Ausente su anterior respaldo del ministro presidente y con nuevos ministros venidos a la Corte, se veía con terror la posibilidad de perder el caso clave: el famoso caso del *Charles River Bridge v. Warren Street Bridge*.³⁴

³⁴ *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 11 Pet. 420 (1837) esp. p. 552. Ver

Los antecedentes del asunto pueden entenderse fácilmente una vez vistos con la claridad de las posiciones de los contrincantes. El grupo que construyó el primer puente, Warren, tenía una concesión por 30 años; ellos, al terminar el periodo, pidieron una renovación. El otro grupo consiguió permiso para construir un puente competidor que estaría libre para el público, puesto que el costo de la construcción se cubriría con fondos públicos. Al entregar la concesión al nuevo grupo, los primeros entraron en litigio alegando ambos puntos fundamentales: 1o. Que tenían un derecho implícito de renovación porque habían llenado las condiciones previstas, y 2o. Que la legislatura no tenía derecho de usar fondos públicos para destruir sus bienes sin compensación. De hecho, la posición de Warren era débil. Habían recuperado su capital varias veces desde su operación y las condiciones de vida en Boston en aquella época hacían notorio el hecho de que era necesario otro puente. Solamente el derecho de hacerlo en la forma utilizada estaba en debate. Taney prevaleció por fin y Story se retiró prediciendo que la república marchaba directamente hacia el desastre. Pero la teoría de la utilidad pública, superior a concesiones de monopolio, había triunfado. Sería de enorme importancia cuando el Congreso decidió entregar bienes del público para la construcción de ferrocarriles.

III. EL DEBIDO PROCESO LEGAL AL SERVICIO DEL ESTADO IMPERIALISTA

Triunfante en la guerra fratricida y liberado de la influencia moderadora de Lincoln con su asesinato, el nuevo partido republicano impuso un régimen punitivo en los estados de la confederación derrotada. Causa inmediata y de importancia fue la reacción de los blancos, movimiento de reivindicación de su poder sobre los negros, sus antiguos esclavos. La Corte intervino frenéticamente para dar permanencia al esclavismo "de hecho" en su famoso fallo de *Plessy v. Ferguson*.³⁵ Su infame doctrina de "separado pero iguales" estableció el famoso *Jim Crow*, situación en que nunca fue posible para los negros conquistar igualdad, los votos y las armas de fuego; mas el aparato

también otro caso muy importante tratando el mismo tema, *West River Bridge v. Dix*, 6 How. 507 (1848). Para esta sección estoy en el deber de la obra pionera de Stanley I. Kutler, *Privilege and Creative Destruction: The Charles River Bridge Case*; ver también Scheiber, "Federalism and the American Economic Order, 1789-1910", 10 *Law and Society* 57 (1981), pp. 78-80.

³⁵ 163 U.S. 537 (1896).

total de los estados sureños estaban en manos de los blancos. Este fallo nos costó la matanza de más de cien negros por año, hasta los años 20 de este siglo, por la famosa "Ley de Lynch" (Lynch fue un juez fronterizo). Nos robó casi un siglo de retraso en el respeto para los derechos civiles.

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

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

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

que se había establecido en la legislación de los estados industriales. Para ver la importancia de esto, cabe hacer notar un fallo de importancia subsidiaria, el que dio "ciudadanía" para las sociedades mercantiles e industriales debajo de la cláusula del debido proceso, permitiendo esta competencia a los tribunales federales a base de diversidad de ciudadanía. Fue solamente en la primera década del siglo xx cuando el exceso de uso de este instrumento para invalidar la legislación social estatal, en que la presión política forzó la creación de una ley creando tribunales de tres jueces del distrito federal, si se trataba de impugnar por *injunction* una ley estatal con base de ser anticonstitucional.³⁶

El movimiento del simple capitalismo de monopolios hacia el imperialismo como fenómeno socioeconómico está fuera del tema, pero su lado judicial sí debe notarse. Se puede ver en los últimos años del siglo xix fallos indicando que hay límites en la capacidad del tribunal para intervenir en materia social, cuando ésta sea adoptada por la legislación estatal. La resistencia popular causó la adopción de una ley federal antimonopolio, la Ley Sherman. Implícitamente, ésta puso límite a la libertad de contratar. Pero mucho más importante fue el fallo en el caso de la Standar Oil³⁷ en la época del primer Roosevelt. Aún de más importancia en nuestra historia fue el fallo declarando anticonstitucional un impuesto sobre la renta progresiva. Esto fue lo que llevó al Tribunal Supremo el ministro Oliver Wendell Holmes, personaje que daría timbre a este tribunal por más de medio siglo. La lucha para imponer terminó por fin en una enmienda constitucional y así la base del nuevo Estado de servicio fue puesto en su lugar.

Otro aspecto de la época rooseveltiana fueron los primeros pasos hacia una cultura de conservación de la riqueza natural del país con la formación del primer parque nacional, que fue otro freno a la libertad de contrato. También la Corte dio validez a la primera ley para el control de calidad y pureza en comestibles, drogas y productos farmacéuticos.³⁸ Aquí, la causa de la presión política fue la conocida no-

³⁶ Originalmente por ley 36 Stat. 539, 557 (1910) redactada en 1911, ahora 28 USCA 2281. Cabe notar que en 1976 se limitó el uso para ayudar a los tribunales en bajar el peso de calendarios, ver 90 Stat. 1119. En general, tratamiento de la *injunction*, ver Tribe, *American Constitutional Law*, 1978 (citada Tribe), pp. 144-156.

³⁷ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U. S. 1 (1911). Hay una discusión detallada de este caso básico y otros de importancia en Willoughby, *Constitutional Law of the United States*, 2a. edic. N. Y. Baker, Voorhis y Cia., 1929 a pp. 864-892. Para Standar Oil, ver p. 875.

³⁸ Título técnico Food and Drug Act of 1906, 34 Stat. 768; declarada consti-

vela de Upton Sinclair, *La selva*. Hemos llegado a plena época de los críticos del imperialismo y plutocratismo por un grupo llamado *muck-rakers* (algo muy semejante a las críticas al régimen porfiriano en los primeros años de este siglo; cabe notar que la traducción literal de la palabra sería “destapadores de basura deshecha y podrida”).

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

La participación de la Corte fue mínima en este periodo, hasta la llegada del *New Deal*. No hay que hacer muchos comentarios a la época de las *roaring 20s.*; ni tampoco con la caída de la bolsa de valores y la gran depresión. Solamente, cuando hubo la revolución popular, fue que sus ideas conservadoras empezaron la formación de la crisis más grave en la historia de la Corte. La batalla se enfocó en el famoso caso *Lochner v. New York*³⁹ que había establecido la doctrina, llamado debido proceso sustantivo. Dada las necesidades del *New Deal* y Franklin Roosevelt, había llegado el momento de removerlo, pero la mayoría resistía.

IV. EL NEW DEAL Y LA FORMACIÓN DE ESTADO DE SERVICIO

Cinco ministros de la Suprema Corte en contra de la nación fue un fenómeno único en la historia de la república. La elección de Franklin Roosevelt en 1932, en combinación con los famosos “cien días” de la primavera de 1933, rescató al país de la revolución y puso en su sitio lo fundamental del moderno Estado de servicio. La mayoría de la Corte declaró cada medida anticonstitucional, pero el Congreso res-

tucional en *Hipolite Egg Cia. v. U. S.*, 220 U. S. 45; ver discusión en Willoughby, *op. cit.*, *supra* 37, p. 981.

³⁹ 198 U. S. 45 (1905). Ver la discusión de la era de Lahner y su desaparición en Tribe, pp. 434-455.

pondió inmediatamente con la invención de una variante. Además de la abolición de la enmienda Platt liberando a Cuba y su política del “buen vecino” con comercio recíproco con América Latina, podemos ver los peldaños principales del Estado de servicio: seguro social, comisión reguladora de bolsas y valores, comisión de comunicaciones, autoridad del valle del Tennessee, la Ley Norris-La Guardia creando la junta nacional de relaciones obrero-patronales y muchos más. El Cuerpo de Ciudadanos Conservadores, la Administración de Obras Públicas y la Administración para Labores Progresistas formados para terminar con el desempleo, pusieron en su lugar obras que están todavía sirviendo el bienestar público. No obstante la ingeniosa maniobra que tomara el Congreso, la mayoría de la Corte siguió sus declaraciones de anticonstitucionalidad por votos de 5 a 4. Por fin, el presidente, antes de la reelección de 1936, decidió romper la crisis aumentando el número de ministros de la Corte.

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

Al mismo tiempo que la nueva mayoría daba validez a la estructura de Estado de Servicio, debemos notar que los fallos tocaron fin a la doctrina de *Lochner v. New York*. Lo que vino a preocupar a los abogados y jueces fue cómo controlar este nuevo Estado dominado por el llamado cuarto poder, el poder administrativo. En aquella época, todavía había un grupo de políticos que temía este poder discrecional y fue necesario un número de años de experimentación, efectivamente, hasta después de la II Guerra Mundial en 1948, hasta que veamos puesto en control la Ley Procesal Administrativa. El objeto básico fue la separación de las funciones de investigación, de formación de reglamentos y, finalmente, acusación de violación, enjuiciamiento y sentencia. También hubo debates encarnados en el Congreso sobre hasta qué punto debe permitirse apelación a los tribunales de derecho común y a qué punto debe respetar la determinación admi-

nistrativa de los hechos. El Congreso decidió que las funciones de acusación y litigios tenían que ser independientes. Nadie, ni el Estado, tenía derecho de ser Juez en su propio asunto. Ecos del debate de *El Federalista* y Montesquieu. No obstante, la separación de funciones dieron ciertas ventajas al gobierno. La primera, que los reglamentos se presumían correctos, con su publicación en el diario oficial y el derecho del interesado a objetarlos; además, cuando hubo apelación al derecho común, el particular que contestaba la acción administrativa por anticonstitucional tenía el peso de prueba. Naturalmente, hemos visto agregarse muchos detalles al pasar de los años; pero el concepto fundamental de entregar el control de muchas actividades a las agencias y entidades descentralizadas no ha cambiado. Hemos visto un incremento constante en el número y la complejidad de tal tipo de organismo. Ningún presidente, desde Roosevelt a la fecha, ha podido bajar significativamente el número de burócratas.

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

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

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

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

⁴⁰ El movimiento hacia la "incorporación" fue un hecho de años antes de Eisenhower. En 1947, *Adamson v. California*, 332 U. S. 46, vio la pérdida de la incorporación total por un voto. Yo he escogido la fecha 1949, año de *Wolf v. Colorado*, arbitrariamente. Debe entenderse que no se incorpore literalmente; ver la discusión en Tribe, 567-570, y especialmente la disidencia del ministro Harlam, en *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 543 (1961): "[T]he full scope of the liberty guaranteed by the Due Process Clause cannot be found in or limited by the precise terms of the specific guarantees elsewhere provided in the constitution."

⁴¹ 334 U. S. 1 (1948) y discusión en Tribe, a p. 1156.

general Yamashita.⁴² Afortunadamente, la historia del tribunal en la era del ministro presidente Warren borró en gran parte estos errores.

V. EL PROBLEMA POLÍTICO Y LA REVOLUCIÓN PROCESAL

Desde los primeros años de la república, la Suprema Corte decidió evitar su intervención en conflictos con o entre los otros dos poderes de la costa del pacífico a campos de concentración y la condena del Estado. Habiendo rechazado los litigios entre ciudadanos de un estado y otra entidad federativa con la XIava, enmienda en contra del fallo del Tribunal, la Corte acató a esta decisión por más de un siglo y medio. Por fin, la "cuestión política", doctrina creada para excluir este tipo de pleitos, cayó frente a la presión de otro movimiento: la demanda de forzar la modificación de patrones de representación en las legislaturas estatales. En la Florida, por ejemplo, el desequilibrio había llegado al punto que ciertos condados de la península tenían 10 veces más el poder electoral que condados de la llamada "costa de oro" (Palm Beach, Broward y Dade). *Colegrove v. Green*⁴³ destruyó este tipo de *rotten borough* con la doctrina de "una persona, un voto", y a la vez destruyó el límite ejercido bajo la doctrina de la "cuestión política". Para la Corte fue triste que la noción que lo había aislado de los conflictos entre el presidente y el Congreso se derrumbó en el momento histórico en que la potencia de esta tensión subía cada año. El descargo de la tensión llegó por fin en dos conflictos clásicos: el caso Nixon⁴⁴ y sus cintas y su derecho a controlar los documentos personales, y en el recién fallo Chadha⁴⁵ aboliendo por anticonstitucional el "veto legislativo".

El asunto del veto legislativo es clásico para demostrar el inevitable conflicto y explica su forma y razón de ser. La constitución da al presidente el poder del veto para protegerse contra excesos legislativos; pero su poder está estrictamente limitado. El mismo documento da el derecho de entregar fondos al Congreso. Cuando a Nixon no

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

⁴³ 328 U. S. 549 (1946).

⁴⁴ *United States v. Nixon*, 418 U. S. 683 (1974), y *Nixon v. Administrator of General Services*, 97 S. Ct. 2777 (1977), y la discusión en Tribe, 201-219 y 487-501.

⁴⁵ *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, 462 U. S. 919 (1983), y la valiosa discusión en Franck y Bob, *The Return of Humpty-Dumpty: Foreign Relations Law after the Chadha Case*, 79 Am. J. Int. L. 812 (octubre 1985), y las muchas notas allí citadas.

le gustaba cierta legislación, decidía incautar los fondos y gastarlos discrecionalmente en otros programas. Mientras tanto, el Congreso también tuvo la impresión de que ciertos fondos, dedicados a fines específicos, no estaban administrados dentro de los términos de la discrecionalidad entregada por el Congreso al Poder Ejecutivo. La gran desconfianza llevó al Congreso a incluir en muchas leyes la facultad de revocar actos del Ejecutivo, por ambas cámaras o por una sola. Habían usado esta actuación antes, data del *New Deal*, pero muy a menudo. Durante la era nixoniana se aumentó enormemente. En el caso de Chadha se trataba de la discreción del procurador general de suspender la deportación de individuos que él consideraba que habían satisfecho ciertos requisitos. El Congreso, por la Cámara, conservó por periodo de dos años el poder de cancelar tal suspensión por sencilla resolución, así privando de la indicada de la ciudadanía. El ministro presidente Burger aprovechó la ocasión para liquidar totalmente el veto legislativo.

Se puede ver, en esta forma, que el Congreso tenía que buscar otras vías para protegerse. Esta lucha se ve ahora muy claramente en los movimientos populares presionando al Congreso para limitar la discreción de Reagan en Centroamérica. Hemos visto prohibiciones de utilizar fondos, hasta los normalmente, dentro de la discreción del presidente, resoluciones conjuntas y otras direcciones más específicas. Esto responde al sentimiento abrumador de la mayoría del Congreso de no meter los Estados Unidos militarmente allá. No quieren matar más jóvenes inútilmente y todavía se acuerdan de la forma en que el país casi se destruyó en Vietnam. Como este control tenía que ejercerse en uno de los dos campos en que el tribunal todavía tiene una limitación a su intervención por doctrina parecida a la "cuestión política", los poderes del presidente como jefe supremo de las fuerzas armadas y su poder de conducir las relaciones exteriores de la nación, el Congreso ha tenido que actuar en la forma más imaginativa para controlar al presidente y evitar litigios al mismo tiempo.

Otros casos de conflicto tienen materias de mucho más interés para los profesionales. En 1938 culminó un movimiento para reformar las reglas de proceso civil en los tribunales federales. Antes de terminarlo hubo una lucha entre el Congreso y la Corte que, por fin, se resolvió con una transacción. El cambio básico tenía que aprobarlo por ley; modificaciones posteriores podían hacerse por orden del tribunal. No entro aquí en lo substantivo del cambio en detalle; basta decir que hasta esa fecha, los tribunales federales en materia de diver-

sidad de ciudadanía habían estado obligados a fallar de acuerdo con las reglas procesales del estado en que se encontraban, la llamada conformidad procesal; en cambio, por la doctrina de *Swift v. Tyson*⁴⁶ tenían, a falta de ley local, la facultad de usar el famoso derecho común federal. Se sabía que este último iba a ser revocado, como lo fue en el fallo de la Corte en *Erie Railroad v. Tompkins*.⁴⁷ En la revolución procesal ayudó la competencia de los tribunales federales, tanto en cuestiones federales como en diversidad. Más allá de la existencia de materias como audiencias prelitigio, el arreglo previo, litigios por clases y muchas otras innovaciones, causó en pocos años la modernización procesal en casi todos los estados. Supongo que ahora lo mismo sucederá con las nuevas reglas federales de la prueba, otro campo en que se necesita sobremana la ventilación de las ideas del siglo xx.

VI. LA SUPREMA CORTE Y EL CONFLICTO DE LEYES

La revolucionaria intervención de la Corte en el control de la selección de reglas para resolver los asuntos ventilados en los tribunales estatales es de reciente creación. Hasta hace menos de una década, la Corte se preocupaba casi exclusivamente de materias sobre normas que decidían los tribunales federales en juicios tales como la diversidad de ciudadanía o la definición de la esfera de la cláusula de entera fe y crédito. Es cierto que había habido fallos de gran importancia como la decisión de Holmes en *Slater v. Mexican National Railway*,⁴⁸ pero el año de 1939 marca el comienzo de la revolución. Debido sobre todo a la constante preocupación de Brandeis por las injusticias derivadas de las reglas de *Swift v. Tyson* y la forma como los tribunales federales aplicaban el derecho federal común, él conquistó una mayoría de la Corte para fallar en *Erie v. Tompkins* que la centenaria decisión se había basado en un error fatal, la de la interpretación de la palabra "ley" en la Ley Reglas de Decisión de 1789,⁴⁹ y que por esto no existía razón para un derecho común, sino que los tribunales federales en materia de diversidad tenían que aplicar la ley del estado en

⁴⁶ 41 U. S. (16 Pet.) 1 (1842).

⁴⁷ 304 U. S. 64 (1938).

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

⁴⁹ Las reglas se encuentran en sec. 34, del Acta de la Judicatura de 1789 codificadas ahora n. 28 USCA 1652.

que se encontraban. Como vimos antes, Brandeis aprovechó la otra parte del cambio fundamental en los tribunales federales, la adopción de las reglas federales de procesal civil.

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

Se pueden ver varias corrientes reuniéndose para dar base a la revolución. La creación de una economía nacional después de la II Guerra Mundial, la movilidad de la población, la concentración de la fuerza económica en las manos de muchos oligopolios que podían dominar la formación de contratos y, finalmente, la creciente intervención del poder federal en materias de importancia en zonas antes dejadas para el ejercicio del Poder Legislativo estatal. En contra de este último fenómeno, vimos el desarrollo exagerado de los tribunales estatales, con la invención del "brazo largo". Acompañando el "brazo largo" vino una noción, también exagerada del orden público estatal. Se debía a la necesidad de proteger a los consumidores de productos y servicios defectuosos; pero, poco después, se extendió al derecho de familia. Este último movimiento causó, al fallar la Corte en *Kulko v. Superior Court*,⁵¹ un atentado al restringir el movimiento sólo parcialmente exitoso.

La base fundamental de todo siguen siendo las reglas de *Pennoyer v. Neft*,⁵² sobre todo la segunda regla de competencia sobre la persona, que a su vez daría lugar a un fallo que los demás estados tendrían que respetar dándole "entera fe y crédito". Tal competencia se basaba en el emplazamiento personal de la demanda dentro del territorio del tribunal de que se trataba; esto era así, aun sin que existiera otra conexión entre el asunto ventilado y el estado de que se trataba.

La larga caminata de la Corte para llegar al momento de imponer controles sobre los estados se vio primero en el campo de la compe-

⁵⁰ *Supra*, n. 48 acerca de Currie, *op. cit.*, p. 16 y 565.

⁵¹ 436 U. S. 84 (1978).

⁵² 95 U. S. 714 (1878).

tencia y no en materia de selección de normas. Hasta ahora, no obstante la citada revolución, los miembros del alto tribunal no han explicado claramente su noción de la diferencia.

No obstante, fue en la distinguida Corte de Apelaciones de Nueva York (curiosa conservación del título de la época colonial que equivale en los demás a la Suprema Corte Estatal) donde la revolución comenzaba; se debió a dos fenómenos de nuestra era: el avión y el automóvil. En ambos casos, la Corte tenía competencia usando normas tradicionales. El primer caso⁵³ presentó los hechos siguientes: un automóvil neoyorkino chocó en Ontario con otro local; las reglas sustantivas que gobernaban la responsabilidad del chofer eran diferentes; la ley de Ontario requería culpa grave para indemnizar; la de Nueva York culpa ordinaria o leve; la Corte tenía que revocar la regla de selección de norma tradicional en materia de *torts*, que era la ley del lugar del accidente, para permitir el cobro de daños y perjuicios al neoyorquino. Así fue como empezó la destrucción de las normas del profesor Beale.

Casi inmediatamente después, la Corte de Apelaciones tuvo que intervenir en los casos derivados de la caída de un avión de la Northeast,⁵⁴ lleno de pasajeros neoyorkinos con destino a unas islas al sur del Cabo de Massachusetts. Aquí, el problema se derivó del hecho que en aquella época Massachusetts tenía una limitación de \$15,000 dólares, para daños, por muerte ilícita (*wrongful death*), limitación que no existía en Nueva York (y ahora tampoco en Massachusetts). La demandante fue la viuda de un médico, representando a sus varios hijos, y no dudaba la competencia sobre la línea aérea. Por primera vez, el tribunal utilizó la teoría de los intereses de Currie, fallando que, obviamente, Nueva York tenía mucho más interés en proteger a sus ciudadanos, pues si no podían recuperar una suma adecuada, tendrían que mantener a la familia con fondos públicos, cosa que no podía recaer sobre Massachusetts cuya legislación obviamente no había sido adoptada con intención de regir los destinos de no ciudadanos. Veamos que con este fallo se abrió la puerta a modificaciones drásticas del pensamiento en el campo del conflicto de leyes.

Aunque el derecho norteamericano no hace una distinción formal entre lo civil y lo mercantil, sí hay diferencias de hecho. Primero hay que notar que en los contratos entre iguales se acepta universalmente

⁵³ *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d. 473, 191 N. E. 2d. 279 (1963), y discusión en Scoles y Hay, *op. cit. supra*, n 50, p 594.

⁵⁴ *Kuberg v. Northeast Airlines*, 9 N. Y. 2d. 34, 172 N. E. 2d. 576 (1961).

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

Pero fue en materia de seguros y en la de las actividades de sociedades mercantiles donde se presencié una revolución. En un asunto de la Compañía Greyhound⁵⁵ que se originó en el estado de Delaware, sede de muchas sociedades por estar bajo la influencia de los Dupont, se aplicó el principio de la ley más favorable para el control de las grandes sociedades. El estado tenía una ley que le daba competencia personal sobre directores de la sociedad delawarenses. Los hechos que originaron el litigio ocurrieron en Oregón y la Corte revocó el fallo de Delaware declarando en una famosa opinión de Marshall que no se podía ejercer competencia personal si no existía una relación o conexión legítima entre lugar, persona demandada y materia en litigio. Claro que no fueron muchos años antes de que se aplicara esta regla en el campo de selección de normas de decisión. Dos casos deben citarse: *Worldwide Volkswagen v. Woodson*⁵⁶ y *Allstate Insurance v. Hague*.⁵⁷ La regla a aplicar es la misma, o sea que dependiendo de los factores de la doctrina enunciada por Marshall, faltando la coincidencia, no se puede aplicar el derecho del lugar del litigio; existiendo los factores en otro lugar se pueden aplicar, aunque resulte en variar las obligaciones del contrato. Hemos llegado al momento en que tiene uno que pensar que se ha revivificado *Slater v. Mexican Railway*. Holmes estaría muy satisfecho, pero no con el racionamiento. Así podemos decir que vivimos en una época en que las nociones de debido proceso e igual protección operan ahora con todo vigor en el conflicto de leyes.

⁵⁵ *Shafer v. Heitner*, 433 U. S. 186 (1977).

⁵⁶ *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U. S. 286 (1980).

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