

El Caracter Democratico del Control Judicial de la Constitucionalidad*

Eugene Rostow

*Profesor de Derecho, Yale Law School. A.B. Yale, 1933,
LL.B., 1937.*

"Se requeriría una dosis poco común de fortaleza en los jueces para cumplir su deber como fieles guardianes de la Constitución, allí donde las invasiones legislativas de ésta hubiesen sido instigadas por una poderosa corriente de opinión de la comunidad." (Alexander Hamilton)¹

RESUMO: Questiona-se a legitimidade do poder do Judiciário para proibir e anular normas legislativas e atos do Poder Executivo. Deve ser questionada a possibilidade de se permitir que a Constituição de um Estado tenha vigência no tempo, e dentro de uma sociedade, sem nenhum amparo judicial. Não seria o processo eleitoral o legitimador do desenvolvimento constitucional? Por outro lado, a atividade jurisdicional seria uma forma de proteção às liberdades dos mesmos cidadãos que podem não se sentirem representados pelos juízes que compõem o parlamento constitucional. Contudo, é o trabalho do Tribunal, se corretamente exercido, que fomenta as liberdades e fortalece as instituições democráticas, já que uma de suas funções primordiais é ajudar a manter o equilíbrio dos demais poderes do Estado. Finalmente, sob estes argumentos é que deve ser criticada a decisão da Suprema Corte americana

(*) Lo esencial de este ensayo fue originalmente una conferencia pronunciada en *The Club* en New Haven y *The Yale Law School Alumni Association of Boston*, durante la primavera de 1952. Aunque se han añadido unas cuantas referencias en beneficio de la claridad, el escrito se ha mantenido esencialmente en la forma de conferencia. Estoy profundamente agradecido a varios amigos que criticaron un borrador (N. del A.).

Nota del Traductor: Artículo publicado originariamente, en inglés, en la *Harvard Law Review*, vol. 66, núm. 2, diciembre de 1952, pp. 193-224. y bajo el título *The democratic character of judicial review*.

Traducción: Joaquín Brage Camazano. La traducción en castellano se hace con la autorización de la *Harvard Law Review* y del autor. Conste aquí la gratitud por la revisión técnica realizada por el Prof. García Belaunde de la primera versión de esta traducción, realizada por el traductor cuando estudiaba los primeros cursos de la licenciatura en Derecho en Santiago de Compostela (Galicia, España) y que ahora, tras su publicación en otra revista ya desaparecida en el Perú hace ya más de una década, se reedita por la generosidad del mentado profesor. Permítasenos decir que lo que nos impulsó por aquellos años a leer, y luego traducir, este texto fue la referencia al mismo como un "clásico" por E. García de Enterría en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; hoy en día, este texto de Rostow nos sigue pareciendo el mejor sobre este tema de cuantos hemos leído (J.B.C.).

¹ The Federalist, N° 78 a 509 (Modern Library ed. 1937).

que discutiu a liberdade de expressão de comunistas, no período de Guerra Fria.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional; direito americano; controle de constitucionalidade; legitimidade; separação de poderes; democracia; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The article debates Judicial Review over Legislative and Executive acts. It questions whether a constitution can fulfill its role without a judicial check on other branches of Government's constitutional interpretation. The article links judicial review to fundamental rights protection. Under these premisses the article criticizes American Supreme Court's decisions on freedom of expression of communists during the *cold war* period.

KEYWORDS: Constitutional law, judicial review; separation of powers; democracy; basic rights.

Un tema de inquietud, e incluso de culpabilidad, colorea la literatura acerca del control constitucional de las leyes. Muchos de los que han hablado, pronunciado conferencias, y escrito acerca de la Constitución se han sentido preocupados por una percepción de que el control judicial es antidemocrático. ¿Por qué habría que permitir a una mayoría de nueve Jueces designados de por vida, prohibir como inconstitucionales los actos de los parlamentarios o de los funcionarios controlados por ellos? El control judicial de constitucionalidad, han argüido, es una rama antidemocrática de un árbol de otro modo respetable. Debería ser cortada, o al menos mantenerse podada y sin sobresalir. El ataque ha ido más lejos. La confianza en una mala doctrina política, dicen, ha producido malos resultados políticos. La fuerza de los tribunales ha debilitado otras partes del Estado. Los censores judiciales son acusados de causar descuido e irresponsabilidad en los órganos legislativos estatales y en el nacional, así como apatía política en el electorado. Al mismo tiempo, se nos advierte, la participación de los Tribunales en esta función esencialmente política conducirá inevitablemente a la destrucción de su independencia y de esta manera comprometerá todos los demás aspectos de su trabajo.

I

La idea de que el control judicial es antidemocrático no es un mero asunto académico de filosofía política. Como la mayoría de las abstracciones, tiene consecuencias prácticas de largo alcance. Sospecho que para algunos jueces es la causa principal de su decisión, induciéndolos en muchos casos a defender una decisión legislativa o ejecutiva que de otro modo habría sido rechazada. Especialmente en las múltiples decisiones de los años más recientes, la propia reflexión del Tribunal Supremo con frecuencia se reduce a un debate en la conciencia de los Jueces sobre la procedencia del control judicial mismo.

El ataque al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático, descansa en la premisa de que debe permitirse a la Constitución desarrollarse sin ningún freno judicial. Los defensores de esta opinión sostienen que la Constitución tiene el significado que el Presidente, el Congreso y las Cámaras legislativas estatales dicen que tiene². De este modo, afirman, el proceso electoral será el que determine el curso del desarrollo constitucional, como ocurre en países con parlamentos con plenos poderes.

Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos no establece un gobierno parlamentario y los intentos de interpretar el gobierno americano en una perspectiva parlamentaria conducen a la confusión o al absurdo. Se puede recordar, en otro marco, la angustiada voz de *The Washington Post* urgiendo al Presidente Truman a renunciar porque el Partido Republicano había logrado el control del Congreso en las elecciones de 1946.

Es una grave y excesiva simplificación sostener que ninguna sociedad puede ser democrática a menos que su órgano legislativo tenga poderes soberanos. La cualidad social de la democracia no puede ser definida por medio de una fórmula tan rígida. El gobierno y la política son, después de todo, el instrumento, no el fin de la vida social. El propósito de la Constitución es garantizar al pueblo una sociedad libre y democrática. El objetivo final de esa sociedad es tanta libertad como sea posible para el ser humano individual. La Constitución provee a la sociedad con un mecanismo de gobierno totalmente adecuado para esa tarea, pero de ningún modo ilimitado en sus poderes. El poder de gobernar está repartido entre los estados y la Unión y está además dividido entre las tres principales ramas de todos los entes del Estado. Tanto por costumbre como por práctica constitucional, muchos aspectos fundamentales de la vida comunitaria están más allá del alcance directo del Estado —por ejemplo, la religión, la prensa, y, hasta recientemente en todo caso, muchas etapas de la actividad educativa y cultural. La separación de poderes bajo la Constitución responde al propósito de asentar la democracia en la sociedad por medio de la limitación de los papeles de las diversas ramas del Gobierno y de la protección de los ciudadanos, y de las diversas partes del Estado mismo, contra las invasiones de cualquier origen. La idea básica de la Constitución es que el hombre puede ser libre porque el Estado no lo es.

El control judicial de la constitucionalidad, a ser ejercido por alguna parte del Estado, está implícito en la idea de una Constitución escrita que

2 Muchos escritores han resaltado distinguido el poder del Tribunal Supremo para negar eficacia a un acto inconstitucional del Congreso o del Presidente de su obligación sobre la base del artículo VI de declarar inconstitucionales las estipulaciones de las Constituciones o leyes estatales, aunque el artículo VI declara que incluso las leyes federales son "el Derecho supremo del país" sólo cuando se hacen de conformidad con la Constitución. HOLMES, *Law and the Court* en *Collected Legal Papers* 291, 295-296 (1920); JACKSON, *The Struggle For Judicial Supremacy* 15 et. seq. (1941); THAYER, *The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law* en *Legal Essays* I, 35-41 (1908); THAYER, JOHN MARSHALL 61-65 (1901); HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* 131-135, 511-512 (2ª ed. 1932).

delega poderes limitados. Una constitución escrita fomentaría la discordia más que el orden en la sociedad si no hubiese una autoridad reconocida para interpretarla, al menos en los casos de actuaciones conflictivas por las diferentes ramas del Gobierno o de actividad del Estado constitucionalmente no autorizada contra los individuos. La limitación y la separación de poderes, si han de subsistir, requieren un procedimiento para la mediación independiente y la interpretación orientada a conciliar las inevitables disputas sobre los límites del poder constitucional que surgen en el proceso de gobierno. Los Dominios Británicos que operan bajo Constituciones escritas han tenido que enfrentarse a esta tarea más o menos como nosotros, y lo han resuelto de modo parecido. Similares instituciones se han desarrollado en otros sistemas federales.

En lo referente a la Constitución norteamericana, no puede haber realmente dudas de que los tribunales buscaron desde un comienzo tener el poder que han ejercido. Los *Federalist Papers* son inequívocos; los Debates tan claros como normalmente son los debates. El control judicial fue comúnmente ejercido por los tribunales de los Estados, y el pueblo se acostumbró a la interpretación judicial de la autoridad derivada de las cartas coloniales³. La interpretación constitucional por los tribunales, decía Hamilton, no supone de ningún modo una superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos; y que donde la voluntad del legislativo, declarada en sus leyes, esté en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por la última más que por la primera. Deben basar sus decisiones en las leyes fundamentales más que en aquellas que no lo son⁴.

La declaración de Hamilton es algunas veces criticada como un legalismo verbal⁵. Pero ello tiene una ventaja también. En buena medida, la discusión ha complicado el problema sin clarificarlo. Ambos, los jueces y sus críticos, se han enfrascado tan exitosamente en torno a las dificultades de los casos particulares que han podido olvidar la cuestión fundamental planteada en los *Federalist Papers*.

Si existiese otro modo de hacer cumplir la Constitución, la situación sería otra, pero tal método no se ha desarrollado aún. El argumento sobre la constitucionalidad del control judicial ha sido resuelto hace mucho tiempo por la historia. El poder y la obligación del Tribunal Supremo de declarar inconstitucionales las leyes o los actos del ejecutivo, en los casos pertinen-

3 Los hechos son examinados en THAYER, *The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* en *Legal Essays I*, 3-7 (1908); BEARD, *The Supreme Court and the Constitution* (1912); y HAINES, *op. cit. supra nota 4*, en 44-59, 88-121. Una útil bibliografía aparece en DODD, *Cases on Constitutional Law* 8-18 (3ª ed. 1941).

4 *The Federalist*, nº 78 a 506 (Modern Library ed. 1937).

5 Ver THAYER, JOHN MARSHALL 96 (1901); THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* en *LEGAL ESSAYS I*, 12-15 (1908); HAINES, *op. cit. supra nota 4*, en 518-27.

tes, es parte de nuestra Constitución viviente. “El curso de la historia constitucional”, ha observado recientemente el Juez Frankfurter, ha depositado tantas responsabilidades sobre el Tribunal Supremo que sería “inútil” querer evadirlas⁶. El poder del Tribunal ha sido ejercido de formas diferentes en épocas también diferentes: algunas veces con entusiasmo precipitado y doctrinario; algunas veces con gran deferencia al estatus y a las responsabilidades de las otras ramas de Gobierno; otras veces con un grado de debilidad y timidez que se acerca a la traición de la confianza. Pero el poder existe, como una parte integrante del proceso de gobierno norteamericano. El Tribunal tiene la obligación de interpretar la Constitución en muchos de sus más importantes aspectos, y especialmente en aquellos que se refieren a las relaciones entre el individuo y el Estado. El problema político que subyace a la subsistencia del poder es que hay algunas fases de la vida norteamericana que estarían fuera del alcance de cualquier mayoría, a no ser por una reforma constitucional. En frase del Juez Jackson, “el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a una prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna elección”⁷. Fuera o no ésta la intención de los Padres fundadores, la Constitución no escrita es inequívoca.

Si se me permite usar una definición personal de la palabra crucial, diría que este modo de vigilar la Constitución no es antidemocrático. En verdad, dicha palabra se aplica a dirigentes elegidos, a quienes les son irrevocablemente delegados grandes poderes. Pero las democracias no necesitan elegir a todos los funcionarios que ejercen un poder decisivo en nombre de los electores. Los Almirantes y los Generales pueden ganar guerras o perderlas en el ejercicio de su libre discrecionalidad. La independencia de los jueces en la administración de justicia ha sido el orgullo de las comunidades que aspiran a ser libres. Los miembros del *Federal Reserve Board* tienen el poder jurídico para sumir al país en la depresión o en la inflación. La lista podría fácilmente ampliarse. El Gobierno por referéndum o por asamblea de ciudadanos no es la única forma posible de democracia. La difícil tarea de la democracia no es hacer que el pueblo vote directamente en cada cuestión, sino asegurar la responsabilidad última de los actos de sus representantes, elegidos o designados. Para los jueces que deciden un litigio ordinario, la responsabilidad última del electorado tiene un significado muy especial. Es una responsabilidad por la calidad de los jueces y por la substancia de sus instrucciones, nunca una responsabilidad por sus decisiones en los casos concretos. Es escasamente característico de la ley en la sociedad democrática promover los *bill of attainder*⁸ o permitir

6 *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 173 (1952).

7 *West Virginia State Board of Educ v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943).

8 El *bill of attainder* es un acto legislativo que produce las consecuencias jurídicas del fallecimiento sin un proceso judicial (N. del T.).

apelaciones desde los tribunales a las Cámaras legislativas o a las masas en los casos particulares. Donde los jueces llevan a cabo la función de control judicial, la responsabilidad final del pueblo es adecuadamente garantizada por las provisiones de poder reformar la Constitución misma, y por la benigna influencia del tiempo, con cambios en el personal de los tribunales. Dada la posibilidad de reforma constitucional, no hay nada antidemocrático en tener jueces responsables e independientes que actúen como importantes mediadores constitucionales. Dentro de los estrictos límites de su capacidad para actuar, su gran tarea es ayudar a mantener un equilibrio plural en la sociedad. Pueden hacer mucho para guardarla de ser dominada por los Estados o el Gobierno Federal, por el Congreso o el Presidente, por el monedero o por la espada.

En el ejercicio de esta función crucial pero delicada, el control constitucional por el Poder Judicial tiene una ventaja totalmente reconocida, tanto en la teoría como en la práctica. El poder de los tribunales, a pesar de ser definitivo, sólo puede hacerse valer en el curso de un litigio. Las opiniones consultivas están prohibidas, y los escollos de *self-limitation* se han desarrollado alrededor de la doctrina de que los tribunales decidirán las cuestiones constitucionales sólo en los casos de controversia actual, cuando ni el más mínimo fundamento de la decisión es disponible, y cuando la parte que se queja se vería directa y personalmente perjudicada por la afirmación de un poder que es considerado inconstitucional. Así, el freno del control judicial sobre las ramas elegidas del Gobierno es suave, limitado no sólo por la objetividad, integridad y buen sentido de los jueces, sino también por los límites estructurales implícitos en el hecho de que el poder es confiado a los tribunales. El control judicial está inherentemente adaptado para preservar los amplios y flexibles límites del desarrollo constitucional, no para operar como un factor permanentemente activo sobre las decisiones legislativas o ejecutivas.

La división y separación de poderes gubernamentales dentro del sistema norteamericano federal proveen a la comunidad de un amplio poder para actuar, sin comprometer su estructura plural. La Constitución formaliza el principio de que una dispersión amplia del poder entre las instituciones de la sociedad es el fundamento más seguro para la libertad social. Se aceptó desde el comienzo que el Poder Judicial sería uno de los medios principales para hacer respetar los límites constitucionales. En una carta a Madison, Jefferson observa sobre el *Bill of rights*:

“Entre los argumentos a favor de una declaración de derechos, omite uno que tiene gran peso para mí: el freno legal que se pone en manos del poder judicial. Es un cuerpo, que, si se ejerce independientemente y se mantiene estrictamente en su lugar, merece gran confianza por su sabiduría e integridad. En efecto, ¿qué grado de confianza sería excesivo, para un cuerpo compuesto por hombres tales como Wythe,

Blair y Pendleton? Sobre personajes como éstos, el “*civium ardor prava pubentium*” no causaría ninguna impresión.”⁹

Jefferson, en realidad, fue más allá. Lamentó la ausencia en la Constitución de un poder directo de veto sobre la legislación confiado al Poder Judicial, y quería que ninguna legislación pudiese tener efecto durante un año después de su promulgación¹⁰. Dentro de tales límites constitucionales, creía Jefferson, la sociedad americana podría lograr mejor su meta de tener un responsable autogobierno. “No tengo ningún temor”, escribió, “sino que el resultado de nuestro experimento será que los hombres pueden confiar en gobernarse a sí mismos sin un amo”¹¹.

El término “democracia” es resbaladizo. No haré ningún esfuerzo para una definición formal. Ciertamente como un hecho histórico, algunas sociedades con gobiernos parlamentarios han sido y son “democráticas” por criterios que los americanos admitirían, aunque debe resaltarse que casi todas ellas cuentan con segundas cámaras, con poderes al menos de demora, y dispositivos indirectos para asegurar la continuidad en el supuesto de un colapso parlamentario, bien a través de la Corona o bien por medio de alguna institución equivalente, como la Presidencia en Francia. Pero sería una pedantería escolástica definir la democracia de modo tal que se negase el título de “demócrata” a Jefferson, Madison, Lincoln, Brandeis, y otros que han fundado el sistema constitucional norteamericano, incluyendo su tradición de control judicial, bien adaptada a las necesidades de una sociedad libre¹². Como dijo el Juez Brandeis:

“[...] la doctrina de la separación de poderes fue adoptada por la Convención de 1787, no para promover la eficiencia sino para evitar el ejercicio del poder arbitrario. El propósito era, no evitar la fricción, sino, por medio de la inevitable fricción que incide en la distribución de los poderes entre los tres órganos básicos, salvar al pueblo de la autocracia.”¹³

Es un error insistir en que ninguna sociedad es democrática a menos que tenga un gobierno con poderes ilimitados, y que ningún gobierno es

9 JEFFERSON, *Life and Selected Writings* 462 (Modern Library ed. 1944). Este pasaje, comenta Griswold, “sugiere que mientras Jefferson contaba con el Tribunal para salvaguardar el *Bill of Rights*, también contaba con el *Bill* para asegurar una tendencia democrática de largo alcance por parte del Tribunal. La historia ha corroborado la perspicacia de este pensamiento [...] La responsabilidad conferida al Tribunal por nuestras libertades civiles ha permanecido anclada en los fundamentos democráticos a través de todo tipo de tiempos políticos”. A. W. Griswold, *Jefferson's Republic – The Rediscovery of Democratic Philosophy*, *Fortune*, April, 1950, p. III, en 130. Más tarde, en vida por supuesto, Jefferson difirió categóricamente de muchas de las decisiones y opiniones del Tribunal Supremo y expresó su desacuerdo en términos que algunas veces parecían repudiar la constitucionalidad del control judicial mismo.

10 JEFFERSON, *Life and Selected Writings* 437, 441, 460 (Modern Library ed. 1944).

11 *The Writings of Thomas Jefferson* 151 (Lipscomb and Bergh ed. 1904).

12 Ver, por ejemplo, Lincoln, *First Inaugural Address* in *6 Messages and Papers of the Presidents* 5-12 (Richardson ed. 1897); WILSON, *Constitutional Government in the United States* c. 6 (1911).

13 *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 293 (1926) (voto disidente).

democrático a menos que su Legislativo tenga poderes ilimitados. El control constitucional por un Poder Judicial independiente es un instrumento de uso probado en la búsqueda norteamericana de una sociedad abierta con poderes muy divididos. En un país inmenso, de población mezclada, con problemas regionales muy diferentes, una organización tal de la sociedad es la base más segura para nuestras esperanzas en la democracia¹⁴.

II

Hay otro aspecto fundamental del ataque sostenido contra la legitimidad del control judicial. Hombres como James Bradley Thayer han propugnado que si las clases propietarias vienen a considerar a los tribunales como sus protectores frente al gobierno popular descuidarán el gobierno. El gobierno local y nacional, desnudos de poder, serán indiferentemente dirigidos. El pueblo dejará de hacer frente a su responsabilidad política¹⁵. Esta posición se traduce por algunos jueces en la doctrina de que ellos sirven a la causa de la democracia rehusando decidir cuestiones importantes de alcance político, forzando de esta manera a los órganos elegidos de gobierno a adoptarlas o posponerlas.

Este argumento ha sido desmentido por el curso de la historia: los órganos legislativos hoy, a pesar de casi más de sesenta años de presión

14 Ver CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* 92-94 (1921):

“Los grandes ideales de libertad e igualdad están protegidos frente a los asaltos del oportunismo, la conveniencia de las horas pasadas, la erosión de las pequeñas invasiones, el desprecio y la burla de aquellos que no tienen tolerancia con los principios generales, al proclamarlos en las Constituciones, y consagrar a su protección a un cuerpo de defensores. Por influencia consciente o inconsciente, la presencia del poder de control, distante en el fondo, pero al menos siempre en reserva, tiende a estabilizar y racionalizar la decisión legislativa, a infundirle el brillo del principio, a mantener el standard en el aire y visible para aquellos que deben correr la carrera y mantener la fe. No pretendo negar que ha habido tiempos en que la posibilidad de control judicial ha funcionado de otro modo. Las Cámaras algunas veces se han desentendido de su propia responsabilidad y la han traspasado a los tribunales. Tales peligros deben equilibrarse con aquellos de independencia de toda limitación, independencia de los dirigentes públicos elegidos por períodos cortos, sin la fuerza orientadora de una tradición continua. En su conjunto, creo que los últimos peligros son los más importantes de los dos. Las grandes máximas, si pueden ser violadas con impunidad, son frecuentemente honradas con alabanzas de palabra, que pasan con facilidad a la irreverencia. El poder de limitación del Poder Judicial no manifiesta su valor principal en los pocos casos en que las Cámaras han ido más allá de las líneas que marcan los límites de la discreción; sino que más bien encontraremos su valor principal en hacer explícitos y audibles los ideales que podrían de otro modo ser silenciados, en darles continuidad de vida y expresión, en guiar y dirigir la elección dentro de los límites donde la elección se extiende. Esta función debería preservar a los tribunales el poder que ahora les pertenece, si sólo el poder es ejercido con revelación en los valores sociales, y con flexibilidad de adaptación a las necesidades sociales cambiantes.”

15 Ver THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* en *Legal Essays* I, 39-41 (1908); HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* 500-40 (2ª ed. 1932); L. HAND, *The Contribution of an Independent Judiciary to the Civilization en The Spirit of Liberty* 172 (Dilliard ed. 1952); COMMAGER, *Majority Rule and Minority Rights* 57-83 (1943); WYZANSKY, *Book Review*, 57 *Harv. L. Rev.* 389 (1944); Clark, *The Dilemma of American Judges*, 35 *A.B.A.J.* 8 (1949). Para otras opiniones de la extensión propia de la revisión judicial, ver M. COHEN, *Constitutional and Natural Rights en The Faith of a Liberal* 175 (1946); PEKELIS, *Law and Social Action* 194-203(1950); CURTIS, *Lions Under the Throne* 24-34 (1947); FREUND, *On Understanding the Supreme Court*, 37-41 (1949); BRADEN, *The Search for Objectivity in Constitutional Law*, 57 *YALE L.J.* 571 (1948).

considerable de los censores judiciales, están en buena medida menos “menospreciados” y “desmoralizados” de lo que lo estaban cuando Thayer escribía¹⁶. Ni tampoco vale ello como un argumento persuasivo, incluso en los términos usados por Thayer y sus seguidores. La existencia del poder de control judicial es a duras penas una explicación para los errores de los órganos legislativos, entonces o ahora. La elección de hombres insignificantes e irresponsables para las Cámaras estatales y para la nacional es reflejo de fuerzas culturales y sociológicas de una gran significación y generalidad. La apatía política y la ignorancia difícilmente pueden explicarse por la hipótesis de que la masa de ciudadanos no votantes o las más numerosas masas que aceptan y apoyan al gobierno por los caciques, están cómodamente dependiendo de los tribunales para protegerlos. Las razones del ocasional bajo estatus de los legisladores y congresistas deben buscarse en la historia y en el desarrollo de la sociedad norteamericana – las formas por las que la población ha crecido, el deplorable nivel de la educación popular, la naturaleza de la tradición política, la aceptación de la extorsión, la concentración de las energías norteamericanas en los negocios y otras actividades no políticas. Seguramente no es verdad hoy, y no lo era en 1893, que la confianza en los tribunales conduce al pueblo a “tomar poco en serio la elección de aquellos que envían a las Cámaras: con demasiada frecuencia votan alegremente por hombres a los que no confiarían un importante asunto privado, y cuando se descubre que estas personas incapaces aprueban leyes absurdas y malas, y los tribunales intervienen y no las aplican, el pueblo se alegra de que estos pocos señores sabios en el tribunal estén tan preparados para protegerlos contra sus más inmediatos representantes”¹⁷.

En realidad, los trabajos de Thayer sobre Derecho Constitucional fueron escritos en un contexto de problemas distintos de aquellos a los que se enfrenta la vida pública norteamericana de hoy. Es muy dudoso que, si aplicase sus opiniones a las cuestiones constitucionales de los años 50, hubiese puesto el mismo énfasis que puso al hablar de las de los últimos años del siglo XIX. Thayer estaba preocupado por el ciclo de casos después de la Guerra Civil a través de los que, en frase del Juez Holmes, el Tribunal escribió la Estática Social de Herbert Spencer¹⁸ en la Constitución. Se oponía a la práctica de

16 THAYER; *The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* en *Legal Essays*, I, 39 (1908), originalmente publicado en 1893 en 7 *HARV. L. REV.* 129.

17 THAYER, John Marshall 104 (1901).

18 Filósofo y sociólogo británico, autor, entre otras muchas obras, de “La estática social” (1850). Su filosofía está dominada, en lo que aquí interesa, por el principio de que el desarrollo social debe ser abandonado a la fuerza espontánea que lo preside y lo impulsa hacia el progreso y que la intervención del Estado en los hechos sociales no hace otra cosa que perturbar u obstaculizar este desarrollo (N. del T.). Rechaza además “el gran prejuicio de la época presente”: el Derecho divino del Parlamento, que ha sustituido al gran prejuicio de la época pasada: el derecho divino de la monarquía. Un verdadero liberalismo debe negar la autoridad ilimitada del Parlamento como el viejo liberalismo negó el ilimitado poder del monarca.

declarar todo tipo de legislación reguladora ilegal como irrazonable a la luz de la cláusula del Debido Proceso de la Décimocuarta enmienda o como ajeno al ámbito del poder de comercio. Hay pocas, si es que hay alguna, referencias en sus escritos a la función de los tribunales de fortalecer los derechos civiles enumerados en la Constitución y el *Bill of rights*. Citaba, con aprobación, la opinión del *Chief Justice* Marshall de que el Tribunal en que él había servido “nunca buscó extender el Poder Judicial más allá de sus propios límites, ni tuvo temor en llevarlo a la más completa extensión que el deber requería”. “Esa”, observa el profesor Thayer, “es la segura doble regla; no es la primera parte una pizca menos importante que la segunda; más bien, hoy es la parte que requiere ser más enfatizada”¹⁹.

En nuestro tiempo, no obstante, el problema ha cambiado. La revolución constitucional que comenzó en 1937 ha tenido su evidente impacto. Hay poco o ningún riesgo de que el actual Tribunal Supremo se convierta de nuevo en una Tercera Cámara anulando una amplia variedad de legislación reguladora. La extensión del poder de comercio, la libertad de los estados de legislar en la esfera de los negocios, los amplios poderes discrecionales de los organismos administrativos, estatales y nacionales... estos rasgos de la escena constitucional no son tema de significativo desacuerdo entre los Jueces. Y la opinión pública se ha hecho agudamente consciente del hecho de que las Cámaras estatales y la nacional tienen enormes poderes que son ejercidos frecuentemente. Aunque los problemas del futuro pueden provocar una nueva crisis constitucional sobre los poderes del Gobierno, hoy la gente está bien segura de que sus propios esfuerzos políticos, y no el largo brazo del Tribunal Supremo, deben ser su principal esperanza en moldear el conjunto de la legislación reguladora al deseo de su corazón.

El riesgo hoy, y es un riesgo real, es que el Tribunal Supremo no esté dando el suficiente énfasis a la segunda parte de la “doble regla” de Marshall. La libertad de las Cámaras legislativas para actuar dentro de los amplios límites de la normativa constitucional, es la sabia regla de política judicial sólo si los procedimientos a través de los que aquellas actúan son razonablemente democráticos. El *Chief Justice* Stone puso énfasis en el hecho de que en muchos supuestos los actos legislativos se dirigen contra intereses que no están o no pueden estar representados en las Cámaras: intereses extraestatales, donde el propósito de la legislación es la protección económica local; o minorías políticamente impotentes, donde el fin de la ley es la discriminación o la represión. Esta línea de pensamiento le llevó a la llamativa conclusión de que las leyes que afectasen a intereses ajenos a la protección política, o que limitasen las amplias posibilidades democráticas de acción política, no tendrían que ser examinadas por el Tribunal con la deferencia

19 Id. en 106.

que normalmente otorgaba a las decisiones legislativas, por medio de “presunción” o de cualquier otro modo²⁰.

La distinción del *Chief Stone* hace resaltar un elemento que no puede fácilmente ser dejado de lado o desatendido en la determinación del peso que debe darse al enjuiciamiento constitucional del cuerpo legislativo en una decisión judicial, relativa a la constitucionalidad de su acción. Después de todo, la forma y carácter de nuestro actual ataque legal sobre el comunismo y la “deslealtad” están muy determinados por la impotencia del comunismo como fuerza política interna. Francia o Italia, haciendo frente a partidos comunistas a los que un tercio del electorado es leal, podrían no tomar en cuenta la clase de procedimientos legales directos contra el comunismo que nosotros hemos empleado. Enfrentándose con una amenaza infinitamente más seria, los gobiernos francés e italiano deben depender sólo de la acción policial, en su más estricto sentido, y de la lucha política en el mercado de las ideas.

III

El argumento de que la actividad de los tribunales en la protección de las libertades de los ciudadanos es inútil en los malos tiempos, e innecesaria en los buenos, es fundamentalmente erróneo. El Juez Learned Hand ha dado a la opinión contraria su forma más categórica y elocuente. En un discurso titulado “La contribución de un Poder Judicial independiente a la civilización”²¹, revisa las funciones principales de los jueces. En la aplicación del “Derecho promulgado” – mandatos de un órgano de gobierno “intencionadamente sensibilizado a la presión de los intereses afectados” –, él cree que el Poder Judicial debería seguir un rumbo de “resuelta” independencia en tratar lealmente de hacer cumplir el espíritu de la ley tal como se aprobó²². En una sociedad que crea derecho por los procedimientos

20 Partiendo de una sugerencia en *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428 (U.S. 1819), y otros casos recientes, el *Chief Justice Stone* sostuvo que el tribunal debía dar menos peso que el normal a la decisión legislativa allí donde las normales salvaguardas electorales contra el abuso legislativo no existían o donde el acto legislativo quería él mismo dirigirse a limitar la eficacia de “aquellos procesos políticos que puede ordinariamente esperarse que provoquen la anulación de una legislación indeseable [...]”. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938). Ver también *McGoldrick v. Berwind-White Coal Mining Co.*, 309 U.S. 33, 46 (1940); *South Carolina State Highway Dep’t v. Barnwell Bros., Inc.*, 303 U.S. 177, 185 (1938); *Southern Pacific Co. v. Arizona*, 325 U.S. 761, 767-768 (1945); *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 603-07 (1940) (voto disidente); *Dowling, The Methods of Mr. Justice Stone in Constitutional Cases*, 41 COL. L. REV. 1160, 1171-79 (1941); *WECHSLER, Stone and the Constitution*, 46 COL. L. REV. 764, 785-800 (1946).

21 Discurso sobre el 250º aniversario del Tribunal Supremo de Massachussets, 21 de noviembre de 1942, reimpresso en *The Spirit of Liberty* 172 (Dilliard ed. 1952). Ver también Freund, *The Supreme Court and Civil Liberties*, 4 VAND. L. REV. 533, 551-54 (1951).

22 Esta y las siguientes citas, hasta que se indique otra cosa, son de L. HAND, *The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization en The Spirit of Liberty* 172-81 (Dilliard e. 1952). No es esta la ocasión para comentar estas observaciones como el punto de partida para una teoría de la interpretación de las leyes.

de gobierno democrático y representativo, las “leyes promulgadas” son siempre compromisos de fuerzas distintas, y “perturbarlas por medio de una intervención subrepticia, irresponsable y anónima pone en peligro la posibilidad de cualquier futuro acuerdo y por tanto perturba el sistema entero”. El poder de los jueces para legislar en el campo del Derecho consuetudinario lo considera como una anomalía que podría no existir en “una democracia implacablemente consensual”. Además, señala, las modernas Cámaras legislativas pueden aprobar leyes más rápidamente que los antiguos parlamentos. Pero siempre que los jueces se rijan por “una directriz abnegada que prohíbe el cambio en aquello que todavía no ha devenido inaceptable”, el viejo sistema funciona muy bien como es, “pues las ventajas de dejar las correcciones poco a poco del Derecho consuetudinario en manos de quienes están entrenados en ello pesan más que los peligros”. En cuanto a las funciones constitucionales del Poder Judicial norteamericano, hace una distinción. En la medida en que la Constitución es “un instrumento para distribuir el poder político”, él defendería confiar su interpretación a un Poder Judicial independiente, como cuando se trata de interpretar el “Derecho promulgado”. Los conflictos sobre el poder son inevitables en un sistema de poder dividido. Fue un “recurso audaz” haberlos resuelto por medio de jueces deliberadamente colocados fuera del alcance de la presión popular. Y además, garantizada la necesidad de algún poder tal, probablemente los jueces independientes serían los más apropiados para hacer bien el trabajo. Además, las tensiones que las decisiones sobre estos problemas generan no son ordinariamente peligrosas para la estructura social. Por lo general, los intereses involucrados son sólo las sensibilidades de los dirigentes cuyas competencias delimitan, y normalmente, sus resentimientos no tienen graves consecuencias sísmicas.

El uso del Juez Hand de “ordinariamente”, “por lo general” y “normalmente” en las dos frases precedentes puede ser apropiado en términos estadísticos, pero oculta algunas dramáticas excepciones, de las cuales las explosiones de 1937 son sólo el ejemplo más reciente.

La siguiente parte de su conferencia, no obstante, distingue otra clase de cuestiones constitucionales y avanza al ataque:

“Las Constituciones norteamericanas siempre van más lejos. No sólo distribuyen los poderes de gobierno, sino que también deciden establecer principios generales para asegurar el adecuado ejercicio de esos poderes. Esta es la contribución a la Ciencia Política de la que estamos orgullosos, y especialmente de un Poder Judicial de inaccesabilidad virginal que siempre cuidará la Sagrada Llama de la Justicia. Sin embargo, aquí estamos en terreno menos firme.”

En un pasaje de pasión y oscuridad, avanza la tesis de que el Poder Judicial perderá la independencia que necesita para sus otras funciones a menos que rehúse resueltamente decidir problemas constitucionales de este

orden. Los mandatos constitucionales generales de imparcialidad e igualdad, que en ningún lugar identifica en detalle, son “mandatos morales, los más imperiosos porque son inescrutables, pero con sólo ese contenido que cada generación debe verter nuevamente en ellos a la luz de su propia experiencia. Si un Poder Judicial independiente trata de llenarlos desde su propia conciencia, al final dejará de ser independiente”. Si los jueces son “intransigentes pero honestos, se refrenarán; pero acontecerá una fatalidad peor si aprenden a orientar sus velas a los vientos predominantes”. El precio de la independencia judicial, concluye, es que los jueces no deberían tener la última palabra en estos conflictos básicos de “*right and wrong* – entre cuyo continuo choque la justicia reside”. Tú puedes entonces preguntar qué vendrá a ocupar el lugar de los principios fundamentales de equidad y juego limpio que nuestras Constituciones veneran; y que yo seriamente creo que, sin base firme, servirán meramente como consejos de moderación. No pienso que nadie pueda decir lo que quedará de esos principios; no sé si servirán sólo como consejos; pero esto es lo que creo que sí sé: que en una sociedad tan desgarrada en que ese espíritu de moderación ha desaparecido, ningún tribunal *puede* salvarse; que en una sociedad donde ese espíritu florece, ningún tribunal *necesita* salvarse; que en una sociedad que elude su responsabilidad imponiendo a los tribunales la alimentación de ese espíritu, tal espíritu al final perecerá.

Esta oscura y apocalíptica opinión es un triunfo de la lógica sobre la vida. Refleja las oscuras sombras elevándose sobre el Poder Judicial por la lucha de 1937 para cubrir las vacantes del Tribunal Supremo. El Juez Hand está preocupado por un silogismo. El pueblo y el Congreso tienen el poder desnudo para destruir la independencia de los tribunales. Por tanto, los tribunales deben evitar despertar al león dormido al osar interpretar las cláusulas generales y amplias de la Constitución que “demandarían evaluar y ponderar valores humanos que no hay escalas para pesar”. Presumiblemente, él incluiría en este catálogo de cuestiones prohibidas los problemas de libertad de expresión, la separación de la Iglesia y el Estado, y los límites, si hay alguno, para que al “capaz, al astuto o al fuerte” se les permita explotar sus poderes. ¿Debemos leer la última frase como abarcando el derecho de *habeas corpus*, que es la libertad civil central y la más básica de todas las protecciones contra el poder del Estado? ¿Se denegaría la posibilidad de control constitucional por los tribunales para las leyes que nieguen el voto a los negros, para los registros y embargos sin autorización, para los *bill of attainder* o los juramentos de prueba?

En primer lugar, las decisiones judiciales que ocasionaron la tormenta en 1937 no estaban en este área en absoluto. Concernían a la división de poderes entre los Estados y la Nación²³, y entre el Congreso y el Presidente²⁴ –

23 Ver, por ejemplo, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

24 Ver, por ejemplo, *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Ver también *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

cuestiones que el Juez Hand considera ineludiblemente dentro de la competencia de los tribunales y que probablemente en ningún caso tengan “consecuencias sísmicas”. Más aún, es importante reiterar el hecho obvio pero algunas veces olvidado de que la concepción histórica de las obligaciones del Tribunal Supremo, no importa cuanto se hubieran puesto en cuestión en 1937, triunfó en esa lucha. Al final, esa idea de la función del Tribunal se mantuvo, frente a la oposición reacia y sin entusiasmo de un Congreso que no creía realmente en la propuesta del Presidente Roosevelt y que aprovechó su primera oportunidad para abandonarla.

La posibilidad de debilitar a los tribunales por medio de la reacción popular contra el control constitucional por parte de éstos, de hecho, no se ha materializado en más de siglo y medio de experiencia americana. Cuando el tribunal ha disentido del Congreso y del Presidente en sus opiniones de Derecho Constitucional – ora en el reino de las eternas verdades, ora en la interpretación del ámbito del poder de comercio – el tiempo indefectiblemente ha resuelto los conflictos, fuesen los que fuesen. Frente a esa historia, ¿soportaríamos la posibilidad de que el Congreso suprimiese o intimidase al Tribunal Supremo tan ominosamente como el Juez Hand dice? ¿Es ésta una razón para denegar la competencia del Tribunal en los amplios campos del Derecho constitucional, o se trata de un fantasma?

Si los tribunales persisten, advierte el Juez Hand, en tratar de imponer sus ideas como el *Higher Law* de la Constitución a los litigantes que acuden a ellos, el final será la destrucción de la sociedad. La independencia de los tribunales estará comprometida, y la vida social “recaerá en el reino del diente y de la uña”²⁵. ¿Está esta espantosa visión justificada? Si los tribunales, por ejemplo, rehúsan defender los derechos de los negros invocando la Cuarta enmienda, o el derecho de los grupos políticos a reunirse y pronunciar discursos, ¿sería el resultado más orden o más desorden en la sociedad? Aunque no es posible ninguna respuesta estadística a tales cuestiones, yo por lo menos creo que la defensa de los derechos civiles por los tribunales es un impulso no sólo para los valores democráticos, sino también para el orden social. Si fuesen reprimidos por aquellos que controlan la policía local, las aspiraciones sociales y políticas del pueblo derivarían frecuentemente en una desafección alborotada y resentida, lo que sería peor. Nada ha destruido la solidaridad esencial de un pueblo más eficazmente que la política de represión impuesta por el fuerte sobre el débil. Tales políticas, no aquellas de discusión abierta e igualdad política, ha conducido a las sociedades modernas al dominio del diente, la garra y la *tommy gun*²⁶.

25 I. HAND, Chief Justice Stone’s Concept of the Judicial Function en *The Spirit of Liberty* 201, 208 (Dilliard ed. 1952).

26 La expresión “tommy gun”, que no se traduce, hace referencia en el texto a un arma anticuada, una escopeta. “Tommy” es una marca registrada de armas de fuego, que procede de John T. *Thompson* (1860-1940), General de la U.S. Army, y coinventor de la “tommy gun” (N. Del T.).

Desde luego, puede ser cierto que ningún tribunal puede salvar a una sociedad que tiende a la ruina. Pero la sociedad norteamericana no tiende a la ruina. Es un cuerpo profundamente comprometido en su mayoría con los principios de la Constitución y tan deseosa como ansiosa de desarrollar su política y sus programas de un modo constitucional. Los americanos están, no obstante, profundamente preocupados por los temores – intensos y reales – producidos por peligros sin precedentes y por la realización de tareas arriesgadas sin precedentes(?) en la historia del Estado. Es difícil para los legisladores que hacen frente a la amenaza del movimiento comunista mundial rechazar cualesquiera de las propuestas que propongan atacar al comunismo o proteger a la comunidad del mismo. No obstante, esto no significa que el Presidente o el Congreso debieran rehusar obedecer los fallos del Tribunal Supremo sobre la constitucionalidad de algunos de los medios con los que se ha decidido atacar – y con frecuencia, por desgracia, meramente exorcizar – el mal. La ruina puede llegar a una sociedad no sólo por los furiosos resentimientos de una crisis. Puede llegar en fases imperceptibles a través de la aceptación progresiva, una después de otra, de soluciones inmorales para problemas particulares. Los “campamentos de nueva ubicación” contruidos durante la última guerra para los dirigentes japoneses y para los norteamericanos de origen japonés son el antecedente para la propuesta de que se establezcan campos de concentración para ciudadanos sospechosos de creer en ideas revolucionarias²⁷. De esta forma, puede la protección del mandato de *habeas corpus* ser erosionada, y echado a perder el principio de que la pena sólo puede ser infligida por una conducta criminal y sólo después de un proceso por jurado dirigido de acuerdo con las reglas del *Bill of Rights*. De este modo podemos ser llevados a aceptar las ideas y técnicas del estado policiaco.

Ni tampoco, más claramente, es verdad como un hecho de experiencia que un vigoroso protagonismo del Tribunal Supremo inhiba o debilite la responsabilidad popular en la misma área. El proceso de formación de la opinión pública en los Estados Unidos es continuo, con muchos participantes – el Congreso, el Presidente, la prensa, los partidos políticos, los universitarios, los grupos de presión, y demás. La discusión de los problemas y la declaración de los principios generales por los Tribunales son un elemento básico en la experiencia de la comunidad, a través del cual la política americana se hace. El Tribunal Supremo es, entre otras cosas, un cuerpo educativo, y los Jueces son inevitablemente profesores en un seminario vital nacional. El prestigio del Tribunal Supremo como institución es alto, a pesar de los conflictos de los últimos quince años, y los miembros del Tribunal se expresan siempre de manera influyente.

27 Ver subcapítulo II de la Ley de Seguridad Interior de 1950, 64 STAT. 1019, 50 U.S.C. 811-26 (Supp. 1952); ver O'Brian, Changing Attitudes toward Freedom, WASH & LEE L.REV. 157 (1952).

¿Puede uno dudar, por ejemplo, de la influencia inmensamente constructiva de la serie de decisiones en las que el tribunal va lentamente afirmando el derecho de los negros para votar y para viajar, vivir y tener una educación profesional sin segregación? Estas decisiones no han paralizado o suplantado la acción legislativa o la de la comunidad. La han precipitado. No han creado fanatismo. Han ayudado a combatirlo. El conjunto de decisiones en estos casos – influyentes porque son numerosos, acumulativos, y, en su conjunto, coherentes – ha jugado un papel crucial en dirigir la opinión pública y alentar la acción pública para hacer frente al desafío y a la carga del problema negro como una obligación constitucional²⁸, esto es, moral. La posición del Tribunal ha estimulado a los hombres de todas partes a tomar medidas, por medio de leyes estatales, por medio de políticas colectivas o sindicales, en las comunidades locales, en el profesorado universitario, en las asociaciones estudiantiles, en los tribunales, y en los hospitales. El negro no goza todavía de igualdad en la sociedad norteamericana, ni siquiera de algo que se le aproxime. Pero su posición está siendo mejorada, año tras año. Y las decisiones y opiniones del Tribunal Supremo están ayudando inconmensurablemente en ese proceso.

El protagonismo del Tribunal ha sido también constructivo, en su conjunto, en la reforma de los procedimientos penales estatales; aquí de nuevo, en una larga serie de decisiones que, año tras año, están produciendo sus efectos en la conducta de los agentes de policía y en el curso de los juicios²⁹. Este lento y evolutivo proceso requiere un buen número de litigios: un rayo salido del cielo podría no acabar con la inercia de largos años de malas prácticas, ni con el natural deseo de los policías y de los fiscales de ganar sus casos. La presión de las opiniones del Tribunal en este área requiere meditación y acción en el legislativo de cada Estado y, en realidad, en cada tribunal y comisaría del país. El Tribunal no ha detenido ni impedido una acción democrática responsable sobre estos problemas. La ha exigido. La acción policial ilegal no se ha desterrado todavía de la vida norteamericana, pero el más primitivo sargento de policía está aprendiendo que los métodos del tercer grado³⁰ pueden volverse contra él.

Otros ejemplos, tanto de acción como de inacción, podrían enumerarse con facilidad. Incluso los tortuosos y con frecuencia exasperantes casos en los que el Tribunal considera que la actividad del Estado presiona indebidamente o discrimina en contra del comercio nacional o contradice la legislación nacional en el mismo campo, que impone algunos límites al gra-

28 Ver MYRDAL, *An American Dilemma* (1944).

29 Ver, por ejemplo, *Boskey and Pickering, Federal Restrictions on State Criminal Procedure*, 13 U. OF CHIL. REV. 266 (1946); *Frank, The United States Supreme Court, 1950-51*, 19 U. OF CHIL. REV. 165, 201-09 (1952), AND EARLIER SURVEYS CITED AT 165 COMMENT; 58 YALE L.J. 268 (1949).

30 La expresión, coloquial, "tercer grado" (third degree) hace referencia a un riguroso interrogatorio o tratamiento de un detenido por la policía para obtener de él por la fuerza o de cualquier otra forma indebida una confesión (N. del T.)

do de autarquía económica que los Estados pueden practicar, y provee de razones a aquellos que promueven la preservación de la economía nacional como un mercado continental único³¹.

En el mismo campo de los derechos civiles, los casos liberales de los primeros años treinta ayudaron a impedir, durante la Segunda Guerra Mundial, muchos de los actos represivos e innecesarios que distinguieron el curso de la política pública durante y después de la Primera Guerra Mundial. Allí donde el Tribunal dejó de seguir sus propias tradiciones, como en los casos nipón-norteamericanos, los resultados fueron lastimosos. He sostenido en otro lugar que las primeras decisiones³² exigían nuevos procesos, al menos, en los casos *Korematsu* y *Hirabayashi*³³. Incluso en tales casos, el Congreso ha expiado en parte la debilidad del Tribunal Supremo³⁴. Y en el caso de *Duncan contra Kahanamoku*³⁵ el Tribunal mismo ha avanzado algún paso hacia la superación de su línea doctrinal.

La relación recíproca entre el Tribunal y la comunidad en la formación de la política puede ser una paradoja para aquellos que creen que hay algo antidemocrático en el poder de control constitucional de los jueces. Pero el trabajo del Tribunal puede tener el efecto, y cuando es sabiamente ejercido lo tiene, no de inhibir, sino de dejar en libertad y fortalecer a las fuerzas predominantemente democráticas de la vida norteamericana. La razón histórica de esta paradoja es que la vida norteamericana, en todos sus aspectos, es un intento de expresar y de cumplir con un código moral de amplio alcance. Algunos observadores encuentran en esto un *handicap* para hacer una política fríamente realista³⁶. Otros ven en ello la grandeza esencial y el poder de atracción de los Estados Unidos como idea y como una fuerza mundial³⁷. El prestigio y el poder del Tribunal Supremo derivan del hecho de que es aceptado como el último intérprete del código norteamericano en muchas de sus más importantes aplicaciones.

IV

La desconfianza en el control judicial se ha reflejado en varios aspectos de la obra del Tribunal Supremo, pero en ninguno tan claramente como en su consideración de los asuntos políticamente sensibles. Una de las res-

31 Ver Rostow, *The Price of Federalism*, *Fortune*, Dec., 1948, p. 162.

32 Confirmadas en *Sterling v. Constantin*, 287 U.S. 378 (1932).

33 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), y *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943), discutidas en Rostow, *The Japanese American Cases – A Disaster*, 54 *YALE L.J.* 489 (1945).

34 “[...] reparar a estos leales americanos en alguna medida por los males que les fueron infligidos [...] sería simple justicia.” H.R. REP. No. 732, 80th Cong., 1ª sess 5 (1947). Ver 62 *STAT.* 1231 (1948), 50 *U.S.C. APP* k1981 et seq. (Supp. 1952).

35 327 U.S. 304 (1946).

36 Ver KENNAN, *American Diplomacy, 1900-1950*, 95-103 (1951), McDougal, *Book Review*, 46 *A:B:A:J.* 102 (1952).

37 Ver MYRDAL, *An American Dilemma* 3-6 (1944).

ponsabilidades más importantes del Poder Judicial en el ejercicio de su poder constitucional es ayudar a mantener a los otros poderes del gobierno democrático dentro de sus propios carriles. La Constitución debe garantizar la legitimidad democrática de las decisiones políticas, estableciendo reglas esenciales para el proceso político. Prevé que cada Estado debe tener una forma republicana de gobierno. Y da a cada ciudadano la protección tanto política como personal del *Bill of Rights* y otras garantías constitucionales fundamentales. El respeto de estos derechos debe asegurar a los norteamericanos que la política legislativa y ejecutiva debe formarse a partir del libre debate, el sufragio democrático, el esfuerzo político sin trabas y el consenso pleno.

Una serie de casos recientes en el Tribunal Supremo arroja dudas sobre el celo con el que el Tribunal actual insistirá en preservar las libertades personales y políticas esenciales para hacer democráticas las decisiones políticas. El lenguaje y el razonamiento de los votos de los Jueces están llenos de dudas sin resolver acerca de la extensión – y en verdad la conveniencia – de sus poderes. Contradictorios y oscuros, representan no la última palabra, sino un paso vacilante hacia la formulación de una doctrina constitucional adecuada a las necesidades de la sociedad norteamericana en su presente estado de calvario.

Las contradicciones e incoherencias de las ideas constitucionales que ocupan las mentes de varios Jueces son claramente expuestas por Elliot Richardson en un reciente artículo en esta revista titulado “Freedom of Expression and the Function of Courts” (“La libertad de expresión y la función de los tribunales”)³⁸. Encuentro difícil estar seguro de la posición final que el Sr. Richardson adopta respecto de la función de los tribunales en la protección de la libertad de expresión. Dice que no está en contra del control constitucional como tal, aunque cita con entusiasmo a aquellos que lo desaprueban categóricamente. Está en contra de la “perspectiva intervencionista” pero concede a la historia que los tribunales están en la obligación constitucional de destruir las “leyes claramente malas”. “Claramente malas”, apunta reiteradamente, significa “inconstitucionales”, y no meramente “desacertadas”. Por ello es “sencillamente insostenible”, dice, que la Constitución sea considerada una “fuente de directrices específicas para la solución prudente de cada cuestión política”, incluso allí donde la libertad de expresión está involucrada. No “cada cuestión”, pero sí algunas cuestiones. Para la interpretación de los límites de la Primera y la Décimocuarta enmiendas los Tribunales deben ser libres de disentir del legislativo y del ejecutivo algunas veces, ya que una vez concedido a los jueces el poder de aplicar la Constitución, el mismo significado de la Primera Enmienda es que la libertad de expresión encarna valores que no deben ser suplantados por oleadas de corta mira de fanatismo e intolerancia, no importa cuan fielmente sean

38 65 HARVL.REV.I (1951). Mientras no se indique otra cosa, las siguientes citas son de id. en 50-53.

reflejados por el legislativo. El Tribunal debe, por tanto, determinando previamente tanto como le sea posible qué intereses tuvo en cuenta el legislador, aceptar la responsabilidad de medir su importancia a largo plazo contra los valores protegidos por la Primera Enmienda. Los tribunales no han articulado todavía – y es poco esperable que pueda encontrarse un lenguaje adecuado para tal propósito – ningún estándar de medición. Fácilmente se reconoce la trivialidad de los intereses en las calles limpias, en un extremo, y la importancia fundamental del interés en la seguridad nacional, en el otro. Las decisiones en el área intermedia deben en gran parte descansar en “una intuición de experiencia que excede al análisis”. La cuestión es: ¿la intuición de quien?³⁹.

La respuesta que da es que, al final, la intuición de los jueces debe gobernar, y gobierna. Los jueces no pueden eludir la obligación de decidir asuntos de este tipo, incluso cuando dan todo grado de deferencia, cercana a la ciega sumisión, a las opiniones del Legislativo y el Ejecutivo. Sus decisiones, después de sopesar meticulosamente los intereses en conflicto, contendrán un elemento final y decisivo de “juicio” e incluso de “intuición” – juicio e intuición “constitucionales”, sin duda, en contraposición a los componentes de la decisión “legislativa”, pero elección humana a pesar de todo.

¿Qué criterios tienen que guiar a los tribunales en el ejercicio de este extraordinario poder, concedido un poco de mala gana para subsistir? Aunque encuentro muchas cosas en el cuidadoso análisis del Sr. Richardson de los elementos de decisión en este tipo de casos que ayuda a clarificar el papel y la responsabilidad del Poder Judicial, puedo encontrar poca o ninguna conexión entre las conclusiones de su análisis y su filosofía general del control judicial. En realidad, parecen estar en irremediable conflicto. Pues su creencia en el carácter democrático de la abstinencia judicial es tan fuerte como para vencer aparentemente su aversión de las decisiones que no logran estar a la altura de sus criterios de procedimiento en el ejercicio de la función constitucional de los tribunales.

Cualquiera que sea el exacto matiz de sentido que otros lectores encuentren en su artículo, para mí el principal argumento del texto del Sr. Richardson está en su opinión de desaprobación y el intento de limitar la función constitucional del Tribunal Supremo por ser “antidemocrática” y peligrosa. El Tribunal no es un cuerpo elegido, sino un colegio de jueces designados de por vida. Por tanto, parece estar diciendo, es una institución antidemocrática⁴⁰. Sería preferible en una democracia si los tribunales careciesen del poder de declarar las leyes o la actividad ejecutiva anticonstitucionales, incluso en el área de los derechos civiles. Aunque el

39 Id. en 39-40.

40 Ver id. en I, 54.

poder existe históricamente, razones de principio democrático exigen que su ejercicio se limite a un mínimo irreducible.

Aunque yo creo que las dudas sin resolver en esta línea han conducido al Sr. Richardson y a otros a juicios difíciles e insostenibles acerca de la obra del Tribunal, ésta no es una conclusión que él pueda admitir. Un conflicto de conciencia acerca de la conveniencia democrática del control judicial se traduce en la promoción de una extrema *self-restraint* en el ejercicio de los poderes reconocidos al Tribunal.

Poca gente no estaría de acuerdo con el Sr. Richardson en que los tribunales, en el ejercicio de sus poderes de control judicial, deberían ser tan prudentes y actuar como hombres de estado tanto como sus capacidades y temperamentos les permitan: prudentes como jueces, prudentes en lo relativo a la efectividad de sus intervenciones ocasionales en los asuntos públicos, y prudentes también en adaptar la Constitución a las condiciones cambiantes a lo largo de siglos de desarrollo. La política contra el exceso judicial no deriva de una sensación desafortunada de que el Tribunal Supremo es "antidemocrático", sino de la conciencia de la posición histórica, limitada pero vital, que ocupa en la vida pública norteamericana. Estas limitaciones son consecuencia, en considerable parte, del hecho de que, como tribunal, puede conocer sólo de los asuntos planteados incidentalmente en el curso de un litigio, con frecuencia mucho después de que la actividad que está siendo revisada haya tenido lugar. "El único freno a nuestro propio ejercicio de poder", ha dicho el Juez Stone, "es nuestro propio sentido de *self-restraint*"⁴¹. Pero la *self-restraint*, aclara tanto allí como en otro lugar, no es una excusa para la inacción. Se basa en un respeto a la dignidad y al alto objetivo de las otras ramas del Gobierno, y de una comprensión favorable de los problemas que ellas deben intentar resolver.

Que el poder del Tribunal Supremo sea limitado es quizás la clave de su extraordinaria influencia. Los Jueces deben dar la máxima consideración a las opiniones de las otras ramas del Gobierno, tanto en los casos de derechos civiles como en otros casos constitucionales. Desde luego, el Tribunal debe mantener su pólvora seca y evitar malgastar su munición en discusiones insignificantes. Al final, el Tribunal debe equilibrar la política en favor de la libertad de expresión frente al derecho del Estado a protegerse de turbas, disturbios en las calles, pornografía, espionaje y revolución. Debe considerar si los medios son razonablemente adecuados a los fines; si el Gobierno podría haber elegido medios alternativos que plantearían menos dudas constitucionales; y si las circunstancias de hecho justifican las medidas adoptadas.

Pero cuando todos los hechos y argumentos están ante un Tribunal, en un caso conveniente y con una investigación adecuada, debe decidir, e

41 United States v. Butler, 297 U.S. 1, 79 (1936) (dissenting opinion).

invariablemente decide, ya que la negativa a hacerlo así es una decisión en favor de la constitucionalidad del acto que se revisa. Los jueces no pueden negarse a decidir los casos porque ellos piensen personalmente o crean que los Estados Unidos serían un país más democrático sin el control judicial. Una preocupación por el ejercicio prudente y de Hombre de Estado de sus obligaciones difícilmente puede ser admitida para negar la existencia de esas obligaciones. Inquietos por no comprometer al tribunal como institución, y evitar cuando ello sea posible las intensas presiones políticas de los casos difíciles, deben recordar también que su gran poder existe para ser usado en las ocasiones apropiadas, sin perderse en la atrofia. El Tribunal puede ser destruido por la timidez tanto como por la imprudencia de sus miembros. La máxima *justitia fiat* tiene un lugar en la historia del Derecho al menos tan honorable como el consejo fabiano⁴² de prudencia. Hay veces que los casos difíciles, grandes, políticamente sensibles llegan al Tribunal. En tiempos de crisis probablemente tienen que venir con frecuencia, y en forma grave; en realidad, si los casos no fueran difíciles, habría pocos motivos para traerlos al Tribunal Supremo. No es porque la gente espere que el Tribunal Supremo eluda los casos difíciles y vitales, por lo que este se ha ganado su peculiar prestigio y autoridad en la opinión pública. Los que visitan Washington traen reverentemente a sus hijos al Tribunal Supremo porque creen que es un lugar donde los derechos vitalmente importantes son defendidos frente a todos; donde el Derecho en algún sentido primitivo, pero lleno de significado, es supremo, incluso frente a las míticas fuerzas de la sociedad.

El Sr. Richardson no puede resignarse a aceptar la regla monacal del Juez Learned Hand de abstinencia completa⁴³, aunque la cita con aprobación⁴⁴. Los tribunales no pueden evitar alguna responsabilidad para hacer cumplir los derechos políticos y civiles declarados por la Constitución, aunque advierte que la dependencia de los tribunales como protectores de la libertad socavaría la auto-disciplina, y conduciría a “la sospecha, intolerancia, fanatismo y discriminación que las incursiones esporádicas del Poder Judicial son incapaces de frenar”. En la medida en que la afirmación del Juez Hand no se interprete literalmente, serviría como un “consejo de moderación” para los jueces. El tránsito es difícil de apreciar. Si destruye el espíritu de auto-confianza someter los grandes asuntos políticos a litigio, seguramente un poco más o menos de la cicuta dará igual. Es éste un veneno fuerte, mortal en pequeñas dosis. Pero el Sr. Richardson propugna una distinción. “Diez sentencias que derriben diez leyes dudosamente malas”, sostiene, “seguramente no son el doble de efectivas en su impacto educativo que cinco sentencias que derriben cinco leyes claramente malas. Hay mucho

42 A la manera del General romano Quintus Fabius Maximus, cónsul y dictador romano, caracterizado por tácticas militares muy prudentes (N. del T.).

43 Ver supra.

44 Richardson, supra nota 40, en 52-53. Las citas en este párrafo son de id. en 52-53.

por decir, en cualquier caso, sobre el valor educativo de las sentencias que *rechazan* invalidar como inconstitucional lo que es meramente desaconsejable”.

Ya que nadie en los recientes años ha revivido la propuesta de Jefferson de hacer del Tribunal Supremo una Tercera Cámara del órgano legislativo nacional o defendido la anulación de las leyes “dudosas”, esta parte del argumento golpea a hombres de paja. La cuestión, y la única cuestión, es qué criterios debería emplear el Tribunal para decidir que una ley o actividad ejecutiva es “claramente” contraria a una u otra de las previsiones de la Constitución. A menos que tengamos que decir que el Tribunal Supremo, como un jurado, no debe declarar las leyes inconstitucionales salvo por voto unánime, el criterio de limitar el control judicial a los casos “claros” es individual para las mentes y las conciencias de los jueces. Los que disienten normalmente creen que la ley es tan “clara” como sus colegas de la mayoría. En los casos relativos a la libertad de expresión, el Tribunal se sitúa como el último guardián de las libertades, del que depende la eficacia democrática de la actividad política. Sus decisiones en este terreno ayudan a determinar si los ciudadanos, cualquiera que sea su color o sus opiniones, pueden vivir con dignidad y seguridad. El Sr. Richardson sostiene, no obstante, que incluso en tales cuestiones las presunciones normales en favor de la constitucionalidad de la ley deberían aplicarse con plena fuerza. El Tribunal debe decidir, repite una y otra vez, no que una ley es desacertada, sino que sus previsiones caen fuera del área de decisión razonable: en otras palabras, para parafrasear su texto, que las consideraciones contrapuestas resueltas con su promulgación han sido arbitrariamente resueltas, y que las inferencias de los datos en los que se apoyan han sido irracionalmente deducidas⁴⁵.

Hay formas alternativas para definir la función del Tribunal en la decisión sobre la constitucionalidad de las leyes o de la actividad oficial. El término de “presunciones” es con frecuencia empleado. Y comúnmente se dice que el Tribunal Supremo no debería invalidar la actividad de las otras ramas del Estado, si se pudiese encontrar “alguna” base racional para salvarla. Las fórmulas de este tipo oscurecen más que aclaran. El problema real para el Tribunal no puede comprimirse en una regla tan sencilla. El Tribunal debe equilibrar consideraciones contrapuestas: derechos de privacidad frente al derecho a expresarse; orden frente a libertad; seguridad frente a los privilegios de la actividad política. En la búsqueda de una decisión que debe acomodar la sociedad a esos conflictos, el Tribunal difícilmente se guiará por la proposición de que debe salvar el acto del Gobierno si existe “alguna” base racional para ello. Como el Juez Frankfurter ha dicho, a “esas libertades del individuo que la historia ha atestiguado como las condiciones indispensables de una sociedad abierta frente a una cerrada” se les debe dar un

45 Id. en 50.

peso enteramente diferente por el Tribunal que a los otros privilegios modificados por una decisión legislativa o ejecutiva⁴⁶. La sociedad se ve más profundamente afectada por una ley limitadora de la actividad política que por una ordenanza urbanística, aún siendo restrictiva.

No obstante, incluso la fórmula del Sr. Richardson para establecer la función del Tribunal en materia de control constitucional no resuelve los casos. La dificultad de esta regla está en decidir si las opiniones contrapuestas han sido “arbitrariamente” resueltas, o las inferencias “irracionalmente” deducidas de los datos.

Cuando el Sr. Richardson aplica su opinión general de la función del Tribunal a los casos, encuentro una nítida diferencia entre las dos mitades de su tesis. En el Caso *Dennis*⁴⁷, el jurado, sobre la base de la *Smith Act* de “enseñanza y promoción”, había encontrado a los acusados culpables de la doctrina de derrocamiento del Estado por la fuerza y de conspiración para enseñar y promover tales doctrinas. Hay fuertes intereses contrapuestos: el derecho del Estado a protegerse frente a la subversión o revolución y el interés del Estado y de los acusados en proteger la libertad de expresión, de pensamiento, y organización y actividad políticas. Presumiblemente, el Sr. Richardson defendería la decisión de evitar la condena, bien como un caso “dudoso” que el Tribunal tendría que negarse a decidir, bien como uno en el que la decisión legislativa o ejecutiva, por desacertadas que sean, caen claramente dentro de la zona de razonabilidad. Pero el Tribunal no tenía ninguna prueba ante él que pudiese permitir una decisión judicial sobre la cuestión constitucional última, como el Sr. Richardson la define.

No había ninguna decisión legislativa de que la difusión organizada de estas doctrinas por el Partido Comunista amenazara la seguridad del Estado en el momento del proceso. La ley en que se basaba el procesamiento se aprobó en 1940, con una historia legislativa pobre y oscura, en términos que han sido invocados desde 1798, con algunas variaciones, siempre que las Cámaras se han sentido alarmadas en relación a doctrinas sediciosas y a sus efectos en el orden público⁴⁸. La Ley apenas fue atacada en los períodos de sesiones o de otro modo por el Partido Comunista, y de hecho, su primera aplicación fue dirigida a los encarnizados enemigos de ese Partido. Aunque el Congreso ha aprobado muchas leyes contra la amenaza comunista, no ha declarado que la afiliación al Partido Comunista sea un delito. La decisión de intentar aplicarla a los líderes del Partido Comunista no fue una decisión judicial, sino ejecutiva. Para el período que va desde el 22 de junio de 1941, cuando Alemania invadió Rusia, hasta algún tiempo después de la guerra, presumiblemente ni el legislativo ni las ramas ejecutivas del Gobierno habrían

46 *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 95 (1949) (concurring opinion).

47 *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

48 Ver CHAFEE, *Free Speech in the United States* 439-46, 462-84 (1941).

invocado la ley contra el Partido Comunista. El desarrollo de las presiones políticas mundiales y el cambio en la política del Partido Comunista dentro de los Estados Unidos, sin embargo, condujeron a la rama ejecutiva del Estado a proceder contra él sobre la base de la Ley, aunque se podían haber elegido otras leyes como base más directa y apropiada para el procesamiento.

En los términos del análisis del Sr. Richardson, la tarea constitucional del Tribunal debería haberle llevado a considerar la prueba sobre la probabilidad y la gravedad del perjuicio buscado para prohibirlo y sobre la “necesidad” de restringir la libertad de expresión en orden a prevenirlo. En este caso, el examen del Tribunal difícilmente podía haberse guiado por una presunción en favor de una determinación legislativa del peligro, y de la necesidad para la aplicación de la ley a los acusados, para tales determinaciones legislativas no se habían hecho.

El Juez Learned Hand, por el Tribunal de Apelación, recurrió a la investigación judicial para probar que la restricción de la libertad de expresión era necesaria para proteger al Estado frente a la conspiración comunista. Revisando el estado de la política mundial en 1948, cuando la acusación se presentó, encontró suficientes datos en la realidad de la fuerza soviética y de los planes soviéticos de agresión directa e indirecta, para apoyar la conclusión de que las actividades de los acusados de organizar y dirigir el Partido Comunista norteamericano eran un “peligro presente” para la seguridad de los Estados Unidos. Los conspiradores no planeaban atacar hasta que la guerra hubiese terminado o hasta que otras circunstancias se les presentasen como una oportunidad favorable. Pero en 1948 las relaciones Soviético-norteamericanas eran tales que la guerra podía asomar en cualquier momento. “Seremos víctimas tontas”, escribió el Juez Hand:

“[...] si olvidamos que, una y otra vez en los últimos treinta años, tales preparativos en otros países han ayudado a suplantarse los gobiernos existentes, cuando había llegado el momento. Ningún tipo de doctrina revivida del *laissez-faire*, que habría asombrado incluso a la Escuela de Manchester en su apogeo, puede dejar de darse cuenta de que una conspiración tal crea un peligro de la máxima gravedad y de suficiente probabilidad para justificar su represión. Sostenemos que es un peligro ‘claro y presente’.”⁴⁹

La opinión del *Chief Justice*, aceptando formalmente el criterio del “peligro claro y presente” como el punto de partida de análisis, de manera similar consideró el caso como si fuese un procesamiento por conspiración para derrocar por la fuerza al Gobierno. Aunque la acusación legal se refirió sólo a la enseñanza organizada y a la promoción de una doctrina revolucionaria, sin embargo, el tribunal pudo evitar las distinciones históricas entre preparaciones criminales e intentos criminales, que podían haber complica-

49 United States v. Dennis, 183 F.2d 201, 213 (2d Cir. 1950).

do un proceso directo por actividad revolucionaria. Presumiendo, sobre la base de la investigación judicial, que los acusados eran culpables de un crimen por el que no habían sido nunca acusados ni condenados, el Tribunal podía declarar que el delito imputado estaba dentro de los límites de lo que podía hacerse constitucionalmente. Tanto la opinión del Juez Hand como la del *Chief Justice* se esfuerzan en indicar que la promoción de la revolución por los acusados podía convertirse en delictiva sólo porque los acusados eran parte integrante “de un aparato designado y dedicado a derrocar al gobierno, en el contexto de una continua crisis mundial. Es la existencia de la conspiración lo que crea el peligro [...] Si los ingredientes de la reacción están presentes, no podemos obligar al Gobierno a esperar a que se añada el catalizador”⁵⁰. Sin embargo, este elemento crucial que parecía hacer de la “enseñanza y promoción” de la revolución un delito, fue establecido por el proceso incontrolado de una investigación judicial.

El Juez Jackson, en una afirmación típica de la filosofía judicial holgazana que algunas veces adopta, se niega a tomar una decisión sobre tan débil fundamento. Una aplicación sería del criterio del “peligro claro y presente”, escribió, requeriría que los tribunales tuvieran en cuenta imponderables “que confunden a las Cancillerías mejor informadas y a nuestros políticos más experimentados [...] El proceso judicial simplemente no es adecuado para un juicio de tales asuntos de tan largo alcance”⁵¹. Por tanto, apoya su voto afirmando, en el sentido más amplio, que la enseñanza organizada y la promoción de la doctrina revolucionaria, sin particular cualificación de las circunstancias que la rodeaban, podrían ser convertidas en delito en nombre de la defensa del Estado.

El Juez Frankfurter, quien también estuvo de acuerdo en el resultado, no ahondó en los problemas centrales, doctrinal y procesal, del caso. Su opinión liquidó la cuestión con una ocurrencia. “El Juez Douglas”, escribió, “bastante acertadamente señala que la conspiración que está ante nosotros, no es una conspiración para derrocar al Gobierno. Pero sería igualmente erróneo tratarla como un seminario de teoría política”⁵². Sería absurdo, dice – a pesar de su aceptación formal del criterio del “peligro claro y presente” –, “hacer depender la validez de la ley de la lectura judicial de hechos todavía en el útero del tiempo”⁵³. No diría que el órgano legislativo excediese de los límites de sus poderes constitucionales, al concluir que bajo las presentes circunstancias políticas el “reclutamiento de miembros adicionales para el Partido crearía un peligro sustancial para la seguridad nacional”⁵⁴. Aunque no existía ninguna prueba fidedigna atribuyendo directamente a los acusa-

50 Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 510-II (1951).

51 Id. en 570.

52 Id. en 546.

53 Id. en 551.

54 Id. en 547.

dos actos de sabotaje o espionaje, un informe de la Real Comisión Canadiense sobre el papel del movimiento comunista en el espionaje canadiense, y la experiencia de Klaus Fuchs – que, creía el Juez, había sido conducido al servicio de la Unión Soviética a través del adoctrinamiento comunista – fueron invocados para ayudar a apoyar y justificar lo que el Juez consideró a lo largo de su voto como la decisión del Congreso que la ley se aplicase al Partido Comunista:

“El Congreso no fue privado por la Constitución de creer que la indiferencia ante tal experiencia sería un ejercicio no de libertad, sino de irresponsabilidad [...] El Congreso ha determinado que el peligro creado por la promoción del derrocamiento justifica la restricción resultante sobre la libertad de expresión [...] ¿Podemos establecer una doctrina constitucional que prohíbe a los representantes del pueblo elegidos hacer esta elección? ¿Podemos sostener que la Primera Enmienda priva al Congreso de hacer lo que le parezca necesario para la protección del Estado?”⁵⁵

Por una variedad de razones derivadas de su filosofía del control judicial, él no se atreve a llegar a tal conclusión.

La transformación del “criterio de peligro claro y presente” en estas opiniones es bastante notorio. Se comienza como el principio de que, ya que la Primera Enmienda no puede considerarse que significa lo que ella dice, el Tribunal decidirá por sí mismo si las restricciones intentadas sobre la libertad de expresión están justificadas por la prueba de un peligro inminente y serio derivado del discurso. El Juez Learned Hand encuentra un peligro presente de un futuro coup d’etat⁵⁶ en las actividades de los acusados, visto desde el trasfondo de las políticas mundial y doméstica de 1948. La opinión del *Chief Justice* dice que el peligro no necesita serlo de que el Gobierno sea derrocado; es suficiente que un intento algún día pueda llevarse a cabo. Ni debe el peligro ser “presente” en ningún sentido inmediato. El daño al Estado que busca prevenir la Ley, dice, es tanto el daño físico como el político que puede ser ocasionado por partidos extremistas y sus actividades más radicales. Ya que el criterio del “peligro claro y presente” en esta forma permite al Tribunal considerar no sólo los daños presentes, sino también los posibles perjuicios futuros, el problema de anticipar el futuro se hace inescrutante, si no insoluble, y el Tribunal dice que no puede encontrar ninguna base para anular la presunta decisión del Congreso de que la enseñanza y la promoción de la revolución es ilegal, al menos en el caso de los doce líderes del Partido Comunista.

La respuesta del Juez Douglas a todo esto es convincente. La instrucción, advierte, no contiene ninguna prueba sobre la cuestión de hecho

55 Id. en 548-51.

56 En el original (N. del T.)

clave del caso: si la conspiración de los acusados para enseñar y promover la teoría comunista de la revolución constituía un peligro claro y presente para la Nación. Aunque los propósitos y capacidades de la Unión Soviética en la política mundial serían una prueba relevante del peligro claro y presente de la promoción por los acusados de la revolución dentro de los Estados Unidos, apenas agotan la cuestión. El Tribunal no podía decir que la conspiración de los acusados para enseñar la revolución en los Estados Unidos “está prohibida porque la Rusia Soviética y su Armada Roja son una amenaza para la paz del mundo”⁵⁷. Si era apropiado abordar la cuestión sobre la base de la documentación judicial, observaba el Juez Douglas, él concluiría que el Partido Comunista estaba impotente y desacreditado como fuerza política dentro de los Estados Unidos, que había sido desenmascarado, y destruido como una facción política efectiva, por la libertad de expresión y una vigorosa reacción. “Algunas naciones menos flexibles que los Estados Unidos, donde el analfabetismo es alto y donde las tradiciones democráticas están en ciernes, podrían haber tomado medidas drásticas y encerrado a esos hombres simplemente por expresar su credo. Pero en los Estados Unidos son pobres vendedores de ideas indeseadas; sus mercancías permanecen sin vender. El hecho de que sus ideas sean aborrecidas no los hace poderosos”⁵⁸. La debilidad del Partido Comunista como entidad política no es el meollo de la cuestión, sin embargo. Para determinar si su promoción de la revolución pondría en peligro a la República, continúa, sería necesario examinar la extensión con la que ellos se habían infiltrado en áreas clave del Gobierno y de la vida económica.

Pero la instrucción guarda silencio sobre estos hechos. Si nosotros procedemos sobre la base de la información judicial, es imposible para mí decir que los Comunistas en este país son tan poderosos y están tan estratégicamente desplegados que se les debe prohibir su discurso. No podría sostenerlo a menos que quisiera concluir que las actividades en los años recientes de las comisiones del Congreso, del Fiscal General, de los sindicatos obreros, de las Cámaras estatales, y de los *Loyalty Boards* fueron tan inútiles como para dejar al país al borde de tan grave peligro. Creer que los peticionarios y sus seguidores están ubicados en situaciones tan críticas como para poner en peligro a la Nación es creer lo increíble. Puede afirmarse con seguridad que los seguidores del credo del Comunismo Soviético son conocidos para el F.B.I.; que en caso de guerra con Rusia serán detenidos por sorpresa, como lo fueron todos los presuntos saboteadores al comienzo de la Segunda Guerra Mundial; que el ejército invisible de peticionarios es el mejor conocido, el más asediado, y el menos floreciente de cualquier quinta columna en la historia. Sólo aquellos que se sostienen por el temor y el pánico pueden pensar de otro modo.

57 Id. en 588.

58 Id. en 588-589.

Esta es mi opinión si tenemos que actuar sobre la base de la instrucción judicial. Pero la mera expresión de opiniones opuestas indica lo importante que es que conozcamos los hechos antes de actuar. Ningún prejuicio ni odio ni temor inconsciente debe ser la base de este solemne acto. La libertad de expresión – la gloria de nuestro sistema de gobierno – no debe ser sacrificada sino por la prueba clara y objetiva del peligro de que el mal promocionado es inminente, y no por nada menos que eso. A partir de las pruebas, nadie puede decir que los peticionarios y sus conversos están en una posición tan estratégica como para tener la más mínima oportunidad de lograr sus objetivos⁵⁹.

El Sr. Richardson está interesado en esta fase del caso *Dennis*. Disiente del Juez Frankfurter, quien, dice, apoya la presunta decisión legislativa tomando en cuenta hechos que la legislatura no pudo haber considerado cuando la ley se aprobó. Arguye que:

“[...] para asegurar que los hechos que se propone tomar en cuenta están propiamente sometidos a investigación, el Tribunal debería dar al acusado una oportunidad de discutir estos hechos, aunque reservándose la determinación final en cuanto a si son verdaderamente cuestionables. Desatenderse de los hechos discutidos puede todavía dejar un residuo indiscutido adecuado para rellenar el fondo de probabilidad inherente. Si no, no habría otra alternativa que tomar declaración sobre la cuestión.”⁶⁰

Y está igualmente preocupado por el franco fracaso del Tribunal en tomar su propia decisión en cuanto a la razonabilidad de la opinión del Gobierno de que la promoción organizada de la revolución por parte de los acusados constituía un peligro para el Estado:

“La decisión legislativa expresada en la Ley *Smith* no puede, no más que la expresada en la Ley de Nueva York, implicada en el caso *Gitlow*, cerrar la cuestión sobre si las circunstancias justificaban la prohibición de cualquier tipo de ‘discurso’ de enseñar o promocionar el derrocamiento violento del gobierno organizado, al margen de lo superfluo que fuese o de su más o menos limitada circulación. Supliendo la decisión legislativa en el caso *Dennis*, sin embargo, en contraste con el caso *Gitlow*, los fallos del jurado fueron que la conspiración para enseñar y promover implicaban un curso sistemático de adoctrinamiento, no un simple discurso y tenía que ser llevada a cabo por una organización fuertemente disciplinada “tan rápidamente como las circunstancias lo permitiesen”. Tanto la decisión del Legislativo como los fallos del jurado, además, fueron fortalecidos en el caso *Dennis* por hechos sometidos a conocimiento judicial que confirman la ya existente probabilidad de los males detectados,

59 Id. en 589-90.

60 Richardson, Freedom of Expression and the Function of Courts, 65 HARVL.REV. I, 30-31 (1951).

mientras en el caso *Gitlow* los hechos eran insignificantes. Pero la falta de mayor argumentación en las opiniones sostenidas en el caso *Dennis*, sus diferencias de énfasis, y el importante hecho de que ninguna consiguió una mayoría, deja incierto el peso que se dará en los casos futuros a las decisiones legislativas de que un cierto tipo de expresión contribuye a la probabilidad de un mal detectado.”⁶¹

El caso *Dennis* es, con toda probabilidad, el más importante y de mayor alcance de los casos recientes sobre derechos civiles. Para solucionarlo, el Tribunal Supremo tenía varias opciones. Podía haber postergado para un juicio posterior lo concerniente a la justificación fáctica de una conclusión de que la promoción organizada de la revolución por los acusados dio lugar a un peligro presente de acción futura anticipada para lograr ese fin. Tal decisión habría puesto el ejercicio por el Tribunal de su propia función – al revisar la constitucionalidad de una ley que prohibía “la enseñanza y promoción” de ideas revolucionarias – sobre una base más ordenada y racional. O podría haber sostenido que la ley, en cuanto que aplicada a los acusados, violaba la Primera Enmienda. Un resultado de este tipo habría forzado al Ejecutivo a procesar a los Comunistas por la acusación directa de que el Partido Comunista no es un partido político, sino una conspiración para subvertir el Estado. Nadie duda de la constitucionalidad de las leyes que tipifican como delito intentar derrocar el Gobierno, o conspirar para ese fin⁶². En tal procesamiento, las armas de propaganda del Partido Comunista serían consideradas ante el Tribunal como una parte integrante de un plan global de conspiración.

Aunque el caso fue solucionado, sin embargo nos quedamos con una serie de paradojas. En la medida en que las opiniones de los Jueces pueden centrarse en un único enfoque, advertimos que declaran que la sistemática enseñanza y la promoción de la revolución pueden ser tipificadas como delito, al menos (y quizás sólo) si la organización para difundir tales ideas es un aspecto de un intento serio, y potencialmente importante, de atacar el Estado por otros medios. El caso es confuso, sin embargo, porque las calificaciones de la circunstancia fáctica considerada como decisiva de la constitucionalidad se establecieron enteramente sobre la base de la investigación judicial. El Tribunal da a entender que acepta el criterio de los votos disidentes de Holmes-Brandeis del “peligro claro y presente” como Derecho prevalente. Ese acercamiento al problema constitucional en los casos de derechos civiles está encaminado a dar a los tribunales considerable discrecionalidad para decidir sobre la constitucionalidad de la acción legislativa o ejecutiva. Sin embargo, el Tribunal aplica la fórmula de Holmes-Brandeis de un modo tal que hace extremadamente difícil imaginar un caso exitoso frente a la razonabilidad de la decisión del Gobierno de procesar (a alguien).

61 Id. en 35.

62 Ver Nathanson, *The Communist Trial and the Clear-and-Present Danger Test*, 63 HARV.L.REV. 1167 (1950).

Al final, el caso *Dennis* está muy influido – uizás determinado – por la opinión de que Jueces enclaustrados y designados no deberían emitir su juicio constitucional frente a los representantes elegidos por el pueblo, que tienen que enfrentarse de primera mano con estos difíciles problemas. Algunos de los jueces, en verdad, han estado peligrosamente cerca de negar que ellos tengan en absoluto obligación alguna de revisar la decisión constitucional del Congreso y del Ejecutivo. Buena parte del razonamiento en las diversas opiniones, en éste y en otros recientes casos, deduce la validez desde la premisa de que el poder de control judicial está de algún modo manchado, y es de carácter antidemocrático, y que los tribunales no deberían interferir en los intentos del Congreso y del Presidente para enfrentarse con las guerras y las emergencias.

V

Cuando el Tribunal Supremo vacila, como creo que hace en éste y en otros casos recientes de derechos civiles, no necesitamos concluir que la Constitución está muerta. El Juez Brandeis solía decir que ningún caso está nunca finalmente resuelto hasta que sea correctamente resuelto. El ejemplo de los votos disidentes de Holmes y Brandeis, y su aceptación final, deberían alentar a los disidentes actuales en el Tribunal a perseverar. Incluso aunque no todos sus argumentos sean de igual peso, su esfuerzo y ejemplo son una fuerza que puede con el tiempo ayudar a restaurar opiniones más atinadas. Las libertades civiles en los Estados Unidos están en un estado de grave crisis, y me atrevo a esperar que las recientes decisiones del Tribunal Supremo no expresen su última posición. El problema de la seguridad es ciertamente el más serio y el Estado tiene todo el derecho a protegerse frente al ataque. Pero el Tribunal tiene la correlativa obligación de preguntarse si los actos represivos están razonablemente adaptados al fin de la seguridad. ¿Protegemos realmente al estado frente a los espías y saboteadores haciendo a los profesores de música prestar juramento, y penetrando en las vidas de todos los empleados del Gobierno por episodios dispersos de pecado, entusiasmo y locuras? ¿Es adecuado atacar al Partido Comunista por “enseñar y promover” la subversión del Estado – una doctrina que podría haber encerrado a Calhoun y los participantes en el *Hartford Convention*, y quizás también a Thoreu – cuando el Partido podía haber sido procesado por lo que era e indudablemente es, una conspiración para derrocar el Gobierno por la fuerza? ¿Puede el peligro real y urgente de la Quinta Columna Comunista ser neutralizado por medidas policiales, como algunos acreditados estudiosos del problema proponen⁶³, o por un movimiento general para silenciar la heterodoxia, crear dudas en la relación hombre a hombre, hacer dudar a las universidades de si elegir a jóvenes activistas, y llevar a los hombres honestos a preguntarse si deberían continuar visitando a sus amigos?

63 PHILBRICK, I Led Three Lives 299-300(1952).