

Francisco Tortolero Cervantes*

UNAM (Ciudad de México, México)

ftortolero@gmail.com

**La protección judicial del individuo
desde el postulado federal de los EE.UU.****

*The judicial protection of the individual
from the United States federal postulate*

*A proteção judicial do indivíduo do postulado
federal dos EEUU*

Artículo de investigación: recibido 05/08/2016 y aprobado 17/11/2016

* Francisco Tortolero Cervantes, Doctorado en Ciencia Política y Maestría en Instituciones por la Universidad de Paris I; Médaille du Sénat (Francia) por su investigación doctoral en 2006; Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente, *Investigador Titular «A»*, por oposición, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesor de *American Constitutional Law* y de Federalismo en la misma Universidad. Asesor del Presidente de la Suprema Corte de México y Agente de Enlace con la Comisión de Venecia (2011-2015); Coautor con J.J. del Granado de *American Constitutional Law for Non-American Lawyers*, del Manual del Curso de Derecho Constitucional Americano, México, IJ-UNAM, 2t. y con J.M. Serna, F. Pou y D. Barceló, *Estructura y organización constitucional del Estado Mexicano*, México, FCE, participó con «La désignation des gouvernants» en Dérosier, J.P. (Coord), *La désignation des gouvernants*, Paris, Lexis-Nexis, todos por publicarse en 2017.

** «Instituciones, representación política y democracia». Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Resumen

La historia de la protección de los derechos fundamentales en los Estados Unidos se explica a partir de razones económicas derivadas de la expansión territorial de costa a costa durante el Siglo XIX. El fomento a las formas de producción industrial fue a tal grado importante que fenómenos como la esclavitud fueron justificados judicialmente por decisiones de la Corte Suprema. Las tensiones entre el Norte y el Sur por la cuestión esclavista derivaron en la Guerra Civil, siendo la lucha por el reconocimiento de las competencias de los estados una de las cuestiones en el núcleo del conflicto. No fue sino hasta la siguiente crisis constitucional (marcada por la Gran Depresión de 1929) que el Presidente Roosevelt logró implantar, por la vía de la regulación, el predominio federal sobre los estados. Esta realidad en materia de protección de derechos con predominio federal, se logró extender hasta la actualidad. Pero es posible que no trascienda al período presidencial que inicia en 2017.

Palabras clave: Protección judicial de los derechos en Estados Unidos, Federalismo y competencias judiciales, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Derecho constitucional.

Abstract

Historically, individual rights protection on American constitutional grounds might be explained through economic reasons. Those reasons were a consequence of territorial expansion, coast-to-coast, during the XIX Century. Encouraging industrial production justified all kind of activities such as slavery, judicially enforced even by Supreme Court decisions. Tensions between Northerners and Southerners upon slavery matters ended up on Civil War. Recognition of state's competencies being the core of the matter. It was until the next constitutional crisis, after President Roosevelt's intervention on increasing federal regulation (during the 1929 economic depression) when federal competencies started to dominate over state's rights. Federal protection of individual rights has functioned in a very stable manner until today. But probably, that scheme of protection would not be the same after 2017 presidential term.

Key words: Judicial Protection of rights on the United States of America; Federalism and judicial powers; Supreme Court of the United States of America; Constitutional Law.

Resumo

A história da proteção dos direitos fundamentais nos Estados Unidos se explica a partir de razões econômicas derivadas da expansão territorial de costa a costa durante o Século XIX. A fomentação às formas de produção industrial foi tão importante que fenômenos como a escravidão foram justificados judicialmente por decisões do Supremo Tribunal. As tensões entre o Norte e o Sul em quanto a questão da escravidão derivaram na Guerra Civil, sendo a luta pelo reconhecimento das habilidades dos estados uma das questões no núcleo do conflito. Somente na seguinte crise constitucional (marcada pela Grande Depressão de 1929) que o Presidente Roosevelt conseguiu implantar, por meio da regulação, o predomínio federal sobre os estados. Esta realidade em matéria de proteção de direitos com predomínio federal, pôde estender-se até o momento atual. Mas é possível que não transcenda ao período presidencial que inicia em 2017.

Palavras chave: Proteção judicial dos direitos nos Estados Unidos, Federalismo e habilidades judiciais, Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, Direito constitucional.

Introducción

La Unión Americana no nació concebida como una comunidad de derechos. Jurídicamente fue construida como un espacio para la actividad económica. Su edificación se fue gestando no en función de necesidades individuales sino a partir de incentivos, que durante la primera mitad del siglo XIX estuvieron enfocados predominantemente hacia intereses económicos basados en el territorio (Blackmun, 1980, p. 305-315), y que como en casi todo anhelo colectivo relevante, fueron fundamentales para ir definiendo la esencia del constitucionalismo de los primeros años. Pero para esto, tuvieron que llegar hasta la Corte Suprema antes de ser asimilados socialmente. La forma como se defienden los derechos en ese país, consolidada durante una fase que abarca prácticamente el pasado siglo (y cuyo inicio lo marca el *New Deal* del presidente Roosevelt), se explica por las tensiones entre los estados y el gobierno central. De ahí que para entender el contenido de los derechos fundamentales resulta imprescindible recorrer la evolución del federalismo.

No han sido pocos los autores que desde el ámbito hispanoamericano se han interesado en la comprensión del constitucionalismo estadounidense (López Monroy, 2006; Fernández de Castro y Blackmore, 2008; Moreno Ferrás, 1990; Rabasa, 1992; Soto Flores, 2013). Incluso podemos rescatar estudios recientes efectuados en Francia o en España, que tratan de encontrar paralelos de la tradición norteamericana dentro del orden constitucional en Europa continental (Mbongo y Weaver, 2013; Pereira Menaut, 2012). Pero el presente estudio no pretende hacer un balance doctrinal de lo que se haya hecho o dejado de hacer hasta ahora en nuestro continente.

Sin descartar la autoridad de los múltiples expertos que se han pronunciado sobre el tema, el recorrido que aquí se plantea es jurisprudencial. Este abordaje permite al lector no sólo encontrar en cada resolución un número considerable de opiniones doctrinales, sino que resulta adecuado en la medida en que el derecho en Estados Unidos se ensaña analizando casos y resoluciones judiciales relevantes.

Tomando en cuenta esta advertencia, pongo en la mesa dos variables que esclarecen la comprensión de este tema, frecuentemente aludido pero pocas veces puesto en perspectiva evolutiva. Tanto el elemento federal como el análisis desde la centralidad de los derechos nos pueden permitir emprender un recorrido de casos relevantes, que no costará trabajo hilvanar desde nuestra tradición latinoamericana. Esto nos lleva a analizar el contexto de los Padres Fundadores.

Siguiendo el esquema confederal, la soberanía podía ser objeto de división.¹ Derivada de dicha concepción de la *soberanía dividida*, la historia constitucional norteamericana reflejaría al final más una pugna constante entre los estados y la federación que entre el individuo y la autoridad.

La Constitución, votada en Filadelfia el 17 de septiembre de 1787, y ratificada dos años después, hacía una tímida mención de los derechos (concretamente, en el art. I párr. 9 y 10; y en el art. II párr. 2). Tuvieron que venir las diez primeras Enmiendas en 1791 para corregir esa omisión constitucional (que hoy se advertiría como aberrante), con la carta conocida como *Bill of Rights*.² El modelo de protección individual del Bill of Rights contrasta con el europeo, tanto continental como británico. Tendría que transcurrir parte del siglo antes que aquella carta de derechos (ampliada al término de la Guerra Civil) pudiera anclarse en la noción de derechos individuales. Pero su puesta en marcha no fue fácil; tuvo que recorrer un camino largo y tortuoso para lograr que la protección de la persona encontrara mecanismos judiciales efectivos.

Una de las principales dificultades en este tránsito fue encarnada por el conservadurismo interpretativo, predominante en la Corte Suprema de ese país durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras dos décadas del XX. Sin entrar en el debate que actualmente sigue marcando la brecha entre conservadores y liberales, me limito a señalar que los actuales originalistas (tan cercanos a la administración Trump) parecen pasar de largo los debates entre los

1 Antes de 1787, Alexander Hamilton, James Wilson y Oliver Ellsworth, todos de familias políticas distintas, habían alcanzado un acuerdo: que como supremo poder de creación legislativa el Congreso era soberano «en las materias que le habían sido confiadas»; los estados eran soberanos «en las materias que le habían sido confiadas» y el pueblo se reservaba un poder soberano en aquellas materias «donde había rechazado atribuir las al gobierno» en cualquiera de sus niveles (McDonald, 2000, p.1-5)

2 La estrategia de la ratificación constitucional, por parte del ala de los Federalistas, implicó centrar sus baterías hacia la aprobación del texto en los estados de Virginia y Nueva York. Estas mismas legislaturas intentaron, con éxito, relanzar el tema de una «segunda ratificación» a efecto de incluir un catálogo de derechos. Al final, el conocido como *Bill of Rights* logró ser admitido en el mismo texto de 1787, haciendo a un lado la intención anti-federalista de insistir en limitaciones adicionales a los poderes centrales. Pero se logró un compromiso entre posturas moderadas que aceptaban parcialmente los reclamos anti-federales (Boyd, 1979, p.98-114; Bernstein, 1987, p.263-267). Todos los derechos ahí consagrados, formulados más bien en sentido negativo, prohibían al Congreso federal legislar sobre materias concretas, que pudieran violentar la libertad de religión (I), el domicilio y la propiedad (IV), el juicio por jurados (V), un juicio justo (VI), y la prohibición de imponer penas inhumanas y degradantes (VIII).

actores de los tiempos que ellos añoran como «dorados», y que hoy pretenden recuperar a toda costa. En este sentido, ya en 1769 Lord Mulgrave explicaba que el precedente judicial debía servir «no para impulsar sino para controlar la innovación» (Reid, 1991, p. 14-15). A manera de advertencia para el legislador, el precedente ofrecía elementos normativos que sus antepasados no se habrían atrevido a tocar, pero no para dejar el sistema intacto, sino para adaptarlo a las realidades de cada época (Reid, 1991, p. 160). Así que en estricto sentido, si al hablar de «intención original» tendríamos que remitirlos al derecho británico (ni siquiera al de los años más remotos, sino por ejemplo al del Bill of Rights inglés, que en realidad se inscribía más en el ámbito del derecho natural que en el del constitucional), sería iluso no hablar de la evolución constante de la sociedad.

Pero advertía que el propósito de esta colaboración dista de ser doctrinal, y que más bien se dirige a mostrar que la garantía de los derechos individuales dependió en gran medida de la forma en que las instituciones entendieron la conformación federal del país.

El inicio de la jurisprudencia en materia de derechos

Durante los primeros años de la Unión Americana, la conformación del sistema de protección de derechos individuales fue marcada por las tensiones entre estados y gobierno central, derivadas de la mencionada división fáctica de la soberanía. Tras la independencia, el esfuerzo del ala federalista (entre otros de James Madison) en la Convención de Filadelfia de 1776 se encaminó a lograr acotar los poderes de los estados de la Unión. Debía ser el Senado y no las legislaturas locales quienes concentraran la facultad de legislar en materias que podrían comprometer el devenir de la Unión. Aquella limitación se tradujo en la prohibición para los estados de suscribir tratados internacionales, de acuñar moneda, de mantener cuerpos de defensa, y en la prohibición general de expedir títulos nobiliarios.

En términos materiales, el acto de establecer una constitución debía entenderse como un acto federal y no nacional (Madison, 1996, p. 191-196). Fue en parte por la reticencia a verse limitados, consintiendo así una delegación de potestades legislativas a favor de la federación, que los diez estados que ratificaron la Constitución de 1787 se negaron a suscribir el citado *Bill of Rights* (Levy, 1999, p. 1-43) como parte de ese primer texto fundacional.

Inmediatamente después de haber visto ratificado el texto constitucional en 1789, el Presidente George Washington promulgaba ese mismo año la *Judiciary Act*, definiendo una marcada distinción entre el régimen presidencial

y el parlamentario. Los estados, el Congreso y el Presidente someterían desde entonces sus actuaciones a una autoridad judicial.

Encargado de integrar los nombramientos de todos los jueces del tribunal (entonces cinco), en una carta a John Rutledge, fechada el 29 de septiembre de 1789, G. Washington concebía «la debida administración de justicia como el cemento más sólido del buen gobierno» (Gerber, 1997, p. 5). Ha de notarse que hasta aquel momento la construcción del régimen constitucional se enfocaba sobre todo en la arquitectura de las instituciones. Faltaba tiempo para lograr que el aparato estatal volcara su atención hacia la protección del individuo.

Los primeros en presidir la Corte Suprema (designados como *Chief Justice*), si bien se trataba de juristas de alto calibre, tuvieron poca notoriedad entre 1789 y 1801. Las presidencias de Jay, Rutledge y Ellsworth contrastan con la gestión radiante de Marshall entre 1801 y 1835.

Nadie puede negar que el primer período importante de la protección constitucional de los derechos se explica por la genialidad de John Marshall. En primer lugar, impulsó la normalización del trabajo colegiado del tribunal, donde los jueces dejaron de emitir opiniones individuales (cuyo método, entendido por el funcionamiento de los parlamentos, se conoció como *Seriatim*) para suscribir una decisión mayoritaria, redactada por una sola pluma (con frecuencia la del propio Marshall). Luego vino la decisión fundacional de la Corte Suprema, también impulsada por este último en sus primeros años como *Chief Justice*. A partir del emblemático caso *Marbury v. Madison*, Marshall, escribiendo para la mayoría, estableció en definitiva que el propio tribunal podía definir sus competencias (aunque no explícitas en la Constitución), y que entre éstas se debía incluir el análisis de la constitucionalidad de la actuación de los poderes: «Donde existe un derecho, existe un recurso».³ La Corte establecía además que el Congreso no tiene facultades para aprobar leyes que sobrepasaran a la Constitución, expandiendo así el ámbito normativo de la jurisdicción original que se atribuyó a este tribunal. Quince años más tarde, quien sigue siendo considerado el más grande presidente en la historia del máximo tribunal norteamericano encontró la oportunidad de fijar la doctrina de la jurisprudencia nacional por sobre los intereses particulares de los estados.

En *McCullock v. Maryland*, que algunos consideran la resolución más importante de su presidencia (McCloskey, 2010, p. 42-43), Marshall fijó las bases

3 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803)

de la doctrina de la autoridad nacional. Maryland pretendía cobrar impuestos locales a los usuarios de un banco, no obstante que éste hubiera sido instalado en un estado a instancias del gobierno federal. La Corte Suprema reafirmó que la Constitución emana del pueblo soberano; que el gobierno nacional fue concebido como poder supremo frente a cualquier otra autoridad; y que la creación de ese banco no podría considerarse sino la manifestación de una facultad debidamente otorgada a la federación.⁴ Sin autorización legal a favor de un estado, tales cobros de impuestos no podían ser exigidos por ser inconstitucionales. Reconocer esa atribución a Maryland sería permitir que se desconociera la autoridad de la federación. La doctrina de la supremacía federal serviría desde entonces para sentar las bases del carácter universal de los derechos, y del trato igual de la autoridad hacia el individuo, sin importar de qué estado de la Unión se tratara.

Esta decisión es significativa además porque sintetiza la pugna entre federalistas y antifederalistas, que durante los primeros años de la independencia marcó las bases y la durabilidad de la constitución. La estatura de quienes simpatizaron con las ideas del primer grupo, junto a quienes suscribieron los *Federalist Papers* (por sólo citar a Benjamin Franklin, George Washington o John Adams) expresa la paradoja contramayoritaria, según la cual, la defensa de la democracia no puede ser dejada a quienes integran el mayor número en una sociedad, a riesgo de desbordarse hacia resultados perjudiciales para el conjunto (Gargarella, 1997, p. 117). Sin embargo, la garantía de los derechos individuales tenía aún mucho por alcanzar.

La segunda etapa; un repentino viraje después de Marshall

Decíamos que la etapa de consolidación institucional que aseguró el período del juez Marshall encontró respuesta poco orientada a favor de los derechos. El siguiente período encabezado por el *Chief Justice* Roger B. Taney, que duró más de 28 años, se caracterizó por un enfoque que priorizaba la defensa de intereses económicos sobre los derechos básicos de las personas.

La integración del tribunal parecía orientada hacia la necesidad de afianzar las competencias de las entidades subnacionales como entes generadores de riqueza. Si se quiere concebir esto con una connotación positiva, se trataba de jueces

⁴ Los estados no pueden interferir con la autoridad federal cuando esta última ejerza sus competencias implícitas (en este caso, en la *Necessary and Proper Clause*) para definir sus facultades constitucionales expresas, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4 Wheat 316 (1819).

con una abierta proclividad hacia los avances tecnológicos y el crecimiento económico (Gatell, 2013, p. 635-655). La defensa de las competencias estatales se convertía en una suerte de reforzamiento de los poderes de los estados de la Unión sobre los poderes centrales.

Esta dirección fue trazada a partir de tres decisiones resueltas en el mismo año, que los contemporáneos han encuadrado en la llamada «revolución de 1837». En la primera de ellas, el *Charles River Bridge v. Warren Bridge Co.*,⁵ la legislatura de Massachusetts había ofrecido a quien construyera un puente el derecho de cobrar tarifas de paso a los usuarios durante un lapso de cuarenta años. Un año después de construído, en 1786, la legislatura decidió extender la concesión para los cobros por otros treinta años adicionales. Hacia 1828, que correspondía aproximadamente a la mitad de la duración total de la concesión, la propia legislatura otorgó una segunda autorización a otra compañía para construir otro puente en las inmediaciones del primero, determinando que los aprovechamientos para los cobros en este segundo se limitarían a seis años, al término de los cuales el puente quedaba como propiedad pública. La primera empresa beneficiada demandó la anulación del segundo contrato, alegando una afectación a sus intereses económicos. El caso llegó a la Corte Suprema en 1831 (aún presidida por Marshall), encontrando una división marcada entre sus miembros, la cual en varias oportunidades se tradujo en el aplazamiento de la resolución. Fue hasta 1837, después del cambio de presidencia que el asunto fue resuelto. En la resolución, redactada por el propio *Chief justice* Taney, se afirmaba que el objeto del gobierno era promover la felicidad y prosperidad de la comunidad. La primera compañía pretendía asumir un monopolio sobre los viajes efectuados, y aquello implicaría un obstáculo al empleo de innovaciones tecnológicas, lo cual iba en contra de la prosperidad. El segundo contrato quedaba firme.

Los hombres de negocios aplaudieron la decisión. Esto sirvió para que meses después, en el caso *City of New York v. Miln*,⁶ todos los integrantes de la Corte Suprema, a excepción del juez Story, votaran por la constitucionalidad de una ley restrictiva al desembarco de inmigrantes pobres, que paralelamente ampliaba la interpretación de los poderes de la policía de Nueva York. La sentencia desechaba una pretendida invasión a la regulación del comercio.

5 36 U.S. 420 (1837)

6 36 U.S. 102 (1837)

Para el tribunal, debía prevalecer el impulso «de la seguridad, la felicidad y la prosperidad» de la comunidad.

Hacia finales del mismo año, en *Briscoe v. Bank of Kentucky*,⁷ se echaba abajo un criterio adoptado siete años atrás por la corte de Marshall, en el que se habían interpretado de manera restrictiva las atribuciones estatales de emisión de papel moneda. El cambio de criterio consistía en que la Corte determinaba que no se podía restringir el margen que tenían los bancos estatales para emitir esta clase de títulos, a riesgo de trasladar la inconstitucionalidad a todos los bancos que lo hicieran en otros estados.

Este nuevo criterio fue apuntalado dos años después en el caso *Bank of Augusta v. Earle*,⁸ en el que la Corte Suprema configuró una doctrina económica casi absoluta a favor de los estados. Un banco de Georgia había obtenido bonos de intercambio, consistentes en cheques expedidos por comerciantes de Alabama a otros comerciantes. Estos títulos no estaban respaldados en fondos bancarios. Los deudores se negaban a pagar, aduciendo que la corporación extra-estatal no estaba autorizada a hacer negocios en Alabama. La corte federal de circuito había dado la razón a los deudores. Pero cuando el caso llegó en apelación a la Corte Suprema, ésta consideró que el Banco, al igual que un ciudadano de cualquier estado, gozaba de «todos los privilegios y garantías de los ciudadanos». Así, en palabras de Taney, escribiendo a nombre de la mayoría, la Corte determinó que un estado podía ejercer sus atribuciones para prevenir o evitar que corporaciones de otras entidades pudieran mantener negocios dentro de su territorio. La banca estatal debía protegerse por todos los medios.

En estos criterios, emitidos muy al principio del período de Taney, puede reflejarse un ambiente ultra liberal, que anunciaba una apertura económica absoluta, favorable a la generación individual de riqueza. Se sentaban así las bases del reino sin ambages del *Laissez Faire*, donde las necesidades individuales cobraban poca importancia. Éste fue el espacio propicio en que se produjeron sentencias que denotan extremos irreconocibles en nuestros días, donde todas las jurisdicciones del país coincidieron en una acción vigorosa a favor del ámbito estatal. Siendo estos criterios construidos por jueces y abogados, y no por legisladores o políticos, el rediseño del derecho de propiedad implicó cambiar el centro de atención durante las siguientes décadas.

7 36 U.S. 11 Pet. 257 (1837)

8 38 U.S. 13 Pet. 519 519 (1839)

Para la Corte Suprema el cambio de Era implicaba una transformación del criterio dominante, en el que el centro de atención daba prioridad al mayor provecho en favor del dueño. Con estos nuevos criterios, la lectura dominante de la Constitución daba prioridad al desarrollo comercial. Una concepción del mercado como pieza fundamental de una economía dinámica parecía entonces capaz de sustituir al añejo sistema económico estático y enraizado en una suerte de orden feudal de producción, cuyos detractores vivían atrapados en los años en que la Constitución de Filadelfia fue aprobada (Horowitz, 1977, p. 141; 161-180). Aunque algunos estados reaccionaron, tratando de evitar el atropello del individuo a favor de los modos de producción,⁹ la inercia economicista no pudo ser frenada, y el triunfo del mercado fue evidente al menos hasta la caída estrepitosa del sistema que representó la Gran Depresión casi un siglo después.

En plena expansión de la Revolución Industrial, hoy resulta paradójico el hecho de que se miraba con desprecio al sector que se denominaba como «productores», integrado por aquellos que se dedicaban a labores agrícolas, a la artesanía, o a las manufacturas. El sistema capitalista debía centrarse en grandes comerciantes, banqueros y otras categorías de negociantes, a los que estimulaba y alentaba (Freyer, 1994, p. 3-8), cuyo provecho se medía en papel, en corporaciones que ganaban por economías de escala, y en ventajas legales que permitían mantener el crecimiento a niveles nunca vistos. Esta transformación, potenciada en la Unión Americana con el impresionante desarrollo de los ferrocarriles y la explotación del oro en la Costa Oeste, condujo al diseño de criterios interpretativos de la Corte Suprema que reforzaron, entre otros, los derechos de los propietarios sobre los de la fuerza laboral, incluidos los esclavos. La cuestión no es banal, si se considera que la esclavitud se erigió en pieza clave del sistema de producción.

Entre la expansión territorial y el oprobio esclavista

El dominio progresivo del territorio y la intención de establecerse entre dos océanos se logró a costa de compromisos que tuvieron costos para los individuos. Los estados sureños fueron aceptando formar parte de la Unión a partir del

9 Un ejemplo es la legislación emitida por la legislatura de Pennsylvania, que abolía el trabajo infantil y reducía considerablemente las horas efectivas de trabajo en fábricas y minas, imponiendo además la inspección de las condiciones de trabajo en áreas consideradas de riesgo (Hartz, 1954, p. 122, 204-205).

momento en que el Compromiso de Missouri de 1820 admitía a este estado esclavista en la Unión, si bien prohibiendo la esclavitud en Louisiana.

El ala abolicionista no tardó en inundar el Congreso de peticiones, hasta que en 1836, año de la guerra con México y de la proclamación de la República de Texas, se estableció una regla interna de procedimiento parlamentario (conocida como *Gag Rule*), según la cual esta clase de peticiones serían sólo recibidas pero no discutidas públicamente (Dumond, 1961). Ante la supresión de este incómodo tema de la agenda parlamentaria, la presión empezó a aumentar, generando dos bandos que a la postre se volverían irreconciliables.

Las presiones proesclavistas llegaron al Senado, donde las reglas se reforzaron, dejando claro que esta cuestión era de estricto tratamiento interno de los estados. Las tensiones siguieron escalando hasta que en 1842 se produjo una decisión en la Corte Suprema.

La Ley de Esclavos Fugitivos (*Fugitive Slave Act*) de 1793 preveía la recuperación de esclavos que huyeran hacia estados no-esclavistas, exigiendo obedecer la ley, que entonces tenía sustento en el art. IV de la Constitución, a las autoridades estatales y municipales de los estados libres. Algunos estados, como Indiana en 1824, emitieron leyes que abiertamente establecían autorización para que los ciudadanos se negaran a cooperar en estos casos. Vermont fue más lejos, estableciendo una sanción (en términos delictivos) al ciudadano que coadyuvara en la captura de un esclavo en fuga.

Bajo la vigencia de la citada norma federal, un hombre de apellido Prigg, que llevaba a una mujer esclava y a su hijo desde Pennsylvania, fue detenido en Maryland; se le acusaba de secuestrar y transportar a fugitivos sin el certificado estatal respectivo. El asunto llegó en apelación a la Corte Suprema en 1842.

En *Prigg v. Pennsylvania* el juez Story afirmaba que si bien la ley del estado era inconstitucional, todo propietario de esclavos conservaba el derecho de que sus esclavos le fueran devueltos sin que ningún estado pudiera interferir en ello (Finkelman, 1994, p. 247-294). Durante la década siguiente se afianzaron las competencias de los tribunales federales, y en especial de la Corte Suprema, para erigirse en árbitro entre los intereses estatales y los nacionales.

La esclavitud fue así el motivo que generó la mayor tensión entre bandos. La anexión de los nuevos territorios dio pie a discursos flamígeros de los políticos de estados esclavistas (Texas, que luego de ser una República independiente logró la anexión a los Estados Unidos hasta 1845, al igual que California y Nuevo México en 1848). Los estados del sur abiertamente amenazaban a los abolicionistas

de que cualquier intento por prohibir la esclavitud en los nuevos territorios impactaría en la secesión. La espiral descendente no hacía más que comenzar.

En estados como Illinois, la aversión contra la población afrodescendiente fue tal que en 1848 se prohibió en la constitución local que ingresaran y se establecieran dentro del territorio. De ese modo los propietarios de esclavos quedaban obligados a no introducirlos. En otros estados, como South Carolina, el activismo fue aún mayor, instando al gobierno federal a actuar a favor de la estabilidad y la seguridad del régimen esclavista. El ala de los Republicanos, en el norte, no tardaría en resistir a esta intención de manera decidida, pero no muy efectiva, al sostener que la intención original de la Constitución debía dejar en claro la no-intervención federal como postulado fundamental.

Anteponiendo la protección constitucional de los propietarios a la de las personas, la interpretación constitucional siguió atribuyendo peso importante al desarrollo del progreso económico y técnico. Durante la misma presidencia de Taney se extendió la jurisdicción del Almirantazgo al tráfico fluvial y al de los lagos, y se empezó a construir una lectura en torno al comercio interestatal. Pero esto contrasta con los pocos casos relevantes relacionados con derechos fundamentales que se resolvieron durante el mismo período. Los asuntos más interesantes de la década anterior a la Guerra Civil se centraron en la intervención de la Corte Suprema al resolver conflictos de límites fronterizos entre estados. Amenazas de ataques armados entre estados fueron así disueltas a través de resoluciones judiciales. Un ejemplo de ello es la resolución para definir las fronteras entre Missouri y Iowa en 1849.¹⁰

La influencia económica de los estados sureños fue tal que las dos Cámaras votaron una nueva Ley de Esclavos Fugitivos en septiembre de 1850. En ésta se veían recrudescidas las sanciones de la ley anterior, especialmente en lo relativo a los particulares que colaboraran con la fuga de un esclavo. La Corte Suprema fue consecuente con esta lectura de la ley.¹¹ De una población estimada entre 3 y 4 millones de esclavos, fueron muy pocos, según los cálculos menos de mil personas, quienes intentaron huir durante ese primer año. Hubo algunos episodios

10 *State of Missouri v. State of Iowa*, 48 U.S. 660 (1849)

11 En *Strader v. Graham* (1850), la Corte Suprema negó la pretensión de un conductor de ferry en el que habían escapado unos esclavos de Kentucky, que contra una acusación alegaba que por el hecho de haberlos trasladado a Ohio (estado con una ley prohibitiva) los convertía en libertos. En la sentencia, la Corte determinó que su cambio de lugar no era suficiente para cambiar su estatuto de esclavos en Kentucky.

sangrientos, en los que propietarios intentando reivindicar sus derechos sobre esclavos en fuga hacia otros estados, encontraban resistencia por parte de las comunidades de libertos. Tampoco fueron efectivos algunos tibios llamados de comunidades cristianas a la desobediencia civil. Si bien la magnitud de estas acciones no fue lo suficientemente representativa para pensar que la ley pudiera encontrar resistencias (Freehling, 2007, p. 536-537), tuvieron impacto entre buena parte de los habitantes del norte. Las tensiones ideológicas se recrudecieron, volcando en general a la población blanca norteaña a favor de la causa abolicionista.

El sentimiento se acentuó todavía más cuando en 1857 se presentó el caso más polémico de la historia de la Corte Suprema norteamericana. En *Dred Scott v. Sandford*,¹² no sólo se concluyó que la ley de un estado que establece la esclavitud debe prevalecer, sino que ningún afroamericano, ni siquiera manumitido, podía gozar del catálogo completo de derechos ciudadanos.

El sr. Scott vivía en Missouri como esclavo, pero había sido llevado a Illinois (donde la esclavitud estaba prohibida), y a Louisiana (que había sido declarada territorio libre en el mencionado compromiso de Missouri de 1820). Estando de vuelta en Missouri, demandó a su dueño ante un tribunal federal, afirmando que haber estado en esos territorios lo hacía hombre libre. El asunto llegó en apelación a la Corte Suprema, que determinó que la respuesta tenía que extraerse del carácter de ley que fundaba la calidad de esclavo del Sr. Scott.

Pocos días antes de la sentencia, James Buchanan había entrado en funciones como Presidente de la República. Por otro lado, uno de los jueces parecía disentir abiertamente con respecto a esta delicada cuestión, que generó 8 opiniones separadas. Por eso se dice que Taney pretendió hacer inequívoco el criterio que diera certeza a los propietarios, y escribió en nombre del tribunal una decisión que devino en un verdadero desastre. El sr. Scott no tenía razón porque al ser negro carecía de derechos ciudadanos, y por tanto no podía acceder a ningún tribunal. En segundo lugar el Compromiso de Missouri era inconstitucional y la declaratoria de territorios libres que en éste se hacía no era válida. Por último, señalaba Taney, la ley de Missouri que consideraba a Scott como esclavo debía entenderse vinculante para el tribunal (McCloskey, 2010, p. 62-63). En suma, los negros carecían de derechos ciudadanos, y ni siquiera el congreso podía frenar, a partir de la ley, el desarrollo de la esclavitud en los estados donde se votara lo contrario.

12 60 U.S. 393 (1857)

Desde luego que, más que cerrar el debate con esta decisión, los jueces de Washington lo atizaron, poniendo en riesgo la integridad de la rama judicial con respecto a otros poderes del Estado. La prensa de los estados del norte no dejó de acusar al tribunal de connivencia (que acaso Taney habría querido asumir como cooperación) con las ramas políticas del gobierno. Las heridas abiertas, que se hacían más visibles conforme transcurría el cuatrienio, a la postre generaron un conflicto mayor.

La eficacia de los derechos antes y después de la Guerra Civil

Al dictar la sentencia del caso *Dred Scott*, cinco de los nueve jueces provenían de estados sureños. En decisiones posteriores, la línea interpretativa no encontró cambios. En 1859 se presentó un nuevo caso. La Corte Suprema de Wisconsin había concedido un mandamiento de *habeas corpus* a un editor de Milwaukee que auxilió a un esclavo a librarse de la custodia de sus dueños. Bajo la *National Fugitive Slave Law* el gobierno federal había apelado con respecto a esta decisión ante la Corte Suprema, la cual determinó, en *Ableman v. Booth*¹³ que los estados no tenían por qué interferir en la eficacia de leyes federales, y que ésta en particular debía entenderse conforme a la Constitución.

La tensión entre bandos se hacía cada vez mayor, hasta que la Guerra Civil estalló en 1861. El gobierno del Presidente Abraham Lincoln (quien electo un año antes se erigía como cabeza del bando norteamericano) lanzó un mensaje claro con respecto del inicio del conflicto: la Guerra Civil tenía por objeto la preservación de la Unión; no la abolición de la esclavitud. Sin embargo el desarrollo del conflicto haría corregir el rumbo hacia esta dirección.

Como una de las primeras medidas, y sin solicitar autorización del Congreso, el presidente Lincoln suspendió la eficacia del *writ* o mandamiento de *habeas corpus*, no obstante que el texto constitucional prohibía esa posibilidad, al establecer que «El privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión» (art. I sección 9 inciso 2 de la Constitución). Numerosas aprehensiones de sospechosos de rebelión que habían sido efectuadas, fueron controvertidas jurídicamente ante tribunales federales. Pero la efectividad de los recursos judiciales que se intentaron en ese momento carecía de toda garantía.

13 62 U.S. 506 (1859)

En el extremo contrario podemos citar el caso de John Merryman, lugarteniente de una compañía secesionista en Baltimore, quien luego de ser detenido acudió a la Corte de Circuito, que entonces integraban jueces de la Corte Suprema. Fue el propio Taney quien ordenó la liberación de Merryman basándose en que sólo el Congreso y no un simple decreto presidencial habría podido anular el mandato de *habeas corpus*. Por su parte, el General Cadwallader, comandante de la zona, declinó obedecer la orden judicial. Contra la negativa, Taney emitió un nuevo mandamiento de ejecución, pero cuando el oficial (o *marshall*) del tribunal intentó comunicar esta decisión, no se le permitió acceso al Fuerte donde se encontraba el militar renuente (Randall, 2011, p. 149; 161-162). El Chief Justice había agotado todos los recursos posibles.

La ineficacia de la protección judicial generó una consecuencia inmediata, que dio al gobierno rienda suelta para todas las arbitrariedades. Desde ese momento a los rebeldes sureños se les reprimió sin miramientos; eran llevados ante el *Secretary of State*, donde se les trataba a sangre y fuego. Los sospechosos eran arrestados sin que mediaran pruebas, y se erigió un cuerpo de agentes secretos encargado de prevenir insurrecciones.

La medida duró unos cuantos meses. Hacia el inicio del año siguiente todos los detenidos políticos fueron liberados, para luego trasladar la instrucción al secretario de Guerra. Lo cierto es que la garantía del *habeas corpus* había quedado suspendida para muchos. Por ejemplo, a quien se descubriera disuadiendo jóvenes a enlistarse en el ejército regular, se le juzgaría ante tribunales militares, sin que el indiciado pudiera pedir la protección constitucional de tribunales federales de carácter civil. Se estima que sólo ese año hubo más de 13 mil prisioneros detenidos por órdenes del departamento de Estado y del Naval.

Bajo la amenaza de los ejércitos del sur, Lincoln actuó y asumió como Comandante en jefe, sustituyendo el mando de los militares. En este periodo llegó a ordenar el cierre de periódicos cuando consideraba que obstaculizaban el esfuerzo de guerra, aunque no con mucha frecuencia. Conforme el ejército nacional iba dominando territorios, el Presidente imponía gobernadores militares en vez de apegarse a los procedimientos constitucionales establecidos para actuar con poderes especiales o bajo el régimen de excepción. Incluso instauró tribunales provisionales con poderes ilimitados, encargados de resolver cualquier cuestión que tuviera que ser materia de litigio. La supresión de atribuciones de los estados era decidida de esta manera sin que mediara autorización del Congreso.

El cambio de discurso del gobierno, que condujo los esfuerzos de guerra hacia una estrategia abiertamente abolicionista, encontró un empeño mucho más decidido debido a presiones internacionales. Tanto Francia como Inglaterra tenían la firme intención de lograr la desaparición del régimen de producción en el sur, si bien no dejaban de tener una suerte de simpatía velada por debilitar la posición del gobierno, así fuera para poder asumir un papel de mayor relevancia en las negociaciones entre bandos. No olvidemos, por ejemplo, que Francia tenía intereses económicos entre la población de los territorios recién cedidos, como México y la Louisiana. Fue entonces que Lincoln adquirió nuevos elementos para anunciar una postura antiesclavista mucho más firme hacia 1862. Esta intención se tradujo en una primera proclama de abolición de la esclavitud, tras la cual no fue liberado un solo esclavo (Howard, 2002, p. 132-137). Pero esto sirvió al menos para que franceses e ingleses desistieran de una posible intervención militar.

Taney falleció en 1864. Pero fue hasta el término de la Guerra Civil, con la adopción de las enmiendas XIII y XIV, respectivamente en 1865 y 1868, que se abolió formalmente la esclavitud en toda la Unión; y que por la clara definición de las reglas del debido proceso quedaron suprimidos impuestos especiales a indios y esclavos.

La siguiente decisión relevante para entender la protección de los derechos durante este largo período de consolidación data de 1896. En *Plessy v. Ferguson*¹⁴ la Corte Suprema admitía que en las instalaciones públicas se podía segregarse a los afrodescendientes; con una supuesta garantía de igualdad para el acceso a servicios equivalentes bajo la divisa «separados pero iguales», que para la época bien pudo haber significado un avance luego de más de dos siglos de negación absoluta de derechos. Pero la separación en prácticamente todos los aspectos del espacio público (escuelas, sanitarios, teatros, trenes, fuentes de agua potable) representaba una inferioridad patente e innegable, que hasta bien entrado el siglo pasado significó un atentado a la dignidad de la persona, y la imposición a todo un sector social de condiciones imposibles para el ascenso.

Los conflictos entre federación y estados, y la intención de preservar la Unión dieron una vuelta a la página con el término de la Guerra Civil. Durante las siete décadas que siguieron la Corte de Estados Unidos estuvo dedicada a la delimitación del sistema económico; a definir si el gobierno debía intervenir en

14 163 U.S. 537 (1896)

el sistema de producción y hasta qué grado; o lo que es lo mismo, a establecer cuál debía ser la relación entre los negocios y el gobierno. Las tensiones ahora se gestaban entre quienes afirmaban que el gobierno no debía interferir en la actuación de los agentes económicos, y entre quienes pugnaban por imponer límites a las prerrogativas del aparato económico con el fin de impactar positivamente en la esfera individual de los habitantes de la unión.

Del Estado regulador a la Gran Depresión

Al antiguo temor de que los estados destruyeran el pacto federal, sucedió el celo de que instancias públicas, vinculadas a los estados o a la federación, impidieran que el país creciera económicamente. El desarrollo jurisprudencial de los derechos de los afrodescendientes (léase de los derechos civiles) quedó para después.

La intención de no interferir pareció generar las condiciones para construir, entre los jueces del tribunal, la llamada doctrina de las cuestiones políticas (*political questions doctrine*). La auto-contención (*self restraint*) que le es corolario sirvió en diferentes etapas a la Corte Suprema, empezando por la del *Chief Justice* Salmon P. Chase (nombrado en 1874), para evitar entrar en el análisis de problemas abstractos que afectaban poderes soberanos; evadiendo con ello abordar los problemas sobre el ángulo de la posible afectación a derechos individuales.

Durante el período del siguiente presidente del tribunal, Morrison R. Waite (nombrado en 1888), la mayoría del Tribunal pronunció varios criterios interpretativos donde las atribuciones de los estados se veían restringidas, basándose en la Cláusula constitucional del Comercio Interestatal. Aludiendo además al principio constitucional del predominio federal, no resultó difícil para el tribunal limitar leyes estatales con contenido económico.¹⁵ La intención gubernamental de ampliar el ámbito de la regulación, influyó en la Corte Suprema, quien atrajo un número creciente de casos sobre estas cuestiones. Y si bien la jurisprudencia no se pronunció de manera demasiado firme,¹⁶ quizá para evitar que se considerara que estaba interviniendo en la economía, en las decisiones de esa etapa se puede advertir que la aplicación de las nuevas

15 Entre otros muchos temas, en *Pensacola Telegraph Co. v. Western Union Telegraph Co.* (1877, 96 U. S. 1), la Corte Suprema impidió que los estados establecieran monopolios para el desarrollo de los telégrafos. Este es uno de los nueve casos en los que, hasta 1886, se restringió el ámbito estatal por transgredir una regulación propia de la federación. Luego de ese año la tendencia se acentuó.

16 Algunos textos de la época fueron particularmente influyentes para cimentar este nuevo papel del tribunal (Cooley, 1927)

reglas del debido proceso (como quedaron en la enmienda XIV) empezaba a construir una lectura que protegía al individuo de los intereses del mercado.

El legislador comprendió que tenía que actuar, definiendo con mayor claridad las reglas del juego. En 1890 se aprobó la ley antimonopolios (*Sherman Antitrust Act*), que tenía por objeto dejar a las autoridades federales el control y la sanción de prácticas de este tipo a todos los niveles de gobierno. A los cinco años de entrada en vigor de dicha ley, la Corte Suprema acotó notablemente su ámbito de aplicación. En 1895 la Corte Suprema resolvió que, incluso en materia de monopolios, el Congreso sólo podía legislar cuando fuera evidente que el asunto a tratar implicaba de manera directa el comercio entre estados.¹⁷ Este criterio resultó impracticable. Unos años después los mismos jueces se dieron cuenta que debían flexibilizar la interpretación, porque de lo contrario resultaba imposible establecer qué mercancía legal no estaría llamada a pasar las fronteras de un estado.

Como años más tarde diría el juez Oliver Wendell Holmes, el comercio entre estados no implica una cuestión técnica, sino práctica (White, 2006, p. 82-85). El presidente Theodore Roosevelt (1901-1909) intentó dar una nueva aplicación a la ley antimonopolios. Su gobierno demandó a una empresa creada por dos ferrocarrileros competidores, que operaban en una región entera junto con un tercer operador del servicio. Ampliando su criterio la Corte Suprema confirmó que este acto debía entenderse como una práctica monopólica.¹⁸

En el siglo XX los jueces de la Corte se dieron cuenta de que en este nuevo escenario sus atribuciones dotaban al tribunal de una especie de facultad de veto. Las reacciones de la doctrina fueron casi inmediatas. Se solía denunciar el riesgo de dejar a los jueces la determinación de los contenidos de la ley. Aquello significaba una sustitución fáctica frente a los poderes propiamente políticos (Berger, 1901, p. 477), o la disyuntiva entre la intención de influir y el deseo de mandar. Esto último no riñe con las realidades que el aparato de justicia empezaba a vivir también en Europa debido al impulso que representaba la puesta en marcha de los postulados del Estado Social. En los dos continentes surgió la necesidad de entender y replantear el papel del juez, y particularmente el de las

17 En *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895) las restricciones al comercio que consideraba la ley implicaban que ningún negocio, por pequeño que fuera, podía entrar en tratos con sus competidores si sus productos cruzaban una frontera estatal.

18 Con el voto en minoría de Holmes, contrario al argumento del gobierno, en *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

altas jurisdicciones. Es en ese momento que los tribunales empezaron a ser vistos en Europa como agentes *estabilizadores del derecho*.¹⁹ No es casualidad que la crítica socialista a la jurisprudencia norteamericana, de factura continental, hubiera tardado algún tiempo en tener incidencia. Al gremio judicial Norteamericano le quedaría entonces un siglo por delante para apuntalar un papel protagónico similar, que invitaba al juez a erigirse como creador de normas.

En este último continente, durante los años siguientes, la tendencia siguió. En *Bailey v. Drexel Furniture Co.*²⁰ el Congreso había establecido un impuesto directo de 10% a los beneficios de empresas que contrataran niños como trabajadores. El objeto regulatorio del impuesto no tenía ninguna relación con mejorar las condiciones laborales o de formación de los menores; era un simple desincentivo para que las empresas evitaran esta clase de contrataciones, y podía entenderse incluso como una forma de respaldar, desde el máximo tribunal, una medida administrativa impulsada por el gobierno.

Los años que siguieron, previos a la debacle económica del '29 pueden resumirse con las palabras premonitorias que empleó el juez Cardozo para describir la forma en que los recursos judiciales resueltos por la Corte Suprema se acercaban a la discreción judicial, dejando en segundo plano consideraciones constitucionales: «la prerrogativa soberana de elegir» (Kaufman, 1997, p. 491-502). El referido veto de los jueces empezó a utilizarse más como medida conveniente u oportuna que como instrumento regular de control normativo. La Corte se erigió en el guardián del *Welfare State*, a veces validando leyes que imponían precios mínimos y máximos para la producción de leche.²¹ En otras ocasiones la Corte invalidó salarios mínimos para mujeres y niños en los hospitales.²² Pero esta tendencia regulatoria, que inició con la Guerra Civil, terminaría durante la Gran Depresión. Vendría en seguida la llamada Revolución de 1937, con el impulso fundamental que Franklin D. Roosevelt dio a los derechos desde la presidencia de los Estados Unidos.

19 Para un análisis de este proceso Francia, Italia y Alemania véase Meccarelli (2011, p.721-745).

20 *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (259 U.S. 20 (1922)).

21 Con la Corte Suprema, en *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934) enfatizando los efectos causados por los años de la Gran Depresión en el mercado de la leche,

22 Utilizando abiertamente, en *Adkins v. Childrens Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), un argumento de transgresión de la libertad contractual en el Distrito de Columbia,

La propuesta de un segundo *Bill of Rights*; de regreso al individuo

En el *State of the Union* de 1944, el Presidente Roosevelt, teniendo en cuenta el previsible final de la Segunda Guerra mundial, lanzó ante el Congreso de su país una primera proclama, que casi de inmediato fue descrita en la prensa como «El Segundo *Bill of Rights*». En su mensaje al Congreso, el Presidente afirmaba que tras la victoria, los Aliados debían alejarse de «otra pausa que lleve a un nuevo desastre, [evitando] repetir los trágicos errores de la política aislacionista del avestruz; [sin] los excesos de los salvajes años 20's cuando nuestra nación aceptó un plácido paseo en carrito de feria que terminó en una trágica colisión. [Así], el único objetivo supremo para el futuro queda condensado en una palabra: seguridad».²³

Pero en su discurso, el presidente no sólo se refería «a la seguridad física, que proporcione el resguardo frente a los ataques de cualquier agresor», sino que incluyó también «la seguridad económica, la seguridad social, la seguridad moral».

La razón por la que esta pieza oratoria se conoció «segundo *Bill of rights*» era que la afirmación presidencial ya no solo buscaba desterrar cualquier amenaza totalitaria, sino aumentar los estándares de vida para lograr una mejor educación y mejores oportunidades. Siguiendo con el mismo discurso, afirmaba Roosevelt que el «derecho a no tener temor» tenía que abarcar no sólo a los norteamericanos, porque «quien tiene hambre y no tiene trabajo [se convierte en] la materia con la que están hechas las dictaduras».²⁴

Roosevelt lanzaba así un plan más, esta vez involucrando a todos aquellos actores que estuvieron fuera de los fallidos planes de reconstrucción tras la Primera Guerra mundial. La nueva estrategia pretendía unir las dos medidas de rescate para afrontar los problemas más duros que había enfrentado su país en el siglo: salir de la crisis de 1929 a través del *New Deal*, y ganar la guerra. En suma, este conocido discurso era una proclama contra la idea perniciosa de que la libertad sólo se puede entender llevando al gobierno a su mínima expresión.

23 We are united in determination that this war shall not be followed by another interim which leads to new disaster –that we shall not repeat the tragic errors of ostrich isolationism– that we shall not repeat the excesses of the wild twenties when this Nation went for a joy ride on a roller coaster which ended in a tragic crash [...] The one supreme objective for the future, which we discussed for each Nation individually, and for all the United Nations, can be summed up in one word: Security. Reproducido del mensaje de 11 de enero de 1944 ante el Congreso; la traducción es nuestra, tomado de http://www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html (consultado por última vez el 2 de mayo de 2017).

24 *Loc. cit.*

No obstante, su estrategia de gobierno terminaría contrariando su propio discurso. Y es que Roosevelt era un hombre de acción más que un reformador de leyes,²⁵ que entre 1933 y 1935 creó 5 grandes Agencias para dar trabajo a millones de desempleados. Con ellas se construyeron cientos de miles de kilómetros de carreteras, puentes, hospitales, escuelas, y aeropuertos. Más que estar interesado en cambiar el edificio jurídico, el proyecto de Roosevelt se dirigía a echarlo andar. La concepción del New Deal apuntaba a que, en diversas fases, se pudiese desmontar la manera en que hasta entonces había funcionado el gobierno. En este sentido Key (1966) señala que

El gobierno central ha sido una autoridad remota con un rango limitado de actividades. Opera el sistema postal, mejora ríos y puertos; organiza a las fuerzas armadas sólo para las Repúblicas bananeras y desempeña otras tareas de las cuales, el ciudadano común difícilmente se da cuenta» (p.31).²⁶

En consecuencia, en el momento del New Deal, en Estados Unidos, al igual que en muchos otros países en el mundo, se requería un incremento considerable de los poderes del Estado central.

El primero de los ejes de acción de ese gran pacto nacional se orientaba hacia los derechos. Al aceptar la candidatura del partido Demócrata en 1933, año en que el nacionalsocialismo en Alemania incendiaba el Parlamento, Roosevelt afirmaba en su discurso de postulación que en el pasado «los Padres fundadores se preocuparon por los derechos políticos; los cambios de circunstancias nos llevan a pensar en el reconocimiento de derechos económicos». Su segundo eje lo constituía una re-estructuración del sistema de separación de poderes, con un fortalecimiento de la regulación que llevara a establecer «una administración ilustrada». Y su tercer eje consistía en el establecimiento de una nueva relación entre estados y federación, expandiendo considerablemente los poderes de esta última. Esta ampliación de competencias se ligaba con el aumento de la regulación (en muchos ámbitos de la producción económica), y parecía una respuesta ante la crisis que amenazaba al sistema de producción en su conjunto.

25 En realidad, Roosevelt era un pragmático, que en el mismo discurso dijo «Take a method and try it. If it fails, admit it frankly and try another. But above all, try something».

26 La traducción es nuestra.

En el esquema imperante, los estados en lo individual no podían resolver los grandes problemas nacionales ni proteger los derechos por sí mismos. La competencia entre estados no podía conducir más que a la insana competencia que provoca el provincialismo. En épocas de relanzamiento de la economía, la noción de desarrollo económico controlado por los gobiernos locales parecía más que insostenible. El incremento en los poderes regulatorios de la federación parecía entonces una consecuencia natural. En el marco de un programa federal dirigido, entre muchos otros objetivos, a asistir agricultores en desgracia, a dotar de un sistema de seguridad social universal a toda la población, y a mantener en la escuela y fuera del mercado laboral a 2 millones de jóvenes, los sueldos de millones de trabajadores serían pagados por estados y municipios.

Relanzar la economía distó de ser un reto sencillo. La administración Roosevelt encontró la franca animadversión de la Corte Suprema, la cual declaró, especialmente entre 1933 y 1936, la inconstitucionalidad de buena parte de las leyes de reconstrucción.

Aunque el presidente se jactaba de no caer en el reformismo, la cantidad de leyes modificadas durante los tres años de gobierno que habían transcurrido, y la imposibilidad de darles normalidad en plena crisis económica, condujeron irremediablemente a una crisis constitucional. Era entendible que los jueces de Washington rechazaran ese incremento poco ortodoxo de poderes a favor del Ejecutivo federal. Por ejemplo, por primera vez en la historia se declaraba inconstitucional la delegación de poderes del Legislativo al Ejecutivo; y esto ocurrió en tres casos resueltos durante 1935.

104 Pero la estricta contención que mostraron los jueces de Washington al programa del Ejecutivo federal no resistió la primera reelección de Roosevelt, que tuvo lugar en noviembre de 1936. Parecía como si el electorado hubiera atribuido al Presidente un grado adicional de legitimidad para permitirle enmendar la situación económica del país. Pero fueron otras razones las que llevaron a la Corte Suprema a dejarse de oponer al Presidente.

Lo que siguió, que sale de los contornos de esta participación, fue el llamado *Court Packing Plan*, por medio del cual Roosevelt pretendía revertir la mayoría de jueces a su favor, aumentando el número de sillas en el tribunal (Macgregor, 2009; Leuchtenburg, 1995). La iniciativa fue presentada al Congreso el 5 de febrero de 1937, días después de que Roosevelt asumiera su segundo mandato.

Repentinamente, pareció venir un giro en dirección contraria por parte de la Corte Suprema. Se pensaba que algunos de los jueces habían cambiado sus votos

con respecto a decisiones anteriores, y que de esta manera se lograba declarar la conformidad de leyes sobre salarios mínimos, quiebras, posesión de armas, producción agrícola, y ejecución de leyes... Todo esto se interpretó como un espaldarazo a las competencias atribuidas a la federación por decisión presidencial. Los jueces aducían que habían tomado en consideración otros elementos, tales como el debido proceso, y no las cuestiones que circulaban en la prensa. De este modo defendían sus posturas al afirmar que en la Constitución no había mención alguna al libre mercado ni a otros factores mencionados. Así también empezaba a fraguarse la aparición de muy diversas escuelas interpretativas, cuyo abordaje excede los alcances del presente trabajo, pero que tienen que ver con los márgenes de interpretación en el *Common Law*.

Visto por sus críticos, el derecho de los neo-realistas se vuelve «gastronómico»; esto es, sujeto a la apreciación de cada quien. También afirman estos que al exagerar el contenido subjetivo de las soluciones jurídicas el neo-realismo tiende mermar la capacidad de adaptación que hasta ese momento había mostrado el sistema constitucional. Esto lo hace, por ejemplo, dando entrada a las nuevas realidades derivadas de la Revolución Industrial, como el tráfico aéreo. Según la crítica, al dejar de ser objetivo, el neo-realismo representaría el regreso a un derecho controlado por las normas (legisladas) antes que por la discreción (del intérprete). Haciendo a un lado estas consideraciones (Pound, 1951, p.36, 29), e incluso proyectándolas hacia décadas posteriores, como con la aparición de la tradición de los *Critical Legal Studies*, no parece incongruente que todas las decisiones que vinieron desde inicios de aquel paradigmático año de 1937 obtuvieran como resultado la conformidad de las leyes del *New Deal*.

A partir de este momento, podemos entender el inicio del movimiento por los derechos civiles (*civil rights*) en los Estados Unidos. Por vía jurisprudencial fue que la extensión de determinados derechos (como la Enmienda XIV sobre el debido proceso) se ampliaba de la mera libertad económica (que fue la que vieron protegida los propietarios durante el siglo XIX) para ir extendiendo a las libertades individuales. En esto se centró la llamada Revolución de 1937 (McCloskey, 2010, p. 112-119).

Después de los difíciles años de la Segunda Guerra mundial, el discurso de los derechos (impulsado durante los años de Roosevelt) encontraba un elemento adicional para su propio fortalecimiento. Y es que este mensaje protector difundido hacia el interior del país, durante los años previos a la rendición de los países del Eje, podía ahora proyectarse ahora hacia el plano de la comunidad de naciones.

Reflexiones finales

La historia de los derechos en los Estados Unidos iniciaba con numerosas lesiones y usurpaciones, en ocasiones debidas al funcionamiento del gobierno, y en otras por causa de las afectaciones a personas o grupos sociales concretos que se derivaban de la expansión económica tal como ésta se efectuó de costa a costa. Más que centrarse en el individuo, la Declaración de Independencia norteamericana resume la principal preocupación de los colonos, que resistían al hecho de obedecer mandatos emanados de un Parlamento (el de Westminster) en el que no tenían representación política directa. A partir de las tensiones surgidas como consecuencia de esta falta de representación, las pugnas se tradujeron sobre todo en la lucha de la federación por existir; y en la necesidad de parte de ésta de implantarse frente a las potestades de cada estado de la Unión, que se querría soberano y no sólo autónomo, antes que en priorizar el reconocimiento de los derechos individuales en cada uno de estos dos ámbitos de exigibilidad de garantías frente a la autoridad. La fundación de ese país se convirtió, predominantemente, en un asunto territorial, y se manifestó entre otras cosas en el celo por no alterar la potente industrialización de finales del XIX, aún a costa de la nota infamante que hoy representa la esclavitud ante los ojos de las siguientes generaciones.

Lo que separó a los nuevos Americanos del imperio británico fue una imposibilidad de estar de acuerdo a propósito de la sede y la naturaleza de la soberanía. Pero la independencia no resolvió esta indefinición, sino que provocó que los pobladores se dividieran en dos bandos: quienes estaban a favor de expandir el poder central a través de medios legales o extralegales, frente a quienes celosamente postulaban los privilegios y prerrogativas de los estados de la federación.

Las señales de la falta de prioridad que mostraron los Padres Fundadores al momento de garantizar los derechos individuales hablan por sí mismas. No es casualidad que el primer «*Bill of Rights*», apareciera sólo hasta 1791, cuatro años después de la suscripción de la Constitución de Filadelfia. Tampoco es casual el hecho de que éste parecía circunscrito a la protección del individuo frente al Estado. La creación de una esfera individual de libertades se anunciaba independiente de controles colectivos. La generación de condiciones para el desarrollo de la ciudadanía implicaba de esta forma la simbiosis con formas de control al gobierno. Pero tuvieron que pasar dos guerras mundiales para que políticos y legisladores se dieran cuenta que esas formas de control sólo se

podían asegurar con el funcionamiento regular de mecanismos de participación política, de seguridad de las personas, y de independencia. Y que no se trataba solamente de idear barreras contra los agentes del Estado.

Y no es que los Padres Fundadores fueran ajenos o indolentes frente a la pobreza o la ignorancia; muchos de ellos mostraron su compromiso a favor de garantías sociales y económicas, aunque el aire de los tiempos no las incluía en los textos constitucionales (Sunstein, 2004). Pero la ausencia de disposiciones jurídicas no significó un obstáculo. La llegada a la Casa Blanca del presidente Roosevelt y sus dos reelecciones permiten entender que la voluntad política puede hacer mucho más que el anuncio providencial de reformas constitucionales. A casi ochenta años del inicio de la presidencia de Franklin D. Roosevelt podemos decir que los siguientes Chief justices integran, en su conjunto, una etapa con características comunes. Earl Warren (1954-1969), Warren Burger (1969-1986); William Rehnquist (1986-2000), y John Roberts (desde 2001) consolidarían durante este periodo, que incluye el movimiento de los *civil rights*, el impulso hacia la protección individual de los derechos, y serían fundamentales en el desarrollo constante de los derechos sociales durante la segunda mitad del siglo XX. El repaso de las etapas previas parece fundamental, hoy más que nunca, para entender que este ciclo virtuoso podría cerrarse (si no es que romperse) con el final de la presidencia de Barak Obama. Los signos post electorales de las elecciones presidenciales en 2016 muestran un panorama incierto, por decir lo menos. Tal vez lo único que queda a los norteamericanos sea seguir afirmando *In god we trust*.

Bibliografía

- Berger, R. (1901). *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Boston: Harvard University Press, [1977], p. 475.
- Bernstein, R. B. (1987). *Are we to be a Nation? The Making of the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press.
- Blackmun, H. (1980). «La Cour suprême des Etats-Unis et les droits de l'homme», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 32, no. 2.
- Boyd, S. (1979). *The Politics of Opposition: Antifederalists and the Acceptance of the Constitution*, Milwood NY, KTO Press.

- Cooley, T. L. (1927). *A treaty on Constitutional Limitations which rest of the legislative power of the state of the American Union*. Chicago: Little, Brown and Co., [1868] 8th ed.
- Dumond, D. (1961). *Antislavery: The Crusade for Freedom in America*. Michigan: Ann Arbor.
- Fernández R. y Blackmore H. (2008), *¿Qué es Estados Unidos?*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Finkelman, P. (1994). «Story telling on the Supreme Court: *Prigg v. Pennsylvania* and justice Joseph Story's Judicial Nationalism», en *The Supreme Court Review*, 1994, pp. 247-294.
- Freehling, W. (2007). *Road to Disunion*, vol. I «Secessionist at bay: 1776-1854». New York: Oxford University Press.
- Freyer, T. (1994). *Producers versus capitalists: constitutional conflict in antebellum America*. Charlottesville Virginia, 1994.
- Gargarella, R. (1997). *Crisis de la representación política*, México, Fontamara.
- Gatell, F. O. (2013). «Roger Taney», en Friedman e Israel (eds.). *Justices of the United States Supreme Court*, vol. 1.
- Gerber, S. D. (1995). *Seriatim: the Supreme Court before John Marshall*. New York: NWW Press.
- Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J. (1996). *The Federalist Papers*, London: Everyman.
- Hartz, L. (1954). *Economic Policy and Democratic Thought: Pennsylvania 1776-1860*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Horowitz, M. (1977). *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge: Harvard University Press.
- Jones, H. (2002). *Abraham Lincoln and a New Birth of Freedom: the Union and Slavery in the Diplomacy of the Civil War*, University of Nebraska Press.
- Kaufman, A. (1997). *Cardozo*. London: Oxford University Press.
- Key, V. O. (1966), *The Responsible Electorate*. Cambridge: Oxford University Press.
- Leuchtenburg, W. E. (1995). *The Constitutional Revolution in the age of Roosevelt*. New York: Oxford University Press.
- Levy, L. (1999). *The Origins of the Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press.

- López, J. J. (2006). *El sistema jurídico del Common Law*, México, Editorial Porrúa.
- Macgregor, J. (2009). *Packing the Court: The rise of Judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court*. New York: The Penguin Press.
- Mbongo, P y Russell L. W. (2013). *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine*, Paris, Institut Universitaire Varenne.
- McCloskey, R. G. (2010). *The American Supreme Court* (revised by Sanford Levinson). Chicago: The University of Chicago Press, 5th ed.
- McDonald, F. (2000). *States' Rights and the Union: Imperium in Imperio, 1776-1876*, University Press of Kansas.
- Meccarelli, M. (2011). *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, pp. 721-745, en Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno (Universita` di Firenze), *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 40 «Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento», 2 t., Giuffrè, Milán, 2011, 1174 pp.
- Moreno, A. (1990). *La bicentenaria constitución norteamericana*, Cuba, Ciencias Sociales.
- Pereira, A. C. (2012). *El constitucionalismo de los Estados Unidos: la Magna Carta norteamericana vista desde España*, Santiago, Andavira, 185 p.
- Pound, R. (1951). *Justice According to Law*, New Haven, Yale University Press, 91 p.
- Rabasa, O. (1992). *El derecho angloamericano*, México, Editorial Porrúa.
- Randall, J.G. (2011). *Constitutional problems under Lincoln*. Urbana Illinois: Nabu Press.
- Reid, J. P. (1991). *Constitutional History of the American Revolution: the Authority to Legislate*, University of Wisconsin Press, 495 p.
- Soto Flores, Armando (2013), *Sistema Constitucional y Político de los Estados Unidos de América*
- Sunstein, C. (2004), *The Second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books.
- White, E. (2006). *Oliver Wendel Holmes Jr.: lives and legacies*. New York: Oxford University Press.

