

DAY O'CONNOR, Sandra: *The Majesty of the Law* (Reflections of a Supreme Court Justice), edited by Craig Joyce, New York, Random House Trade Paperback Edition, 2004, 330 pp.

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

(*) Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

I. La obra que vamos a comentar con cierto detenimiento se publicó hace ya poco más de un decenio, pero ello no le resta un ápice de interés. Su autora, Sandra Day O'Connor, fue la primera mujer en acceder al Tribunal Supremo de los Estados Unidos; nombrada a propuesta del Presidente Ronald Reagan, para ocupar la vacante dejada por el relevante Juez Potter Stewart, que se retiró el 3 de julio de 1981 (y falleció en 1985), juró su cargo el 25 de septiembre de ese mismo año. Nacida en El Paso, Texas (1930), se graduó en la *Law School* de la *Stanford University*. Tras fracasar, paradójicamente, en su intento de entrar en una firma de Abogados de Phoenix (Arizona), según la propia autora, por el mero hecho de ser mujer, iba a ejercer algún tiempo como suplente del fiscal de un condado, siempre en Arizona, Estado para cuyo Senado fue elegida más tarde. Años después, en 1974, entró en el *judiciary* del Estado, primero como *trial judge* y después como Jueza de la *Arizona Court of Appeals*.

Lo atractivo de este libro, que en Estados Unidos ha adquirido el rango de un auténtico *bestseller*; es que, aún no dejando de estar escrito al hilo de las experiencias de la autora como primera mujer en acceder a la alta responsabilidad de *Associate Justice* de la *Supreme Court*, en él nos traza un panorama fascinante de muy diversas cuestiones cuyo común denominador podría perfectamente identificarse en el devenir en ese gran país del *Rule of Law*. El título del libro es harto significativo al respecto, si bien conviene precisar que la autora revela haberse inspirado en el nombre con que se conoce un friso de la Sala Este de la Corte, obra de Adolph Weinmann (1932-1934), *The Majesty of the Law and the Power of the Government*. En coherencia

con esa temática, en sus páginas se ocupa sucesivamente de los hitos constitucionales de la historia de Norteamérica, de la evolución de sus instituciones, de modo muy particular como es obvio, de la propia Corte Suprema, de algunos de cuyos *Chief Justices* y *Associate Justices* nos ofrece una interesantísima visión, deteniéndose asimismo en diversos momentos del libro en algunos de los *landmark cases*, para concluir planteándose los retos que debe abordar el *Rule of Law* en el siglo XXI. Y todo ello, habría que añadir, presidido por una permanente presencia: la del *Bill of Rights*, de la que destaca de modo insistente la interpretación abierta y expansiva que de tal declaración de derechos ha llevado a cabo la Corte en la segunda mitad del pasado siglo, y, en último término, su visualización como el elemento básico de legitimidad de esa *watchdog branch*, como en un momento dado (pág. 251) define a la Corte. Pero el libro no se queda aquí, por cuanto en él no se olvida la evolución experimentada por la sociedad norteamericana en relación a ciertos aspectos relacionados con el mundo del Derecho, desde la situación de la mujer ante las profesiones jurídicas, de la que comienza recordando su inicial discriminación, hasta la existencia en nuestro tiempo de una cierta crisis profesional entre quienes se dedican al mundo del Derecho, sin olvidar la evolutiva percepción social hacia los *juries*. En este contexto, la autora, cuyos francos razonamientos vienen presididos por un incuestionable sentido común, considera inexcusable la apertura de nuevos horizontes en el mundo jurídico americano, lo que ejemplifica en la necesidad, no por todos compartida, de atender a los sistemas jurídicos de otros países, particularmente de aquellos que comparten con Norteamérica un sistema jurídico de *common law*. No ha de extrañarnos que un historiador tan relevante como el Profesor Gordon S. Wood haya considerado el libro como “a marvelous collection of wide-ranging and plainspoken ruminations on the Constitution, constitutionalism, and the Supreme Court”.

II. El libro, que se inicia con un Prólogo, se estructura en seis partes (*Life on the Court, A Bit of History, People Who Have Helped Shape the Court, Women and the Law, The Legal Profession and the Courts, The Rule of Law in the Twenty-first Century*), que integran a su vez un total de 28 capítulos. La totalidad de las reflexiones que la autora plasma en las distintas partes de su libro presentan un más

que notable interés. Es obvio que no podemos detenernos en todas ellas con la atención que consideramos que sería deseable, pues ello excedería con creces de la extensión lógica de un comentario de esta naturaleza, que en este caso ya pensamos que va ser mucho más largo de lo que es habitual. Es por todo ello, por lo que ya desde este mismo momento queremos decir, que vamos a poner el acento de modo muy particular sobre la primera parte, por cuanto es en ella donde podríamos considerar que la *Supreme Court* es objeto de una más directa e inmediata atención, aunque ciertamente hemos asimismo de reconocer que el recorrido histórico-constitucional que la autora lleva a cabo en la segunda parte del libro es deslumbrante, al lograr compendiar en poco más de sesenta páginas los momentos claves de la historia constitucional norteamericana. No menor interés presenta la tercera parte de la obra, en la que, no sin una selección un tanto aleatoria que, a nuestro entender, deja fuera de juego a algunos de los extraordinarios Jueces que han pasado por la Corte (pensemos por ejemplo, sin ir más lejos, en los *Justices* Joseph Story y John Marshall Harlan, en el *Chief Justice*, y a la par *Justice*, Harlan Fiske Stone, en los Jueces Louis D. Brandeis, Felix Frankfurter y Benjamin N. Cardozo y en el *Chief Justice* Earl Warren), la Jueza O'Connor alumbra datos y consideraciones del mayor interés sobre Jueces tan relevantes como Oliver Wendell Holmes, conocido, recordémoslo por nuestra cuenta, como “the great dissenter”, Thurgood Marshall o Lewis F. Powell, Jr., así como sobre los *Chief Justices* Charles Evans Hughes y Warren E. Burger. En descargo de la autora hemos de decir que ella no pretende hacer un repaso de todos los grandes Jueces de la Corte, sino tan solo centrar su atención en los que considera que han ayudado a la conformación de este impresionante y admirable órgano. Nada añadiremos en este momento sobre las tres últimas partes, sin que ello deba entenderse en el sentido de que las consideremos de menor interés.

En el Prólogo de su libro, recuerda la autora el dramático cambio en su situación que experimentó el 25 de junio de 1981, día en que el entonces Fiscal General de los Estados Unidos, William French Smith, la telefoneó a su casa para decirle que deseaba hablar con ella acerca de la vacante que se iba a producir en la Corte por la retirada del *Justice* Potter Stewart. Recuerda O'Connor lo que dijo en una

ocasión su colega en la Corte el *Justice* Lewis Powell (Juez entre 1972 y 1987), que ser nombrado para la Corte era como ser golpeado por un rayo, tanto por lo repentino como por la improbabilidad de tal circunstancia. La llamada a ser primera mujer en acceder a la *Supreme Court* reconoce que nunca esperó ese nombramiento, y que lo único que pretendía era continuar sirviendo en el *judiciary* de Arizona. O'Connor confiesa, que sus primeros años en la Corte le hicieron a veces anhelar la oscuridad, pues un inmenso tropel de periodistas la acompañaban constantemente. “Dondequiera que Sandra iba, la prensa tenía seguro que ir”. Con todo, ya desde el mismo Prólogo, O'Connor reconoce que el nombramiento de una mujer para la Corte Suprema abrió muchas puertas a las mujeres jóvenes a lo largo y ancho de todo el país.

III. A) En la parte primera (*Life on the Court*), que consta de cuatro capítulos, la autora lleva a cabo una serie de reflexiones del mayor interés sobre ciertos aspectos de la vida y funcionamiento de la *Supreme Court*; algunos de ellos no dejan de ser anecdóticos, aunque no por ello pierdan su utilidad, como es el caso de la costumbre existente en la Corte, —que a la autora le sorprendió gratamente y que reconoce que aprecia y valora (p. 3)— de que cada día, cuando hay un alegato oral, inmediatamente antes de que los Jueces salgan al estrado, al igual que cada día con anterioridad a reunirse a conferenciar, o lo que es igual, a discutir sus respectivos puntos de vista sobre un caso, cada Juez estrecha la mano de los restantes Jueces. La autora admite que a un extraño esto le puede parecer barroco e innecesario, pero quien así lo vea debe darse cuenta de que se trata de un pequeño grupo, y no debe perderse de vista que los Jueces se ven y se relacionan muy frecuentemente. Destaca nuestro personaje el hecho, bien conocido por lo demás por quien mínimamente se haya aproximado a la *Supreme Court*, de que los Jueces provienen de todo el país, y por lo mismo conforman un grupo muy diverso, y en ello precisamente ve una razón para ser optimista en relación a este Tribunal, por cuanto, como con plena razón escribe O'Connor, “diversity is its strength, just as it is the strength of America itself” (p. 7). Y frente a la gente que ve a la Corte como una remota institución ubicada en Washington, considerando que son los jueces locales y estatales quienes por su proximidad permanecen realmente en contacto con las preocupaciones de la ciu-

dadanía, nuestra autora apostilla que, de hecho, la Corte no es un mal lugar desde el que obtener cierto conocimiento de las preocupaciones de la nación, o al menos de sus preocupaciones en temas legales. Las más de siete mil peticiones de revisión que anualmente llegan a la Corte desde todos los puntos del país, que conciernen a una amplia diversidad de temas jurídicos, así lo propician.

De las siete mil peticiones de revisión que llegan al Tribunal, muy pocas son seleccionadas, poco más de un centenar de casos en cada período anual de sesiones. Adicionalmente, la Corte decide de modo sumario otro centenar de casos sin alegatos orales ni sesiones de información. Recuerda nuestra Jueza que la Corte sigue una “unwritten policy” en la selección de los casos que habrá de revisar, con arreglo a la cual requiere el acuerdo de, por lo menos, cuatro de los nueve Jueces para aceptar un caso. En cada petición se valora la importancia de la cuestión, lo probable que resulta recurrir en varios tribunales de todo el país y la medida en que otras cortes, al considerar la misma cuestión, han alcanzado decisiones en conflicto sobre la misma. Sandra O’Connor valora esta actuación en base a lo que ella cree que es el rol primario de la Corte: con cincuenta sistemas separados de tribunales estatales y trece *federal circuits*, la tarea de la Corte Suprema no debe ser otra que la de intentar “to develop a reasonably uniform and consistent body of federal law” (p. 5). Recuerda la autora que quien escribe la opinión mayoritaria de la Corte debe intentar reconciliar los puntos de vista de quienes integran la mayoría. Cuando la *opinion* redactada circula, cada Juez la lee y decide si unirse a ella o requerir algunas revisiones como condición para sumarse a la misma. Es sobradamente conocido, que en ocasiones los Jueces suscriben *concurring opinions*, haciendo suya la decisión de la mayoría, bien que fundamentándola en otros argumentos que él mismo expone. Puede haber, como también es obvio, *dissenting opinions*, que unas vez escritas circulan igualmente entre todos los Jueces. En último término, nuestra autora revela, que la *opinion for the Court* es el resultado de muchos borradores y cambios.

O’Connor se hace más adelante eco de cómo las encuestas de opinión muestran el escaso conocimiento que tiene el público acerca del sistema legal norteamericano y menos aún de la tarea de la Corte

Suprema, mencionando a título de ejemplo, que en una reciente encuesta el 37 por 100 de los ciudadanos expresaba su creencia de que es a quien ha sido acusado de un delito a quien correspondía demostrar su inocencia.

B) En relación con la agenda de la Corte, la autora se hace eco de cómo el número de casos en materia criminal o penal decididos por la Corte ha aumentado de modo gradual desde los doce por período de sesiones en los años 1950 hasta los veinticinco de mediados de los años sesenta, permaneciendo constante desde entonces. También el registro de causas en materia civil (“civil docket”) refleja una constante rutina: alrededor de un tercio de las causas de la Corte se ubica en el área de lo que se identifica como “general federal law-business regulation”. En el amplia área del Derecho federal general (“general federal law”), la autora constata que mientras en ciertos ámbitos materiales, como el impositivo (“federal tax cases”) hay un estancamiento en el número de asuntos, en otros hay una muy superior fertilidad en las causas, como acontece (algo por lo demás por entero lógico) en aquellos sectores regulados por una nueva legislación (como por ejemplo, *the Americans with Disabilities Act*, *the Age Discriminations in Employment Act...*). En fin, en otras áreas, una súbita explosión de actividad por la Corte se ha accionado no de resultas de una nueva legislación, sino a consecuencia de una decisión de la propia Corte. Como ejemplo, la autora se refiere a la interpretación llevada a cabo en sede jurisprudencial de la prohibición por la Octava Enmienda de un “cruel and unusual punishment”. Que esto ha sido algo habitual en otros tiempos puede corroborarse si, por poner un ejemplo, se atiende al hecho de que el número de casos en materia de derechos civiles decididos por la Corte experimentó un salto cuántico a mediados de los años cincuenta del pasado siglo de resultas de la celeberrima y trascendental decisión dictada en el caso *Brown v. Board of Education* (decidida el 17 de mayo de 1954 por una votación de 9-0), uno de los cinco casos de segregación racial en las escuelas (éste en relación con Kansas, y los otros cuatro en relación a los Estados de Delaware, Virginia, South Carolina y el District of Columbia) de que hubo de conocer la Corte, dictando una sentencia que, con toda razón, la autora tilda como “one of the most important in the Supreme Court’s history” (p. 13), que vino a exigir el fin de

la segregación racial de estudiantes en las escuelas públicas de la nación. Especialmente reseñable es la apreciación que hace la autora en relación a la orientación en los *federalism cases*: el número de tales casos aceptados por la Corte alcanzó alrededor del 15 por 100 en los años 1950 y principios de los 60, bajó de modo sustancial en la segunda mitad de los 60 (el mismo período en que el “civil rights docket” estaba en expansión) y después ascendió continuamente hasta alcanzar un porcentaje de un 20 ó un 25 por 100 por período de sesiones, un nivel que se ha mantenido hasta inicios del nuevo siglo, el momento en que la autora escribe.

C) En el capítulo tercero de esta primera parte la autora traza un bosquejo histórico de los nombramientos judiciales para la Corte y del ejercicio del cargo. Entre 1790 y 2002 solamente 108 personas han servido como *Justices of the Supreme Court of the United States*, lo que supone que un nuevo Juez se nombra cada 22 meses. Es sabido que la Constitución no fija el número de Jueces de la Corte. La *Judiciary Act* de 1789, inicialmente, fijó en seis ese número. En 1801, un mes antes de que el Presidente John Adams abandonara el cargo, una reforma de esa ley redujo el número a tan solo cinco, al único (y malsano, a nuestro juicio) efecto de impedir que su sucesor, Thomas Jefferson, pudiera cubrir una vacante, intento que fracasó al volverse en este punto (en 1802) a la previsión inicial de la Ley de 1789. En 1807, el Congreso aumentó el número de Jueces a siete, y en 1827 se elevó hasta los nueve actuales, bien que ello no suponga que no haya habido en este largo período de tiempo reformas (la *Judiciary Act* de 1863 añadió un décimo Juez, y en 1866 el Congreso redujo ese número a tan solo siete Jueces, en un intento de impedir al Presidente Andrew Johnson que cubriera las vacantes existentes con personas que compartían sus puntos de vista sobre la inconstitucionalidad de la trascendental *Reconstruction legislation*) o intentos fallidos de llevarlas a cabo. Por supuesto, el más relevante intento y sin duda el que más controversia desencadenó, fue el acontecido en 1937, cuando el Presidente Franklin D. Roosevelt buscó por todos los medios ampliar el número de Jueces con la finalidad de neutralizar las sucesivas sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte en relación a la por él auspiciada *New Deal legislation*. En una exposición del mayor interés, la autora se ocupa de la apasionante controversia a

que dio lugar la mencionada iniciativa presidencial, la llamada *the Court-packing struggle*. Como es obvio, no podemos entrar en ella, de la que tan solo recordaremos que, muy posiblemente, el elemento que contribuyó de modo decisivo al fracaso del intento presidencial de alterar la composición del Tribunal, fue la lectura ante el *Senate Judiciary Committee*, que debatía el proyecto de ley, de una carta contraria a la reforma del en aquel momento *Chief Justice* Charles Evans Hughes, uno de más relevantes presidentes que ha tenido la Corte. Recordemos ya por nuestra cuenta, que ese mismo año 1937, a través de la sentencia dictada en el caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, escrita por el propio *Chief Justice* y decidida el 29 de mayo por una ajustada mayoría de 5-4, se iniciaba el cambio de orientación jurisprudencial seguido hasta ese momento por la Corte, anulando la discutibilísima doctrina que la Corte había sentado del concepto de *freedom of contract* en otra no menos famosa sentencia, la dictada en el caso *Adkins v. Children's Hospital* (decidida el 9 de abril de 1923 por una votación de 5-3, no participando en la misma el Juez Brandeis). Recuerda asimismo la autora la polémica desencadenada por algunos nombramientos presidenciales, como fue el caso del senador por Alabama Hugo Lafayette Black, que después habría de ser un gran Juez (ocupó el cargo entre 1937 y 1971, año en que se retiró), pero que en el momento de ser propuesto por el Presidente Roosevelt para el cargo carecía de toda experiencia judicial, explicándose su propuesta por el mero hecho de haber sido hasta ese momento un activo seguidor del programa presidencial del *New Deal* y también de la *Court-packing proposal*.

La praxis de la intervención del Senado, del que la Constitución requiere que preste su “advice and consent” a la propuesta presidencial, términos por cierto que se insertaron en el texto en los días finales de la *Constitutional Convention* de Filadelfia, y con los que se reemplazó la inicial referencia textual que otorgaba al Senado “the power to <reject and approve>” la propuesta, se ha canalizado en el sentido de que el Presidente, sin ningún “advice” de la Cámara selecciona a la persona nominada, y envía el nombramiento al Senado a efectos de que lo confirme. Recuerda O'Connor que en dos momentos concretos, 1869 y 1932, el Congreso intentó activamente influir en la selección del nominado: en 1869, ambas Cámaras del Congreso pidieron al

Presidente Grant que nominara a la Corte a Edwin Stanton, que había sido cesado como Secretario de Guerra por quien había precedido a Grant, el Presidente Andrew Johnson. Grant hizo efectivamente la nominación, pero Stanton murió inesperadamente unos días después; en 1932, varios senadores hicieron llegar al Presidente Herbert Hoover que deseaban un sólido nombramiento para suceder al célebre Juez Oliver Wendell Holmes, sugiriendo de modo específico el nombre de otro grandísimo jurista, Benjamin Nathan Cardozo, quien después fue efectivamente nominado (el 14 de marzo de 1932 prestó el pertinente juramento, permaneciendo en la Corte hasta el momento de su fallecimiento, en julio de 1938). En cualquier caso, la autora aclara algo por lo demás bastante evidente: llegado el momento de proceder a la nominación de un Juez, existen una serie de factores a los que el Presidente ha de atender. Conocemos, recuerda O'Connor, que todos los nominados salvo doce, han sido del mismo partido político del Presidente que hace la nominación; también sabemos, que todos ellos, salvo diecisiete, han tenido algún tipo de experiencia política antes de su nominación; uno incluso había sido Presidente de los Estados Unidos, el que luego sería el gran *Chief Justice* William Howard Taft. Con el paso del tiempo, la experiencia en el nivel federal ha llegado a ser más importante que el servicio estatal, aunque en los primeros años del país lo contrario era lo habitual. Un dato de interés asimismo es el de que 41 Jueces del Supremo (un 38 por 100 del total de *Associate Justices* hasta ese momento) carecían de experiencia judicial previa cuando llegaron a la Corte, y es curioso constatar que, entre ellos, se encuentran algunos de los más relevantes miembros con que ha contado el Tribunal Supremo: el gran *Chief Justice* John Marshall, los *Justices* Louis Brandeis, Felix Frankfurter, Lewis Powell y el *Chief Justice* William Rehnquist. Pero al margen ya de estos datos, nuestra autora se hace eco de que cuando el Presidente piensa en una nominación, ha de atender a diferentes cuestiones, la primera de ellas, la probabilidad de que su propuesta sea confirmada por el Senado; asimismo, ha de atender a la necesidad de que exista un equilibrio geográfico y religioso; innecesario es decir, que debe prestar especial atención a la reputación y capacidad de la persona, así como a sus posiciones ideológicas y de otras naturaleza previamente expresadas por el nominado. O'Connor reconoce que en 1981 otro factor fue tenido en cuenta: el sexo de la nominada, ella misma.

Comenta la autora igualmente, que desde 1840 ha sido una práctica común en relación a los nombres de los nominados, su sugerencia al Presidente por el *Attorney General*. En el pasado, también algunos *Chief Justices*, William Howard Taft, Charles Evans Hughes y Harlan Fiske Stone entre ellos, todos realmente eminentes, usaron su influencia para requerir nombramientos particulares. De igual forma, desde la Segunda Guerra Mundial, la *American Bar Association* ha desempeñado un cierto rol en este proceso al pronunciarse acerca de la cualificación intelectual y jurídica de quienes son nominados para la Corte. En cualquier caso, la autora hace suyo el símil al que recurre Alexander Bickel, arrojar una flecha a un futuro muy distante, para reflejar la incertidumbre que arrostra un Presidente cuando nombra a una persona para la Corte: “You shoot an arrow into a far-distant future when you appoint a Justice and not the man himself can tell you what he will think about some of the problems that he will face” (p. 22).

En cuanto a la intervención del Senado en relación a la persona nominada por el Presidente, la autora recuerda, que de las reflexiones hechas por Alexander Hamilton en *The Federalist Papers* se desprende, que en la mente de los delegados de la *Constitutional Convention* el único criterio al que los senadores habían de atender era el del mérito, quedando reservada la “representatividad” para la legislatura. Como regla general, el proceso de confirmación se completa en un período relativamente corto de algo más de 60 días. Una de las excepciones sorprendentes, aunque no tanto si se atiende al talante demócrata progresista del nominado, se produjo con la confirmación del que habría de ser uno de los grandes Jueces de la Corte, Louis Dembitz Brandeis (Juez entre 1916 y 1939, año en que se retiró), que fue propuesto por el Presidente Woodrow Wilson, y que, como escribe Melvin I. Urofsky (en Kermit L. Hall, editor in chief, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 84), generó “a four-month confirmation battle, in which conservative forces within American industry and the bar fought furiously to defeat the nomination”. No ha de extrañar por lo mismo que el proceso se alargó en este caso hasta los 122 días.

D) En el último capítulo de esta parte la autora se detiene en los *Reports* de la Corte, que en el momento en que escribía alcanzaban ya los 450 volúmenes. Desde mucho tiempo atrás llevan el lógico título de *United States Reports*, e innecesario es decir que en ellos se recogen la totalidad de las decisiones dictadas por el Tribunal. Pero la autora recuerda algo perfectamente conocido por quien se ha aproximado mínimamente a la Corte, que los volúmenes de los primeros años de vida de la Corte llevan etiquetas tales como Dallas, Cranch, Wheaton o Peters, y considera necesario dar una explicación al respecto. Es bien sencilla. Los primeros reporteros de la Corte no eran empleados de la institución, sino emprendedores particulares que esperaban ganar dinero vendiendo al público sus informes acerca de las *Supreme Court opinions*. Estos primeros informadores, en unión del gran *Justice* Joseph Story (Juez entre 1812 y 1845, año de su muerte, nominado por James Madison, y que habría de convertirse en la persona más próxima al, sin duda, más grande de todos los Jueces, el *Chief Justice* John Marshall), captaron la importancia de una rápida, poco costosa y exacta información acerca de los casos de la Corte. El primero de esos informadores fue el abogado de Filadelfia Alexander Dallas, que años después llegó a ser Secretario del Tesoro. Sus informes cubrieron el período 1791-1800. Dallas fue el pionero, desde luego, pero sus Informes presentaron algunos problemas, el primero de ellos, el del retraso con que muchos aparecieron; así, los casos decididos en 1793 no aparecieron hasta 1798, y los que se decidieron en 1800 no lo hicieron hasta 1807. Las críticas a su labor y el traslado de la capital desde Filadelfia a Washington llevaron a Dallas a abandonar su tarea. En ella le iba a sustituir William Cranch, Juez en el distrito de Columbia. Sus informes no fueron mucho mejores que los de su antecesor, siendo, según Craig Joyce, de quien la autora toma la apreciación, lentos en su aparición, inexactos, incompletos y costosos. En 1816, el testigo pasó a Henry Wheaton que, como recuerda la autora, fue más que un informador de los casos; fue asimismo un estudioso, siendo protegido por otro gran estudioso, el Juez Joseph Story, quien como destaca O'Connor, vio la importancia de que la Corte creara "a strong system of federal law that would bind the states into one nation", considerando que esta finalidad no se alcanzaría a menos que las sentencias de la Corte no fueran eficiente y ampliamente distribuidas. El propio Story escribió

eruditos comentarios sobre algunas sentencias, que aparecieron en los primeros volúmenes de los *Wheaton's Reports*. Asimismo, ayudó a que el Congreso le nombrara “reporter”, obteniendo así un salario de 1000 dólares anuales, a añadir lógicamente a los beneficios que Wheaton obtuviera de las ventas de sus volúmenes. Como recuerda Craig Joyce (en *The Oxford Companion...*, *op. cit.*, p. 926), tras la muerte de Wheaton, en 1848, un obituario alemán proclamaba que los doce volúmenes de informes editados bajo su dirección eran “the golden book of American national law”, lo que da una idea de la trascendencia que los mismos tuvieron incluso en otros países. En 1827 Wheaton viajó a Europa para ejercer funciones diplomáticas, abandonando su tarea en la Corte, en la que le iba a suceder Richard Peters, que distaba de ser un estudioso como Wheaton. Sus volúmenes de *Reports* no incluían comentario alguno de las sentencias y los sumarios de los casos sobre los que se informaba a menudo eran inútiles o incluso engañosos (“misleading”). Peters era un hombre de negocios que con la publicación de sus *Reports* buscaba primariamente un beneficio económico. Sus informes se publicaron entre 1828 y 1843, y su nombre es mucho más recordado por haber sido una de las partes de un conocido caso resuelto por la Corte, *Wheaton v. Peters* (1834), verdadera pieza capital en la fijación de las líneas maestras del *American copyright law*.

IV. La segunda parte del libro, la más extensa, pretende ofrecer un recorrido breve (“a bit”) por la historia constitucional, por cuanto, como con plena razón dice la autora, para comprender la Corte uno tiene que conocer la historia constitucional. A lo largo de sus siete capítulos, O'Connor se ocupa sucesivamente de: la Magna Carta, la Constitución, el proceso de ratificación de la misma, la evolución del *Bill of Rights*, la *Judiciary Act* de 1789 y la tradición judicial americana, el *impeachment* y la independencia judicial y, por último, del *writ of habeas corpus* y su suspensión temporal por el Presidente Abraham Lincoln. Nos ocuparemos con brevedad de cada uno de estos episodios.

A) Puede resultar sorprendente para algunos que el primer punto de atención de la autora sea la Magna Carta del año 1215. La lectura de las reflexiones de nuestra autora aclara a la perfección las cosas. Basta con recordar su consideración de que “during the American

Revolution, Magna Carta again served as a rallying point for those seeking protection against arbitrary government” (p. 34). Pero no acaba aquí ni mucho menos la relevancia de este antiquísimo documento, pues si se atiende al capítulo 39 del mismo (“No free man shall be taken or imprisoned or disseized or outlawed or exiled or in any way ruined nor will we go and send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”), se capta de inmediato la relación entre la citada Carta y el derecho constitucional al *due process of law*. O’Connor va más allá y recuerda que el impacto de la Carta Magna sobre el desarrollo constitucional norteamericano no es tan solo histórico, y como prueba de ello nos ofrece el dato de que la *Supreme Court* continúa refiriéndose a aquélla como inspiración y guía al identificar aquellos derechos que son fundamentales. En los últimos cuarenta años, la Corte ha mencionado la Carta Magna en más de cincuenta sentencias (“in more than fifty written opinions”) (p. 35).

B) De la Constitución comienza recordando la autora que, con el ánimo de preparar mejor el bicentenario de la misma, celebrado en 1987, como es sobradamente conocido, el 26 de septiembre de 1986 se retiraba el *Chief Justice* Warren Earl Burger, sucediéndole en el cargo William H. Rehnquist, *Associate Justice* desde 1972, y ocupando a su vez la vacante de Juez dejada por quien pasaba a ser Presidente, Antonin Scalia, muy recientemente fallecido, a quien la autora califica como “a superb legal scholar” (p. 37). No nos vamos a detener en las consideraciones de la autora en torno a la Constitución. Tan solo recordaremos que nuestra Jueza hace suya con toda justeza la afirmación de Harold H. Burton, de la que nos hemos hecho eco en diversas ocasiones en otros lugares, de que la facultad de la *judicial review* es el “cornerstone of our constitutional law” (p. 41), para añadir de inmediato, que un *judiciary* independiente, tal y como está contemplado por la Constitución, ha asegurado que tanto los gobernados como el gobierno se hallen vinculados por el *Rule of Law*. Aunque la Corte Suprema casi nunca tiene la primera palabra en la interpretación de la Constitución, muchos piensan que, por lo general, tiene la última, dado el carácter vinculante de su interpretación tanto en relación a los Estados como respecto a las restantes ramas del gobierno federal. Pero cuando llega el momento de poner en práctica sus decisiones, la Corte debe apoyarse lógicamente en las otras ramas

de gobierno. Y al hilo de ello, nuestra autora recuerda la historia —que tilda de casi ciertamente apócrifa, valoración que no tenemos tan clara, pues es una historia que hemos podido leer en obras de varios relevantes historiadores americanos, y por lo demás encajaría a la perfección en un personaje tan peculiar como el Presidente al que se atribuye la afirmación— de que cuando el gran *Chief Justice* John Marshall —del que, en otro momento, constata hallarse amplia y correctamente reconocido que él es “the greatest Chief Justice the Court has ever had”, por cuanto a través de su reconocimiento del derecho a la *judicial review*, él aseguró para la Corte un rol para la conformación de los más importantes principios de la nación, como la igualdad racial, la libertad individual y el significado de la democracia (p. 113)— decidió un muy controvertido caso contra el Estado de Georgia, el Presidente Andrew Jackson comentó: “John Marshall has made his decision, now let him enforce it”. O’Connor cree que si la historia ha sobrevivido es porque recuerda la notable naturaleza de algo que los americanos usualmente dan por supuesto: la buena voluntad de las otras ramas de gobierno para hacer cumplir las decisiones de la Corte aun cuando se hallen en desacuerdo con ellas. Ello no significa que siempre y en todo caso haya sido así, y el ejemplo paradigmático al respecto es la necesidad que el Presidente Eisenhower tuvo de enviar tropas federales a Little Rock (Arkansas) para hacer cumplir la decisión dictada en la trascendental *Brown v. Board of Education*. Reconoce la autora, que el fundamental rol de la Corte como “the protector of individual rights against majority rule” ha conducido a que, en algunas ocasiones, sus decisiones deban prevalecer frente a un fuerte desacuerdo de gran número de americanos. Sin embargo, si uno observa la historia de la Corte, la del país y la de la Constitución a lo largo de un dilatado período de tiempo, la relación se presenta más como un diálogo que como un conjunto de mandatos. Ahora bien, como con absoluta razón concluye el capítulo la autora, la Constitución no es defendida tan solo —y nunca lo podría ser— por un grupo de jueces. Las libertades ínsitas en ella han de arraigar en lo más profundo de los seres humanos. La autora recurre al efecto a una afirmación hecha por un gran Juez, no obstante que no llegara a la Corte Suprema, y gran erudito, Learned Hand, quien en una de sus obras, *The Spirit of Liberty*, escribió: “Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no

law, no court can save it; no constitution, no court, no law can even do much to help it. While it lies there it needs no constitution, no law, no court to save it” (p. 47).

C) El proceso de ratificación de la Constitución es abordado a continuación. Como bien señala la autora, lo que hoy nos parece una estructura gubernamental estable y aclarada, en 1788 era un experimento radical en la teoría política (p. 49). Las tres ramas del gobierno nacional estaban separadas, pero cada una de ellas tenía una mano, un influjo, en el ejercicio de los poderes de las otras. Los anti-Federalistas estigmatizaron la Constitución propuesta como “un mocoso espurio” (“a spurious brat”), “un monstruo de trece cuernos” (“a thirteen-horned monster”) y “un fantasma heterogéneo” (“a heterogeneous phantom”). En frontal contraste, los Federalistas se referían a menudo a la nueva Constitución como “nuestra nueva raíz” (“our New Roof”). Tras el cierre de la Convención de Filadelfia la Constitución se envió al *Continental Congress*, creado por los viejos *Articles of Confederation*, que había de decidir si el nuevo texto constitucional había de someterse a los Estados para su ratificación. Los anti-Federalistas no dudaron de que así había de ser, creyendo que con ello se venía a firmar su propia orden de muerte. Es sabido que la Constitución requería en su art. VII que nueve Convenciones estatales ratificaran la Constitución para que ésta pudiera entrar en vigor. El libro se ocupa con cierto detalle de algunas de las Convenciones en que se suscitó una mayor y más intensa polémica. Recordaremos tan solo que si Massachusetts pronto se convirtió (el 6 de febrero de 1788) en el sexto Estado en ratificar el texto, bien que por una ajustada mayoría de 187 votos frente a 168, aún más ajustada fue la diferencia de votos en la Convención de Virginia (el 25 de junio de 1788), al salir adelante la ratificación por 89 votos a favor frente a 79 en contra.

D) En una muy estrecha conexión con el proceso de ratificación se ha de colocar la aprobación del *Bill of Rights*. Varios Estados, particularmente Massachusetts y Virginia, se mostraron en principio contrarios a la ratificación mientras la Constitución no incluyera una declaración de derechos. Las Constituciones estatales acogían una declaración de esa naturaleza y no se comprendía la razón por la que el texto federal equivalente había de omitirla. Así las cosas, quedó

planteado como condición inexcusable para la ratificación por parte de algunos relevantes Estados el que los Federalistas asumieran el compromiso de añadir al texto constitucional un *Bill of Rights*. De resultas de todo ello iba surgir ese *Bill of Rights*, obra en gran medida de Madison, que, a juicio de O'Connor, reconocía la propuesta de que "the states are powerful sovereigns, nearly equal to the national government". Y esta es la gran ironía de este texto. La mayoría de los americanos creen que la Constitución y el *Bill of Rights* han ido cogidos de la mano ("hand in hand"). Pero resulta mucho más apropiada la analogía de un baile encadenado. "The Bill of Rights —añade la autora— was a restraint imposed on the new federal government to keep it from running out of control" (p. 59). La Jueza O'Connor se hace eco de cómo las Enmiendas I, IV y V, no obstante haberse adoptado en la infancia de la República, permanecen como una constante fuente de litigio, controversia e inspiración, incluso en un nuevo milenio. "El tiempo y la tecnología han avanzado, y sin embargo estas disposiciones permanecen vitales porque nuestros antepasados reconocieron la importancia de formular nuestros más básicos derechos en amplios términos" (p. 63). Se subraya igualmente en el libro la trascendencia de la Enmienda IX, que dispone que los derechos enumerados en el *Bill of Rights* no son los únicos que posee el pueblo. Probablemente, el ejemplo más famoso de un derecho no expresamente contemplado es el *right to privacy*. En el célebre caso *Griswold v. Connecticut*, decidido el 7 de junio de 1965 por una votación de 7-2, la Corte consideró que la Constitución protege un derecho a la intimidad o a la vida privada, que incluye el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos.

E) A la *Judiciary Act* de 1789 dedica la autora una notable atención. A su juicio, esta ley se sitúa en el inicio de una tradición que ha servido muy bien a toda la nación y continúa viéndose con orgullo por los americanos. "The Judiciary Act was a crucial, foundational part of that American tradition of seeking to perfect the nation through considered change in accord with the Rule of Law" (p. 65). Esta ley estableció muchas de las instituciones jurídicas fundamentales de la nación, como la Corte Suprema, bien que siguiendo en ello el mandato de la Constitución. También el cargo de *Attorney General* surgió de este texto legal. Nuestra autora, con plena razón, subraya

la trascendencia de la Sección 25 de la ley, pues aunque el texto legal otorgó a los tribunales estatales competencia para decidir sobre temas de Derecho federal, la mencionada Sección preservó la independencia de ese cuerpo legal al dar a la Corte Suprema la facultad de revisar las decisiones de los tribunales estatales. “This provision —escribe nuestra autora— was vital to the nation’s development” (p. 66), recordando la apreciación de ese gran *Justice* que fue Oliver Wendell Holmes, para quien, no obstante la indudable importancia de la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, la Unión misma habría perecido si no se pudiera hacer esa misma declaración respecto de las leyes estatales. En 1911, el *Justice* Henry Billings Brown (que había ejercido el cargo entre 1890 y 1906) consideró la *Judiciary Act* “probably the most important and the most satisfactory Act ever passed by Congress”. Notable interés tiene la comparación que la autora establece entre las Revoluciones francesa y norteamericana. La primera valoró la razón y asumió que los puros actos de voluntad, guiados por la razón, les permitirían construir la sociedad ideal. En contraste, la segunda fue en esencia una revolución de conservación: el conflicto y el cambio institucional aparecían necesarios para proteger las libertades tradicionales, las estructuras de la comunidad y los derechos personales (p. 67). Y más adelante, señala la autora, que sobre los éxitos conseguidos por algunos de los primeros Jueces, como el *Chief Justice* John Marshall, a principios del siglo XX un grupo de brillantes Jueces (entre los que se mencionan a Oliver Wendell Holmes, Learned Hand y Felix Frankfurter) expusieron la segunda característica de la tradición jurídica de la nación: que el *judiciary*, aunque poderoso, no debía obstaculizar la legítima actividad del proceso legislativo. Su labor ayuda a comprender que los jueces son ciudadanos como los demás en la República, y no, según diría Learned Hand, “Platonic Guardians”. Los tres mencionados Jueces diseñaron sus teorías acerca de la *judicial restraint* de su propio escepticismo acerca de que aquellos que disponen del poder posean alguna verdad última (“some ultimate truth”). Los tres se dieron cuenta de que, como Jueces, no estaban encargados de diseñar el mundo ideal. En resumen, la *Judiciary Act* inició e hizo posible la tradición judicial americana, con su independencia judicial, su compromiso con el gobierno democrático y su adhesión al *Rule of Law*. “La *Judiciary Act* fue promulgada en otro milenio, y sin embargo perdura hoy como

la fuente de una permanente revolución constitucional, preservando “nuestros más queridos valores y libertades” (p. 79).

F) De los dos últimos capítulos de la segunda parte de la obra, el primero aborda el *impeachment* y la independencia judicial, lo que encuentra su inmediata relación con el célebre juicio de *impeachment* al que fue sometido en 1805 el *Justice* Samuel Chase, que sirvió en la *Supreme Court* entre 1796 (año en que fue nominado por el Presidente Washington) y 1811 (fecha de su muerte). Figura peculiar, Chase fue uno de los firmantes de la Declaración de Independencia, pero también un apasionado militante Federalista que desencadenó un visceral rechazo de Jefferson y los anti-Federalistas. Sometido a juicio de *impeachment* de resultas de algunos de sus excesos como Juez, fue juzgado por un Senado entonces integrado por 34 senadores y, en una deformación en verdad macabra, como admite la autora, presidido por el Vicepresidente Aaron Burr, que lo presidía por razón de su cargo, quien en ese momento estaba sujeto en los Estados de New Jersey y New York a una acusación por el asesinato de Alexander Hamilton, a quien había retado y matado en un duelo. La no obtención del número requerido de senadores para la condena (los 2/3 de los senadores presentes), exoneró a Chase de las acusaciones contra él formuladas y, lo que aún importa mucho más, salvaguardó de modo indeleble la independencia judicial.

En el último de los capítulos, la autora se ocupa del trascendental *writ of habeas corpus*, recordando sus orígenes ingleses y su consideración por la Convención de Filadelfia como “a bulwark against tyranny”, de igual forma que lo habían visualizado sus antecesores ingleses. Nos recuerda la autora, sin detenerse apenas en ello, el único incidente producido en los primeros tiempos de la República, cuando la “public safety” condujo, con ocasión de la guerra con Inglaterra de 1812, a la suspensión temporal del *writ* por el general Andrew Jackson, algo por entero irregular por cuanto la Constitución (Art. 1º, Sección 9ª) salvaguarda “the privilege of the Writ of Habeas Corpus”, disponiendo que el Congreso no podrá suspenderlo “unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it”. Es decir, es el Congreso el único que puede decretar su suspensión en los estrictos casos señalados. Es sin embargo en un hecho acontecido en 1861, en

los inicios de la Guerra de Secesión, en el que la autora se detiene más. Al hilo de ella, el Presidente Lincoln, invocando sus competencias como comandante en jefe del ejército, autorizó a los jefes militares locales a suspender el *habeas corpus* en el territorio que circundaba la línea férrea entre Washington y Filadelfia. En estas circunstancias, se decretó el arresto en Fort McHenry, en el *Baltimore Harbor*, hasta que finalizara la guerra, de John Merriman, un miembro de la Legislatura de Maryland, que había estado reclutando hombres para marchar hacia el Sur a unirse al ejército rebelde. Merriman presentó un recurso de *habeas corpus* ante el juez federal de circuito, cargo que todavía ejercían los Jueces de la Corte Suprema, y que en el caso en cuestión correspondía nada menos que al *Chief Justice* Roger Brooke Taney (que ejerció el cargo entre 1836 y 1864, año de su muerte), un excelente jurista, pero a la par un reconocido racista, como avala la infame *Dred Scott opinion*, dictada en el caso *Scott v. Sandford*, decidido el 6-7 de marzo de 1857 por una mayoría de 7-2, una sentencia que se encargó de escribir el propio Taney. Innecesario es decir, que Taney nunca tuvo buena relación con la Administración del Presidente Lincoln. Al recibir la petición de *habeas corpus*, Taney ordenó al comandante de Fort McHenry, que Merriman fuera llevado a su presencia en el tribunal de Baltimore. El coronel se negó a ello, esgrimiendo que el Presidente le había autorizado a suspender el *writ of habeas corpus* mientras durase la guerra, y Merryman no fue llevado ante el Juez. Este impresentable Juez, que había defendido la constitucionalidad de la esclavitud en su aberrante sentencia, montó en cólera, escribiendo una fogosa decisión, esgrimiendo (y cierto es que en ello no le faltaba la razón) que solo el Congreso tenía la facultad de suspender el *habeas corpus*. Lincoln no respondió públicamente a la airada decisión de Taney, esperando a que el Congreso se reuniera el 4 de julio para decir entonces, que si no hubiera suspendido de modo inmediato el *writ of habeas corpus*, la propia ciudad de Washington podría haber caído en manos del Sur. La autora se hace eco de cómo todavía los estudiosos debaten si Lincoln tenía autoridad para invocar la disposición constitucional que prevé la suspensión de esta trascendental garantía de la libertad personal en aquellos primeros momentos de la Guerra Civil, aunque ella opta por no entrar en las “fangosas aguas” (“the muddy waters”) de ese debate. En cualquier caso, lo que más adelante sí trata de dejar claro es que, a su juicio, “el episodio Vallandigham” es emblemático

del enfoque de Lincoln hacia las libertades políticas durante la Guerra Civil. El Presidente no pretendía pisotear la Primera Enmienda. No quería aplastar a su oposición política. Si suspendió el *writ of habeas corpus* fue tan solo en respuesta a las amenazas militares que percibió para la Unión (p. 94).

V. La tercera parte, como ya se dijo, la dedica la autora a las personas que han contribuido a dar forma a la Corte. A tal efecto, selecciona una serie de Jueces con los que, precisa, no pretende reflejar el valor de las contribuciones históricas de los seleccionados en relación a otros Jueces. Los miembros de la Corte que ha seleccionado los ha escogido en atención a algunas de sus importantes contribuciones al Derecho o al sistema judicial. Nos detendremos brevemente en este capítulo.

A) El primero de los seleccionados es el ya varias veces citado Juez Oliver Wendell Holmes, sobre el que personalmente hemos tenido oportunidad de escribir con cierto detenimiento en otro lugar. Cree la autora, que Holmes es recordado como un creador de la transformación del pensamiento (“an originator of transforming thought”). Destaca ante todo la importante contribución de Holmes a la conformación de la libertad de expresión (*freedom of speech*) garantizada por la Primera Enmienda, cuyo principal propósito, según explicitó en *Patterson v. Colorado* (1907), era “to prevent... previous restraints upon publications”, pero no, por el contrario “to prevent the subsequent punishment of such (publications) as may be deemed contrary to the public welfare”. John Marshall Harlan, otro de los grandes *Justices* (lo fue durante un larguísimo período: entre 1877 y 1911, año de su muerte) disintió frente a esta decisión, expresando la hoy ortodoxa interpretación de que la Primera Enmienda mantiene su fuerza tanto antes como después de la publicación. Cierto es que hacia 1919 Holmes había modificado su punto de vista, y en *Schenk v. United States* (1919), escribiendo él mismo la sentencia en una Corte que se mostró unánime, por primera vez, la Corte entendió que la Primera Enmienda protege el derecho de los ciudadanos para, en tiempos de paz, criticar al gobierno y expresar sus opiniones sobre cuestiones públicas controvertidas. Pronunciándose en *dissent*, en *Abrams v. United States* (1919), Holmes defendería el “free trade in ideas”, esto es, que “el mejor test de la verdad es el poder del

pensamiento de conseguir él mismo ser aceptado en la competición del mercado”. Nuestra autora recuerda más adelante los célebres *dissents* del Juez nacido en Boston, comenzando por el, posiblemente, más famoso de todos, el formulado a la sentencia dictada en el caso *Lochner v. New York*, decidido el 17 de abril de 1905, popularmente conocido como “el caso de los panaderos”.

B) William Howard Taft es el Juez seleccionado a continuación. A juicio de O’Connor, que desde luego nos parece hartamente discutible, Taft merece tanto crédito como Marshall en relación al rol de la Corte en nuestro tiempo, aunque ella misma admite que Taft no recibe frecuentemente tal reconocimiento. Taft, que fue Presidente de los Estados Unidos entre 1909 y 1913, fue *Chief Justice* entre 1921 y 1930, año en que se retiró. Taft consiguió reducir la pesada carga de asuntos que recaían sobre la Corte a través de sus buenas relaciones con el Congreso, que posibilitaron la aprobación de la *Judiciary Act* de 1925, conocida como “the Judges Bill”, que como se admite de modo generalizado, permitió un mayor control del Tribunal sobre su propia agenda, al reconocer la “discretionary certiorari review”, frente a lo que hasta ese momento había sido una “mandatory appellate jurisdiction”. La citada ley incrementó asimismo el poder y *status* de las *Courts of Appeals* y vino a asegurar la supremacía judicial nacional en el marco del sistema federal. Taft, y en esto coincidió con John Marshall, atribuyó un enorme valor a la unanimidad de las decisiones, y lo cierto es que su Corte se mostró notablemente cohesionada, como muestra el dato de que el 84 por 100 de sus decisiones se adoptaran por unanimidad. Ahora bien, la propia autora reconoce una significativa diferencia en el modo de alcanzar tal cohesión. Marshall lo logró con base en la indiscutible fuerza de sus razonamientos jurídicos, mientras que Taft, cuyo talento jurídico distaba de ser el de Marshall, alcanzó análoga meta a través de su notable influencia sobre los nombramientos para la Corte, bloqueando los de aquellas personas, como el Juez Learned Hand, respecto de las cuales estimaba que casi con toda seguridad (“almost certainly”) estaban llamadas a ser *dissenters*. En definitiva, apostillaríamos por nuestra cuenta, John Marshall alcanzó la cohesión de la Corte a través de su enorme categoría como jurista; Taft la logró por medio de sus grandes dotes de manipulación política. Una abismal diferencia. En cualquier caso, de Taft hay que reconocer que,

como adujo Robert Post, y hace suyo la autora, su enfoque en favor de la unanimidad en la adopción de las sentencias vino motivado por su preocupación por la integridad institucional de la Corte, lo que era plenamente coherente con sus intentos de transformarla de un mero “higher appellate body” a un “expounder of national principle”. Taft pretendía que la Corte tuviera una gran presencia en la opinión pública y era consciente de que una Corte en la que existiese una gran fragmentación entre los Jueces socavaría la confianza del público en la institución y en sus decisiones. Añadamos algo que no puede olvidarse al aludir a Taft. A sus esfuerzos en el Congreso se debe la construcción del actual edificio de la Corte, diseñado por el arquitecto Cass Gilbert, que quedó acabado en 1935 bajo la supervisión de Cass Gilbert, Jr., al haber fallecido su padre en Inglaterra el año anterior. Este grandioso templo de mármol blanco es un símbolo idóneo de la independencia y relevancia del supremo órgano del *federal judiciary*.

C) Charles Evans Hughes, *Chief Justice* entre 1930 y 1941, es el personaje abordado en el siguiente capítulo, en el que la autora se detiene en el conflicto que, bajo su *Chiefjusticeship*, enfrentó a la Corte con el Presidente Franklin Delano Roosevelt (que ocupó la Presidencia entre 1933 y 1945, año de su muerte), del que ya con anterioridad el libro se hace eco y nosotros también. Momento crucial en esta crisis fue el llamado *Black Monday* (lunes 27 de mayo de 1935), día en el que el Tribunal derribó de una vez tres textos legales del programa rooseveltiano del *New Deal*, lo que dio pie al Presidente a temer que la Corte dismantelaría progresivamente la totalidad de su programa legislativo. Recuerda Rayman L. Solomon (en *The Oxford Companion to the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 743) que, a diferencia del Presidente Taft, Roosevelt tenía escasa reverencia por las tradiciones de la Corte en cuanto institución, y tampoco veneraba los precedentes constitucionales. En este marco contextual, Roosevelt envió al Congreso un proyecto de ley de acuerdo con el cual, le era posible nominar a un nuevo *Justice* cada vez que un Juez sobrepasara los 70 años. El foro principal de debate acerca del proyecto fue, como ya dijimos, el *Senate Judiciary Committee*. Los *Associate Justices* se mantuvieron en silencio hasta que, por una circunstancia casual, el senador Wheeler tuvo conocimiento a través de la mujer del *Justice* Louis Brandeis de que el *Chief Justice* y la mayoría de los Jueces eran

contrarios a la reforma, mostrando su deseo de que los miembros de la Corte se pronunciaran de algún modo ante el mencionado Comité del Senado, lo que finalmente se produjo a través de una carta del *Chief Justice* Hughes, leída ante el Comité, en la que Hughes rechazó convincentemente los argumentos en que Roosevelt sustentaba su proyecto de ley (vale la pena recordar el último razonamiento de Hughes: “An increase in the number of Justices of the Supreme Court, apart from any question of policy, which I do not discuss, would not promote the efficiency of the Court. It is believed it would impair that efficiency so long as the Court acts as a unit. There would be more judges to hear, more judges to confer, more judges to discuss, more judges to be convinced and to decide. The present number of Justices is thought to be large enough so far as the prompt, adequate, and efficient conduct of the work of the Court is concerned”) (p. 129), lo que a la postre resultó determinante para el rechazo del proyecto, frustrándose de esta forma el intento de reforma del Tribunal por Roosevelt. En una imponente exhibición de lógica contraintuitiva, según los términos de O’Connor, el *Chief Justice* Hughes había proporcionado el mejor argumento que demostraba el error del Presidente, demostrando de modo concluyente que la adición de Jueces a la Corte no mejoraría su eficiencia.

D) Al *Justice* Thurgood Marshall, Juez entre 1967 y 1991, que ha compartido con la autora durante una decena de años el cargo en la Corte, se dedica el capítulo siguiente, que viene a rotular como “the influence of a raconteur”. Recuerda el libro que durante las sesiones o conferencias deliberativas de los Jueces, era raro que Marshall no compartiera con sus colegas una anécdota de su vida. Al margen ya de las anécdotas, O’Connor recuerda el constante compromiso de este Juez nacido en Baltimore con los pobres, los acusados y los oprimidos, y su constante y apasionado rechazo de la pena de muerte. Y efectivamente, como otra autora, Susan Low Bloch, ha escrito (en *The Oxford Companion...*, *op. cit.*, p. 527), “probably the most personally agonizing subject for Marshall was capital punishment”. En coherencia con ello, cuando la Corte apoyó las leyes que estaba revisando sobre la pena de muerte en el caso *Gregg v. Georgia*, una sentencia decidida el 2 de julio de 1976 por una votación de 7-2, Thurgood Marshall comenzó la práctica de presentar *dissenting opi-*

nions en cada caso relativo a la pena capital, incluyendo sus *dissents* cada vez que la Corte negaba una petición de *certiorari* en un caso concerniente a la pena de muerte.

E) El gran *Chief Justice* Warren E. Burger, que tras ser nombrado por el Presidente Nixon ocupó la *Chief Justiceship* entre 1969 y 1986. No cabe duda, diríamos por nuestra cuenta, que Burger y Earl Warren, al que nombrara el Presidente Eisenhower y que fuera *Chief Justice* entre 1953 y 1969, son los dos grandes Presidentes que ha tenido la Corte desde la Segunda Guerra Mundial hasta hoy. No cabe duda, como la autora reconoce, que un *Chief Justice* es una figura especial en la historia americana. Hasta el momento en que ella escribe, solo dieciséis personas han ocupado tan relevante cargo; hoy ya, precisaríamos por nuestra cuenta, serían diecisiete. Subraya O'Connor el profundo interés mostrado por Burger en la mejora de la calidad del trabajo judicial, a cuyo efecto se preocupó especialmente de perfeccionar la administración de los tribunales. Este Juez, nacido en St. Paul (Minnesota), comprendió que la justicia implica no solo hacer un buen Derecho, sino también administrarla rápida y eficientemente. Burger se dio cuenta de que los jueces estaban dedicando cada vez mayor tiempo a las tareas administrativas, y ante esa situación puso de relieve la necesidad de unos administradores o gestores profesionales. Para alcanzar este fin, urgió la creación de un "Institute for Court Management". La autora destaca que, cuando escribe, el Instituto ha formado cientos de gestores de tribunales a lo largo y ancho de los sistemas judiciales federal y estatales. Otro aspecto destacable es que fue Burger quien propició la creación de la *Supreme Court Historical Society*. También a este *Chief Justice* se debe la creación de la Comisión de Revisión del *Federal Court Appellate System*, que, entre otras cosas, ha estudiado diversas propuestas para reestructurar los *Circuit courts*. Subraya O'Connor que durante sus años en la Corte, Burger escribió más de 250 *opinions*, muchas de las cuales se consideran como *landmarks*, destacando de modo particular la sentencia escrita en el caso *Reed v. Reed*, decidido el 22 de noviembre de 1971 por 7-0, primera decisión a través de la cual la Corte consideraba inconstitucional, por violar la *equal protection clause*, una ley estatal que discriminaba a las mujeres por razón de género. "*Reed* —escribe la autora (p. 145)— marked the Court's

first solid departure from its consistent affirmation of governmental authority to classify by gender”.

F) El capítulo de cierre de esta tercera parte lo dedica el libro al *Justice Lewis Franklin Powell, Jr.*, miembro de la Corte entre 1972 y 1987, una figura destacable en la Corte, en la que se convirtió en uno de sus miembros más populares, aunque desde luego menor si se la compara con las anteriormente referidas. En cualquier caso, este Juez virginiano escribió en sus quince años en el Tribunal más de quinientas sentencias.

VI. A) Las tres últimas partes de la obra creemos que presentan un menor interés a los efectos de este comentario; por lo mismo, nos vamos a detener en ellas tan solo muy fugazmente. En la cuarta parte (“Las mujeres y el Derecho”), a lo largo de sus cuatro capítulos, la autora hace un recorrido histórico por el difícil recorrido que las mujeres han debido hacer para su plena incorporación a las profesiones jurídicas, recordando que ya en 1776 la mujer del futuro Presidente John Adams, Abigail Adams, imploró a su marido “to remember the Ladies” en la redacción de los futuros textos que habían de regir la nación. Las mujeres tuvieron sin embargo que luchar duro hasta obtener su derecho de sufragio. Buena idea de la discriminación sufrida por el sexo femenino nos la da el hecho de que todavía en 1961 la Corte Suprema reafirmaba la práctica del Estado de Florida de restringir a los hombres el derecho de ser *juries*, a menos que las mujeres estuvieran registradas separadamente. Habrá que esperar, como poco antes se ha dicho, al caso *Reed v. Reed* (1971) para que la Corte declarara la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Idaho que daba a los hombres una automática preferencia como administradores de fincas. En posteriores casos, según la autora, en gran parte bajo el impulso de la Jueza Ruth Bader Ginsburg, segunda mujer en acceder a la *Supreme Court* (nominada por el Presidente Clinton, prestó su juramento el 10 de agosto de 1993), la Corte ha dejado enfáticamente claro, que ya no aceptará sin cuestionárselo “the story that women are fundamentally different from men” (p. 163). Por supuesto, esto no debe entenderse en el sentido de que la Corte se haya mostrado con posterioridad al *Reed case* indiferente hacia esta cuestión. Por poner un ejemplo, un enorme *Justice* como

fue William J. Brennan Jr., que estuvo más de una treintena de años en la Corte (entre 1957 y 1990), en *Frontiero v. Richardson* (1973), una decisión que él mismo escribió, señaló “There can be no doubt that our Nation has had a long and unfortunate history of sex discrimination. Traditionally, such discrimination was rationalized by an attitude of <romantic paternalism> which, in practical effect, put women, not on a pedestal, but in a cage”.

B) La quinta parte aborda la cuestión de las profesiones jurídicas y los tribunales, y a lo largo de sus cuatro capítulos la autora repasa la organización y estructura del sistema judicial americano, los problemas de los *juries* y sus posibles soluciones, el problema de la insatisfacción profesional que la Juez O’Connor aprecia en muchos abogados y la necesidad de apertura de nuevos horizontes en el mundo del Derecho norteamericano. Creemos de interés comenzar recordando algo de lo que se hace eco la autora al hablar del *American judicial system*, y que precisamente hemos tratado en un artículo publicado en otra revista, y es el reconocimiento de que a través de su función de “rechazo” (“disallowance”) de la legislación colonial, el *Privy Council* inglés vino a ofrecer entre 1660 y 1775 un verdadero precedente de la posterior función de revisión judicial de la legislación. “Disallowance—escribe la autora (p. 206)—was one of the major forerunners of our fundamental concept of judicial review”. Especialmente destacable es asimismo la consideración que hace la autora acerca de cuál es, y debe ser, el epicentro (“focus”) de la Corte: “nuestro propósito primario es guiar y conformar el desarrollo del Derecho federal con carácter general, de modo tal que permita a los tribunales cumplir sus responsabilidades más eficaz e imparcialmente y garantizar una justicia igual para todos los ciudadanos” (p. 212). Al referirse a los jurados, el libro se remonta a sus remotos orígenes históricos en Inglaterra. Ya en referencia a la época colonial, se recuerda el histórico caso de John Peter Zenger, un famoso periodista que fue juzgado en 1735 por, supuestamente, haber difamado al gobernador real de Nueva York. Pese a la táctica del gobernador, que pretendía injustamente que se condenara al periodista, un jurado local lo absolvió, y el juicio ha pasado a ser recordado como “a great example of a local jury’s ability to resist a tyrannical government”. Entre los diversos problemas que hoy se han planteado en relación a los jurados, la autora se hace

eco de la gran controversia existente acerca de si sus veredictos debieran siempre ser unánimes. La *Supreme Court* ha entendido que la Constitución es respetada cuando un jurado de doce miembros, en un proceso criminal, llega a un acuerdo por una votación de 9-3, aunque seis de ellos deben mostrar su unanimidad. Muchos Estados autorizan veredictos no unánimes en juicios civiles, aunque tan solo Louisiana y Oregón los autorizan en juicios criminales. Creemos de interés recordar la apreciación de la autora acerca de la preparación que ella entiende deben tener los abogados: “Lawyers —escribe (p. 226)— must do more than know the law and the art of practicing it. A great lawyer is always mindful of the moral and social aspects of the attorney’s power and position as an officer of the Court”. Poco después se hace eco de la cuestión de si un acusado criminalmente tiene derecho a presentar al tribunal, a través de su abogado, una historia, esto es una alegación, que el abogado conoce que es falsa. Nuestra autora recuerda que la Corte, en *Nix v. Whiteside* (1986), de modo unánime, ha respondido negativamente. En el capítulo de cierre de esta parte, la Jueza O’Connor, como ya dijimos con anterioridad, defiende la apertura de nuevos horizontes en el mundo del Derecho, horizontes que vislumbra en el Derecho comparado, lo que lógicamente debe afectar a todos los profesionales del Derecho. Y al respecto manifiesta su creencia de que la Corte Suprema norteamericana está llamada a prestar una mayor atención cada día a las decisiones de los Tribunales Constitucionales de otros países. Vale la pena transcribir en su literalidad su sentir: “As the American model of judicial review of legislation spreads further around the globe, I think that we Supreme Court Justices will find ourselves looking more frequently to the decisions of other constitutional courts, especially other common-law courts that have struggled with the same basic constitutional questions that we have: equal protection, due process, the Rule of Law in constitutional democracies”.

C) En fin, en la sexta y última parte del libro la autora se ocupa del *Rule of Law* en el siglo XXI. El blindaje de la libertad, la vida del Derecho y unas reflexiones finales que engloba bajo el rótulo de “mirando a través de las lentes en la bola de cristal”, son las genéricas cuestiones abordadas por la Jueza en los tres capítulos de esta parte final. El libro vuelve al *Marbury case* para recordar, que aunque éste

no fue un caso relativo a derechos, tuvo una importancia crucial en el posterior rol asumido por la Corte en el ámbito de los derechos. La importancia de la rama o poder judicial para los ciudadanos en cualquier país y la crucial necesidad de un poder judicial independiente y libre de cualquier presión política o privada ya fue, según nuestra autora, elocuentemente expresada por el *Chief Justice* John Marshall en estas palabras que no fueron escritas en ninguna sentencia, sino pronunciadas en 1830 en una Convención del Estado de Virginia: “The Judicial Department comes home in its effects to every man’s fireside: It passes on his property, his reputation, his life, his all. It is not, to the last degree important, that (the judge) should be rendered perfectly and completely independent, with nothing to influence or control him but God and his conscience?” (p. 248). Al abordar en el siguiente capítulo la vida del Derecho y los principios de lógica y experiencia que se entresacan de la trayectoria de los Estados Unidos, a modo de referencia para los países europeo-orientales, en ese momento en procesos de consolidación de sus democracias, la autora hace una reflexión del mayor interés. Para que los ciudadanos aprendan a contemplar al *judiciary* como *a bulwark of liberty*, es de todo punto necesario un *independent judiciary*. Pero ello no es suficiente, ya que es igualmente inexcusable enfatizar la importancia de una prensa libre. “Only an independent and vigorous and responsible press—escribe O’Connor (p. 254)—permits democratic institutions to correct themselves through the powerful forces of informed debate and public opinion”. Los *Founders* reconocieron el riesgo que ellos adoptaban al proteger la libertad de la prensa porque, como su propia experiencia les mostraba, la palabra es la herramienta del cambio y de la revolución. Pero si un país tiene que adaptarse a las nuevas ideas y a los nuevos tiempos, debe permitir el libre intercambio de opiniones. Y como añade la autora poco después, el funcionamiento adecuado de una prensa libre sólo es posible donde el gobierno y los medios de comunicación privados se hallan separados. En fin, un tercer elemento clave para lograr el fin anteriormente señalado es el principio de que ciertos derechos fundamentales de los que todo ciudadano es titular deben colocarse fuera del alcance de la exigencia política. Y este, apostilla la autora, es el propósito del *Bill of Rights*, que ha permitido a los americanos colocar las más esenciales libertades individuales lejos del alcance de la mayoría y salvaguardar a los

individuos frente a los excesos del gobierno colectivo. En definitiva, concluye O'Connor, "although our Bill of Rights is only a few pages long and has been in force for more than two hundred years, great debates continue to rage over the proper meaning and implementation of its few words. But while we continue to dispute the exact contours of the rights it guarantees, we agree that our law protects certain basic rights from any governmental intrusion" (p. 257). O'Connor sitúa la legitimidad última del *judiciary* justamente en su rol de "baluarte de la libertad" (*bulwark of liberty*). Tras señalar que algunos pueden ver una contradicción entre el énfasis puesto en el sistema democrático norteamericano sobre "the will of the people" y la existencia de unos jueces irresponsables ("unaccountable judges") que pueden anular la voluntad de un ejecutivo representativo y de las ramas legislativas ("legislative branches"), la autora recuerda que el debate sobre los tribunales contramayoritarios ("countermajoritarian courts") y el activismo judicial es algo familiar entre los americanos, para apostillar de inmediato: "But just as our system recognizes that the will of the people is the best law, it also acknowledges that there can be no liberty where the majority is free to tyrannize the minority" (p. 259). En definitiva, es el rol clave del poder judicial como protector de las minorías, perfectamente coherente con el principio de que el sistema democrático entraña tanto el gobierno de la mayoría como el respeto de las minorías, lo que le otorga su última legitimidad. Y esto no es algo de nuestros días, pues como la autora recuerda en el capítulo de cierre del libro, como a lo largo del siglo XX han progresado ideas evolutivas de la libertad individual y esfuerzos para equilibrar esa libertad con el poder gubernamental y los mandatos de los ciudadanos, unas y otros se han convertido en "the heart of judicial decision making". Pieza central de todas las decisiones de la Corte en materia de derechos individuales ha sido sin duda la *Brown v. Board of Education opinion*. Sin ir más lejos, muchos de los derechos que integran la cultura popular acerca de la policía y los tribunales, y consecuentemente, las expectativas ciudadanas acerca de cómo tratará el Estado a los acusados de un crimen, son el resultado de las decisiones adoptadas por la Corte en la década de 1960 sobre el procedimiento criminal o penal. Podemos concluir con una reflexión con la que Sandra Day O'Connor hermana el pasado y el futuro. "I believe —nos dice (p. 269)— that, just as in the past century the

barriers that prevented women and minorities from fully participating in American society were removed, the next hundred years will alter many of the formal and informal barriers that divide the nations of the world from one another”.

Terminamos. Nos hallamos ante un libro espléndido desde todos los puntos de vista, y desde luego, de lectura imprescindible para todos aquellos que estén interesado en el Derecho constitucional norteamericano y en el enormemente relevante rol que en él desempeña el poder judicial en general y la Corte Suprema en particular.