

Lectio Magistralis: en busca de las Libertades Civiles*

*Norman Dorsen**

**Discurso de bienvenida. Universidad de Buenos Aires,
13 de noviembre de 2012**

Muchas gracias a todos. Estoy muy agradecido por estar aquí y por recibir un título honorífico de esta gran institución, muchos de cuyos profesores y alumnos conozco y admiro desde hace largo tiempo. Agradezco la flexibilidad en reprogramar [el encuentro] a la luz de mi imposibilidad de asistir en la fecha anterior debido al huracán que azotó Nueva York hace dos semanas.

Hoy voy a hacer algunas observaciones sobre la naturaleza de la revisión judicial en los Estados Unidos, seguidas por una breve discusión de tres decisiones de la Suprema Corte sobre libertades civiles y unas breves conclusiones. El primer caso, de 1958, planteó la cuestión de si el gobierno estadounidense tiene el poder de quitar la ciudadanía a una persona nacida en Estados Unidos por haber votado en una elección de otro país. El segundo caso, de 1968, planteó la cuestión de si un estado de Estados Unidos que permite a los hijos reclamar una indemnización de quien por error o negligencia mata a su padre o madre, puede –de acuerdo con la Constitución– excluir a aquellos hijos cuyos padres no estaban casados o, como solemos decir, a aquellos que son hijos “ilegítimos”. El tercer caso, decidido este mismo año, consideró si el Congreso de Estados Unidos viola la libertad de

* Traducción de María de los Ángeles Ramallo y Antonio Ribichini.

** Norman Dorsen es Frederick I. and Grace A. Stokes Professor of Law y Counselor to the President, NYU. Ha sido Presidente Fundador de la Sociedad de Profesores de Derecho Americanos desde 1971 a 1973 y Asesor General (1969-1976) y Presidente de la Asociación Americana de Derechos Civiles (1976-1991).

expresión al convertir en un crimen el hecho de que una persona declare falsamente que recibió la Medalla de Honor, el mayor premio al valor en batalla de este país.

Estados Unidos es un país de derecho anglosajón (“common law”) y Argentina sigue un sistema de derecho continental. Pero esa diferencia no es importante a los fines de esta charla, dado que voy a discutir problemas que se presentan en torno a la Constitución de los Estados Unidos, un documento que requiere interpretación, como todas las constituciones escritas, incluyendo a la argentina.

Como dije, los tres casos involucran libertades civiles, lo que significa que cada uno plantea el interrogante de si el gobierno ha privado o no a alguien de un derecho fundamental. La gente reivindica muchas clases de libertades civiles; por ejemplo, el derecho a un juicio justo (o debido proceso), la libertad de expresión o culto, el derecho a la privacidad, el derecho a la propiedad privada, el derecho a circular libremente, el derecho a no ser discriminado por motivos arbitrarios como la raza o el sexo, entre otros. La mayoría de nosotros tiene una fuerte opinión sobre lo que las libertades civiles son o deberían ser, más allá de lo que piense el resto.

¿Qué son las libertades civiles? ¿De dónde provienen? No descienden desde el cielo anunciando que “son una libertad civil”. Y sólo porque ustedes o yo pensemos que algo es una libertad civil, eso no lo convierte en una. Una disposición constitucional o una ley debe declararla, o un Tribunal u otra institución con autoridad debe enunciarla. Además, luego de que se acepta que una libertad civil existe como principio, para que ella pueda hacerse cumplir, algún oficial debe determinar que esa libertad civil ha sido violada.

Tomemos el derecho a la privacidad. Hay actualmente una controversia en Estados Unidos en torno a si la policía puede entrar a una casa o tienda privadas, o registrar a una persona sin autorización judicial. Por ejemplo, cuando la policía cree de buena fe pero equivocadamente que un criminal armado se encuentra en una casa, ¿puede simplemente entrar al edificio? ¿O puede detener y registrar un automóvil que cree, nuevamente por error de buena fe, que lleva objetos robados y en el que el culpable está por escapar? Otro tipo de problema relacionado con la privacidad es si el derecho de la mujer a hacerse un aborto debe ser protegido siempre o sólo en determinadas situaciones como violación o incesto. Otro tema relacionado es si el gobierno o un particular pueden discriminar a los homosexuales en materia

de vivienda, empleo o el derecho a contraer matrimonio. ¿Tiene la gente derecho a no ser discriminada o, quizás, derecho a discriminar?

Durante mucho tiempo, fueron los líderes de las familias y tribus quienes tomaban estas decisiones, y en algunos lugares todavía lo hacen. Hoy en día, la mayoría de los países le dan este poder al gobierno. Pero, ¿qué gobierno?, ¿nacional, estadual o local? Y si es el gobierno nacional, ¿qué parte de él: el Poder Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial?

Los tribunales tienen la última palabra en la mayoría de los países, incluyendo a los Estados Unidos. Pero, ¿por qué? Los legisladores, el presidente y otros funcionarios públicos también juran respetar la Constitución. Los legisladores suelen enfrentar interrogantes sobre la constitucionalidad de la ley que están debatiendo, y los Departamentos de Justicia, Estado, Defensa y otras dependencias públicas frecuentemente consideran la validez de las leyes que aplican. ¿Por qué su decisión no es final? En Estados Unidos y en otros países, la legislatura y el presidente –de quien los departamentos ejecutivos dependen– son instituciones más democráticas que los tribunales, porque son elegidas por distritos o por la nación en su conjunto, en vez de ser designados, como lo son la mayoría de los magistrados. No es sorprendente, entonces, que cuando la Corte de los Estados Unidos toma una decisión importante sobre los derechos de los acusados, como Miranda o Gideon, o sobre discriminación racial, aborto o muchas otras cuestiones, las partes perdedoras aleguen con frecuencia que la Corte es antidemocrática y que abusó de su poder de revisión sobre el Congreso, el Presidente o su equivalente estadual, todos ellos *elegidos* por el pueblo.

Problemas similares surgen en muchos Estados. El año pasado, el Tribunal Constitucional alemán confirmó una ley que había sido diseñada para respaldar al Euro, permitiéndole a Alemania contribuir a un fondo europeo general. El tribunal alemán sostuvo que nadie puede predecir “qué medidas van a ser las mejores para Alemania y el futuro de una Europa unida en la actual crisis”. En consecuencia, la Corte concluyó que los legisladores alemanes, como representantes del pueblo, *elegidos*, debían decidir estas cuestiones sin intervención judicial.

Hay otro problema. Algunas veces, la mayoría de los estadounidenses se opone a una decisión de la Corte. Pero no puede revertir la decisión sin una reforma constitucional, lo que es extremadamente difícil de hacer en los Estados Unidos. En ocasiones, la gente hace justicia por mano propia y simplemente se niega a obedecer una decisión judicial o incluso recurre a

la violencia, como pasó en Estados Unidos cuando la Suprema Corte ordenó la segregación racial de las escuelas públicas y prohibió a los colegios organizar oraciones religiosas. Estas conductas antijurídicas claramente reducen el prestigio y la autoridad del Poder Judicial, y esto es, obviamente, malo para el país.

Pero hay contraargumentos más sólidos para justificar el poder de los tribunales para revisar la constitucionalidad del accionar de las otras ramas del gobierno. Uno que les gusta a los abogados es que los tribunales están compuestos por abogados, y los abogados saben más, son más inteligentes y están mejor entrenados que otras personas, o al menos piensan que lo están. Por lo tanto, aun si algunos presidentes son abogados (incluyendo al presidente Obama) y muchos legisladores son abogados, los tribunales deberían tener la última palabra. Además, los tribunales se constituyen en un foro que permite la reflexión y la discusión basada en casos previos y otros materiales que sirven de guía. Por otro lado, aun cuando los jueces sean designados y no elegidos, suelen contar con fuertes convicciones democráticas. En Estados Unidos, un presidente *elegido* designa jueces, un Senado *elegido* los confirma y la mayoría de los jueces, especialmente los de la Suprema Corte, tienen largas y públicas carreras y son ampliamente conocidos por la sociedad.

Otro argumento en defensa del poder de los jueces en Estados Unidos es que la mayoría son nombrados por períodos prolongados o de forma vitalicia, como los jueces del gobierno federal. Estos jueces no tienen que preocuparse por ser reelegidos y pueden fallar siguiendo los dictados de su conciencia, aun cuando la decisión sea impopular. Presidentes y legisladores, al enfrentar campañas de reelección, no pueden permitirse este nivel de independencia, debido a las presiones políticas. Así, dos de los principales propósitos de la Constitución –la salvaguarda de las minorías y de las opiniones políticas y religiosas disidentes– estarían mejor protegidos en el sistema actual, donde los tribunales independientes tienen la última palabra.

Una consecuencia importante del intenso debate sobre la legitimidad de la revisión judicial es que los jueces estadounidenses frecuentemente se remiten a las decisiones de las ramas *elegidas* del gobierno, tal como lo hizo el Tribunal Constitucional de Alemania en el caso que les mencioné. De hecho, varios de los más conocidos jueces americanos, como Felix Frankfurter y William Rehnquist, han basado su filosofía jurídica en el principio de la deferencia judicial o restricción judicial, como suele llamarse.

Muy pocos jueces, quizá ninguno, diría que siempre debe deferir sus decisiones al Congreso o al Presidente. En el mismo sentido, pocos o ningún juez sostendría que no es necesario deferir nunca. En consecuencia, el debate actual gira en torno a *cuánto* y *cuándo* los jueces deben deferir. Algunos jueces defienden un nivel de deferencia alto, dado que los jueces no son responsables electoralmente frente al pueblo; al contrario, otros dicen que esta posición equivale a cobardía judicial y a abdicar a la responsabilidad de los Tribunales de hacer cumplir las libertades civiles frente al gobierno aun cuando ello sea impopular.

Todo esto puede tornarse complicado y confuso, y algunos jueces y abogados dicen que deberíamos retornar a las reglas legales básicas. Se preguntan por qué no podemos resolver estos problemas a la vieja usanza, a través de tradicionales y confiables métodos de decisión judicial –textos constitucionales o legales, la historia de las disposiciones relevantes y los precedentes–. El problema es que estos métodos de decisión pueden ser antiguos y tradicionales pero, frecuentemente, no son confiables. Los textos pueden ser ambiguos, la historia puede no estar disponible o ser inconsistente, y el precedente, a menudo, no es aplicable. Cuando el texto, o la historia, o el precedente, *son* claros, el caso raramente llega a la Suprema Corte, o ni siquiera llega a convertirse en caso. Fallar no es tarea fácil, y la cuestión de cuánto deben deferir los jueces al Congreso y al Ejecutivo no debe ser evitada.

En estas circunstancias, no es sorprendente que el cinismo y el escepticismo hayan crecido a lo largo de estos años, llevando a algunos profesores, abogados y a muchos miembros del público a concluir que los tribunales deciden los casos como si fueran legisladores o políticos y que la doctrina judicial no es más que una cobertura o máscara de las preferencias personales –y no legales– del juez. En otras palabras, que los jueces deciden los casos en función del lugar de dónde provienen. En Estados Unidos, el Realismo Legal de las décadas de 1920 y 1930, y el Movimiento de Estudios Críticos del Derecho, más recientemente, sostenían esta postura.

Para tratar de clarificar estas cuestiones, retomaré los tres casos que mencioné al inicio de esta charla.

Clemente Pérez nació en Texas y se convirtió así en ciudadano de los Estados Unidos, al amparo de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, ratificada en 1868. Ésta establecía que “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos [...] son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado en el que residen”. El propósito inmediato de la Decimocuarta

Enmienda fue asegurar que los esclavos africanos y antiguos esclavos fueran ciudadanos de Estados Unidos y, de esta manera, contrarrestar una decisión previa de la Suprema Corte. Muchos años después, en los comienzos de la Segunda Guerra Mundial, el Congreso promulgó la Ley de Nacionalidad de 1940. La ley prevé que un ciudadano estadounidense que vote en una elección de otro país pierda el derecho a la ciudadanía porque tal acto importa una falta de lealtad hacia los Estados Unidos. Perez votó en una elección mexicana y el gobierno de los Estados Unidos se apoyó en esta disposición para revocarle la ciudadanía.

Pero, ¿tenía el Congreso el poder constitucional para sancionar la Ley de Nacionalidad? No hay nada en la Constitución o en su historia que trate este tema y ningún caso anterior que aborde este problema. Entonces, ¿cuál es la respuesta? O, más exactamente, ¿cómo hace uno para encontrar la respuesta? Cuando el caso Pérez fue discutido en la Suprema Corte en 1957, los jueces estaban profundamente divididos.

Un grupo, liderado por el juez Frankfurter, sostenía la validez de la ley. Invocaba la autoridad general del Congreso para legislar y el hecho de que nada en la Constitución prohibía al Congreso aprobar una ley semejante o, como dijo Frankfurter, “hacer el ridículo de sí mismo”. Además, si el Congreso tenía el poder para declarar la guerra y regular las relaciones exteriores, tenía la responsabilidad de reducir conflictos entre los Estados Unidos y otras naciones, y ésta era una manera de hacer eso. En consecuencia, el grupo de Frankfurter concluyó que el Congreso podía establecer qué actos determinarían una pérdida de la ciudadanía, a veces llamada “expatriación”. Según esta visión, la Suprema Corte debía deferir al Congreso y al Presidente, y confirmar la ley.

Otro grupo de jueces, liderado por el Presidente del Tribunal Earl Warren, tenía una opinión diferente. Warren escribió que “la ciudadanía [es] un derecho básico del hombre ya que no es nada menos que el derecho a tener derechos”. Una persona apátrida “es deshonrada y degradada [...] con ninguna posibilidad de reclamar legalmente el amparo de ninguna nación”. Warren continuó diciendo que las personas que crearon este gobierno “le otorgaron poderes amplios [...] [pero] los ciudadanos son ellos mismos soberanos y su ciudadanía no está sujeta a los poderes generales del gobierno”. En consecuencia, el Congreso no puede privar a la gente de la ciudadanía que la Decimocuarta Enmienda les otorgó.

En ausencia de precedentes judiciales y de costumbre relevante, ¿existían bases sólidas para una decisión en uno u otro sentido en el caso Pérez?

¿Debió la Corte en estas circunstancias haber deferido al Congreso, como sostenía Frankfurter, o es la ciudadanía un status constitucional que el gobierno no puede quitar a nadie? Quizás éste sea un caso en el que cada juez decide en función del lugar de dónde proviene, pero ¿cómo podríamos saberlo?

Tuve una pequeña conexión con el caso Pérez porque yo era secretario letrado del juez de la Suprema Corte John Marshall Harlan en ese momento. Discutí el caso Pérez con él y lo ayudé a armar una opinión en un caso análogo. Al final, la Suprema Corte, por 5 votos a 4 –con Harlan a favor– sostuvo el poder del Congreso de quitarle a Pérez la ciudadanía por haber votado en una elección mexicana. El juez William O. Douglas escribió un voto en disidencia en el que afirmó que “estos [casos de expatriación] son los pronunciamientos constitucionales más importantes del siglo”, seguramente porque respondían a la pregunta fundamental de quién es el máximo soberano en los Estados Unidos: si las personas o el gobierno.

Tuve una conexión más cercana con el segundo caso. Era una demanda promovida por los cinco hijos de Louise Levy, una mujer soltera y negra que murió mientras era atendida en un hospital de Nueva Orleans, Louisiana. Una ley de Louisiana preveía que el hijo sobreviviente de un padre muerto por culpa de un tercero podía reclamar resarcimiento por el delito. Los niños Levy iniciaron acciones al amparo de esta ley, sosteniendo la negligencia del hospital. Los tribunales de Louisiana desestimaron el caso. Sostuvieron que la palabra “hijo” en el texto legal se refería sólo a “hijo legítimo”, nacido de padres casados y que la norma estaba “basada en la moral y el bienestar general [porque] desalentaba traer niños al mundo fuera del vínculo nupcial”. La Corte Suprema tomó el caso por apelación en virtud de otra parte de la Decimocuarta Enmienda, la Cláusula de Igual Protección.

Esta cláusula dispone que ningún estado “negará a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”. Ni ésta ni ninguna otra disposición de la Constitución menciona la cuestión de los nacimientos legítimos o ilegítimos y no había costumbre ni decisiones anteriores que trataran el problema que presentaba el caso Levy. ¿Cómo debía decidir la Corte?

Tres jueces querían ratificar la ley. Sostenían que en Estados Unidos la distribución de la propiedad está gobernada por la ley estadual y no federal y que Louisiana, en interés de la estabilidad familiar y la moral general, podía racionalmente sancionar leyes para alentar a los padres a que se casen. Además, en la ley inglesa y de la mayoría de los estados de Estados Unidos, los

hijos extramatrimoniales podían reclamar indemnización por daños en caso de homicidio culposo sólo si los padres los habían reconocido formalmente como hijos suyos, supuesto que no se daba en este caso. Consecuentemente, los tres jueces concluyeron que Louisiana podía denegarles válidamente a los hijos de Levy el derecho de cobrar una reparación por la muerte de su madre.

Seis jueces estuvieron en desacuerdo. En su voto por la mayoría, el juez Douglas preguntó, retóricamente, por qué debían negársele derechos a niños inocentes por ser “ilegítimos” cuando tenían todas las responsabilidades de un ciudadano, incluyendo pagar impuestos y servir en las Fuerzas Armadas. La opinión enfatizó que Louise Levy “cuidaba a sus [hijos] y los criaba; eran ciertamente suyos en sentido biológico y espiritual; y sufrieron su muerte de la misma forma que cualquier otro hijo”.

Me pregunto si alguno de los que están aquí hubiera apoyado a Louisiana y denegado a los chicos el derecho a ser resarcidos por la muerte de su madre. Aún así, ¿fue persuasiva la opinión de la mayoría? Como he mencionado, se basó en precedente o costumbre e ignoró la cuestión de la deferencia judicial al estado de Louisiana.

¿Qué lado tenía razón? Debería mencionar que fui el abogado de los niños Levy ante la Corte Suprema, y que es mi caso favorito entre todos los que litigué allí, quizás porque planteó una cuestión completamente nueva y quizás porque sentí que las cortes de Louisiana habían tenido un accionar escandaloso al denegar a los niños Levy una indemnización por la muerte de su madre. Después de todo, los niños no tenían responsabilidad alguna por el hecho de que sus padres no hayan estado casados. Pero, ¿es mi opinión meramente una “preferencia personal”? ¿Estaría una decisión en sentido contrario más justificada en materia de derecho o sería también una “preferencia personal”? ¿Hay un principio más importante en juego?

El tercer caso que voy a discutir, que fue decidido en junio de 2012, se refiere a una ley llamada Stolen Valor Act, aprobada por el Congreso en 2005. La ley convirtió en un crimen el declarar falsamente haber recibido condecoraciones y medallas militares. Un hombre llamado Álvarez se declaró culpable del cargo de falsa declaración por haber recibido la Medalla de Honor, el premio militar más alto de la nación, como he mencionado. Álvarez apeló y el caso fue a la Corte Suprema.

La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que el Congreso no deberá hacer “ninguna ley [...] que restrinja la liber-

tad de expresión”. La única cuestión del caso era si la Primera Enmienda invalidaba la Stolen Valor Act y por lo tanto barría con la condena a Álvarez por su falsa alegación. Al leer la Primera Enmienda, uno podría pensar que toda expresión está protegida porque el texto dice simplemente que el Congreso no deberá hacer “ninguna ley”. Pero esto estaría equivocado, porque el texto completo de la Enmienda es que el Congreso no deberá hacer ninguna ley “que restrinja la libertad de expresión” y la Constitución no define “restringir” o “libertad de expresión”, por lo que hay un amplio margen para la interpretación, tal como hemos aprendido a partir de muchos casos a lo largo de los años.

¿Significa esto que hay límites a lo que la gente puede decir en los Estados Unidos? Sí. Si A le vende a B un auto, o una casa, o un cuadro, y miente sobre lo que está vendiendo, esa expresión puede ser castigada como fraude. O si X es autor y usa palabras de otra persona en un libro o un artículo sin darle el crédito respectivo, X puede ser condenado por plagio. Hay otros límites a la libertad de expresión, tales como falso testimonio, calumnias, injurias, obscenidad, apología de la violencia, amenazas personales y pornografía infantil. Cada uno de estos límites debe ser definido, y hay con frecuencia casos difíciles. Pero está claro que estas categorías de expresión no están protegidas por la Constitución.

En el caso de Stolen Valor la cuestión era si el gobierno podía castigar la declaración falsa de Álvarez de que había ganado la Medalla de Honor. La Corte Suprema ha resuelto con frecuencia que “no hay valor constitucional en falsas declaraciones de hecho” y, tal como he dicho, ha castigado injurias, falso testimonio y fraude, todos los cuales involucran falsas declaraciones de hecho. Además, la Stolen Valor Act es respetable. Se remonta a la Revolución Americana de la década de 1780, cuando el general George Washington estableció un sistema para asegurar que los honores militares fueran recibidos sólo por quienes en verdad los merecían.

Entonces, ¿cuál es el problema? La Corte Suprema debería haber confirmado la condena de Álvarez en virtud de la Stolen Valor Act, ¿no están de acuerdo? No tan rápido.

En los Estados Unidos está bien establecido que aun cuando la expresión no esté constitucionalmente protegida, una restricción gubernamental a la misma es inconstitucional a no ser que el gobierno demuestre un “interés estatal superior” en la restricción y en que la ley es “realmente necesaria” para lograr su propósito. En este caso no había evidencia de que la

“percepción pública de los honores militares [haya sido] diluida por estas falsas adjudicaciones” o que la falsedad haya ofendido a los auténticos receptores de los honores, los dos intereses que el gobierno alegó. Además, los términos de la ley podrían aplicarse a conversaciones privadas, incluyendo aquellas que tienen lugar en la privacidad del hogar. Por último, el gobierno no demostró necesitar una ley tan amplia para lograr su objetivo. La ley podría haber sido reducida a declaraciones hechas en público, o el gobierno podría haber evitado el problema constitucional en su totalidad si hubiera mantenido un registro de los destinatarios de los honores militares para que las mentiras sobre las medallas pudieran ser públicamente expuestas.

Al final, seis jueces votaron invalidar la ley en virtud de la Primera Enmienda, mayormente porque pensaron que si la sostenían, darían lugar a la acusación por otros tipos de falsedades a otros individuos que, si bien reprobables, probablemente no hayan causado ningún tipo de daño. Después de todo, la mayoría de nosotros alteramos la verdad de vez en cuando. En razón de mi larga trayectoria en la Asociación Americana de Libertades Civiles (American Civil Liberties Union, ACLU), que se opone fuertemente a las restricciones a la libertad de expresión, estoy bastante convencido de que hubiera estado de acuerdo con la mayoría de haber sido parte de la Corte. Por otro lado, tengo una fuerte “preferencia personal” en contra de las personas que mienten acerca de sus logros. En consecuencia, cuando un grupo dedicado a la libertad de expresión como el Centro Thomas Jefferson para la Protección de la Libre Expresión (The Thomas Jefferson Center for the Protection of Free Expression), del cual soy miembro del directorio, debatió este caso, yo era para mis colegas una piedra en el zapato. No cesaba de intentar hallar una forma de sostener la ley, a pesar de la Primera Enmienda, en razón de mi desagrado por la falsedad. Eventualmente me plegué a la opinión de los otros, tal como siempre sospeché que haría.

¿Qué pasó luego de que los tres casos fueran decididos? Las decisiones de la Corte Suprema suelen tener una larga vida y éste fue el caso de todas ellas. El caso Pérez de 1958, que sostuvo el poder del gobierno de retirar la ciudadanía a un estadounidense nativo por votar en una elección extranjera, fue revocado por la Corte Suprema veinte años más tarde, así vindicando la opinión del Presidente de la Corte Warren.

El tercer caso, referido a la Stolen Valor Act, que acabo de describir, no fue invalidado. No ha transcurrido suficiente tiempo. Pero sí ha habido tiempo suficiente para que el Congreso apruebe una nueva Stolen Valor

Act, que limite el crimen de declarar falsamente un honor militar a aquellos casos en que el engaño tiene la intención de hacer dinero o recibir algún otro beneficio. Algún día sabremos si la nueva ley sobrevive a la Primera Enmienda.

La secuela más interesante fue la de Levy vs. Louisiana. Después de sostener que el Estado no podía excluir a los hijos extramatrimoniales del beneficio de las leyes por muerte culposa –distinguiendo entre hijos “legítimos” e “ilegítimos”– la Corte Suprema devolvió el caso a los tribunales inferiores para que decidan si el hospital había sido negligente y, en este último caso, a cuánto dinero tenían derecho los niños por la muerte de su madre. Para mi sorpresa, las cortes de Louisiana se negaron nuevamente a permitir a los niños demandar el resarcimiento. En lugar de acabar con la discriminación en contra de los hijos extramatrimoniales, permitiéndoles accionar en virtud de la Wrongful Death Act, los tribunales de Louisiana decidieron denegar a *todos* los niños en el Estado el derecho a reclamar por daños a quien accidentalmente mata a su padre. De esta forma, sostuvo Louisiana, no había discriminación; la Wrongful Death Act no protegería a ningún niño en estas circunstancias. Los otros abogados de los niños Levy y yo rápidamente nos preparamos para apelar nuevamente a la Corte Suprema. Pero antes de que llegáramos a hacerlo, Louisiana cedió y decidió permitir a los niños Levy y a todos los otros niños en el Estado a reclamar por daños. Creo que éste era el único resultado moral.

Al discutir estos tres casos de libertades civiles, me he referido a algunas de las ideas generales con las que comencé esta charla: la relevancia del texto constitucional, la historia, el federalismo, el verdadero rol de los tribunales, el grado en que las cortes deben ceder a los poderes electos, y los valores, es decir, las preferencias ideológicas y personales del juez.

Ahora es momento de hacer la pregunta opuesta. ¿Nos ayudan estos tres casos a entender los principios generales y el proceso judicial del que son parte?

Los casos muestran la relevancia del texto constitucional, incluyendo su historia y propósitos, nuestro concepto del rol de los tribunales, el grado de deferencia debido a los poderes políticos y el federalismo. Pero los ejemplos también muestran que, en casos novedosos y difíciles, estos métodos pueden no ser decisivos.

Volvamos a pensar si el gobierno puede revocar la ciudadanía de una persona, discriminar a los hijos extramatrimoniales o castigar criminalmen-

te declaraciones falsas sobre honores militares. ¿Conducen las técnicas judiciales que mencioné a una decisión confiable? En un sentido, la respuesta podría ser sí. Si el juez es un textualista o si suele deferir regularmente al Congreso y a los Estados en casos difíciles o si, por otro lado, él o ella defienden fuertemente los derechos individuales, ese juez puede llegar a una decisión siguiendo su filosofía personal. Pero esa línea de pensamiento hace surgir otra pregunta: ¿por qué el juez eligió una particular filosofía? ¿Qué lo llevó a ser ese tipo de juez?

Esto significa que, cuando un caso no puede ser resuelto con facilidad, cuando los materiales legales habituales no alcanzan para despejar el camino, el juez debe hacer un esfuerzo extra para decidir el caso y su decisión será hasta cierto punto subjetiva. ¿Significa esto que es una preferencia “política”, “ideológica” o “personal”? Sí, hasta cierto punto. Los jueces deben juzgar, fueron puestos en el cargo con ese propósito. Todos tienen valores fundamentales, el lugar del cual “provienen”. No quiero sugerir que los jueces no tienen ningún tipo de restricciones legales. Por el contrario, están limitados por su deber de seguir las reglas del oficio, honestamente y tan lejos como puedan llevarlas. En otras palabras, la creación judicial o aplicación de una libertad civil es parte del “derecho” pero, para llegar allí o no, se requiere, frecuentemente, algo más que el análisis legal convencional.

¿Es esta nueva forma de ver el problema de la magistratura buena o mala? Sugiero que no es ninguna de las dos, parecería que es meramente inevitable.