

LA DECLARACIÓN DE DERECHOS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL*

Por J. A. C. GRANT**

INTRODUCCIÓN

Al entrar en vigor la Constitución de los Estados Unidos, en 1789, una de las primeras medidas adoptadas por el nuevo gobierno nacional fue la creación de un sistema de tribunales federales. En un periodo de dos años, estos tribunales se convirtieron en la principal salvaguarda del principio de la supremacía de las leyes federales y los tratados internacionales sobre las leyes de los Estados, así como de la Constitución sobre cualquiera otra ley del Congreso. Ya en abril de 1791 tres tribunales de circuito (componentes básicos del nuevo sistema federal) se habían rehusado a cumplir lo que estimaron eran deberes no-judiciales que les imponía una ley federal de pensiones, haciéndolo saber así al Presidente y al Congreso. Éste estuvo conforme en admitir que dicha ley era inconstitucional y la sometió a revisión para conciliarla con las ideas de los tribunales.¹ Poco después, los jueces que cubrían el Circuito del Este rehusaron aplicar dos leyes del Estado de Rhode Island por considerarlas inconstitucionales: una, porque violaba la disposición que sólo permite a los Estados la emisión de valores con respaldo en oro o plata para el pago de deudas,² la otra, porque violaba la disposición de que ningún Estado puede dictar una ley que empeore las obligaciones derivadas de los contratos.³ En el mismo periodo se rechazó la aplicación de una ley de Pennsylvania por estar en conflicto con un tratado internacional.⁴

* Este trabajo constituye el resultado de las conferencias sustentadas por el autor en el curso de Derecho Constitucional Comparado, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Derecho de la UNAM durante los meses noviembre-diciembre de 1972.

** Profesor emérito de la Universidad de California en Los Ángeles.

¹ Véase la nota al Caso *Hayburn* en 2 Dall. (2 U.S.) 409, 410 (1792).

² *Barnes v. West*, no relacionado. La Suprema Corte desestimó un mandamiento (*writ*) de error, al considerarlo indebidamente otorgado, *West v. Barnes*, 2 Dall. (2 U.S.) 401 (1791). Véase la noticia del caso en 1 C. Warren, *The Supreme Court in United States History* 56 (1922).

³ *Champion v. Casey*, no relacionado, fallado en junio de 1972. Véase la noticia del caso en 1 *Warren* 66-7.

⁴ Véase el caso anónimo, no relacionado, fallado por el Tribunal de Circuito del Distrito de Pennsylvania, en mayo de 1791, discutido en 1 *Warren* 65-6.

Así, desde muy temprano en nuestra historia, mucho antes de que el presidente de la Suprema Corte, Marshall, emitiera su célebre opinión en el caso *Marbury v. Madison*,⁵ y de acuerdo con los más antiguos precedentes estatales⁶ y coloniales,⁷ quedó establecido que nuestro sistema de control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes y actos del gobierno habría de ser *descentralizado* —como lo llama el profesor Cappelletti—, y, por ende, susceptible de ser puesto en práctica por *cualquier* tribunal que conozca de un caso en que la validez de la ley aplicable al mismo sea impugnada.⁸ Quedó igualmente estatuido que si el tribunal decide que una ley es inconstitucional, ésta ya no será considerada como anulable, sino nula de pleno derecho. Como decía una antigua decisión de un tribunal de circuito: “(La ley) fue nula desde un principio, nunca tuvo vigencia ni produjo efecto alguno, y guarda exactamente la misma condición que si no hubiera sido expedida.”⁹

Quando, el 15 de diciembre de 1791, fue adoptada la Declaración de Derechos como una serie de enmiendas a la Constitución, se dio por sentado que dichos tribunales continuarían desempeñando el mismo papel que ya venían jugando, de defensores de la propia Constitución.¹⁰ Si su función de intérpretes de la Declaración de Derechos se desarrolló en forma lenta ello se debió a varios factores, siendo el más importante el de que esas enmiendas limitaban tan sólo al nuevo gobierno federal pero no a los Estados miembros. Este hecho tuvo una especial significación en el campo que he escogido a tratar aquí: el de la aplicación de la ley penal. Hasta muy recientemente, el Código penal federal estuvo bastante limitado en su esfera jurisdiccional, y, todavía hoy, la aplicación de la ley penal constituye, en gran medida, una atribución de los Estados.

Durante el primer siglo del nuevo gobierno, la revisión judicial, por lo que a los tribunales federales se refiere —incluyendo el papel de la Suprema Corte como tribunal de revisión de las resoluciones dictadas por los tribunales estatales en materias reguladas por leyes federales—, estuvo dirigida principalmente a dirimir conflictos dentro del sistema federal. Sus problemas eran,

⁵ 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803).

⁶ Véase la discusión de los casos en C. G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* 88-121 (2ª ed. 1932).

⁷ Véase *Haines* 44-66, y la excelente noticia del litigio que contiene Winthrop and Lechmere, 1727-1728, en 1 J. B. Thayer, *Cases on Constitutional Law* 34-40 (1895).

⁸ M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* 46 (1971).

⁹ *Van Horne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dall. (2 U.S.) 304, 320 (C.C.D. Pa. 1795).

¹⁰ Inclusive Thomas Jefferson, a quien erróneamente se le consideraba enemigo de la revisión judicial en virtud de sus críticas a algunas de las observaciones ligeras (*obiter*) del Presidente de la Corte en el caso *Marbury v. Madison*, era de la misma opinión; aun cuando en 1789, en una carta dirigida desde Francia a James Madison, afirmaba: “En los alegatos en favor de una declaración de derechos, omite usted uno que tiene la mayor importancia para mí: el control de la legalidad, que lo pone en manos del poder judicial.” 3 T. Jefferson, *Writings* (Washington ed. 1853). Véase C. P. Patterson, *Thomas Jefferson and the Constitution*, 29 “Minn. L. Rev.” 265 (1945).

esencialmente, disputas relativas a la división de poderes existente entre el gobierno federal (o nacional) y los gobiernos estatales, o entre las diversas dependencias de aquél. La primera gran contribución de la Suprema Corte fue su interpretación de la Constitución, y, en especial, de la cláusula sobre el comercio, la cual abrió las puertas del tráfico entre los Estados y permitió que el país se constituyera en una sola unidad económica. Rara vez se recurrió a ella para determinar el ámbito de la autoridad gubernamental frente a los derechos de los particulares, y, cuando tales casos llegaron a presentarse, los mismos fueron resueltos conforme a la cláusula que prohíbe el empeoramiento de las condiciones de los contratos. El fin de la Guerra Civil condujo a establecer la prohibición de expedir leyes penales retroactivas (*ex post facto laws*) o privativas (*bills of attainder*), tanto por los Estados¹¹ como por el gobierno federal,¹² la que, por supuesto, sólo tuvo una vigencia transitoria. El derecho de propiedad, más que el Código Penal, ocupaba principalmente la atención de la Corte. Efectivamente, no recuerdo un solo caso en el que se hayan invocado las garantías otorgadas por la Declaración de Derechos en materia penal para anular algún acto de autoridad anterior a 1874,¹³ o ley alguna expedida antes de 1886.¹⁴

Fue la adopción de la Enmienda decimocuarta constitucional, en 1868, la que vino a dar a la Suprema Corte su actual supremacía en el campo de los derechos individuales. El texto crucial está en su artículo 1º, que dice:

Ningún Estado podrá dictar o aplicar ley alguna que menoscabe los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privar a persona alguna de su vida, libertad o propiedades sin el debido proceso legal, o negarle dentro del ámbito de su jurisdicción, igual protección frente a la ley.

Sin embargo se necesitaron muchos años para que estas palabras se tradujeran en hechos. La primera reacción de la Corte fue dar a dicho texto la interpretación más restringida posible. Los privilegios e inmunidades de la ciudadanía nacional se interpretaban tan sólo como un derecho a contratar con el gobierno federal, a solicitar su protección dentro y fuera del país, a participar en el mismo en caso de ser elegido o nombrado para un cargo público,

¹¹ *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. (71 U.S.) 277 (1867).

¹² *Ex parte Garland*, 4 Wall. (71 U.S.) 333 (1867).

¹³ *Ex parte Lange*, 18 Wall. (85 U.S.) 163 (1874). El tribunal del conocimiento sentenció a un criminal convicto a prisión y a pagar una multa. El acusado pagó la multa y exigió su libertad con base en un mandamiento (*writ*) de *habeas corpus*, haciendo notar que la ley sólo autorizaba una condena a multa o a prisión. El tribunal trató entonces de reembolsarle la multa y volver a sentenciar a prisión al acusado, pero se consideró que esto era violatorio de la garantía que otorga la Enmienda quinta contra una segunda condena por el mismo delito.

¹⁴ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

etcétera;¹⁵ derechos éstos que no necesitaban de una nueva enmienda para ser protegidos en caso de interferencia por parte de algún Estado de la Unión. Invocando el principio de la igualdad frente a la ley, la Corte afirmó:

Dudamos mucho que un acto de autoridad estatal que no esté francamente dirigido a discriminar a los negros, como clase o por motivos raciales, pueda considerarse incluido dentro de la hipótesis de esta disposición legal;¹⁶

para luego, en casos posteriores, ¿defender la segregación racial obligatoria en los transportes públicos, escuelas y teatros!¹⁷ Los primeros casos prácticamente no dieron importancia alguna a la cláusula sobre el debido proceso legal; y lo cierto es que hasta entonces el texto mismo de la Enmienda quinta, relativa a los límites del gobierno federal, habría pasado virtualmente inadvertido desde 1791.

Sin embargo, en las últimas décadas del siglo diecinueve se produjo un gran cambio en los tribunales estatales, al interpretar éstos garantías similares consagradas en sus propias constituciones locales. Al terminar la Guerra Civil un poderoso movimiento político, llamado "La Granja" (*The Grange*), obtuvo el control de muchos gobiernos estatales del medio-oeste, con la mira de regular legislativamente las tarifas de los ferrocarriles, de otras empresas de servicios públicos y de grandes corporaciones semipúblicas, tales como los depósitos de granos. Éste pronto se convirtió en un movimiento legislativo, a nivel nacional, en defensa de los consumidores y del mejoramiento de las clases trabajadoras, que, incluso, llegó a fomentar el desarrollo de los sindicatos laborales.

Como la Suprema Corte se abstuviera de intervenir para contener esta marejada,¹⁸ los tribunales estatales decidieron hacerlo. Aplicando, a veces, lo que consideraban meros principios no escritos sobre los derechos naturales e inalienables del hombre, pero invocando cada vez más lo que llamaban "los requisitos del debido proceso legal", dichos tribunales anularon la mayor

¹⁵ Los casos *Slaughter-House*, 16 Wall. 83 (U.S.) 36, 79-80 (1873).

¹⁶ *Id.*, 81.

¹⁷ "La finalidad de la enmienda fue indudablemente hacer observar la absoluta igualdad de las dos razas ante la ley, pero... no una igualdad social, distinta de la política, ni una mezcla de las dos razas sobre bases insatisfactorias para una y otra... Esta Corte ha trazado a menudo la distinción entre las leyes que obstaculizan la igualdad política del negro y las que exigen la separación de las dos razas en escuelas, teatros y vagones del ferrocarril." *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 544, 545 (1896).

¹⁸ En el caso *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126, 132 (1876) la mayoría de los magistrados sostuvo: "Cuando alguien destine sus bienes a un uso en el que el público tenga interés..., debe someterse al control público en aras del bien común... (Los almacenes de granos) están situados en la mera "puerta de entrada al comercio", y cobran un derecho de molienda a todo el que pasa... y, por tanto..., todo dueño de almacén debe estar sometido a un control legal, que regule dentro de ciertos límites razonables el cobro de ese derecho."

parte de esta nueva legislación, por estimar que interfería ilícitamente con la "libertad contractual". El asunto es demasiado complejo y llevaría mucho tiempo explicarlo aquí; pero, afortunadamente, ha sido muy bien resumido en el *Yale Law Journal* por el difunto decano Roscoe Pound.¹⁹

Al final del siglo pasado esta nueva interpretación de la cláusula del debido proceso legal fue aceptada por la Suprema Corte, la cual estableció por unanimidad, en 1897, que:

La libertad mencionada en esa enmienda significa, no solamente que el ciudadano tiene el derecho a ser libre respecto de cualquier coacción física ejercida sobre su persona, como el encarcelamiento, sino... también el de gozar libremente de todas sus aptitudes; de utilizarlas lícitamente en cualquier forma; de vivir y trabajar donde quiera...; de buscarse la forma de vida o profesión que desee, y, en consecuencia, de celebrar cualquier tipo de transacción que pueda ser conveniente, necesaria y esencial para alcanzar satisfactoriamente los propósitos antes mencionados.²⁰

En 1905, por mayoría de 5 votos contra 4, la Suprema Corte anuló una ley que limitaba la jornada de trabajo de los empleados de una panadería a diez horas diarias y sesenta horas semanales, estableciendo que: "El derecho general a celebrar un contrato en relación con su negocio, forma parte de la libertad del individuo que está protegida por la Enmienda decimocuarta".²¹ En 1908, con la oposición de sólo dos de sus miembros, la Corte invocó la misma tesis para invalidar una ley que estaba dirigida a frenar el empeño de los patrones en impedir a sus obreros la incorporación a los sindicatos laborales. La opinión de la Corte decía:

El derecho que una persona tiene para vender su trabajo en los términos que más le convengan es, en esencia, el mismo derecho que asiste al comprador de la fuerza de trabajo para fijar las condiciones en que está dispuesto a aceptar dicho trabajo de la persona que se lo ofrece en venta... En tales circunstancias, patrón y trabajador tienen igualdad de derechos, y cualquier legislación que perturbe esta igualdad constituye una interferencia arbitraria a la libertad contractual, que ningún gobierno puede lícitamente justificar dentro de un país libre.²²

Esta actitud de los jueces sobrevivió a los enconados ataques dirigidos a la Corte por el presidente Theodore Roosevelt y el senador Robert M. LaFollete, durante la campaña política de 1912. Tanto en 1923, como en 1925, 1927

¹⁹ R. Pound, *Liberty of Contract*, 18 "Yale L. J." 454 (1909), reimpresso por la "Association of American Law Schools" en 2 *Selected Essays on Constitutional Law* 208 (1938).

²⁰ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 589 (1897).

²¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 53 (1905).

²² *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 175 (1908).

y 1936, la Suprema Corte anuló las leyes que establecían el salario mínimo que debía pagarse a las trabajadoras, explicando que ello constituía

una interferencia inconstitucional a la libertad contractual que ampara la garantía del debido proceso legal... No hay, por supuesto, una absoluta libertad contractual, la cual está sujeta a una variedad de limitaciones. Sin embargo, la libertad contractual es la regla general y su limitación constituye la excepción, por lo que el ejercicio de la autoridad legislativa para modificar esta relación sólo puede justificarse por la existencia de circunstancias extraordinarias.²³

La Corte no encontró "circunstancia extraordinaria" alguna que justificara tales leyes. Al mismo tiempo, las reglas desarrolladas por los tribunales para determinar el monto de las tarifas de los servicios públicos resultaron ser ficciones y poco razonables, así como, virtualmente, de imposible aplicación.

Los magistrados que se opusieron a tales medidas, fueron a veces muy francos en la crítica a sus colegas. El presidente de la Suprema Corte, Taft, en el caso relativo al salario mínimo, insistió en que "no es función de esta Corte invalidar las leyes del Congreso tan sólo porque hayan sido dictadas con criterios económicos que ella considere disparatados y erróneos".²⁴ El magistrado Holmes señalaba:

Las primeras decisiones dictadas con apoyo en la letra de la Enmienda decimocuarta están todavía frescas en nuestra memoria y no han pasado de ser un modesto pronunciamiento sobre la libertad de ejercicio de las profesiones usuales. Posteriormente, esta inofensiva y vaga consideración se ha transformado en el dogma de la libertad contractual. El contrato no aparece expresamente mencionado en el texto legal que tenemos que interpretar, no es más que una manifestación del "hacer lo que se quiera" que se halla contenido en la palabra libertad.²⁵

También se produjeron críticas penetrantes en el ámbito de la literatura jurídica.²⁶

²³ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 545, 546 (1923), seguido por *Murphy v. Sandell*, 269 U.S. 530 (1925); *Donham v. West Nelson Mfg. Co.*, 273 U.S. 657 (1927), y *Morehead v. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936).

²⁴ 261 U.S. 562.

²⁵ *Id.*, 568.

²⁶ Pound, en su artículo arriba citado, *supra* nota 19, 487, 2 *Selected Essays* 237, afirmaba que "las decisiones en sí mismas son tan académicas y tan elaboradas en su argumentación" que seguramente serán revocadas, pero que "el mal causado por esos casos les sobrevivirá, por el deterioro de la autoridad de los tribunales, mucho después que las propias decisiones hayan sido olvidadas". Quince años antes de ser nombrado magistrado de la Suprema Corte, siendo profesor de derecho en la Universidad de Harvard, Félix Frankfurter escribió en el *New Republic* del 1º de octubre de 1924, que

Finalmente, cuando la Suprema Corte tomó la decisión de anular la mayor parte de la legislación del "Nuevo Trato" (*New Deal*) del presidente Franklin Delano Roosevelt, en los años treinta, ello provocó tal tempestad de críticas que el concepto íntegro de "libertad contractual", en tanto que prescripción constitucional, reventó como pompa de jabón. Con los cambios en la integración de la Corte, este concepto ha pasado a la historia. A pesar de todo, ni el activismo de la Corte ni la importancia del principio del debido proceso legal se debilitaron por mucho tiempo. Ambos se han trasladado a otro campo: al de la aplicación del derecho penal.

CAPITULO I

LA ENMIENDA DECIMOCUARTA Y LA DECLARACION DE DERECHOS

Etimológicamente la disposición de la Enmienda decimocuarta que dice: "ni (podrá un Estado) privar a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal", parece más bien referirse al derecho adjetivo (procesal) que al sustantivo. En la Enmienda quinta, y en todas las primeras constituciones estatales, la expresión *debido proceso legal* aparece conectada con garantías procesales específicas, tales como el juicio por jurado, la dispensa de una auto-incriminación forzada y otras. Algunas de las primeras decisiones judiciales de Carolina del Norte y Nueva Hampshire llegaron, incluso, a sostener que aquél constituye tan sólo una limitación a la actividad de los tribunales y del poder ejecutivo, pero no a la del legislativo, a fin de garantizar "el derecho que todo ciudadano tiene a no ser arrestado sin la existencia de un mandamiento legal".¹ Sin embargo, la mayoría de los comentaristas, incluyendo a Kent y a Story, lo tomaron en el sentido más amplio de garantía esencial del procedimiento del derecho común (*common law*), que incluye el encausamiento ante un gran jurado y el juicio posterior por un jurado menor, cuándo éstos sean exigidos por el propio derecho común.²

"no hay nueve hombres tan sabios y tan buenos a los que se les pueda confiar el poder que otorgan las disposiciones irrestrictas de las cláusulas del debido proceso. Hemos tenido cincuenta años de experiencia con la Enmienda decimocuarta y el poder centralizante que detenta la Suprema Corte sobre los asuntos internos de cuarenta y ocho Estados tan diversos es un poder que sencillamente no puede ser ejercido por ella con seguridad para sí ni para los Estados. Las cláusulas del debido proceso tienen que funcionar". F. Frankfurter, *Law & Politics* 16 (MacLeish & Prichard, eds. 1939).

¹ *State v. Knight*, 2 Hayw. 28, 31, 32, 33, 40 2 N.C. 50, 53, 55, 63, (1794); *Mayo v. Wilson*, 1 N.H. 53, 58 (1817). Los jueces de North Carolina encontraron el asunto muy difícil y emitieron una opinión dividida.

² "Esta cláusula afirma en efecto el derecho a un juicio conforme a las formas procedimentales establecidas por el derecho común." 3 J. Story *Commentaries on the Constitution* s. 1783 (1833). Véase también W. Rawle, *View of the Constitution* 129 (1825); J. Kent, *Commentaries on American Law* 9-10 (1826); 1 J. P. Bishop, *Criminal Procedure* s. 757 (1858).

A la luz de estos antecedentes, no es sorprendente que desde un principio se realizaran esfuerzos por utilizar la Enmienda decimocuarta como un medio para presionar a los tribunales estatales a adoptar el juicio por jurado. En 1874, 1876, 1877, y nuevamente en 1899, la Suprema Corte rechazó tales argumentos;³ en todos los casos, salvo en el de 1876, el rechazo fue por unanimidad. Las sentencias de la Corte fueron breves, puesto que la resolución era obvia. Finalmente, en 1900, debido a que el magistrado Harlan estaba presentando una opinión contraria, el asunto se discutió más detalladamente. La ley estatal disponía que el jurado se integrara con ocho personas en lugar de doce, aunque se tratase de un delito grave. La Suprema Corte resolvió que el Estado podía actuar como mejor lo estimara, ya que "el juicio por jurado jamás ha sido considerado un requisito necesario del debido proceso legal", el cual queda satisfecho con cualquier forma de procedimiento que sea justo e imparcial.⁴

Hay ciertos motivos para creer que algunos de los que jugaron un papel activo en la elaboración de la Enmienda decimocuarta pretendían que ésta hiciera aplicable en su integridad la Declaración de Derechos a todos los Estados, y que uno de los miembros de la Suprema Corte, el magistrado Bradley, propuso este punto de vista en el primer caso en que la Corte hizo una interpretación de aquella enmienda. Aunque dicho magistrado parecía estar igualmente dispuesto a utilizar la cláusula del *debido proceso* para lograr tal objetivo, puso mayor énfasis en su opinión sobre la disposición de que ningún Estado puede menoscabar los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Bradley habría interpretado que tales privilegios e inmunidades incluían todas las garantías específicas de la Declaración de Derecho,⁵ aunque éstas se otorguen a todas las *personas*, sean o no ciudadanos. Al parecer, el magistrado abandonó este punto de vista casi enseguida, pues al comenzar el año siguiente convino con sus colegas en que los Estados no están obligados a utilizar los jurados. Sin embargo, en 1877 John Marshall Harlan

³ *Edwards v. Elliot*, 21 Wall. (88 U.S.) 532, 557-8 (1874); *Kennard v. Louisiana*, 92 U.S. 480 (1876); *Walker v. Sauvinet*, 92 U.S. 90 (1876); *Pearson v. Yeudall*, 95 U.S. 294 (1877); *Brown v. New Jersey*, 175 U.S. 172 (1899). El caso *Brown* fue penal; todos los demás fueron juicios civiles.

⁴ *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, 603 (1900).

⁵ El habla de "una declaración autoritaria de algunos de los más importantes derechos y prerrogativas de los ciudadanos de los Estados Unidos... en la propia Constitución... tales como el derecho de *habeas corpus*, el derecho a un juicio por jurado, de libre ejercicio de los cultos religiosos, el derecho a la libre expresión y a la libertad de prensa, el derecho a reunirse pacíficamente para discutir los asuntos de interés público, el derecho a ser protegido contra cateos y embargos inmotivados, y sobre todo, y abarcando a casi todos los demás, el derecho a *no ser privado de la vida, de la libertad o de los bienes sin el debido proceso legal*. Estos y algunos otros derechos están especificados en la Constitución original o en las primeras enmiendas a la misma".

Casos *Slaughter-House*, 16 Wall. (83 U.S.) 36, 118 (1873) (opinión concurrente). Las cursivas corresponden al original.

fue nombrado miembro de la Suprema Corte y, desde 1884, hasta su muerte en 1911, sostuvo el mismo criterio en forma constante.

En California se había encausado a un hombre por asesinato, sin que previamente se hubiera sometido la acusación de que esto no era posible. Harlan estimó que el *debido proceso* incluía “los principios fundamentales de libertad y justicia”, comprendiendo —pero no limitándose— a aquellos que han sido definidos como tales al ser incorporados en la Declaración de Derechos. Todos eran para él “principios vitales del gobierno republicano”. Se daba cuenta de que ello volvía a la expresión *debido proceso*, en el sentido que se le da en la Enmienda quinta, harto redundante, pero tal cosa no le preocupaba. Harlan decía:

Me parece que se pone demasiado énfasis en el hecho de que los autores de la Constitución hayan establecido, por una parte, disposiciones sobre la protección de aquellos derechos que ya estaban garantizados en el derecho común (*Common Law*) por la exigencia del debido proceso legal, y declarado por otra, de manera general, que ninguna persona será “privada de su vida, libertad o propiedades, sin el debido proceso legal”. Los derechos, para cuya protección fueron dictadas estas disposiciones, tenían un carácter tan esencial para la seguridad de las personas, que se consideró prudente evitar la posibilidad de que el Congreso... pudiera restringirlos o destruirlos. Por esto, su enumeración... aparece relacionada con la exigencia general de que se satisfaga el debido proceso legal, dando a éste una amplitud tal que abarque a todo derecho a la vida, libertad o propiedades garantizado por los usos, costumbres y procedimientos que estaban vigentes conforme al derecho común y las leyes de Inglaterra, en el momento de la creación de nuestro sistema de gobierno.⁶

La mayoría de los magistrados no sólo rechazó esta teoría de que el debido proceso legal, tal como lo entiende la Enmienda decimocuarta, incluye a la Declaración de Derechos, sino que incurrió en el extremo contrario. Bordando sobre una aseveración hecha seis años antes, en el sentido de que

si la propiedad privada es ocupada (por un Estado) por causa de utilidad pública sin una justa compensación, debe recordarse que, al adoptarse la Enmienda decimocuarta, fue eliminada de la Enmienda quinta la disposición respectiva que corresponde a la que ahora estamos interpretando,⁷

expresaron:

Vamos a interpretar esta expresión de la Enmienda decimocuarta por el *utiloquendi* de la propia Constitución. Las mismas palabras son empleadas por la Enmienda quinta. Aquel artículo contiene una disposición específica que está dirigida a perpetuar la institución del gran jurado...

⁶ *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 550 (1884) (opinión disidente).

⁷ *Davidson v. New Orleans*, 96 U.S. 97, 105 (1878).

... La conclusión obvia y natural es que, de acuerdo con la Constitución, "el debido proceso legal" no ha pretendido incluir... la institución y el procedimiento del gran jurado para todos los casos. Resulta igualmente inevitable concluir que cuando la Enmienda décimocuarta utilizó la misma expresión para restringir la acción de los Estados, lo hizo con el mismo sentido y sin otro alcance mayor; y que si el propósito de la adopción de dicha enmienda hubiera sido el de perpetuar la institución del gran jurado en todos los Estados, ella habría introducido, como lo hizo la Enmienda quinta, una declaración expresa para tal efecto.⁸

En otras palabras, la incorporación de una garantía específica en la Declaración de Derechos constituye una prueba de la *exclusión*, más que de la *inclusión*, en la Enmienda decimocuarta, de las limitaciones impuestas a los Estados.

La primera objeción sería a este criterio, de que el *debido proceso legal* no incluye ninguna de las garantías específicas de la Declaración de Derechos, surgió en 1892, cuando los magistrados Field y Brewer se unieron a Harlan para insistir en que la Enmienda decimocuarta había vuelto obligatoria para los Estados tanto la Declaración de Derechos en su integridad como la Enmienda octava, relativa a la garantía contra las penas inusitadas y trascendentales.⁹ Cinco años más tarde la teoría entera se vino a tierra. Por aquel entonces, como ya lo hemos visto, la Suprema Corte se había encariñado con la doctrina de la libertad contractual, la cual había sido construida sobre la idea de que el *debido proceso legal* está dirigido a proteger los derechos básicos y fundamentales del hombre, tal como eran interpretados, claro está, por los jueces y no por el Congreso o las legislaturas estatales. ¿Qué cosa podía ser más fundamental que prohibir que la propiedad privada honestamente adquirida pudiera ser expropiada por causa de utilidad pública sin una justa compensación?

La Corte sostuvo, en forma unánime, que el derecho a recibir una compensación es "un principio establecido del derecho universal que penetra a todas las disposiciones constitucionales", por lo que "no hay *debido proceso legal* si no se establece dicha compensación". En suma, el *debido proceso legal* constituye una garantía contra "la sujeción del individuo al ejercicio arbitrario de un poder gubernamental que no esté limitado por los principios establecidos del derecho privado y la justicia distributiva".¹⁰ La cuestión básica es, única y

⁸ 110 U.S., 534-5.

⁹ *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, 466, 469 (1892) (opiniones disidentes).

¹⁰ *Chicago, B. & Q. R. R. v. Chicago*, 166 U.S. 226, 234, 236, 238 (1897). Pero la mayoría de los magistrados se negó a revisar el fallo del jurado de que la compensación de 1 (un) dólar era adecuada para la apertura de una calle pública por el derecho de vía del ferrocarril en la ciudad de Chicago, dando lugar a la oposición de J. Brewer, quien manifestó que "las abundantes premisas de la parte anterior de la opinión se reducen a la nada al llegar a la conclusión". *Id.*, 259.

exclusivamente, la naturaleza fundamental del derecho reclamado. El que sea o no un derecho específicamente garantizado por la Declaración de Derechos no es determinante. En realidad, esto resulta irrelevante.

Aunque este nuevo enfoque reabrió el debate no dio sus primeros frutos en el campo de la aplicación del derecho penal estatal durante cincuenta años, y la Enmienda decimocuarta no llegó a ser realmente significativa, en ese campo, hasta los años sesenta. En cambio, la Suprema Corte continuó sosteniendo que dichas garantías específicas del juicio por jurado, de la dispensa de una auto-incriminación y del derecho del acuerdo a no ser careado con los testigos presentados en su contra, no constituyen requisitos del *debido proceso legal*, ya que ninguna de ellas refleja "un principio inmutable de justicia universal" que forme parte del "patrimonio inalienable de todo ciudadano de un gobierno libre", que esté consagrado "por encima y con anterioridad a las propias Constituciones".¹¹

Hasta 1947 las únicas disposiciones de la Declaración de Derechos que, además de la garantía de la justa compensación en caso de expropiación por causa de utilidad pública, llenaban este requisito y encajaban, por tanto, dentro de la cláusula del *debido proceso legal*, como una limitación a los Estados, eran las garantías de la Enmienda primera, comenzando con la libertad de expresión. Esto sucedió en forma verdaderamente casual. La Corte eludió tratar el asunto en 1920, por considerarlo innecesario para la resolución del caso a debate.¹² Sólo el magistrado Brandeis adujo que ya que la Corte estaba defendiendo la libertad contractual, a la cual se oponía él, bien haría en proteger también la libertad de expresión.¹³ Dos años más tarde la Corte declaró en forma incidental (*obiter*):

La Constitución de los Estados Unidos no impone a los Estados miembros la obligación de otorgar a los súbditos que se hallen dentro de su jurisdicción, la garantía de libre expresión ni el derecho al secreto.¹⁴

En 1925, una vez más, los magistrados encontraron innecesario tocar el asunto, ya que la mayoría decidió que la ley estatal a discusión sería constitucional aun a la luz de la Enmienda primera. Pero, en esta ocasión, su declaración fue diferente a la de 1920:

¹¹ *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78, 113 (1908) (autoincriminación). Para otros casos, véase *Brown v. New Jersey*, 175 U.S. 172 (1899) (juicio por jurado); *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581 (1900) (juicio por jurado); *West v. Louisiana*, 194 U.S. 258 (1904) (careo de testigos); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) (doble condena por el mismo delito).

¹² *Gibert v. Minnesota*, 254 U.S. 325, 332 (1920).

¹³ *Id.*, 343 (opinión disidente). Brandeis concluyó que la cuestión no se le plantea a la Corte.

¹⁴ *Prudential Ins. Co. v. Cheek*, 259 U.S. 530, 542-3 (1922).

Para el presente caso, podemos y debemos admitir que las libertades de expresión y de prensa —que la Enmienda primera protege de cualquier menoscabo por el Congreso— se encuentra entre los derechos y “libertades” individuales fundamentales que la cláusula del *debido proceso legal* de la Enmienda decimocuarta ampara frente a cualquier limitación por parte de los Estados.¹⁵

Los magistrados Holmes y Brandeis disintieron.

El principio general de la libertad de expresión —afirmaron— debe considerarse incluido en la Enmienda decimocuarta, de acuerdo con el alcance que se le ha dado al término “libertad”, aunque quizás pueda ser aceptado con una mayor amplitud de interpretación con la permitida al Congreso por el texto imperativo de la Enmienda primera.¹⁶

Aun a la luz de criterios menos rigurosos, la ley en cuestión era, en su opinión, inconstitucional.

Dos años más tarde, la corte declaró nula una ley de Kansas por coartar la libertad de expresión¹⁷ y en 1931 anuló una ley de California por motivos similares,¹⁸ así como otra de Minnesota porque limitaba¹⁹ la libertad de prensa. Todas estas sentencias daban por sentado que la cuestión ya había sido decidida en 1936, al anular una ley estatal que gravaba a los periódicos con un impuesto declarar que era innecesario decidir el punto en el caso a discusión. Finalmente, en 1936, el anular una ley estatal que gravaba a los periódicos con un impuesto prohibitivo, por considerar que restringía la libertad de prensa, la Corte desarrolló las bases constitucionales de tales decisiones.

La libertad de prensa —decía— está dirigida a la entraña misma del derecho natural de los miembros de una sociedad organizada, que se han unido para su beneficio común, para compartir y obtener información sobre sus comunes intereses. (La garantía de la Enmienda primera) expresa uno de aquellos “principios fundamentales de libertad y justicia que yacen a la base de nuestras instituciones políticas y civiles”, y, por tanto, se halla protegida, contra cualquier acción de los Estados, por la cláusula del debido proceso legal.²⁰

Obviamente, esta forma de razonamiento daba poca importancia al hecho de que el derecho específico a ser protegido frente a cualquier violación por los Estados, ya estaba garantizado, por la Declaración de Derechos, contra restric-

¹⁵ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925).

¹⁶ *Id.*, 672.

¹⁷ *Fisk v. Kansas*, 274 U.S. 380 (1927).

¹⁸ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

¹⁹ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

²⁰ *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233, 243, 244, 245 (1936).

ciones de parte del gobierno federal. En cambio, aplicó el mismo criterio seguido en los casos sobre libertad contractual para anular leyes sobre salario mínimo, jornada de trabajo y otras similares. Esta analogía les pareció dolorosamente evidente a los magistrados Holmes y Brandeis, quienes ya en 1927 habían actuado en forma un tanto reticente por esta misma razón, al declarar:

A pesar de los argumentos en contrario, que nos han parecido persuasivos, ya se ha establecido que la cláusula del debido proceso legal, de la Enmienda cho adjetivo (procesal). Así que todos los derechos fundamentales comprendidos dentro del término *libertad* se hallan protegidos por la Constitución federal frente a cualquiera intromisión por parte de los Estados. La libertad de decimocuarta, se aplica tanto a cuestiones de derecho sustantivo como de derecho de expresión, el derecho a la instrucción y la libertad de reunión son, por supuesto, derechos fundamentales.²¹

En ninguno de estos fallos se presentó atención a la otra cuestión apuntada por los magistrados Holmes y Brandeis en 1925: ¿Deben regir para la Enmienda decimocuarta los mismos criterios que para la primera, o bien, el *debido proceso legal* permite a los Estados una mayor libertad que la que la Enmienda primera confiere al Congreso nacional? Sin embargo, la Suprema Corte ha citado, desde un principio, casos resueltos alternativamente conforme a las dos enmiendas, y no tardó en sostener que la Enmienda decimocuarta "vuelve aplicable la primera a los Estados".²² Casos posteriores han aplicado a éstos, a través de la Enmienda decimocuarta, la última parte de la Enmienda primera, que prohíbe la expedición de leyes "que establezcan una religión oficial,²³ o que impidan la libertad de cultos";²⁴ o bien que obstaculicen "el derecho de las personas a reunirse pacíficamente y a elevar peticiones al gobierno para la reparación de daños".²⁵ En todos ellos se ha dado por sentada la identidad de criterios de las dos enmiendas.

Finalmente, los esfuerzos desplegados por la Suprema Corte para hacer efectiva la cláusula del *debido proceso legal*, en la esfera de la aplicación del derecho penal estatal, comenzaron a rendir frutos. No fue gracias a la teoría del magistrado Harlan que las garantías específicas de la Declaración de Derechos se hicieron aplicables a los Estados, sino más bien debido a la teoría, más general, que exige un juicio justo e imparcial, que incluya un conocimiento adecuado de los hechos imputados (cargos), una amplia oportunidad de defensa y un fallo dictado por un tribunal neutral. Ya en 1923 —aunque más de medio siglo

²¹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373 (1927) (opinión concurrente).

²² La primera aseveración semejante que hemos encontrado en una opinión mayoritaria fue la suscrita por el magistrado Douglas en el caso *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 108 (1943). Ahora se ha convertido en la norma.

²³ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

²⁴ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

²⁵ *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937).

después de haberse adoptado la Enmienda decimocuarta— la Suprema Corte sostuvo que si una persona demuestra haber sido declarada culpable bajo la presión de una muchedumbre violenta, cuyas amenazas hayan perturbado el ánimo del jurado y de la defensa, dicha persona tiene derecho al beneficio de un nuevo juicio.²⁶ Cuatro años más tarde, fue anulado un fallo condenatorio en virtud de que, conforme a la ley vigente, el juez tenía una participación en las multas recaudadas, a cuyo respecto declaró la Corte:

Cualquier procedimiento que brinde la posibilidad de que un hombre común, como lo es el juez, se sienta tentado a desentenderse de la gravedad de la prueba que se requiere para condenar al acusado, o que pueda inducirlo a sustanciar un juicio que no mantenga entre éste y el Estado un equilibrio que sea estricto, limpio y efectivo, debe considerarse que es denegatorio para el acusado del *debido proceso legal*.²⁷

En 1932 reiterando su tesis habitual de que "hay ciertos principios inmutables de justicia que son inherentes a la idea misma de un gobierno libre que ningún Estado miembro de la Unión puede desconocer", la Corte sostuvo que

En los casos por delitos graves, en que el acusado esté imposibilitado de contratar un abogado y sea, además, incapaz de asumir adecuadamente su propia defensa por razones de ignorancia, debilidad mental, analfabetismo u otras semejantes, es deber del tribunal, aunque el reo no lo solicite, nombrarle un defensor, como requisito necesario del *debido proceso legal*.²⁸

En 1936 se produjo uno de los casos más célebres, el de *Brown v. Mississippi*,²⁹ en el que la Corte concedió el beneficio de un nuevo juicio en virtud de que el fallo condenatorio se apoyaba tan sólo en confesiones que, según oportunamente se demostró, habían sido arrancados por la policía estatal con procedimientos violentos y brutales. Aunque admitiendo, en principio, que la garantía de la Enmienda quinta contra la auto-incriminación forzada no es aplicable a los Estados, la Corte añadió:

La tortura como método compulsivo para arrancar una confesión es una cuestión distinta. El Estado es libre para regular el procedimiento de sus tribunales de acuerdo con su propia concepción política, salvo que al hacerlo "viole algún principio de justicia que esté tan arraigado en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo, que sea considerado fundamental". (Casos.) Se puede prescindir del enjuiciamiento por un gran jurado, substituyéndolo por querrela o acusación. (Casos.) Pero la libertad del Estado para establecer su

²⁶ *Moore v. Dempsey*, 261 U.S. 86 (1923).

²⁷ *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510, 532 (1927).

²⁸ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 71 (1932).

²⁹ 297 U.S. 278 (1936).

propia política es la libertad de un gobierno constitucional y está limitada por la exigencia del debido proceso legal. Porque el hecho de que un Estado pueda prescindir del juicio por jurado no significa que... el potro y la cámara de torturas... puedan sustituirse al estrado de los testigos... La cláusula del debido proceso reclama que la acción del Estado... sea compatible con los principios fundamentales de libertad y justicia que se hallan a la base de todas nuestras instituciones cívicas y políticas.³⁰

Ninguno de esos casos versó sobre las garantías específicas de la Declaración de Derechos. En esa época el derecho a designar un defensor, que garantizaba la Enmienda sexta, significaba tan sólo el derecho a contratar los servicios de un abogado y no a ser provisto de éste por el gobierno; su interpretación no se hizo extensiva para incluir esto último sino hasta 1938. El ámbito de su aplicación no estaba restringido a los delitos castigados con la pena capital, sino que, en forma expresa, abarcaba a "todos los procesos criminales". Las confesiones extrajudiciales no se consideraban incluidas dentro del marco de la cláusula de la auto-incriminación; y, en efecto, hasta 1911 el único motivo para desestimar una confesión involuntaria lo fue la inverosimilitud de la misma. Así, pues, aunque no se considerara que el *debido proceso* incluyera las garantías consagradas por la Declaración de Derechos, en cierta forma abarcaba mucho más. Los "derechos fundamentales" y los "principios inmutables de justicia" son criterios que dejan a la Corte un gran margen de libertad; los casos relativos al dominio eminente y a la Enmienda primera ya habían puesto en evidencia lo fácilmente que podían ser utilizados, tanto para incorporar cualquiera de las garantías específicas de la Declaración de Derechos como para complementarlas.

Esto es todo lo que habíamos progresado hacia 1940, más de setenta años después de haberse adoptado la Enmienda decimocuarta. En ese año un nuevo miembro de la Corte, el magistrado Black, emitió su primera opinión escrita al respecto, recordando, en una nota a pie de página, que el criterio de "que la Enmienda decimocuarta estaba dirigida a proteger, frente a cualquier invasión estatal, los privilegios e inmunidades que estaban amparados contra violaciones del gobierno federal por la Declaración de Derechos", es, justamente, "el que esta Corte ha rehusado adoptar hasta ahora".³¹ Dos años después, hablando en nombre propio y en representación de los magistrados Douglas y Murphy, el magistrado Black asombró a todo el mundo al declarar: "Creo que la Enmienda decimocuarta ha vuelto aplicable la Enmienda sexta a los Estados".³² La mayoría de los magistrados estaba proclamando el derecho a un defensor de oficio —esto es, sufragado por el Estado— en favor de todos aquellos acusados que, por razón de su inexperiencia, falta de instrucción o de habilidad, o por las complejidades

³⁰ *Id.*, 285-6.

³¹ *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227, 236n (1940).

³² *Beets v. Brady*, 316 U.S. 455, 474 (1942) (opinión disidente).

del caso, tuvieran necesidad de tal asistencia para hacer valer su defensa; pero se rehusaban a adoptar, como requisito del debido proceso legal, la nueva regla, introducida por la Enmienda sexta, en el sentido de que dicho defensor debía ser proporcionado en todos los casos criminales en que el acusado estuviera económicamente imposibilitado para contratar los servicios de un abogado. Los magistrados Black, Douglas y Murphy, disintiendo de esta posición, insistieron en el otorgamiento pleno de la garantía de la Enmienda sexta, tanto con base en la teoría de que el debido proceso incluye a la Declaración de Derechos en su integridad como en la de que el derecho a la designación de un defensor es "fundamental" y necesario para la imparcialidad del juicio.

Para el año de 1947 estos tres magistrados ya habían ganado un cuarto converso en favor de su causa: el magistrado Rutledge. La mayoría rehusó, una vez más, admitir que el *debido proceso legal* incluyera la garantía contra la autoincriminación, sosteniendo en cambio que, en un proceso instaurado por el Estado tanto el fiscal como el juez podían referirse en sus instrucciones al jurado, a la omisión del acusado de subir al estrado de los testigos para hacer su propia defensa.³³ El magistrado Black formuló un célebre voto particular, en el que estableció que el criterio de la mayoría sobre el alcance de las expresiones "decentencia civilizada" y "principios fundamentales de libertad y justicia" equivalía a sustituir la Constitución por conceptos del derecho natural y dejaba a los jueces en libertad de aplicar sus propias ideas acerca de lo que debe entenderse por un juicio imparcial, a la vez que denegaba a los acusados las garantías específicas que los redactores de la Declaración de Derechos consideraron básicas y fundamentales. La tesis implicada en la opinión de Black, en el sentido de que el *debido proceso legal* incluía a la Declaración de Derechos en su integridad (enmiendas de la I a la VIII), *pero nada más* —criterio éste que volvería totalmente superflua la fórmula de la Enmienda quinta—, sólo fue suscrita por el magistrado Douglas. Murphy y Rutledge redactaron su propia opinión, declarando que si bien "estaban de acuerdo en que las garantías específicas de la Declaración de Derechos debían ser trasladadas íntegramente a la sección primera de la Enmienda decimocuarta", en cambio

aún no Estaban dispuestos a afirmar que esta última estuviera total y necesariamente limitada por la Declaración de Derechos. Puede haber ocasiones en que una actuación procesal se aparte en tal forma de las reglas esenciales del procedimiento que justifique ser declarada inconstitucional por no respetar el debido proceso legal, aunque no exista una disposición expresa en la Declaración de Derechos.³⁴

Ahora quedaba claro que sólo se necesitaba un voto para que se considerara incluida cualquier garantía específica de la Declaración de Derechos dentro del

³³ *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947).

³⁴ *Id.*, 124 (opinión disidente).

debido proceso legal; pero esta situación duró tan sólo dos años, ya que Murphy y Rutledge dejaron de pertenecer a la Corte al concluir el período 1948-1949. Durante esta breve etapa, la Suprema Corte sostuvo que las disposiciones de la Enmienda octava que prohíbe las penas inusitadas y trascendentales,³⁵ de la Enmienda sexta que garantiza el juicio público,³⁶ y de la Enmienda cuarta que prohíbe el cateo y el embargo exorbitante o confiscatorio de bienes,³⁷ eran todas aplicables a los Estados a través de la Enmienda decimocuarta. Sin embargo, el magistrado Black se unió a la mayoría para sostener, en el primer caso, que la pena a discusión en la especie no podía considerarse que fuera cruel, y, en el tercer caso, que la regla que prohíbe el empleo de pruebas obtenidas mediante un cateo ilícito no es aplicable a los tribunales estatales. Black terminaba concluyendo que la regla de exclusión no es un requisito de la Enmienda cuarta, sino una norma jurisprudencial sentada en materia de prueba por la Suprema Corte para controlar a los tribunales federales a falta de disposición legal.³⁸ Dicho magistrado puso así en claro que, aun cuando él continuaría insistiendo en que la Declaración de Derechos es aplicable en su integridad a los Estados, adoptaría sin embargo un criterio más estricto que muchos de sus colegas en cuanto al alcance de esas limitaciones.

A la separación de los magistrados Murphy y Rutledge siguieron doce años de calma, durante los cuales ninguna nueva disposición de la Declaración de Derechos fue incorporada a la Enmienda decimocuarta. Por el contrario, la mayoría reafirmó específicamente sus fallos anteriores en el sentido de que ni la garantía contra la auto-incriminación³⁹ ni la que ampara contra un segundo proceso (*second jeopardy*), por el mismo delito,⁴⁰ son tan esenciales como para que constituyan requisitos del debido proceso legal, y nuevamente rehusó aplicar la regla de exclusión respecto de un cateo, supuestamente ilícito, del domicilio del acusado.⁴¹ Después, a partir de junio de 1961, el panorama cambió completamente. Aunque ninguno de los nuevos miembros de la Suprema Corte aceptó el criterio de que la cláusula del debido proceso constituya una formulación abreviada de la Declaración de Derechos, paulatinamente fueron adoptando el punto de vista de que, por lo menos la mayor parte de las garantías específicas otorgadas por dicha Declaración son tan básicas y fundamentales que constituyen sendos requisitos del debido proceso. En 1961 se sostuvo que la norma de exclusión establecida por la Enmienda cuarta era un requisito obligatorio para los Esta-

³⁵ *Francis v. Restweber*, 329 U.S. 459 (1947).

³⁶ *In re Oliver*, 333 U.S. 257 (1948).

³⁷ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

³⁸ *Id.*, 39-40 (opinión concurrente).

³⁹ *Knapp v. Schweitzer*, 357 U.S. 371 (1958); *Mills v. Louisiana*, 360 U.S. 230 (1959); *Cohen v. Hurley*, 366 U.S. 117 (1961).

⁴⁰ *Brock v. North Carolina*, 344 U.S. 424 (1953); *Hoag v. New Jersey*, 356 U.S. 464 (1958); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959).

⁴¹ *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954).

dos.⁴² Dos años más tarde, se amplió el derecho a la defensa gratuita,⁴³ aunque el fallo respectivo no aclaraba si ese derecho era aplicable a todas las causas penales o solamente a los delitos graves conocidos como "crímenes" (*felonies*). En 1964 un gran número de fallos fueron revocados al sustentarse el criterio de que ningún Estado puede obligar a persona alguna a declarar contra sí misma.⁴⁴ Al año siguiente, la Suprema Corte sostuvo que el acusado debe ser careado con los testigos que hayan depuesto en su contra,⁴⁵ tal como lo exige la Enmienda sexta; y, al interpretar sistemáticamente diversas enmiendas, incluyendo la primera, la cuarta, la quinta y la novena, la mayoría de los magistrados encontró que hay una "esfera de privacía" que constituye un impedimento para cualquier tentativa de los Estados o del gobierno federal dirigida a prohibir la práctica del control de la natalidad o la obtención de asistencia médica con ese fin.⁴⁶ En 1967 la Corte adicionó la Enmienda sexta con los derechos a un juicio expedito⁴⁷ y a un procedimiento de apremio para obtener testigos;⁴⁸ y, al año siguiente, el mismo alto tribunal anuló uno de los más extensos y sonados conjuntos de precedentes, al sostener que los procesos criminales sustanciados en los Estados debían efectuarse ante jurado.⁴⁹ Al año siguiente (1969) la Corte se sumó al extenso movimiento de la garantía otorgada por la Enmienda quinta contra un segundo proceso (*second jeopardy*) por el mismo delito,⁵⁰ y en 1971 declaró que, en su opinión, la prohibición establecida por la Enmienda octava respecto de la fijación de una caución excesiva era aplicable también a los tribunales estatales.⁵¹ Finalmente, en junio de 1972, la propia Corte sostuvo que "ninguna persona podrá ser encarcelada por delito alguno —sea menor, mediano o grave— si no ha estado debidamente representada en juicio por un abogado",⁵² haciendo extensiva así a los Estados, en todo su alcance, la garantía de la Enmienda sexta relativa a la defensa gratuita.

Para resumir, desde 1868 hasta junio de 1971, sólo tres de las disposiciones específicas en materia penal de la Declaración de Derechos se han vuelto obligatorias para los Estados, todas ellas durante el periodo 1947-1949. Posteriormente, en el corto periodo que va de junio de 1961 a junio de 1972, todas las restantes especificaciones en la misma materia, excepto una —la disposición de la Enmienda quinta, que dice que "ninguna persona podrá ser

⁴² *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⁴³ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

⁴⁴ *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52 (1964).

⁴⁵ *Poinier v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

⁴⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁷ *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967).

⁴⁸ *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967).

⁴⁹ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

⁵⁰ *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

⁵¹ *Schilb v. Kuebel*, 92 S. Ct. 479, 484 (1971).

⁵² *Argersinger v. Hamlin*, 92 S. Ct. 2006, 2012 (1972).

obligada a comparecer por un delito que merezca pena capital, u otro delito infamante, si no es por denuncia o acusación de un gran jurado"— fueron hechas extensivas a los Estados. Para sorpresa de muchos, salvo para aquellos que estaban consientes de la situación, el magistrado Black adoptó una constante actitud disidente en estos casos. Aunque aceptada plenamente que las citadas disposiciones eran aplicables a los Estados por virtud de la Enmienda decimocuarta, no podía ver en ellas tantos elementos de contención de la acción de los Estados como los que encontraban sus colegas.

Si aceptamos la teoría de que esas garantías específicas eran literalmente aplicables a los Estados, por estar implícitamente incorporadas en la Enmienda decimocuarta —teoría en la que esporádicamente insistieron los magistrados Bradley, Field y Brewer, y, más firmemente, sostuvieron los magistrados Harlan, Black, Douglas, Murphy y Rutledge—, entonces hemos de concluir que los criterios aplicables conforme a la Declaración de Derechos (a nivel federal) y a la Enmienda decimocuarta (a nivel estatal) llegaron a ser idénticos. Si, por otro lado, nos atenemos a la tesis de que tales garantías constituyen requisitos del debido proceso, no por el hecho de que estén incluidas en la Declaración de Derechos sino simple y sencillamente porque son "fundamentales", tal cosa puede o no ser cierta. Como lo hicieran notar los magistrados Holmes y Brandeis, en 1925,⁵³ los criterios aplicables conforme a la Enmienda decimocuarta pueden ser más tolerantes. El magistrado Whittaker expuso la misma teoría en diferentes términos: el "meollo" de la garantía específica puede estar "incorporada" en la Enmienda decimocuarta, sin que ello implique también la inclusión de sus tecnicismos secundarios.⁵⁴ Aunque varios magistrados han discutido esta tesis en múltiples ocasiones, la Suprema Corte se ha inclinado cada vez más por la tesis de la identidad. Como lo explicara el magistrado Brennan, en 1961, en su conferencia dictada sobre James Madison en la Universidad de Nueva York, el hecho de que la Corte pueda elegir entre las garantías específicas no "autoriza al poder judicial a manejar una versión subjetiva y menaguada" de las que aquella considera fundamentales.⁵⁵ Aun cuando esto no parezca muy lógico, al menos simplifica la cuestión a los interesados.

Este parece haber sido el tortuoso e innecesario sendero recorrido para desembocar en lo que pudiera describirse con la expresión "Harlan menos el gran jurado". Pero, aún así, puede ser que haya valido la pena. El gran jurado desapareció del continente europeo mucho antes de que se transformara en una institución moderna. Fue abolido en Inglaterra y eliminado, o vuelto meramente optativo, en la mayoría de los Estados de la Unión y de las provincias del Canadá. Constituiría un retroceso resucitarlo hoy día tan sólo porque, en 1971, haya sido considerado conveniente como medio de protección contra un nuevo

⁵³ Véase *supra*, nota 16.

⁵⁴ *Frank v. Maryland*, 359 U.S. 360, 373 (1959) (opinión concurrente).

⁵⁵ E. Cahn (ed.), *The Great Rights* 85 (1963).

y, en cierta forma, temido gobierno centralista. Lo más importante es que, de haber prevalecido las opiniones de Harlan y de haber sido incorporada íntegramente la Declaración de Derechos en la Enmienda decimocuarta, los Estados habrían quedado sometidos a la única disposición de dicha Declaración que se refiere al procedimiento en los juicios civiles. La Enmienda séptima establece que "en los juicios del orden común en que la cuantía del negocio exceda los veinte dólares, deberá garantizarse el derecho a un juicio por jurado". Esta disposición no ha tenido una real eficacia dentro del sistema federal, ya que, normalmente, no es factible plantear un juicio ante un tribunal federal si el monto del litigio es inferior a los diez mil dólares. Pero, de aplicarse a los tribunales de los Estados, tal disposición podría llevar los asuntos a un punto de paralizadora atomización.

Hay otra cuestión que debe ser señalada. La Suprema Corte jamás ha aceptado la posición del magistrado Black en el sentido de que el alcance del *debido proceso* deba limitarse a las ocho primeras enmiendas. Aunque inicialmente el magistrado Douglas aceptó esta tesis al suscribir la opinión disidente del magistrado Black en el caso *Adamson v. California* (1947),⁵⁶ pronto la abandonó para convertirse en un abierto defensor del criterio más amplio. Ningún otro miembro de la Corte ha llegado a aceptar dicha tesis, la cual pareció desde un principio destinada al fracaso, ya que no hay forma alguna de razonamiento que pueda hacer obligatorios para los Estados las ocho primeras enmiendas sin tomar en cuenta también la novena,⁵⁷ la cual parece exigir este criterio más amplio.⁵⁸ De aquí que la Suprema Corte haya quedado en libertad de ir más allá de las garantías específicas de la Declaración de Derechos, tal como lo hizo patente en 1970, cuando la mayoría de sus miembros estimó que el *debido proceso* reclama una prueba de la culpabilidad que esté fuera de toda duda, sosteniendo, en el caso particular, que este criterio es igualmente válido para que un tribunal de menores pueda declarar al acusado bajo su tutela.⁵⁹ Ésta es una norma que ha sido formulada con posterioridad a la adop-

⁵⁶ Véase *Supra*, nota 33.

⁵⁷ "La enumeración que la Constitución hace de ciertos derechos, no debe interpretarse como un desconocimiento o menosprecio de otros derechos conservados por el pueblo."

⁵⁸ Los esfuerzos del magistrado Black, en el caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 519-20 (1965) (opinión disidente), por interpretar la Enmienda novena justamente como algo distinto de la Décima, cuando declara que "las facultades no conferidas al gobierno federal por la Constitución, no prohibidas por ésta a los Estados, se consideran respectivamente reservadas a éstos o al pueblo", no fueron muy convincentes. El mero texto no se presta para semejante interpretación. Los redactores de la Carta de Derechos creían en el derecho natural, y era su ferviente deseo hacer valer sus principios en contra del nuevo gobierno nacional.

Véase la discusión del caso *Griswold*, referido en la nota 46. Fue éste el primero en que se invocó la Enmienda novena como fundamento para la anulación de una ley y uno de los primeros en que se discutió dicha enmienda.

⁵⁹ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

ción de la Declaración de Derechos, por lo que no se la encuentra en su texto. Por supuesto que el magistrado Black manifestó su disentimiento al respecto. El presidente de la Corte (Burger) y el magistrado Stewart hicieron lo mismo, declarando, entre otras cosas, que ellos "no podían considerar que fuera un síntoma de progreso el hecho de transformar a los tribunales de menores en tribunales penales", cosa que la Suprema Corte "parece estar dispuesta a realizar".⁶⁰

CAPÍTULO II

LA EXPANSIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS

La extensión de la Declaración de Derechos a los Estados a través de la Enmienda decimocuarta se llevó a cabo, como hemos visto, de manera franca y un tanto espectacular. También importante, aunque menos manifiesta, ha sido la gran expansión que ha experimentado la interpretación de las propias garantías específicas hoy vigentes tanto en los Estados como a nivel nacional.

Claro que hay quienes piensan que la Constitución es un documento estático y que es indebido que los jueces introduzcan en sus disposiciones su propia noción de la justicia. El más destacado y reciente defensor de este punto de vista lo fue el desaparecido magistrado Black. En 1947,¹ Black formuló una opinión disidente respecto de una declaración hecha en 1887 por el magistrado Miller, quien en aquel entonces era el portavoz de una Suprema Corte unánime. Interpretando la cláusula de la Enmienda quinta relativa al gran jurado, Miller expreso:

No hay que olvidar que en la interpretación del texto de la Constitución al que aquí nos referimos, como en todos los demás casos en que se hace necesaria una interpretación, debemos colocarnos, hasta donde sea posible, en la misma situación que vivieron quienes formularon ese documento.²

Tratándose de la Declaración de Derechos, tal situación sería la del Congreso de 1789, que propuso lo que habrían de ser las primeras enmiendas, y la de las legislaturas estatales de 1789-1791, que las ratificaron.

Apenas un año antes de morir, el magistrado Black, afinando un poco más su tesis, expresaba:

En ninguna parte de ella (de la Declaración de Derechos) se encuentra una sola afirmación en el sentido de que la condena por un delito grave exija una prueba de culpabilidad que esté fuera de toda duda. La Constitución señala con cierto detalle el tipo de juicio del que todo sospechoso de

⁶⁰ *Id.*, 376 (opinión disidente).

¹ *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 68, 72 (1947) (opinión disidente).

² *Ex parte Bain*, 121 U.S. 1, 12 (1887).

haber cometido un delito debe gozar, y es mi convicción que la Corte carece de facultades para agregar o quitar nada a los procedimientos establecidos por sus autores. . . Cuando esta Corte se arroga la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley —estatal o federal— por considerar que es contraria a nuestra propia opinión mayoritaria (de la Corte) sobre lo que es fundamental y honesto para nuestra sociedad, el país deja de estar regido por el “derecho nacional” para pasar a serlo por el “derecho de los jueces”. . . El derecho a la soberanía, garantizado por nuestra Constitución, es tan importante como cualesquiera de las libertades individuales específicamente garantizadas por la Declaración de Derechos.³

Trátase de un texto admirable que parecería apartarse del magistrado Frankfurter, quien gustaba de recordar que

los derechos básicos no se petrifican con el tiempo, aun cuando, como experiencia humana, algunos pudieran ser calificados, sin ambages, de verdades eternas. Es de la esencia misma de toda sociedad libre, mejorar sus normas acerca de lo que debe considerarse como razonable y justo.⁴

Pero podríamos preguntarnos si éstas no eran sino meras palabras, ya que muchos de los votos del magistrado Black, durante sus 34 años de actuación en la Corte, parecían acercarlo al criterio de Frankfurter. Si la amplitud de miras del periodo 1789-1791 constituye la piedra de toque ¿dónde encontró Black el derecho del acusado a ser provisto de un defensor de oficio?, ¿dónde su derecho a que muchas confesiones, aun dadas en forma voluntaria y teniendo aparente veracidad, no sean admitidas como pruebas en el juicio?, ¿dónde su derecho para pedir que el jurado, que va a conocer de su causa, sea elegido por sorteo de una lista oficial de personas representativas de los diferentes sectores de la comunidad?, ¿dónde su derecho a tener un jurado cuando ha sido acusado por desacato a la Corte? y ¿dónde el derecho del inculcado a que su cómplice en la comisión del delito sea llamado para atestiguar en su favor? Estos y otros muchos derechos reconocidos ahora por la Corte, por muy convenientes, e incluso esenciales, que parezcan hoy día, no estaban por cierto contemplados en la Declaración de Derechos de 1791.

Examinemos, ahora, cómo es que se han operado algunos de estos cambios.

El derecho a la asistencia legal

Muchas de las disposiciones de la Declaración de Derechos fueron establecidas con la intención de garantizar la continuidad de las prerrogativas otorgadas por el derecho común (*common law*). La disposición de la Enmienda

³ *In re Winship*, 397 U.S. 374, 377, 384, 385 (1970) (opinión disidente).

⁴ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 27 (1949).

sexta de que "en todo juicio criminal el acusado tendrá el derecho a ser legalmente asesorado para su defensa", fue claramente introducida para evitar que el nuevo gobierno federal volviera a la práctica del derecho común (*common law*) de denegar dicha asistencia al acusado en todos los casos de delitos graves, con excepción del de traición.⁵ Efectivamente, el pleno derecho a la asistencia legal en los juicios criminales no fue reconocido en Inglaterra sino hasta 1836, en que fue concedido por ley.⁶

El primer tratado de derecho publicado en un Estado de la Unión, con el título de *El sistema legal del Estado de Connecticut (A System of the Laws of the State of Connecticut)*, fue escrito por Zephaniah Swift y editado en dos volúmenes en 1795 y 1796. Refiriéndose al derecho a tener un defensor, en su Estado, dicho autor escribía:

Jamás hemos admitido ese cruel y mezquino principio del derecho común (*common law*) de Inglaterra, de negarle asistencia legal a un hombre cuya vida está en juego en un juicio. . . Antes que el reo sea obligado a declarar, le pregunta si desea ser asistido por un abogado, y, en caso de que lo solicite, invariablemente se le concede.⁷

La mayoría de los Estados adoptaron una regla similar y siete de ellos la incluyeron en sus primeras constituciones. En 1789, Delaware, Pennsylvania y Carolina del Sur dictaron sendas leyes exigiendo que dicha asistencia fuera proporcionada al acusado, por cuenta del gobierno, en todos los casos de delitos graves en que aquélla fuera solicitada; y sabemos, por el tratado de Swift, que los tribunales de Connecticut sentaron la costumbre de nombrar un abogado defensor a todo acusado que lo solicitara, o que, en su opinión, lo necesitara. Puede ser que algunos jueces hubieran estado haciendo lo mismo a título individual, en otros Estados, no obstante que la ley no se los impusiera como obligación. Así que, al reunirse el primer Congreso para elaborar el proyecto de enmiendas que habrían de convertirse en la Declaración Federal de Derechos, ya el derecho pleno a la asistencia legal en todos los casos criminales era una modalidad ampliamente aceptada en el medio jurídico norteamericano, a la vez que se habían dado los primeros pasos tendientes a proporcionar gratuitamente dicha asistencia a todas aquellas personas que no pudieran sufragarla.

El significado que la Enmienda sexta tenía, para el Congreso que la elaboró, se desprende claramente de las leyes por él expedidas para hacerla efectiva. La ley Orgánica del Poder Judicial (*Judiciary Act*), de 1789, dictada hacia la

⁵ Véase J.A.C. Grant, *Our Common Law Constitution*, 40 "Boston U. L. Rev.", 1, 5-9 (1960).

⁶ 6 & 7 Will. 4, Cap. 114, s. 1.

⁷ 2 Z. Swift, *A System of the Laws of the State of Connecticut* 392 (1796).

misma época por el propio Congreso, establecía que los litigantes ante tribunales federales podían gestionar sus asuntos personalmente, o a través de un abogado, pero no contenía disposición alguna sobre el nombramiento de un defensor gratuito. En su segunda sesión, expidió la Ley de delitos federales (*Federal Crimes Act*), de 1790, que disponía que dicho defensor debía ser designado, a petición del acusado, en todos los casos de delitos graves (es decir, que estuvieran castigados con pena de muerte).

Un siglo más tarde, al interpretar esta ley, la Suprema Corte declaró: "Pareciera haber implícita, aquí, una disposición negativa."⁸ En suma, que el mandato legal específico de proporcionar un defensor en los casos de delitos sancionados con la pena capital, entrañaba que tal obligación no existía cuando se trataba de cualquier otro tipo de delitos. La Corte admitía, desde luego, que en los casos de delitos menores, los jueces del proceso podían nombrar un defensor si lo consideraban necesario; lo único que negaba era que los jueces tuvieran el deber legal de hacerlo. Esta interpretación continuó en pie hasta bien entrado en siglo veinte. En 1931, el informe de la "Comisión Nacional de Observancia y Aplicación de la Ley" (*National Commission on Law Observance and Enforcement*), dibujó la Enmienda sexta con la afirmación de que "el derecho que se garantiza es el de contratar un defensor y no el de ser provisto de éste por cuenta del gobierno".⁹

Por aquel entonces, la práctica vigente había cambiado completamente. Asociaciones que prestaban asistencia legal, legislaturas estatales, reformistas profesionales y tribunales federales y locales desempeñaron su papel en este cambio. La Suprema Corte había entrado en escena, por vez primera, con motivo del caso *Scotsboro*, en 1932, en el cual unos acusados "ignorantes y analfabetos" fueron enjuiciados por delitos castigados con la pena de muerte "en una atmósfera de tensa hostilidad y de exaltación de la opinión pública", y sin haberles preguntado siquiera a los acusados "si tenían o podían contratar un abogado, o si deseaban que se les designase uno; o bien, si tenían amigos o parientes" con quienes pudieran ponerse en contacto.¹⁰

Como ya hemos visto, la Corte les concedió el derecho a un nuevo juicio, sosteniendo que:

En caso de delito castigado con la pena capital, en que el acusado no pueda contratar un abogado y sea incapaz de organizar su propia defensa por causa de ignorancia, debilidad mental, analfabetismo u otras similares, es una obligación del tribunal, independientemente de que lo solicite o no

⁸ *United States v. Duzee*, 140 U.S. 169, 173 (1891); en este caso se sostiene que el gobierno no tiene obligación alguna de suministrar a los acusados copia de las denuncias, y se discute el derecho a la asistencia legal como un problema paralelo.

⁹ *Report on Prosecution* 30 (1931).

¹⁰ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 51, 52 (1932).

el acusado, nombrarle un defensor, como requisito necesario del debido proceso legal.¹¹

Seis años más tarde se solicitó a la Corte que ampliara esta regla, ya fuera por la vía de los requisitos del debido proceso legal o de una interpretación de la Enmienda sexta, para incluir en ella los casos de aquellos acusados que, habiendo cometido un delito no sancionado con pena de muerte y no obstante ser medianamente instruidos, estuvieran, sin embargo, en estado de indignencia. La Corte optó por la segunda alternativa, afirmando:

La Enmienda sexta niega a los tribunales federales, en todo proceso criminal, el poder y la facultad de privar a un acusado de su vida o de su libertad, salvo que éste haya tenido o rechazado la asistencia de un defensor.¹²

Al analizar este caso en mis cursos "Bacon", en la Universidad de Boston, sostuve lo siguiente:¹³

Yo no creo que las razones de esta decisión puedan encontrarse en la opinión de la Corte (Suprema). Dicha opinión se basa en la teoría de que la conclusión es una consecuencia necesaria del texto de la Constitución y de la lógica de los precedentes. Sin embargo, como lo ha señalado Beaney, "la historia niega esa interpretación de la disposición relativa a la asesoría legal... y ninguna autoridad seria, académica ni judicial, habría llegado a sostener que la misma sea inherente al espíritu de la Enmienda".¹⁴ Pero si atendemos a los informes oficiales —tan excelentemente preparados por el Departamento de Justicia, encabezados por ese gran humanista llamado Homer Cummings, mejor conocido por su actuación, como abogado del Estado de Connecticut, al demostrar la inocencia de un asesino confeso cuya defensa le fue encomendada— encontraremos la explicación adecuada. Que encontremos o no tal explicación dependerá, por supuesto, de la concepción que adoptemos sobre el Derecho constitucional.

Dichos informes indican que, hacia 1938, había al parecer tan sólo una media docena de Estados que limitaban el deber de nombrarles abogado defensor a los acusados indigentes procesados por delitos castigados con la pena capital. En la mayoría de los Estados, el defensor debía ser designado en forma automática en cualquier caso de delito grave, y, a menudo, también en los casos de baja penalidad, a petición del acusado; varios Estados exigían que sus tribunales preguntaran expresamente al acusado si deseaba o no que se les nombrara dicho abogado defensor.

Múltiples jurisdicciones sufragaban el pago de tal abogado o bien tenían

¹¹ *Id.*, 71.

¹² *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 463 (1938).

¹³ J. A. C. Grant, *Our Common Law Constitution* 40 "Boston U. L. Rev." 1, 22-3 (1960).

¹⁴ W. M. Beaney, *Right to Counsel in American Courts* 32-3 (1955).

un sistema de defensores de oficio, y las resoluciones del Estado de Wisconsin sostenían que el pago de la defensa debía costearse aun a falta de disposición legal que lo autorizara expresamente. En la mayoría de los tribunales federales, se estableció la práctica de "designar abogado defensor en todos los casos en que el acusado no lo hubiera contratado, salvo que éste manifestara expresamente el deseo de asumir su propia defensa"; y el Departamento de Justicia, en una circular fechada el 4 de marzo de 1937, había instado a todos los Procuradores de los Estados Unidos recomendar esta norma a los tribunales que aún no la hubieran adoptado. Esto indujo a los autores del informe a aceptar que sería "una práctica saludable exigir que toda persona acusada de un delito grave, estuviera representada por un defensor, o bien, que renunciara expresamente a éste"; llevándolos, incluso, a agregar que "en caso de tratarse de una cuestión que tuviera que ser resuelta por vez primera (*ex-novo*), es decir, sin apoyo en la historia ni en los precedentes", el apelante debía obtener sentencia absolutoria.

La Suprema Corte tan sólo se limitó a recoger, después, la práctica adoptada por la gran mayoría de los distritos federales —práctica ampliamente admitida también a nivel estatal—, para luego incorporarla a la Constitución. En otras palabras, dicha práctica obligó a los jueces federales recalcitrantes a aceptar las normas superiores seguidas por la mayoría de sus colegas, medida ésta que ya había sido recomendada por el Procurador General, pero cuya adopción por aquéllos no había estado en posibilidad de exigir.

Ya vimos anteriormente cómo este nuevo principio fue incorporado al *debido proceso legal*, volviéndose por tanto aplicable a los tribunales estatales.¹⁵ Una vez más la Suprema Corte actuó aquí a solicitud de los procuradores de los Estados. El Procurador General de Florida, al defender la negativa de su Estado a aprobar la designación de abogado defensor en casos de delitos menores, se dirigió a todos los procuradores de los demás Estados recomendándoles que elevaran escritos a la Suprema Corte apoyando su posición. Sólo dos de ellos lo hicieron. En cambio, veinticuatro de dichos procuradores estatales solicitaron colectivamente a la Suprema Corte que se valiera de la cláusula del *debido proceso legal* para obligar a todos los jueces de los Estados a que adecuaran su actuación a la nueva norma federal, en los casos de delitos graves (*felonies*).¹⁶ La Corte accedió de buena gana a esta petición y, en junio de 1972, como hemos visto, hizo extensivo dicho criterio aun a los delitos menores.¹⁷

Esta decisión de 1972 tiene particular interés, ya que fue más allá de todo lo que hasta ahora había señalado la Suprema Corte como exigencia establecida por la Enmienda sexta. Aun cuando la opinión de 1938 hablaba de "todos los casos criminales", se suponía que esta expresión no incluía a los llamados "delitos

¹⁵ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

¹⁶ Véase la referencia en A. Lewis, *Gideon's Trumpet* 141-54 (1964).

¹⁷ *Argersinger v. Hamlin*, 92 S. Ct. 2006 (1972).

menores" (*petty offenses*), que en general abarcan la mayor parte de aquellos cuya penalidad no excede de seis meses de prisión. Efectivamente, la Corte misma había acepado este punto de vista desde el 27 de enero de 1971, cuando aprobó las nuevas normas procesales para el enjuiciamiento por delitos menores ante magistrados federales.

Permítaseme hacer una digresión momentánea para destacar el papel que la Corte Suprema ha jugado en el establecimiento, por vía legislativa, de las normas de procedimiento relativas a los juicios ante tribunales federales, ya que este aspecto tendrá también su importancia al considerar otras cuestiones de las que luego hablaremos. Desde 1938, los procedimientos ante los tribunales federales en las causas civiles han estado regulados, en gran parte, por normas escritas establecidas *por la Corte* con la asistencia de un comité consultivo. En 1940, el Congreso Federal la autorizó también para dictar normas sobre alegatos, práctica y procedimientos en las causas criminales. La ley respectiva estableció que tanto dichas normas como todas aquellas enmiendas que la Corte llegue a adoptar, salvo que sean expresamente desaprobadas por el Congreso, tendrán fuerza obligatoria y el efecto de dirimir cualquier conflicto de leyes. La Corte designó un comité consultivo integrado por jueces, abogados y profesores de derecho, quienes fueron los que en realidad redactaron las normas. Dos anteproyectos sobre éstas tuvieron una amplia circulación, antes de que el proyecto definitivo, con unos cuantos cambios introducidos por la propia Corte, fuera aprobado y sometido a su confirmación por el Congreso en 1945. En vista de que éste no hiciera ninguna observación en contrario, dichas normas entraron en vigor en marzo de 1946.

Estas normas establecen que toda autoridad que efectúe un arresto "deberá conducir al detenido, sin dilación innecesaria, ante el juez de paz (*magistrate*) disponible más cercano"¹⁸ —quien en esa época recibía el nombre de comisario. En su texto de 1946 las mencionadas normas establecían que

El comisario informará al acusado de los cargos que haya en su contra y del derecho que le asiste tanto para contratar un defensor como para rendir una declaración preparatoria. También le informará de que no está obligado a hacer ninguna declaración, y de que, en caso de hacerla, ésta puede ser legalmente utilizada en su contra. El comisario deberá conceder el acusado la oportunidad de consultar un abogado dentro de un plano razonable, así como otorgarle la libertad bajo fianza. . .¹⁹

Si el acusado solicita rendir una declaración preparatoria ante el comisario —ahora, el juez de paz (*magistrate*), él o su abogado pueden repreguntar a los testigos presentados en su contra y ofrecer también de su parte testigos u otros

¹⁸ Regla 5(a) del año 1946, ahora 18 U.S.C. App., Regla 5(a) (1970).

¹⁹ Regla 5(b) del año 1946, a partir de su reforma.

medios de prueba. Si el juez (*magistrate*) encuentra motivos justificados para someterlo a juicio, lo hará así —de lo contrario lo dejará libre por falta de méritos—; y, en caso de que ya hubiera obtenido la libertad bajo fianza, le será revocada. El paso siguiente consiste en la sujeción a proceso por el juez de distrito, ante el cual el acusado deberá confesar su culpabilidad o declararse inocente, a menos que se le haya permitido el alegato *nolo contendere*. Esta fue la primera vez, conforme a las normas originales de 1946, que el acusado disfrutó del derecho a un defensor designado por cuenta del gobierno (defensor de oficio). Si comparecía ante el tribunal sin abogado, antes de permitirle que produjera su declaración de culpabilidad o de inocencia el juez debía preguntarle si deseaba que se le nombrara un defensor. A menos que el acusado renunciara a este derecho, debía designársele un abogado para su defensa y posponerse la causa para otra fecha.

Ciertos delitos menores eran perseguibles ante el comisario, en cuyo caso el acusado no tenía derecho a un juicio por jurado ni a que se le designara un defensor, aunque sí podía valerse del suyo propio. Cuando el Congreso adoptó, en 1964, un proyecto para pagar no sólo al defensor sino también el servicio de investigación "necesario para la defensa adecuada" de un indigente, estableció expresamente que la ley respectiva no era aplicable al acusado por un "delito menor"²⁰ (*petty offense*). Luego, en 1968, el propio Congreso instituyó el nuevo sistema de jueces de paz (*magistrates*) en vez del de comisarios, ampliando su competencia a los "delitos menores" cuya penalidad alcanzara hasta un año de prisión. Esta ley²¹ disponía que el procedimiento ante los juzgados de paz debía estar regulado por normas establecidas por la Suprema Corte, la cual dictó, el 27 de enero de 1971, un nuevo cuerpo de reglas para dichos juzgados. Estas normas establecían que, en los delitos que no fueran menores, el juez de paz debía informar al acusado "sobre su derecho a contratar un abogado", así como "a solicitar que se le designe y en caso de no estar en condiciones de conseguir uno". Si la acusación es por un delito menor, sólo se le informará "sobre su derecho a tener un defensor"²²

Los jueces Black y Douglas se opusieron a la expedición de estas normas, con base, entre otras razones, en que "infringen los derechos constitucionales... sobre designación de abogado defensor".²³ Este punto de vista prevaleció, en junio de 1972, cuando la Corte sostuvo unánimemente (aunque con cuatro opiniones diversas entre sí) que ni por un tribunal estatal puede "una persona ser encarcelada a causa de delito alguno, sea éste menor (*petty*), mediano o grave,

²⁰ 78 *Stat.* 552 (1964), ahora 18 *U.S.C.* s. 3006A (1970).

²¹ 82 *Stat.* 1107 (1968), ahora 28 *U.S.C.* s. 636 (1970).

²² Reglas 2(b) y 3(b), Reglas de Procedimiento para los Juicios por Delitos Menores ante los Magistrados de los Estados Unidos (1971), 91 *S. Ct.* 2301, 2302.

²³ 91. *S. Ct.* 2229, 2306 (1971).

a menos que, durante el proceso respectivo haya estado debidamente representada por un abogado", o bien, haya renunciado su derecho a éste.²⁴

Ya hemos señalado que, a pesar de que las normas de 1946 permitían a un acusado que estuviera en condiciones de designar su propio abogado, consultarlo después de su arresto y estar representado por él en la declaración preparatoria, las propias normas no permitían la designación de un defensor para el acusado indigente en tanto no fuera llamado a declarar sobre su culpabilidad o inocencia. En 1964, el Congreso hizo extensivo este derecho al procedimiento ante el Comisario (ahora, juez de paz), disponiendo que, en su primera comunicación al arrestado, dicho funcionario debía hacerle saber "que, en caso de no tener capacidad económica para contratar un defensor, se le designará uno".²⁵ Claro que con esto se reconocía un derecho que no existía en el derecho común (*common law*) ni conforme a las primeras interpretaciones que se hicieron de la Enmienda sexta. Entre tanto, las decisiones de la Corte estaban llevando este derecho más allá de la sala de audiencias, para incluirlo en todas las etapas decisivas que van desde el momento en que el sospechoso es puesto bajo custodia o acusado de la comisión de un delito. Como lo asentara la Corte en 1967,

es esencial (al derecho de su defensa) que, además de la presencia del defensor durante el proceso, se garantice al acusado en todo momento que no se encontrará solo frente a la autoridad en ninguna de las etapas del mismo, trátese de un proceso formal o informal, dentro o fuera del tribunal, en el que la ausencia del defensor pueda volver nugatorio el derecho del acusado a un juicio imparcial.²⁶

Para hacer efectivo este nuevo derecho, la Suprema Corte ha sostenido que las pruebas obtenidas con violación del mismo no pueden hacerse valer en el juicio. Así, la confesión del acusado obtenida a través de un interrogatorio policíaco, practicado en ausencia de su abogado, es inadmisibile.²⁷ Si el reo es intimado a subir al estrado, para alinearse junto a otros individuos con fines de identificación policial, es preciso asegurarse de que esté presente su abogado para que vele por sus intereses. De otro modo, no sólo puede prohibírsele al testigo, que de esta manera lo haya identificado, que ratifique dicha identificación, sino que también puede impedírsele al propio acusado que identifique al testigo

²⁴ *Argensinger v. Hamlin*, cit. en nota 17, 2012.

²⁵ 18 U.S.C. s. 3006A (b) (1970).

²⁶ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 226 (1967).

²⁷ *Spano v. New York*, 360 U. S. 315 (1959); *Massich v. United States*, 377 U. S. 201 (1964); *Escobedo v. Illinois*, 378 U. S. 478 (1964); *Miranda v. California*, 384 U. S. 436 (1966). Véase también, *McNabb v. United States*, 318 U. S. 332 (1943), en cuyo caso la sentencia se fundó más bien en la facultad de control que tiene la Suprema Corte sobre los tribunales federales que en la Constitución.

en la audiencia pública, a menos que el fiscal demuestre que tal capacidad de reconocimiento del testigo no fue exclusivamente un resultado de la citada alineación del acusado con fines de identificación policial.²⁸

El juicio ante jurado

El artículo III de la Constitución establece, en relación con los tribunales federales, que "todo enjuiciamiento criminal deberá ser ante jurado", y el artículo seis de las Enmiendas dice que "en todo proceso criminal, el acusado gozará del derecho... a ser juzgado por un jurado imparcial". Hasta muy recientemente, tres cosas parecían estar claramente definidas respecto del alcance de estas disposiciones. Primera, como ya lo hemos visto en relación con el derecho a ser defendido por un abogado, que hay una categoría de delitos, llamados menores (*petty*), que no presentan la gravedad de los "crímenes" y que pueden ser juzgados sin un jurado, si el Congreso así lo prescribe. Segunda, que ni una ni otra de estas disposiciones puede ser aplicada a los casos de desacato (*contempt of court*), el cual puede ser castigado mediante un juicio sumario o, en ocasiones, hasta sin juicio alguno. Efectivamente, ha llegado incluso a dudarse que el Congreso esté facultado para establecer un juicio por jurado en este tipo de procesos. Tercera, que cuando dichas disposiciones sean aplicables, el caso *deberá* ser juzgado por un jurado, siendo ésta una formalidad a la que no podrá renunciar el acusado ni con el consentimiento de la autoridad.

La primera norma aún está vigente, a pesar de que ha sido sometida a duros ataques. En efecto, el límite de la penalidad que sirve de meridiano para identificar a los delitos menores (*petty offenses*) ha venido ampliándose. En 1888, la Corte pareció dudar respecto de si esa penalidad incluía el encarcelamiento;²⁹ pero, hacia 1937, la mayoría de los magistrados sostuvo la tesis de que la pena podía ser de noventa días "o más",³⁰ siendo innecesario determinar qué tanto más. El Congreso estableció como límite hasta seis meses;³¹ en 1966, la Corte defendió la validez de esta disposición,³² y, en resoluciones posteriores, ha reiterado este criterio.³³

Ahora que la Corte ha sostenido que no podrá imponerse ninguna pena de prisión, por corta que ésta sea o aunque haya sido decretada como alter-

²⁸ *United States v. Wade*, cit. en nota 26; *Gilbert v. California*, 388 U. S. 263 (1967). Véase también, la votación empatada (4-4) en el caso *Biggers v. Tennessee*, 390 U. S. 404 (1968).

²⁹ *Callan v. Wilson*, 127 U.S. 540 (1888).

³⁰ *District of Columbia v. Clawans*, 300 U.S. 617, 625-6 (1937).

³¹ *62 Stat.*, 684 (1948), 18 U.S.C. s. 1 (1970).

³² *Cheff v. Schnackenberg*, 384 U.S. 373 (1966).

³³ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 159 (1968); *Dyke v. Taylor Implement Mfg. Co.*, 391 U. S. 218, 220 (1968). En el caso *Baldwin v. New York*, 399 U. S. 66, 69 (1970), la opinión dominante sostuvo también que ésta es la condena máxima permisible.

nativa al pago de una multa, si no se ha brindado por lo menos al acusado la oportunidad de nombrar un defensor, podemos esperar un renovado esfuerzo de su parte por aplicar la misma limitación a los casos de condena por un juez sin la presencia de un jurado. Sin embargo, hay pocos motivos, de acuerdo con la tendencia seguida por los fallos más recientes, para augurar el triunfo de esta tesis.

Pero los ataques a las otras dos reglas han tenido mucho éxito y merecen ser analizados aquí.

El desacato al tribunal

La facultad de imponer penas cortas por desacato a los tribunales no deberá tribunales federales, establecía que éstos tendrían la "facultad de... castigar discrecionalmente, con multa o prisión, todo desacato a la autoridad en cualquier tipo de causa o audiencia que se sustanciara ante ellos".³⁴ Como se abusara de dicha facultad, ésta fue materia de ciertas especificaciones en 1831. La nueva ley estableció que

la facultad de imponer penas cortas por desacato a los tribunales no deberá entenderse que incluye todo tipo de casos, sino únicamente aquellos en que la falta haya sido cometida por una o más personas ante los propios tribunales, o tan cerca de éstos como para obstaculizar la administración de la justicia, o por cualquier funcionario de los mismos tribunales en el ejercicio de sus atribuciones, o bien aquellos en que se trate de la desobediencia o resistencia por parte de dichos funcionarios judiciales, de las partes en el proceso, de un miembro del jurado, de un testigo o de cualquier otra persona o grupo de personas, respecto de un mandamiento legal, procedimiento, orden, reglamento o decreto de dichos tribunales.³⁵

Esta definición del desacato era tan amplia que no es sorprendente que el Presidente de la Corte, White, haya declarado, en 1918, que la misma "no otorgaba facultad alguna que no estuviera ya otorgada ni imponía limitación alguna que no tuviera vigencia ya".³⁶

El Congreso no se ocupó de regular el procedimiento a seguir para castigar el desacato sino hasta 1914 y la ley de 1831 reconoció expresamente que dicho procedimiento podía ser sumario. Procedimiento sumario significa, normalmente, sustanciación de un juicio sin jurado y sin ninguna de las sutilezas técnicas que existen en los juicios penales ordinarios, aun cuando también en este tipo de procedimiento deba notificarse debidamente al acusado de los cargos que se le hacen y brindársele la oportunidad de conocer o examinar las pruebas presentadas en su contra, así como de hacer valer su defensa. Sin

³⁴ 1 *Stat.* 73, 83 (1789).

³⁵ 4 *Stat.* 487 (1831).

³⁶ *Toledo Newspaper Co. v. United States*, 247 U.S. 402, 418 (1918).

embargo, como lo declaró Blackstone, "si el desacato se comete ante el propio tribunal, el ofensor puede ser aprehendido y encarcelado inmediatamente, a juicio de los jueces y sin necesidad de mayor prueba o investigación."³⁷ Esta norma fue aceptada sin reservas por nuestros tribunales. La Suprema Corte la aplicó, por ejemplo, en el famoso caso conocido como *Ex parte Terry*,³⁸ relativo a un abogado defensor (*Terry*) que atacó al ujier del tribunal cuando éste trataba de conducir a su cliente fuera de la sala de audiencias por orden del juez. Tras de romperle varios dientes lo persiguió por la sala con una navaja. El tribunal se limitó a ordenar al secretario actuario que hiciera un asentamiento de los hechos y condenó al abogado a seis meses de prisión. *Terry* apeló ante la Suprema Corte, alegando que la condena le había sido impuesta "sin haberse otorgado la oportunidad de defenderse de los cargos que se le hacían" en el fallo del tribunal. La Suprema Corte resolvió, por unanimidad, que la sentencia estaba bien dictada, ya que el propio tribunal sentenciador había sido testigo presencial de todo lo que necesitaba saber para emitir su fallo.

El abuso de la facultad para castigar el desacato, particularmente tratándose de penas impuestas por violación de órdenes judiciales dictadas en disputas laborales, condujo finalmente a la ley de 1914.³⁹ Aunque sin introducir ningún cambio en la regulación de las faltas cometidas "en presencia del tribunal o tan cerca de éste como para obstaculizar la administración de la justicia",^{39a} esta ley dio al acusado el derecho de solicitar un juicio por jurado en la mayoría de los demás casos por desacato, si la prueba para demostrar el acto constitutivo del mismo implicaba acreditar también la comisión de un delito. Limitaba también la penalidad por tales desacatos a seis meses de prisión. La Suprema Corte tuvo serios problemas con esta ley. Durante muchos años había estado insistiendo en que la facultad de los tribunales para castigar el desacato, era un poder judicial implícito; y en 1895 había establecido el criterio unánime de que "someter a otro tribunal la cuestión de la desobediencia (a una orden judicial), trátese o no de un jurado, significaría reducir a la mitad la eficacia del procedimiento".⁴⁰ En 1911, nuevamente por unanimidad, la Corte declaró:

la facultad de los tribunales para castigar el desacato forma parte integrante y necesaria de la independencia del poder judicial, por lo que debe permitírseles que la ejerciten sin que tengan que remitir el conocimiento de las

³⁷ 4 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 286 (1769).

³⁸ 128 U.S. 289 (1888).

³⁹ *Clayton Act*, ss. 21 y 22, 38 Stat. 738-9 (1914).

^{39a} Tal como fue interpretada en el caso *Michaelson v. United States*, 266 U.S. 42, 66 (1924), la opinión respectiva sugiere que una interpretación más amplia de dicha ley la volvería inconstitucional.

⁴⁰ *In re Debs*, 158 U.S. 564, 595 (1895).

cuestiones de hecho o de derecho a otro tribunal, o a un jurado del propio tribunal.⁴¹

Al principio, la Corte eludió el problema, sosteniendo que la publicación de una serie de artículos periodísticos dirigidos a criticar la forma de manejar un caso por un tribunal de distrito estaba "muy cerca de obstruir la administración de la justicia", lo cual quedaba demostrado más bien por "la naturaleza del acto realizado y su finalidad directa" que por su ubicación física.⁴² También siguió apoyando las severas penas decretadas por desacatos consistentes en la violación de mandamientos judiciales: dos años de prisión en 1937,⁴³ una multa de 700 000 dólares impuesta a un sindicato de trabajadores en 1947⁴⁴ y tres años de cárcel en 1958.⁴⁵ Todas ellas relativas a actos no contemplados por la ley de 1914.

Cuando la Suprema Corte adoptó las normas de procedimiento penal de 1946 reconoció la facultad del Congreso para regular el procedimiento de los casos por desacato. La regla número 42, b), establecía: "El acusado tiene derecho a un juicio por jurado en cualquier caso en que una ley del Congreso así lo disponga." Sin embargo, todavía en 1958 sostenía:

Las declaraciones de esta Corte, en una larga e ininterrumpida cadena de decisiones que abarca actos por desacato que van desde una mera falta ante el tribunal hasta la desobediencia a mandamientos judiciales, establecen sin lugar a duda que los desacatos graves no están amparados por la garantía constitucional de un juicio por jurado.⁴⁶

En vez de la unanimidad lograda durante el primer periodo por la Corte, tres magistrados —el presidente Warren y los jueces Black y Douglas— expresaron ahora:

La facultad de un juez para castigar los actos de desacato grave, mediante un procedimiento penal, constituye una anomalía frente a la ley. A nuestro juicio, ha llegado el momento de hacer una reconsideración fundamental y a conciencia sobre la validez de esta facultad, que ha sido muy bien caracterizada... como tal vez lo que más se parezca al más despótico de todos los poderes que pudieran existir bajo nuestra forma de gobierno.⁴⁷

⁴¹ *Gompers v. Buck's Stove & Range Co.*, 221 U.S. 450 (1911).

⁴² *Toledo Newspaper Co. v. United States*, 247 U.S. 402, 419 (1918).

⁴³ *Hill v. United States*, 300 U.S. 105 (1937).

⁴⁴ *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258 (1947).

⁴⁵ *Green v. United States*, 356 U.S. 165 (1958).

⁴⁶ *Id.*, 183.

⁴⁷ *Id.*, 193-4 (opinión disidente).

En 1964 un tribunal de apelaciones, inseguro respecto del criterio jurídico aplicable, consultó a la Suprema Corte si podía juzgar un caso de desacato sin el jurado respectivo. La respuesta fue afirmativa, pero (aclarando) que

algunos miembros de la Corte opinan que el castigo impuesto mediante un juicio sumario sin jurado debe considerarse que está constitucionalmente limitado a la penalidad prevista para los delitos menores (*petty offenses*).⁴⁸

Cuatro años más tarde, como hemos visto, la Corte sostuvo que la Enmienda decimocuarta ha vuelto obligatorio para los Estados, en los casos de delitos graves, el respeto a la garantía de un juicio por jurado.⁴⁹

El mismo día, con el voto en contrario de solamente dos magistrados, la propia Corte sostuvo que esta garantía es aplicable a los casos de desacato grave.⁵⁰ Es así como un procedimiento que pocos años atrás dudaba la Corte que aun el Congreso pudiera imponer a los tribunales federales, resulta impuesto ahora por la propia Corte, en nombre de la Constitución, tanto a los tribunales federales como a los estatales.

Al mismo tiempo, algo más estaba ocurriendo. Hemos hecho notar cómo la Corte, en 1895, y nuevamente en 1911, expresó sus dudas acerca de que el Congreso pudiera establecer la obligación de que el desacato fuese conocido por un juez diverso de aquel ante el cual se hubiere cometido la falta o cuya orden hubiese sido violada, ya que ello sería incompatible con el principio de la independencia del poder judicial. Hacia 1925, la Corte recomendaba ya que el propio juez desobedecido pidiera a otro colega que conociera del caso, si el desacato implicaba un ataque personal que, eventualmente, pudiera predisponerlo en contra del acusado.⁵¹ En 1971, la Corte sostuvo en forma unánime que el *debido proceso* exige que así se proceda, a menos que se haga necesaria una acción inmediata para mantener el decoro en la sala de audiencias,⁵² en cuyo caso, naturalmente, no se hace necesario juicio alguno.

El derecho a renunciar a un jurado

El artículo III de la Constitución establece que "el juicio por cualquier delito... deberá ser ante jurado", y la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Judiciary Act*), de 1789, al crear los tribunales federales, disponía que "el enjuic-

⁴⁸ *United States v. Barnett*, 376 U.S. 681, 695n (1964). El Gobernador del Estado había declarado que "él estaba dispuesto a apostarse en la puerta de la escuela" para impedir la integración racial de la Universidad estatal y de otras instituciones educativas. No queriendo instaurar un procedimiento sin jurado, ni correr el riesgo de una revocación del fallo que estableciera una penalidad severa, la acusación por desacato fue retirada.

⁴⁹ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

⁵⁰ *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194 (1968); *Duke v. Taylor Implement Co.*, 391 U.S. 216 (1968). Los magistrados Black y Douglas ni siquiera estaban dispuestos a admitir la excepción del "delito menor".

⁵¹ *Cooke v. United States*, 267 U.S. 517, 539 (1925).

⁵² *Mayberry v. Pennsylvania*, 400 U.S. 455 (1971).

ciamiento (ante éstos) de todo tipo de causas, salvo los casos juzgados en equidad... los de derecho marítimo y... los de quiebras, deberá ser ante jurado." Este texto legislativo fue interpretado de manera uniforme para evitar que el jurado fuese materia de renuncia, de tal modo que, en 1865, el Congreso modificó la mencionada ley para permitir que las partes sólo pudieran hacer esa renuncia en los asuntos civiles.⁵³ Nada decía, sin embargo, en relación con los casos penales; por lo que el texto de la Constitución fue interpretado en el sentido de que ésta denegaba dicho derecho en materia penal.

Mientras tanto, el derecho a renunciar a un jurado se fue convirtiendo en una práctica aceptada por la mayoría de los tribunales estatales. ¿Denegaría este derecho la Suprema Corte ante los tribunales federales, en virtud del texto expreso de la Constitución? En 1930, decidió que no lo haría.⁵⁴ En una sentencia que, en general, tergiversaba el criterio sustentado por ella en los primeros casos civiles, la Corte concluyó que el juicio por jurado no es más que un "privilegio", que puede ser materia de renuncia. Es así como la Corte operó un cambio que el Congreso, en una época anterior, sólo hubiera podido efectuar con la colaboración de las legislaturas estatales, por la vía de una reforma constitucional.

Es realmente afortunado que este cambio haya ocurrido antes de que la Corte interpretara que la Enmienda decimocuarta otorga el derecho a un juicio por jurado en los procesos ante los tribunales estatales.

La selección del jurado

Estos cambios en la esfera del juicio por jurado, no han sido tan significativos como los que han ocurrido en la determinación de la naturaleza del jurado mismo. Fallos recientes parecen dar por sentado que, cuando la Constitución garantiza el derecho a un juicio ante jurado, ello significa proceso por un jurado elegido, al azar, de una lista de personas (*jury panel*) que han sido seleccionadas con un criterio objetivo, de tal manera que la misma sea ampliamente representativa de la comunidad. Ésta es una concepción muy moderna. El primer ordenamiento legal que estableció semejante procedimiento ante los tribunales federales, fue la Ley de Selección de Jurados de 1968, la cual dispone que los nombres sean escogidos al azar de las listas del registro electoral o de votantes efectivos en todas las subdivisiones políticas del distrito.

Los jurados de derecho común (*common law*) eran siempre escogidos por un tercero, a menudo el comisario de policía (*sheriff*) o algún personaje local

⁵³ 13 *Stat.* 501, s. 4 (1865). Véase J.A.C. Grant, *Waiver of Trial in Felony Cases*, 20 "Cal. L. Rev." 132, 147-56 (1932), reimpresso por la "Association of American Law Schools" en 2 *Selected Essays on Constitutional Law* 1301, 1316-25 (1938).

⁵⁴ *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930), aclarado y reiterado en el caso *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942).

importante, el cual era elegido a su vez, con tal fin, por el tribunal. Aunque la Enmienda decimocuarta abolió la discriminación por razón de raza o de color, no logró acabar con la selección personal. Efectivamente, antes de ser aprobada la ley de 1968, múltiples tribunales federales utilizaron el sistema de "un hombre clave" que buscara individuos bien calificados para integrar el jurado.⁵⁵ Ya en 1910 la Corte parecía muy complacida con una ley del Estado de Carolina del Sur, que autorizaba a los comisarios del jurado a seleccionar como miembros de éste a aquellas personas que les parecieran "bien calificadas", aclarando que esta expresión "simplemente prescribe ejercitar la facultad de discernimiento a fin de asegurar la integración del jurado con individuos muy competentes".⁵⁶ Pero los informes al respecto son sumamente laconicos. La nueva Ley de Selección de Jurados de 1968 parece estar más de acuerdo con nuestra concepción acerca de lo que tal procedimiento de selección debe ser. Tengo la impresión de que la Corte impondrá procedimientos similares a los Estados, en nombre de la Constitución.

El doble juicio

La garantía de la Enmienda quinta según la cual ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo delito, ha experimentado cambios tan fundamentales en su alcance como las otras garantías que hemos examinado. Durante gran parte de nuestra historia la tendencia fue interpretar esta disposición en forma tal que cada vez otorgara una menor protección. Últimamente la tendencia ha sido justamente la contraria y dicha garantía ha adquirido, paulatinamente, una mayor importancia.

Hace 45 años, cuando comenzaba a enseñar Derecho constitucional en la Universidad de Wisconsin, solía aconsejar a mis alumnos que, siempre que fuera posible, invocaran el principio de la *res judicata* (cosa juzgada) en lugar del argumento del *doble juicio*, ya que aquél les resultaría más útil. En efecto, nuestros tribunales estaban realizando una labor tan marcada de fragmentación de un mismo hecho de conducta en una variedad de delitos, que la garantía contra un doble juicio (por el mismo delito) estaba prácticamente perdiendo su sentido. Por ejemplo, en 1902 la Corte sostuvo que presentar una falsa reclamación, conspirar para defraudar al gobierno y apropiarse de los dineros de éste en beneficio personal, configuraban tres delitos diferentes, aun cuando todos ellos se refiriesen a un mismo hecho.⁵⁷ En 1911, ser condenado por un comportamiento indecente en lugar público no excluía la posibilidad de ser procesado por insultos a la autoridad, aun cuando se admitiera que "los hechos y las palabras... constitutivos de ambos cargos sean los mismos".⁵⁸

⁵⁵ 2 C. A. Wright, *Federal Practice and Procedure* 20 (1969).

⁵⁶ *Franklin v. South Carolina*, 28 U.S. 161, 168 (1910).

⁵⁷ *Carter v. McClaugbry*, 183 U.S. 365 (1902).

⁵⁸ *Gravieres v. United States*, 220 U.S. 338 (1911).

En 1915, la Corte sostuvo que entrar a una oficina de correos con la intención de robar (*burglary*) es un delito distinto del robo mismo de los sellos (*larceny*); "la circunstancia de que uno y otro cargos se relacionasen y deriven de un mismo hecho, no significa que se configure un solo delito allí donde las leyes han definido dos".⁵⁹

La práctica de imponer penas múltiples llegó al colmo en los días en que estaban en vigor leyes federales que, de acuerdo con la Enmienda decimoctava, prohibían el tráfico de licores. Albrecht experimentó esto en carne propia cuando la Suprema Corte dictó nueve sentencias en su contra, cuatro de ellas por posesión indebida de licores, cuatro por ventas del mismo y otra por mantener un local donde expendía el licor. La Corte sostuvo, por unanimidad de votos, que

el hecho de que una persona venda el licor que tiene en su poder no hace de su posesión y venta un solo delito. Nada hay en la Constitución que prohíba al Congreso castigar separadamente cada etapa del comportamiento que conduzca a la realización de un acto... y castigar también ese acto por sí mismo, una vez que haya sido consumado.⁶⁰

Pero tales prácticas no cesaron con la derogación de la Enmienda decimoctava en 1933. Todavía después, en 1958, la Corte dictó tres sentencias diferentes por una sola venta de narcóticos, haciendo consistir los delitos castigados en la venta de drogas sin prescripción o receta de un médico, en su venta fuera de paquete sellado con los timbres fiscales correspondientes y en la venta de drogas importadas ilegalmente. Por una nueva venta en día diverso se consideraban tipificados tres delitos adicionales.⁶¹ Sin embargo, en esta ocasión cuatro de los nueve magistrados disintieron.

Tal vez pudiera pensarse que este parcelamiento de un mismo hecho de conducta en varios delitos diferentes hubiera sido suficiente para satisfacer a nuestros fiscales, pero nuestros jueces desarrollaron todavía una regla más para coadyuvar con ellos. Un delito, nos decía la Suprema Corte, es la violación de una orden del soberano. Puesto que dentro de nuestro sistema de organización federal el gobierno nacional y los gobiernos estatales representan entidades soberanas distintas, "debe concluirse que un mismo acto denunciado como delito por ambas... constituye una ofensa a la paz y a la dignidad de una y otra, que puede ser castigada separadamente por *cada* entidad" más que por una sola de ellas.⁶² A pesar de que los fallos anteriores de la Corte a este respecto habían sido por votación dividida, los magistrados sostuvieron en 1922, por unanimidad, que debían sustanciarse juicios federales por los

⁵⁹ *Morgan v. Devine*, 237 U.S. 632 (1915).

⁶⁰ *Albrecht v. United States*, 273 U.S. 1, 11 (1927).

⁶¹ *Gore v. United States*, 357 U.S. 386 (1958).

⁶² *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377, 382 (1922).

mismos hechos por los que los acusados habían sido ya condenados y castigados en el Estado de Washington.⁶³

En 1959, jugué personalmente algún papel en el empeño por convencer a la Suprema Corte para que abandonara este criterio. En esa ocasión, indicamos que los tribunales ingleses siempre habían estado dispuestos a aceptar, como defensa, el juicio celebrado conforme a las leyes de otro país, y que lo mismo ocurre en muchos países de tradición iusromanista. Argumentamos también que nuestros gobiernos federal y estatales no son propiamente considerados como soberanías antagónicas, sino como dos partes de un mismo todo. La verdad es que nos estábamos anticipando en dos o tres años y sólo pudimos convencer a tres de los nueve magistrados sobre lo acertado de nuestro punto de vista.⁶⁴ Este problema no ha vuelto a plantearse desde entonces, ya que muchos Estados han aceptado el criterio adelantado por nosotros, y, en abril de 1959, el Procurador General dirigió una orden a todos los fiscales federales prohibiéndoles iniciar tales juicios sin una autorización expresa, la cual, hasta ahora, jamás ha sido concedida.

Poco después el Departamento de Justicia anunció un criterio similar: "Los delitos que emanen de un solo acto o comportamiento, deberán ser denunciados y juzgados conjuntamente y no podrán servir de base para procesos múltiples." La Suprema Corte ha considerado apropiado este criterio.⁶⁵ Que su acatamiento llegue o no a exigirse tanto a los tribunales estatales como federales, como requisito del *debido proceso legal*, es algo que aún está por verse; pero, entre tanto, la Corte ha dejado en claro que adoptará una concepción amplia sobre la *res judicata* (cosa juzgada), lo cual hará prácticamente imposible la sustanciación de juicios múltiples cuando el primer proceso haya concluido con una absolución.⁶⁶

El efecto de la cláusula de la Enmienda quinta, relativa al doble juicio por un mismo delito, sobre las apelaciones en materia penal, ha experimentado también un gran cambio. Por supuesto que, conforme al derecho común (*common law*), no había apelación en esta materia, y lo cierto es que los tribunales no dieron curso, a ninguna hasta 1889. Pero se hubiera retrasado aún más la aceptación de dicho recurso de haber prevalecido la interpretación originaria de la Enmienda quinta hecha por el magistrado Story.

⁶³ *Id.* Véase J.A.C. Grant, *The Lanza Rule of Successive Prosecutions*, 32 "Colum. L. Rev." 1309 (1932), reimpresso por la "Association of American Law Schools" en 2 *Selected Essays on Constitutional Law* 1375 (1938).

⁶⁴ *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959); *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959). Véase J.A.C. Grant, *Successive Prosecutions by State and Nation: Common Law and British Empire Comparisons*, 4 "U.C.L.A. L. Rev." 1 (1956). La memoria en el caso *Bartkus* fue preparada con base en este artículo, habiéndose registrado copias del mismo en la Corte como Apéndice de aquélla.

⁶⁵ *Petite v. United States*, 361 U.S. 529 (1960).

⁶⁶ Véase *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970).

En 1834 Story era un miembro distinguido de la Suprema Corte a la vez que profesor de derecho en la Universidad de Harvard. Como magistrado de circuito en Massachusetts, le tocó presidir un juicio sobre piratería. Los acusados fueron condenados; pero alegando que se habían cometido varios errores en la conducción del proceso, solicitaron la apertura de un nuevo juicio. Story denegó la petición en una extensa y complicada opinión, en la que explicaba por qué, no obstante estar justificada en sí misma dicha petición, no podía ser acordada. Indicaba que, de acuerdo con el derecho común (*common law*), tratándose de un caso grave (castigado con la pena capital) no procedía la apelación, ni de hecho ni de derecho, así como tampoco el otorgamiento de un nuevo juicio, cualquiera que hubiera sido el sentido, condenatorio o absolutario, del primer fallo; ya que, en toda la historia de los Estados Unidos, desde su fundación hasta la adopción de la Enmienda quinta, jamás se había otorgado ese nuevo juicio. Otorgar éste, insistía, sería tanto como violar dicha Enmienda, al someter al acusado a un segundo juicio por el mismo delito, con el resultado probable de que, para preservar los derechos que le otorgaba la Constitución, el acusado tuviera que ser ahorcado en seguida (!).⁶⁷

El juez Davis, quizás menos cultivado pero indiscutiblemente más inteligente, disintió de este punto de vista, insistiendo en que la garantía contra un doble juicio es un privilegio al que el acusado puede renunciar, siempre que el nuevo proceso sea considerado como una mera prolongación del primero y no como un segundo juicio. Esta interpretación es la que ha prevalecido, convirtiéndose en un rasgo típico de nuestro sistema el otorgamiento del nuevo juicio, el cual puede ser acordado por el mismo tribunal que conoció de la causa u ordenado por otro de superior jerarquía.

Ocurre a menudo que un reo procesado por una acusación grave, como la de asesinato, resulte condenado solamente por un delito menor, como el de homicidio simple, esto es, sin las agravantes de premeditación, alevosía o ventaja. ¿Si el acusado solicita un segundo juicio, y éste le es concedido, corre por ello el riesgo de ser condenado por el más grave de los delitos imputados? El criterio aceptado en principio fue el de que sí corría ese riesgo. Tal como la Corte lo explicara al conocer de un caso, en 1905, "la revocación de un fallo condenatorio vuelve a abrir la controversia y produce el mismo efecto que si aquél nunca hubiese existido".⁶⁸ Pero, en 1957, de conformidad con la tendencia general de ampliar el ámbito de aplicación de las garantías otorgadas por la Declaración de Derechos, la Corte sostuvo la opinión contraria. La absolución del acusado, en el primer fallo, respecto del delito más grave que se le imputaba, debe subsistir, y sólo puede ser reabierto el proceso

⁶⁷ *United States v. Gibert*, 25 F. Cas. 1287, 1294, 1296-7, 1301-2 (No. 15204) (C.C.D. Mass. 1834).

⁶⁸ *Trono v. United States*. 199 U.S. 521, 533 (1905).

en relación con el delito menor por el que aquél fue condenado.⁶⁹ Desde 1969, este criterio ha sido también obligatorio para los Estados.⁷⁰

Como resultado de estos desarrollos, el recurso de apelación en materia penal ha llegado a jugar un papel muy importante en las tareas de la Suprema Corte. Es indudable que sin ellos ese papel habría sido mucho menor. Pero más importante aún ha sido el desarrollo de un fenómeno que no tendremos tiempo de analizar: la tremenda expansión alcanzada por el mandamiento judicial (*writ*) de *habeas corpus*, que prácticamente ha hecho de cada juez federal una tribunal de revisión de los fallos dictados, en las causas criminales, por los tribunales de los Estados, sujetos, a su vez, a una revisión final por la Suprema Corte. La mayor expansión alcanzada por el citado mandamiento judicial ocurrió a fines de la década de los años treinta, de tal manera que ya estaba bien consolidado cuando la Corte abrió las compuertas para hacer extensiva la Declaración de Derechos a los tribunales estatales, a través de la Enmienda decimocuarta.

CAPÍTULO III

LA DESCALIFICACIÓN DE TESTIGOS Y LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS

Existe la tendencia a considerar que todo juicio es una investigación de la verdad, y, por tanto, que el proceso penal constituye un honesto y sincero esfuerzo por asegurar la absolución del inocente y la respectiva condena de los sujetos que resulten efectivamente culpables. En términos generales, esto es válido para los Estados Unidos, en donde cometemos verdaderos excesos para proteger al inocente. Sin embargo, consideramos que existen ciertos valores que merecen ser salvaguardados aun a costa de proteger al culpable. Salvo pocas excepciones, jamás hemos exigido que un cónyuge rinda testimonio en contra del otro, ni que un médico lo haga en contra de su paciente o un abogado en contra de su cliente. Pero más fundamental todavía, ya que entre nosotros tiene el rango de una garantía constitucional, es el principio de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo (autoincriminación). En 1914, nuestra Suprema Corte introdujo una nueva norma que, debido a su amplia esfera de aplicación, ha adquirido últimamente una importancia adicional: pruebas que claramente tienen una indudable autenticidad y valor probatorio pueden ser desechadas a petición del acusado, con base en la forma en que fueron obtenidas por las autoridades.

Pero antes de hablar de esta nueva norma, que quisiéramos examinar con

⁶⁹ *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957).

⁷⁰ *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

algún detalle, debemos atender al problema relativo a la descalificación de los testigos; campo éste en donde la tendencia ha sido exactamente en dirección opuesta. Después de haberse tenido, al principio, una larga lista de descalificaciones, al final nos encontramos con que ya no existe virtualmente ninguna. Ahora estamos coronando este proceso, dándole rango constitucional a la nueva norma.

La descalificación de testigos

Originalmente, conforme a las normas del derecho común (*common law*), sólo las personas de costumbres presuntamente honestas, respetuosas de la santidad del juramento, sin interés de parte en el resultado del juicio y libres de toda sospecha de venalidad, eran admitidas al banquillo de los testigos. Y, aunque se permitía al gobierno usar como testigo a un cómplice del acusado, no podían hacerlo en favor de la defensa, ni el acusado mismo, ni su supuesto cómplice, ni su consorte. Así mismo, estaban inhabilitadas para testificar todas aquellas personas que hubieran sido sentenciadas por algún delito grave. Esta norma sólo comenzó a ponerse en tela de juicio hasta que Bentham popularizó la idea de que el interés del testigo no afecta su capacidad como tal, sino más bien su credibilidad. Pero los cambios continuaron siendo muy lentos y, en general, más por la vía legislativa que por la jurisprudencial.

En 1864 el Estado de Maine expidió una ley que permitía al acusado testificar en defensa propia en cualquier caso criminal. Ya anteriormente habían existido disposiciones que permitían lo mismo en casos particulares; pero esta ley de Maine fue, aparentemente, la primera disposición general adoptada en una jurisdicción de habla inglesa. Siguió Massachusetts en 1866, Connecticut en 1867 y, finalmente, Nueva York y New Hampshire en 1869. Como la misma norma fuera adoptada también por otros Estados, el Congreso acabó por dictar, en 1878, una ley para los tribunales federales, disponiendo que "toda persona acusada podía espontáneamente, pero no de otro modo, comparecer como testigo cualificado".¹ Inglaterra actuó con mayor lentitud dictando una disposición de aplicación general en esta materia hasta 1898.

Aunque la mencionada ley de 1878 fue la única de carácter general que el Congreso juzgó conveniente aprobar a este respecto, los Estados fueron poco a poco liberalizando las normas, llegando, inclusive, a permitir que el acusado llamara a testificar a sus presuntos cómplices, a su consorte, y, si era preciso, hasta a un criminal convicto. Estas leyes estatales no tuvieron ningún efecto sobre el procedimiento ante los tribunales federales, ya que la Suprema Corte continuó sosteniendo que el procedimiento federal estaba regido por las normas vigentes en 1789, época en que se crearon los primeros tribunales federales. Es por esto que, en 1852, se le prohibió a un sujeto acusado de asesi-

¹ 20 *Stat.* 30, ch. 37 (1878).

nato en alta mar que llamara a testificar a sus cómplices acusados, no obstante que el juicio se celebró en Virginia, en donde se acababa de reconocer la capacidad de rendir testimonio a esta clase de sujetos.²

Pero, finalmente, viendo que el Congreso no legislaba, la Suprema Corte resolvió que había que modificar el derecho aplicable a los tribunales federales y, en 1892, sin que el caso a decidir lo ameritara, abandonó el criterio sustentado por ella en 1852, en relación con el testimonio rendido por un cómplice acusado, diciendo:

... (El) antiguo derecho común (*common law*) excluía cautelosamente del banquillo de los testigos a quienes tuvieran antecedentes penales y a las personas que pudieran tener interés en el resultado del juicio, siendo aplicable esta regla lo mismo a los casos civiles que a los penales. Dicha norma se fundaba en el temor al perjurio... Los tribunales no se atrevían a confiar en la prudencia de los miembros del jurado. Pero las cosas han cambiado bastante a este respecto en los últimos cincuenta años, y, actualmente, la tendencia es a ampliar la esfera de la capacidad para testificar y a dejar libradas al buen juicio del jurado, por lo que hace a la credibilidad del testigo, aquellas cuestiones que hasta ahora se consideraban suficientes para justificar su exclusión...

La opinión anterior tuvo fuerza de ley por lo que hace a los cómplices; pero no fue sino hasta 1918 que se reguló la posibilidad de rendir testimonio por los delinquentes graves. Contra el parecer de dos de sus magistrados, la Corte sostuvo entonces que

los tribunales y los cuerpos legislativos continúan dispuestos a remover incapacidades en materia de testigos... prefiriendo dejar al criterio del jurado o del juez la apreciación de la credibilidad y de la fuerza probatoria de esta clase de testimonios antes que rechazar a los testigos como incapaces; principio éste que ha sido amplia y casi universalmente aceptado en este país y en la Gran Bretaña... Satisfechos, pues, de que la legislación y la aplastante mayoría del poder judicial que ha venido en apoyo de este nuevo criterio, especialmente por lo que hace a la capacidad para testificar de los convictos por delitos graves, se sustenten en un principio tan firme, concluimos que ya no debe aplicarse a tales casos el viejo criterio del derecho común (*common law*) de 1789.⁴

² *United States v. Reid*, 12 How (53 U.S.) 361 (1852).

³ *Benson v. United States*, 146 U.S. 325, 335, 336 (1892). Compárese *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 303 (1892), fallado sólo ocho meses antes y en el que se sostiene que "la capacidad de los testigos en los procesos penales ante los tribunales de los Estados Unidos (federales) instaurados dentro del Estado de Texas... está regida por el derecho común... en el momento de la incorporación de Texas a la Unión", no ha sido afectado por leyes ni decisiones posteriores de dicho Estado.

⁴ *Rosen v. United States*, 245 U. S. 467, 471 (1918).

Pero la norma que prohíbe testificar al cónyuge del acusado, aunque éste lo solicite (y *vicersversa*), tardó mucho más en aprobarse. Cuando la mayoría de los Estados autorizaron el testimonio del acusado, simultáneamente legalizaron el testimonio del o de la cónyuge, pero sin hacerlo obligatorio. La ley federal de 1878 no contenía disposición alguna al respecto, aunque una ley paralela, aplicable a los litigios civiles, permitía testificar a la esposa. En 1893,⁵ en 1911⁶ y nuevamente en 1920,⁷ la Corte sostuvo que ese silencio de la ley era definitivo e implícitamente consideraba incapaz a la esposa para testificar. Pero, en 1933, contra el parecer de los magistrados, la propia Corte anuló una sentencia condenatoria fundándose en que el tribunal que conoció del juicio se había negado a permitir que la esposa del acusado testificara en su favor.⁸

Al dar mi opinión sobre el caso, en otra ocasión, sostuve lo siguiente:⁹

El magistrado ponente lo fue el juez Sutherland, raras veces considerado un radical en materia económica o jurídica; el cual, sin contradecir la norma establecida de que el derecho común (*common law*) rige la admisibilidad del testimonio en las causas federales, sin embargo, analizaba la naturaleza de ese derecho, señalando que ha llegado a ser un axioma que el derecho común (*common law*) no es inmutable, sino flexible, y que se adapta, en virtud de sus propios principios, a la mutabilidad de las situaciones'. Concluyendo que "es obligación de los tribunales resolver los casos... según las normas vigentes de la sabiduría y la justicia y no conforme a una norma anticuada y caduca", afirmaba que "no permitir por una parte que la esposa testifique a favor de su esposo, so pretexto de su posible interés, y permitir por otra que éste lo haga en su defensa, obviamente con el mayor de los intereses, constituye una incongruencia manifiesta" e inaceptable.

De esta manera se completó la modernización —y, podríamos añadir, la benthamización— de la jurisprudencia de la Suprema Corte relativa a los tribunales federales de primera instancia. Estos cambios llegaron, naturalmente, demasiado tarde como para que su influencia se dejara sentir profundamente en el desarrollo de los procedimientos ante los tribunales estatales. Sin embargo, algunos de estos cambios operados con rezago han dado origen, recientemente, a dos casos de cierta importancia.

En 1868, el Estado de Georgia estableció que

en los juicios criminales, el reo tendrá derecho a declarar ante el tribunal y el jurado todo aquello relacionado con el caso que considere apropiado para su defensa. Su declaración no deberá hacerse bajo juramento, quedando so-

⁵ *Graves v. United States*, 150 U.S. 118, 120 (1893).

⁶ *Hendrix v. United States*, 219 U.S. 79, 91 (1911).

⁷ *Jin Fuey Moy v. United States*, 254 U.S. 189, 195 (1920).

⁸ *Funk v. United States*, 290 U.S. 371 (1933).

⁹ *Our Common Law Constitution*, 40 "Boston U. L. Rev." 1, 41 (1960). Las citas aparecen en 290 U.S. 381, 382 y 383.

metida su fuerza de convicción, en todo caso, a la apreciación del jurado, cuyos miembros podrán darle un valor probatorio mayor que a las demás declaraciones juradas en el proceso. Además, el reo no podrá ser obligado a responder a las preguntas si estima conveniente para sus intereses negarse a contestarlas.

Esta disposición resultaba, por supuesto, demasiado liberal para 1868; pero, por otro lado, parece ser que, hacia 1860, Georgia era la única jurisdicción de habla inglesa que aún no permitía al acusado dar testimonio bajo juramento. Cuando Billy Ferguson, enjuiciado por asesinato, rendía declaración ante el jurado, su abogado defensor quiso interrogarlo para hacer notar ciertos hechos no subrayados por aquél; pero el juez que presidía el tribunal de la causa se negó a permitirlo, diciendo que el abogado no tenía derecho a "hacer preguntas ni sugerencias al acusado mientras éste rendía su declaración". No obstante que, al conocer de la apelación, los tribunales de Georgia confirmaron el fallo, la Suprema Corte federal concedió a Ferguson el beneficio de un nuevo juicio, afirmando que, conforme a la Enmienda sexta constitucional, vuelta aplicable a los Estados por virtud de la Enmienda decimocuarta, el acusado tenía derecho a "ser orientado por su abogado en todas las etapas del proceso". Poco después, el Estado de Georgia reformó su respectivo ordenamiento legal, manteniendo en pie la disposición relativa a la declaración no jurada, pero otorgando al acusado la alternativa de testificar bajo juramento, sujeto tanto a un interrogatorio directo como a repreguntas.

Por su parte, Texas continúa apegada a la vieja norma del derecho común (*common law*), según la cual ni los cómitentes ni los cómplices o encubridores en un mismo delito pueden intervenir como testigos recíprocos en el proceso. Por ese motivo, cuando Jackie Washington, acusado de asesinato, pidió que Charles Fuller, previamente convicto y sentenciado a cincuenta años de prisión por su participación en el mismo asesinato, se presentara a testificar, el juez del proceso se negó a autorizarlo. En la apelación, Washington arguyó que se le había negado la garantía de un juicio imparcial, ya que, de testificar, Fuller habría declarado que él fue el único que había disparado a la víctima, no obstante que Washington había intentado impedirselo. Los tribunales de Texas confirmaron la sentencia; pero la Suprema Corte Federal, en 1967, le concedió un nuevo juicio. Señalando que la Enmienda sexta, aplicable a los Estados en virtud de la decimocuarta, establece que el acusado "contará con un procedimiento coactivo para obtener que sean llamados a declarar testigos en su favor", añadía que esto implica, necesariamente, el derecho a obligar a esos testigos a declarar, ya que no es de pensarse que

los Autores de la Constitución hayan tenido jamás la intención de incurrir en la frivolidad de garantizarle al acusado el derecho a presentar unos testigos cuyo testimonio no tuviera el derecho a utilizar.

La *benthamización*, pues, del procedimiento penal en Norteamérica, al menos por lo que hace a la descalificación de testigos, se consumó en nombre de los Próceres de la Patria hará unos seis años. Es interesante subrayar que, en este proceso, la Corte invocó la Enmienda decimocuarta para imponer a los Estados unas normas que, cuando la enmienda se adoptó (1868), aún no eran aceptadas en los tribunales federales, y que todavía tardaron algunos años en adquirir vigencia para éstos. En ambos casos, el magistrado Black apoyó las opiniones que dieron cima a este proceso.

La exclusión de pruebas

La Enmienda cuarta de la Constitución estipula que "el derecho de los individuos a la seguridad de sus personas, hogares, papeles y propiedades contra todo registro y secuestro ilegal, no podrá ser violado" por ninguna autoridad federal. Claro que el derecho común (*common law*) inglés siempre reconoció esta garantía, pero las personas cuyos derechos eran violados sólo tenían, conforme al mismo, el recurso de demandar a la autoridad responsable el pago de daños y perjuicios. Ésta fue también la situación reinante al amparo de la Enmienda cuarta hasta 1914, año en que la Suprema Corte declaró que ningún elemento de prueba que las autoridades federales hubieran obtenido a través de un método ilegal podría hacerse valer, en un proceso federal, en contra de la persona cuyos derechos hubieran sido violados.¹² La única condición que establecía era que la petición para desechar la prueba viciada se formulara antes del juicio, o bien en la primera oportunidad razonable, en caso de que dicha circunstancia hubiera llegado al conocimiento del interesado con posterioridad a la apertura del proceso.¹³

Esto abría un nuevo camino, ya que, para el derecho común (*common law*), no había hasta entonces principio mejor sentado que el de que la admisibilidad de la prueba no resultaba afectada por la ilicitud de los medios con que se hubiera obtenido. La única decisión anterior a 1914, registrada en una jurisdicción de derecho común (*common law*), que he encontrado sobre desechamiento de una prueba, por haber sido obtenida a través de un medio ilegal, fue dictada por el tribunal de Iowa en 1903;¹⁴ aunque el propio tribunal cambió de criterio veinte años más tarde.¹⁵ De todas maneras, la Suprema Corte ha seguido sosteniendo esta tesis, habiéndola hecho extensiva a los Estados en 1961, como se ha visto, con base en la Enmienda decimocuarta.

Desde 1965, por lo menos, y tal vez antes, la Corte ha venido subrayando

¹⁰ *Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 570, 572 (1961).

¹¹ *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 23 (1967).

¹² *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

¹³ *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298 (1921).

¹⁴ *State v. Sberidan*, 121 Ia. 164, 96 N.W. 730 (1903).

¹⁵ *State v. Tonn*, 195 U.S. 94, 191 N.W. 530 (1923).

que el principal propósito de la mencionada norma sobre exclusión de pruebas es "desalentar la acción ilegal de la policía y dar eficacia a la Enmienda cuarta".¹⁶ Si esto fuera verdad, la impresión es que la prueba debiera desecharse sin importar la persona cuyos derechos fueren violados para obtenerla. Mas he aquí que en todos los primeros casos en que fue aplicada, se consideró que dicha norma tenía un carácter puramente personal y reparador, y, por tanto, que sólo podía ser invocada por aquellas personas cuya privacidad hubiere sido violada o sus bienes requisados. Como dijera el juez Learned Hand,

los acusados podían resistirse a admitir que fueran propietarios o poseedores de los bienes objeto del contrabando, o bien, acogerse inmediatamente a los recursos que la ley otorga a todo poseedor, y evitar los riesgos del caso; pero... estaban obligados a optar por una sola de dichas alternativas.¹⁷

En 1969 la Corte se negó expresamente a considerar esta limitación a la mencionada norma, declarando que

no hay por qué excluir una prueba contraria a un acusado para proteger los derechos de otro. No puede considerarse que estén en juego los derechos de la víctima de un cateo ilegal, si la prueba obtenida por este medio se hace valer contra otro sujeto... A nosotros no nos convence que los beneficios derivados de hacer extensiva la norma de exclusión a otros acusados puedan justificar una nueva usurpación del interés público que hay en perseguir a los acusados de un delito y en absolverlos o condenarlos con base en todo elemento de prueba que pueda poner al descubierto la verdad de los hechos.¹⁸

Si la Corte esperaba que esta nueva regla pudiera fomentar el uso de las órdenes de cateo, se iba a llevar un chasco. Y había varios motivos para esto, ya que no se requería de mandamiento alguno para catear un solar abierto, aunque al hacerlo la autoridad estuviera invadiendo la propiedad privada del acusado.¹⁹ Por lo demás, la Enmienda cuarta se consideraba inaplicable en relación con la interceptación clandestina de líneas telefónicas y otras formas de espionaje electrónico si el mecanismo interceptor o aparato electrónico empleado había sido instalado sin traspasar los límites de la propiedad privada del acusado.²⁰ Y, cuando el acusado era arrestado en su oficina u hogar, esto bastaba para que la autoridad judicial se considerara autorizada a registrar todo lo que tuviera conexión con el delito o falta motivadora del arresto, no sólo la persona del acusado sino también su hogar u oficina. Así, en el caso *Marron v. United States*²¹ bastó que el acusado fuera aprehendido en una casa de siete ha-

¹⁶ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 637 (1965).

¹⁷ *Connolly v. Medalie*, 58 F. 2d 629, 630 (2d Cir. 1932).

¹⁸ *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165, 174-5 (1969).

¹⁹ *Hester v. United States*, 265 U.S. 57 (1924).

²⁰ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

²¹ 275 U.S. 192 (1927).

bitaciones para autorizar el cateo de todas ellas, incluyendo los armarios, así como el decomiso de los libros de contabilidad, facturas y recibos, y de otros documentos útiles para probar el funcionamiento ilícito de una cantina. En el caso *Harris v. United States*,²² el arresto del acusado en la sala, de su apartamento bastó para justificar un registro de éste durante cinco horas; y como el objeto del cateo era buscar unos cheques cancelados, supuestamente utilizados en la comisión de un delito de falsificación, se consideró justificado que los agentes abrieran un sobre cerrado que se encontraba, dentro de la recámara, en el cajón de un buró y el cual tenía la inscripción "documentos privados". El sobre en efecto, contenía varios papeles cuya posesión era ilegal, los cuales fueron decomisados y aprovechados para condenar al acusado por falsificar documentos de personas que trataban de evadir el servicio militar en tiempo de guerra. En el caso *United States v. Rabinowitz*,²³ un comerciante en estampillas raras le vendió a un empleado de correos cuatro timbres postales falsificados (falsamente resellados); el comerciante fue detenido inmediatamente, y en el cateo posterior de su escritorio, caja fuerte y archivos, que duró cerca de hora y media, los agentes hallaron y decomisaron un gran número de estampillas, 573 de las cuales —según se aclaró más tarde— tenían resellos falsos. Sin embargo, tanto el registro como el decomiso fueron considerados legales.

Pero, en el caso *Marron*, los documentos requisados no habrían podido ser buscados con una mera orden de cateo, ya que la norma ha sido, siempre, que no puede librarse una orden de secuestro con el solo propósito de requisar documentos u otros objetos destinados a ser utilizados como pruebas. Para obtener una orden semejante habría sido necesario que el gobierno alegara otra razón, como, por ejemplo, la recuperación de objetos robados o de bienes de su propiedad, o bien la confiscación de un contrabando.²⁴ Por eso, una orden de arresto del sospechoso no sólo hacía innecesario un mandamiento específico de cateo, sino que, además, facultaba a la autoridad judicial a requisar objetos que no hubieran podido obtenerse por la vía de una mera orden de registro. Por otra parte, las órdenes de registro tampoco eran fáciles de obtener si la policía se hallaba aún en las primeras etapas de la investigación, ya que la Corte había sostenido, en 1932, que

una orden de registro solamente puede librarse con base en una prueba admisible en un proceso penal ante jurado. . . y que sea bastante como para convencer a una persona cauta y prudente sobre la comisión del delito investigado.²⁵

²² 331 U.S. 145 (1947).

²³ 339 U.S. 56 (1950).

²⁴ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 623, 627-8 (1886); *Gould v. United States*, 255 U.S. 298, 309 (1921).

²⁵ *Gran v. United States*, 287 U.S. 124, 128 (1932).

Pero todas estas reglas se han ido modificando. En 1967, la Corte estableció que

la Enmienda cuarta protege a las personas, no a los lugares. . . Todo lo que la gente trate de mantener con carácter privado, aunque se encuentre en un sitio accesible al público puede considerarse que está constitucionalmente protegido.²⁶

De ahí se originó el caso, aún pendiente (en 1972) de resolución ante la Suprema Corte, relativo a si los agentes federales de narcóticos tienen derecho a registrar los botes de basura que la gente coloca en la calle para que sean recogidos por los colectores municipales. Los agentes habían encontrado restos de narcóticos y colillas de cigarrillos de marihuana en un basurero doméstico, pero el tribunal de primera instancia consideró ilegal su registro, concluyendo que todo propietario de un hogar debe tener la razonable expectativa de que se respete la "privacidad" de su basura "hasta el momento en que ésta pierda su identidad, al confundirse con la de otros propietarios en otro lugar".²⁷ En 1934, el Congreso impuso severas limitaciones a la interceptación clandestina de líneas telefónicas,²⁸ a cuyo efecto emitió una ley, y la Suprema Corte, en 1967, revocó su propia resolución de 1928 para sostener que, conforme a la Enmienda cuarta, es anticonstitucional cualquier tipo de espionaje electrónico.²⁹ Finalmente, en 1969, sostuvo que todo cateo conectado con un arresto debe limitarse al "registro de la persona arrestada para recogerle cualquier arma que ésta pudiera pretender usar", a la "incautación de cualquier evidencia relativa a ella, a fin de evitar su ocultamiento o destrucción", y a registrar "aquellos sitios a los que el arrestado pudiera tener acceso con el fin de recoger un arma o de apoderarse de ciertos elementos de prueba".³⁰ Desde entonces se prohibió a la policía inspeccionar los armarios y los cajones de las cómodas; pero, en cambio, ahora pueden librarse órdenes de registro para incautar objetos buscados exclusivamente para servir de pruebas,³¹ órdenes que pueden ser obtenidas con base en meros

²⁶ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351-2 (1967).

²⁷ *Krivda v. California*, 5 Cal. 2d 357, 486 P. 2d 1262 (1971); cert. otorgada el 11-12-71.

²⁸ *Federal Communications Act* de 1934, 48 *Stat.* 1103, s. 605, ahora 47 *U.S.C.* s. 605 (1970). Véase también la ley mucho más detallada de 1968, 82 *Stat.* 212, s. 802, 18 *U.S.C.*, cap. 119, *Wire Interception and Interception of Oral Communications*, ss. 2510-20 (1970).

En el caso *Schwartz v. Texas*, 344 U.S. 199 (1952), la Corte sostuvo que la Ley de 1934 no prohibía a los tribunales estatales utilizar como pruebas interceptaciones de llamadas telefónicas realizadas en violación de la misma, pero este criterio fue derogado por el caso *Lee v. Florida*, 392 U.S. 378 (1968).

²⁹ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

³⁰ *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 762-3 (1969).

³¹ *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

rumores o a través de informes recibidos de un "soplón" anónimo.³² Tales órdenes son, pues, ahora, más fáciles de obtener, más necesarias y más útiles.

La regla de exclusión de pruebas nació con otra excepción que frustró en gran parte su propósito. Aunque las pruebas incautadas ilegalmente por los agentes federales no podían ser utilizadas en un proceso penal federal, en cambio, las del mismo carácter requisadas por agentes estatales que actuaran sin petición ni en auxilio del gobierno federal, sí podían aportarse en un proceso federal.³³ Esta excepción, empero, fue eliminada en 1960, al sostener la Corte que

toda evidencia obtenida por autoridades estatales en un cateo ilegal deberá ser desestimada en un juicio penal federal, siempre que el acusado la objete oportunamente con base en una razón suficiente.³⁴

De modo que, cuando la norma de exclusión se hizo extensiva a los Estados (1961), este subterfugio de "las dos soberanías" dejó de funcionar y los Estados ya no pudieron hacer valer en juicio elementos de prueba ilegalmente requisados por autoridades federales.

Pero aunque muchos tribunales estatales siguieron la orientación de la Suprema Corte y declararon que sus respectivas leyes fundamentales prohibían el empleo de pruebas ilegalmente obtenidas por autoridades estatales, casi la mitad de ellos rehusó hacerlo hasta que, en 1961, mediante una nueva interpretación de la Enmienda decimocuarta, dicha norma les fue impuesta obligatoriamente, la que, por tanto, únicamente ha tenido vigencia desde hace más o menos doce años, aunque en muchos Estados haya tenido fuerza legal por un periodo mayor, y, en los tribunales federales, durante casi sesenta años. Sin embargo, nunca ha sido aceptada universalmente, y menos aún por la policía, la cual la ha censurado arguyendo que las decisiones de la Corte, en materia de registro o de secuestro legal, han sido tan variables, que nunca se sabe cuál será el criterio aplicable en el momento en que un caso se ventila ante ella. Hasta la Corte ha admitido que esta crítica es justa. Por eso, al adoptar el nuevo criterio, según el cual un arresto sólo justifica la incautación de aquellos objetos que estén tan físicamente al alcance del arrestado que éste pueda adueñarse de ellos, reconoció que "la inconsistencia de las decisiones que ha dictado esta Corte sobre la materia es tal, que

³² *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 174-5n (1949), pronosticó decisiones tales como las de los casos: *Jones v. United States*, 362 U.S. 257, 269 (1960); *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108, 114 (1964); *United States v. Ventresca*, 380 U.S. 102, 107-8 (1965); *McCray v. Illinois*, 386, U.S. 300 (1967) y *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410, 413 (1969).

³³ La decisión de 1914, en la que se originó la norma de exclusión, reconoció esta excepción. Véase J.A.C. Grant, *The Tarnished Silver Platter*, 8 "U.C.L.A. L. Rev." 1 (1961) para el origen, desarrollo y fin de esta excepción.

³⁴ *Ríos v. United States*, 364 U.S. 253, 255 (1960), en el cual se resume la tesis sustentada en el caso *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960).

puede ser advertida hasta por el observador más superficial".³⁵ Y habría podido ir más lejos, haciendo suyas las palabras que el Magistrado Harlan empleara con otro propósito: "el rápido ritmo adoptado en las innovaciones constitucionales" ha hecho el curso de la ley "casi tan difícil de seguir como las huellas de un animal de presa cuando persigue a su víctima".³⁶ Como luego veremos, ésta es una de las razones por las que la Corte ha decidido recientemente dar a sus nuevos fallos sobre cateo y secuestro el alcance de un mero pronóstico.

Pero las críticas a la norma de exclusión han ido en aumento en la literatura jurídica. Así, dos de los jueces más respetados en Norteamérica, el magistrado de la Corte Suprema de Illinois, Walter V. Schaefer,³⁷ y el presidente de la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Distrito, Henry J. Friendly, han abogado recientemente por su abolición o restricción. Este último afirmó que

la misma potestad con que la Corte ha completado la Enmienda (cuarta) con la norma de exclusión ciento veinticinco años después de su adopción, le permite también modificar esa norma de acuerdo con las lecciones derivadas de la experiencia.

Cualquiera que sea el valor real que tenga esa norma —argüía—

puede completarse satisfactoriamente con una práctica, como la de Escocia, que prohíbe toda prueba que haya sido obtenida con flagrante y deliberada violación de los derechos individuales.

El juez Friendly insiste en que equivale a vulgarizar la Enmienda el hecho de

invocarla en la revocación de sentencias condenatorias en las que lo peor que puede afirmarse es que un policía confió demasiado en la veracidad de un delator o que se equivocó al pensar que no había tiempo para obtener una orden de registro que le habría sido otorgada tan solo con pedirla.³⁸

Uno de los ataques más demoledores contra la mencionada norma ha sido formulado últimamente por el director ejecutivo de la Fundación Norteamericana de Abogados (*American Bar Foundation*), como resultado de un estudio patrocinado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, quien ha encontrado escasos elementos que demuestren que el criterio en cuestión haya

³⁵ *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 755 (1969).

³⁶ *Williams v. United States*, 401 U.S. 675, 676 (1971). (Opinión concurrente/disidente).

³⁷ W. V. Schaefer, *The Fourteenth Amendment and the Sanctity of the Person*, 64 "Nw. U.L. Rev." 1, 14 (1969).

³⁸ H. J. Friendly, *The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure*, 53 "Calif. L. Rev." 929, 952-3 (1965) y *Benchmarks* 261, 262 (1967).

mejorado, en general, el marco de aplicación de la ley o que salvaguarde los derechos fundamentales del individuo, pero que, en cambio, sí ha favorecido a menudo la liberación del culpable. Dicho informe se inclina por "la abolición de la norma de exclusión... y su reemplazo por un recurso de responsabilidad (*tort remedy*) práctico contra los funcionarios causantes del agravio o sus jefes".³⁹ El juez de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, Carl McGowan, al dictar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan una serie de conferencias patrocinadas por el *Oliver Wendell Holmes Devise*, una institución creada por el Congreso y cuyos directores son nombrados por el Presidente, defendió la tesis de que los tribunales deben dejar la aplicación de la norma de exclusión en manos de aquellos departamentos de policía cuyos procedimientos disciplinarios internos sean eficaces.⁴⁰

Cuando el presidente Warren dejó de pertenecer a la Suprema Corte, la norma de exclusión perdió a uno de sus más tenaces defensores. Su sucesor, Warren E. Burger, ha sido, por el contrario, uno de sus críticos más severos, al subrayar que el supuesto valor de dicha norma "no ha pasado de ser un deseo bien intencionado de los tribunales".⁴¹ Como presidente de la Corte, ya se ha mostrado dispuesto a reconsiderar la tesis de que la norma de referencia constituye un requisito constitucional.⁴² No será de sorprender, pues, que dentro de una década, mucho de lo que hemos dicho sobre la misma ya no constituya derecho vigente. Y es que es posible que la norma de exclusión en materia de cateo y secuestro (*search and seizure*) esté a punto de desaparecer del escenario jurídico para reunirse, junto con la diversa norma relativa a la descalificación de testigos interesados en el resultado del proceso, en el cesto de las doctrinas caducas; aunque, por otra parte, es posible que esta consideración no sea más que un deseo nuestro bien intencionado. Sin embargo, hay algo que está bien claro, a saber: que durante los últimos treinta años la norma de exclusión no solamente se ha hecho extensiva al terreno de las confesiones, sino también al campo, mucho más amplio, del interrogatorio policíaco de los sospechosos.

Las confesiones

Aunque los tribunales del derecho común (*common law*) inglés no desconocieron la tortura como medio de obtener confesiones, ésta tuvo un papel relativamente secundario y fue fácilmente eliminada en el curso del siglo xvii tal vez, debido en gran parte a que dicho sistema de derecho jamás adoptó la norma del sistema iuscivilista (*civil law*) de que, a falta de una confesión, se hacía nece-

³⁹ D. H. Oaks, *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, 37 "U. Chi. L. Rev." 665-757, especialmente 667 (1970).

⁴⁰ C. McGowan, *Rule-Making and the Police*, 70 "Mich. L. Rev." 659 (1972).

⁴¹ W. E. Burger, *Who Will Watch the Watchman?*, 14 "Am. U.L. Rev." 1, 12 (1964).

⁴² *Rivens v. Six Agents of the FBI*, 403 U.S. 388, 411 y ss. (1971). (Opinión disidente).

saría la declaración acorde de dos testigos sobre el mismo hecho para que éste quedara plenamente probado.⁴³ Al desaparecer la tortura del escenario, fue sustituida por dos principios: 1) *nemo tenetur prodere se ipsum*, nadie puede ser obligado a inculparse a sí mismo, y 2) sólo son admisibles como prueba las confesiones voluntarias.

En sus orígenes, y, en realidad, hasta hace muy poco, estas dos reglas estuvieron totalmente separadas y fueron consideradas como distintas. La primera se refería únicamente al proceso, y significaba que los acusados ya no podían ser sometidos al interrogatorio despiadado que los jueces ingleses del siglo XVII solían articular; mas dicha regla no obligaba a los jueces de paz, quienes continuaron interrogando a los sospechosos para arrancarles la confesión,⁴⁴ ni a la policía, cuyos miembros han asumido la responsabilidad de los jueces de paz de someter a juicio a los sospechosos. La única limitación a su actuación continuó siendo la segunda regla, relativa a que sólo las confesiones voluntarias podían hacerse valer en el proceso.

Pero esta última regla no era, en realidad, más que un derivado de la norma general, según la cual sólo son admisibles en el proceso aquellas pruebas que sean pertinentes y dignas de crédito. Si una confesión es obtenida por miedo o mediante la promesa de algún favor, no puede considerarse fidedigna. Que éste era el único motivo para desechar la confesión, tanto en Inglaterra como en Norteamérica, se ponía de manifiesto por el hecho de que, una vez que su veracidad quedaba establecida, se volvía admisible. Por eso, el profesor Greenleaf, en su famoso tratado sobre "las pruebas" (*Evidence*), decía que

siempre que, como consecuencia de la información proporcionada por el reo, sea descubierto el objeto robado, o el instrumento del delito, o... cualquier otro hecho material, es conveniente demostrar que tal descubrimiento se ha realizado gracias a la mencionada información.⁴⁵

⁴³ Naturalmente que la regla de los dos testigos fue observada por los tribunales eclesiásticos, que eran los más importantes tribunales penales en la Inglaterra medieval y continuaron siéndolo en algunos campos del derecho, especialmente en materia de sucesiones y de divorcio, hasta 1857. Para un ejemplo interesante de las dificultades que podían surgir cuando los mismos hechos eran sometidos para su resolución ante tribunales del derecho común y eclesiásticos, véase el caso *Evans v. Evans*, 1 Robertson Eccl. 165 (Archers Court 1844).

⁴⁴ Los *Manuales para Jueces de Paz* daban esto por supuesto. Véase M. Dalton, *The Country Justice* 105 (1727), cap. 40, *Felony*: "Todo Juez de Paz puede y debe también interrogar a los criminales, o personas sospechosas de haber cometido un delito, que sean presentados ante él". Capítulo 164, *Interrogatorio de Criminales*, 539-45, aconseja que "Si en su declaración ante el juez de paz el reo confesara los hechos, no estará por demás que la rubrique con su nombre."

⁴⁵ 1 S. Greenleaf, *Evidence* 267 (1842). Para textos del derecho inglés, véanse 1 J. Chitty, *Criminal Law* 572 (1816); 1 S. M. Phillips, *Evidence* 115 (1822).

En otras palabras, que no sólo se consideraba admisible la prueba encontrada a consecuencia de una confesión involuntaria, sino también toda aquella parte de la confesión misma cuya veracidad resultara posteriormente confirmada.

A partir de 1936, a raíz de un horrible caso recurrido en apelación en el Estado de Mississippi, nuestra Corte introdujo un nuevo factor en el régimen legal de las confesiones, que habría, con el tiempo, de acabar con esta excepción —“admisible si se confirma”— a la norma que excluye las confesiones no voluntarias. Este caso nos hizo recordar que el *debido proceso legal* garantiza, con absoluta independencia de las especificaciones de la Declaración de Derechos, un juicio imparcial conforme a un procedimiento previamente regulado, y que si la actuación de la autoridad, en el proceso o fuera de él, traspasa los límites de la decencia, cualquier confesión obtenida como resultado de ella será inadmisibles. En el caso en cuestión, el sospechoso había sido colgado de la rama de un árbol, atado luego al tronco del mismo y azotado repetidas veces con el extremo hebillado de un cinturón de cuero. La Corte, después de argumentar que

la versión transcripta se parecía más a páginas arrancadas de un relato medieval que a la crónica de unos hechos ocurridos dentro del marco de una civilización moderna que aspira a tener un gobierno constitucional y culto, sostuvo que no era posible confirmar “una sentencia condenatoria que se apoya exclusivamente en un confesión por la violencia”.⁴⁶

Cuatro años más tarde, la propia Corte llegó a una conclusión semejante en un caso ocurrido en Florida, sosteniendo que no puede decirse que el acusado haya disfrutado de la garantía del *debido proceso*

si los cargos que se le imputaron no fueron formulados y juzgados imparcialmente por un tribunal público que haya actuado libre de prejuicios, de pasiones, de acaloramientos y sin ejercer un poder arbitrario.⁴⁷

Y, un año después, confirmó una sentencia condenatoria dictada en California, no obstante que la policía había interrogado ilegalmente al sospechoso, porque encontró que la confesión de éste había sido voluntaria. Esta opinión fue importante, porque explicó la diferencia que existe entre la norma del derecho común (*common law*) y la del *debido proceso* en materia de confesiones. El fin que busca la primera es “excluir la falsa evidencia”, mientras que

la meta perseguida con la formalidad del debido proceso no es excluir la prueba presuncionalmente falsa, sino evitar que ésta, falsa o verdadera, sea utilizada con esencial mala fe, lo cual ocurre cuando se aprovecha una confesión forzada para obtener un veredicto de culpabilidad.⁴⁸

⁴⁶ *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 282, 286 (1936).

⁴⁸ *Lisenba v. California*, 314 U.S. 219, 236, 237 (1941).

Desde entonces, la Corte ha revocado sistemáticamente toda sentencia condenatoria que se halle fundada, aunque sea parcialmente, en una confesión involuntaria, no obstante que se haya comprobado su veracidad. Así, el 27 de junio de 1949, revocó tres sentencias condenatorias por asesinato, a pesar de que, en uno de los casos, el revólver utilizado en la ejecución del crimen fue encontrado en el sitio exacto en que el acusado afirmara haberlo arrojado,⁴⁹ y de que, en los otros dos casos, los acusados revelaron hechos que sólo podían ser conocidos por los autores del delito.⁵⁰ No hubo un solo magistrado que arguyera que esta circunstancia justificara la admisibilidad de las confesiones, ni tampoco ha habido nadie, con posterioridad, que haya defendido semejante tesis, aunque la confesión del acusado condujera al descubrimiento de un crimen hasta entonces ignorado e incluso, al hallazgo del cuerpo de la víctima en el lugar en que el acusado declarara haberlo sepultado.⁵¹

La norma del derecho común (*common law*) podía justificarse en la medida en que, con la exclusión de las pruebas no fidedignas, se evitaba la condena del inocente; pero esta nueva norma, que rechaza hasta las confesiones de veracidad comprobada, se parece a la diversa norma que rige la materia del cateo y del secuestro, la cual excluye ciertas pruebas obviamente dignas de fe no para proteger al inocente, sino para controlar a la policía.

En 1964, la Corte añadió una norma más de protección contra el empleo de confesiones involuntarias, estableciendo: que el juez que presida el proceso deberá enterarse directamente de todas las pruebas fuera de la presencia del jurado, y que únicamente si él considera que la confesión fue voluntaria, podrá ésta ser dada a conocer al jurado, independientemente de que el propio jurado esté advertido de que sólo debe atribuir valor a la confesión que él mismo juzgue que fue voluntaria.⁵² La mayoría de los magistrados abrigaba el temor de que el jurado pudiera tener la tendencia a considerar voluntaria toda confesión cuya veracidad hubiera sido comprobada.

El interrogatorio policiaco de los sospechosos

Aunque en la mayor parte de estos casos de confesión había mediado un interrogatorio policiaco ilegal, la Corte siempre tuvo el cuidado de señalar que esto no era suficiente, por sí mismo, para volver inconstitucional el uso de la confesión obtenida, que sólo podía considerarse violatorio del debido proceso cuando la confesión fuera involuntaria; antes bien, incluso interrogatorios policiacos

⁴⁹ *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49 (1949).

⁵⁰ *Turner v. Pennsylvania*, 338 U.S. 562 (1949); *Harris v. South Carolina*, 338 U.S. 68 (1949).

⁵¹ Como en el caso *Gallegos v. Nebraska*, 342 U.S. 55, 69, 71, 73 (1951). Véanse también *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172-3 (1952); *Spano v. New York*, 360 U.S. 315, 320 (1959); *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534 (1961).

⁵² *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368 (1964).

prolongados llegaron a ser considerados por ella compatibles con el concepto de voluntariedad de las declaraciones. En 1951, por ejemplo, la Corte respondió afirmativamente a la siguiente cuestión:

¿Son admisibles como prueba las confesiones... obtenidas... durante un periodo de veinticinco días... de detención... y antes de que el reo haya sido presentado a un juez de paz (*magistrate*) y de que se le haya nombrado un abogado defensor?⁵³

En 1953 se consideró voluntaria la confesión de un acusado al que se había arrestado cinco días antes de que se formulara cargo alguno en su contra y dieciocho días antes de que se le concediera la declaración preparatoria ante el juez.⁵⁴ No obstante, y mientras tanto, la Corte, sin invocar la Constitución y apoyándose tan sólo en sus facultades de control sobre los tribunales federales había impuesto a éstos normas mucho más estrictas.

En 1943 la decisión relativa al caso *McNabb v. United States*,⁵⁵ al menos tal como se la interpretó cinco años más tarde en el caso *Upshaw v. United States*,⁵⁶ estableció que si había sido obtenida durante un periodo de detención ilegal, ni siquiera la confesión voluntaria era admisible como prueba en un proceso federal. Hemos dicho con anterioridad que las reglas federales de Procedimientos Penales exigen que la autoridad que efectúe un arresto "conduzca al reo, sin mayor dilación, ante el juez de paz (*magistrate*) más cercano", quien deberá advertirlo de su derecho a que se le nombre defensor, a no declarar, etcétera. Dos de los *McNabb*, fueron inmediatamente conducidos, tras de ser arrestados por asesinato, al palacio federal; pero, en vez de ser presentados ante un juez, se les mantuvo incomunicados durante casi catorce horas en una sala de detenciones, en donde se les sujetó a un interrogatorio constante que se llevó la mayor parte del día, hasta que, por fin, confesaron. El tercero de ellos, arrestado mucho después, sólo fue interrogado durante cinco o seis horas. Al final, cuando se le informó que los otros ya habían confesado acusándolo de haber hecho los dos disparos, y antes de confesar también, dijo: "Si ellos están dispuestos a acusarme de eso, yo voy a contar toda la verdad." La Corte, al anular las sentencias condenatorias, sostuvo:⁵⁷

... El control judicial de la administración de la justicia penal ante los tribunales federales lleva implícito el deber de establecer y mantener principios civilizados en materia de procedimiento y de prueba. Principios que, por otra parte, no se satisfacen con la mera observancia de ese conjunto de salvaguar-

⁵³ *Gallegos v. Nebraska*, 342 U.S. 55, 60 (1951).

⁵⁴ *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953).

⁵⁵ 318 U.S. 332 (1943).

⁵⁶ 335 U.S. 410 (1948).

⁵⁷ 318 U.S., 340-1.

días históricas que se resumen en el llamado *debido proceso legal*, y por debajo de las cuales nos topamos con una situación de fuerza más que con un juicio acorde con la razón. . .

No hay que restringir, por tanto, los principios que rigen la admisibilidad de las pruebas en los juicios federales de lo penal a aquellos que exclusivamente puedan derivarse de la Constitución. . .

Independientemente de la Constitución, pues, nos vemos obligados a considerar que la prueba obtenida de los promoventes en las circunstancias aquí relacionadas debe ser desestimada. . .

El lenguaje empleado por el fallo de la Corte parecería significar que el criterio del debido proceso, que en aquella época admitía todas las confesiones consideradas voluntarias, no respondía a lo que se tiene por "normas de los pueblos civilizados". Era inevitable, pues, que se hicieran esfuerzos por incorporar este nuevo concepto a la Constitución. Ya desde 1949 el magistrado Douglas pretendió sostener que ninguna confesión o reconocimiento de culpa obtenido durante la etapa de una detención policiaca ilegal debía ser admitida por los tribunales federales o estatales,⁵⁸ y, hacia 1951, el magistrado Black parece haberse inclinado por el mismo punto de vista.⁵⁹ Pero su primera victoria la obtuvo realmente en 1964, aunque con base en la teoría de que, al negarle al sospechoso autorización para consultar a su abogado durante el periodo de los interrogatorios, la policía le denegaba prácticamente el derecho a la asistencia legal que le otorga la Enmienda sexta.⁶⁰ La opinión que introdujo esta nueva norma rezaba como sigue:⁶¹

Consideramos que cuando, como ocurre en la especie, la investigación ha dejado de tener las características de una pesquisa general dirigida a aclarar un crimen, para empezar a concentrarse en un sospechoso en particular que se encuentra bajo custodia de la policía, la cual lo ha sometido a un interrogatorio que se ha prestado para arrancarle declaraciones incriminatorias, y el sospechoso ha solicitado, habiéndosele negado, la oportunidad de consultar a su abogado, sin que la policía le haya hecho ver efectivamente el irrestricto derecho constitucional que tiene a guardar silencio, debe estimarse que ha sido violada en perjuicio del acusado la garantía constitucional de la asistencia legal. . . , y que no puede utilizarse en su contra, en un juicio criminal, ninguna declaración rendida por él durante el interrogatorio policiaco.

Dos años más tarde, a propósito del caso *Miranda v. Arizona* (1966), la Corte reformuló este criterio dándole una mayor amplitud. Al conceder nuevos juicios a varios acusados convictos, manifestó lo siguiente:⁶²

⁵⁸ Véanse sus opiniones concurrentes en los tres casos citados en las notas 49 y 50, *supra*.

⁵⁹ *Gallegos v. Nebraska*, 342 U.S. 55, 73-5 (1951). (Opinión disidente).

⁶⁰ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

⁶¹ *Id.*, 490-1.

⁶² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 444, 473-4 (1966).

Es nuestra convicción... que el fiscal no puede utilizar declaraciones... provenientes de interrogatorios practicados a un acusado bajo custodia, salvo en los casos en que se demuestre que fueron observadas las formalidades procesales suficientes para salvaguardarle la garantía contra la auto-incriminación. Por interrogatorio bajo custodia, entendemos aquel tipo de cuestionario que las autoridades encargadas de aplicar la ley empiecen a articular a una persona después de que ésta haya sido arrestada o notoriamente privada de su libertad en cualquier forma. Esto es lo que hemos querido dar a entender cuando, en el caso *Escobedo*, hablábamos de una investigación que estuviera enfocada ya a un acusado específico. Por lo que toca a las formalidades procesales que deben observarse, mientras no se establezcan otros medios plenamente eficaces de informar a los acusados sobre su derecho a guardar silencio y de garantizarles de manera continua la oportunidad de ejercitar éste, es necesario cumplir con las siguientes medidas: antes de cada interrogatorio, la persona deberá ser advertida del derecho que le asiste a no declarar, de que todo lo que declare podrá ser legalmente utilizado como prueba en su contra y de que tiene derecho a exigir la presencia de su abogado particular o de uno nombrado de oficio...

...Y, si el individuo manifiesta, en alguna forma y en cualquier momento anterior o durante el interrogatorio, su deseo de guardar silencio, dicho interrogatorio debe ser suspendido.

Quienquiera que esté familiarizado con las normas judiciales inglesas que establecen el régimen de las confesiones obtenidas por la policía, podrá reconocer alguna semejanza con el descrito en el párrafo anterior. Sin embargo, dentro de nuestro sistema, cualquier declaración obtenida con violación de la regla establecida para los casos *Escobedo-Miranda* es inadmisibile; mientras que, en Inglaterra, el tribunal que conozca del juicio puede rechazar o admitir, discrecionalmente, ese tipo de declaraciones.⁶³

La autoincriminación

Se habrá advertido, por los precedentes citados, que mientras el caso *Escobedo* (1964) se apoyó en la garantía constitucional de la asistencia legal para poner un freno al interrogatorio policiaco, el caso *Miranda* (1966) llevó claramente dicho interrogatorio al campo de la diversa garantía que protege contra una autoincriminación forzada, que es la que actualmente se aplica a todo acto de autoridad, dentro o fuera del proceso. Éste es, sin duda alguna, el aspecto más

⁶³ El caso más importante en el derecho inglés es *R. v. Voisin*, (1918). 1 K.B. 531, en el cual la prueba fue admitida. Glanville Williams, *Questioning by Police: Some Practical Considerations*, 1960 "Crim. L. Rev." 325, 33, concluía que "los jueces han desistido de observar sus propios criterios", pero parece que están recuperando su rigor. Véase 1964 "Crim. L. Rev." 181-2.

importante de la expansión de esa garantía; aunque se han dado otros cambios que merecen también ser mencionados.

Ya hemos señalado cómo, hasta hace muy poco, la idea de que los gobiernos federal y estatal son dos entidades soberanas y distintas, minó la eficacia de la garantía que protegía contra dos o más procesos sucesivos por un solo hecho y neutralizó la norma que protegía contra la admisión de una prueba que hubiera sido obtenida a través de un cateo y secuestro ilegales. La misma teoría amenazó con socavar la garantía constitucional contra una autoacusación forzada. Por eso, en 1931, la Corte sostuvo por unanimidad que si el gobierno federal concedía a un testigo la inmunidad contra un proceso federal, podía exigirle que respondiera a ciertas preguntas que pudieran servir para probar su culpabilidad en la violación de las leyes penales de un Estado.⁶⁴ En consonancia con esto, en 1944, la Corte confirmó una sentencia condenatoria por delito federal utilizando elementos de prueba que los acusados se habían visto obligados a suministrar en un proceso estatal.⁶⁵ Sin embargo, tres magistrados se opusieron en esa ocasión, insistiendo en que la Constitución "prohíbe hacer valer contra el acusado su propio testimonio obtenido por coacción", ante cualquier tribunal federal o estatal.⁶⁶ Pero hubo que esperar hasta 1964 para que la Corte aceptara este punto de vista,⁶⁷ poniendo fin así a lo que el magistrado Black caracterizara como la "técnica del látigo", mediante la cual un gobierno utiliza lo que el otro se ha empeñado en obtener con la amenaza de castigar, por desacato al tribunal, al que se rehúse a testificar.

Este cambio acarreó, a su vez, otro cambio significativo en la esfera de las leyes de inmunidad. Es normal que la autoridad acepte, a menudo, no procesar a un particular si éste accede a proporcionarle la información que busca o a rendir testimonio en contra de otros. Si existe una ley que le otorgue inmunidad lo suficiente amplia como para satisfacer la garantía constitucional, la autoridad puede, inclusive, exigir al testigo que declare aun contra su voluntad. Pero como las primeras leyes federales solamente establecían que la prueba suministrada por un testigo no podía ser utilizada en su contra, la Corte sostuvo que ésta no era una garantía bastante como para admitir la posibilidad de obligarlo a testificar, ya que ella "no impedía la posibilidad de que se empleara su testimonio para buscar otro susceptible de ser utilizado como prueba en su contra".⁶⁸ En consecuencia, las leyes fueron ampliadas a fin de garantizar la inmunidad contra la sujeción a proceso "por cualquier gestión, materia o asunto respecto de los que el testigo pudiera declarar o suministrar alguna evidencia"; y, bajo esta nueva forma, esas leyes se consideraron adecuadas.⁶⁹ Pero al hacerse extensiva a los

⁶⁴ *United States v. Murdock*, 284 U.S. 141 (1931).

⁶⁵ *Feldman v. United States*, 322 U.S. 487 (1944).

⁶⁶ *Id.*, 498. (Opinión disidente).

⁶⁷ *Murphy v. Waterfront Comm'n*, 378 U.S. 52 (1964).

⁶⁸ *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547, 564 (1892).

⁶⁹ *Brown v. Walker*, 161, U.S. 591 (1896).

Estados, en 1964,⁷⁰ la garantía constitucional contra la autoacusación forzada, surgió un nuevo problema, ya que si bien un Estado no puede garantizar que el gobierno federal no entablará proceso, este último, naturalmente, sí puede impedir que aquél lo haga.⁷¹ Por consiguiente, tanto el Congreso como los Estados reconsideraron el problema en su conjunto, enmendando algunas de sus claves sobre inmunidad, tan sólo para disponer que, sin perjuicio de que un testigo pueda ser procesado si se dispone de otra evidencia, la única que no podrá ser utilizada en su contra es la que él mismo haya proporcionado o la que llegue a obtenerse gracias a sus declaraciones. Y, en mayo de 1972, la Suprema Corte consideró que una ley así concebido puede establecer, a cargo de un testigo, la obligación de declarar tanto en un proceso estatal⁷² como en uno federal.⁷³ Pero agregando, que las autoridades encargadas del proceso "tienen la responsabilidad de demostrar que sus pruebas no están viciadas, dejando bien claro que la evidencia en cuestión la han obtenido de una fuente independiente y legítima".⁷⁴

Para concluir, voy a señalar un peligro que pudo haber sido de consecuencias fatales, pero que, al parecer, hemos logrado sortear. Interpretada debidamente, considero que la mencionada garantía tan sólo protege contra la obligación de testificar, sea de palabra o por escrito; pero, hace ya tiempo que la Corte sostuvo que esa garantía también prohíbe que se obligue al testigo a presentar papeles y documentos incriminatorios que obren en su poder,⁷⁵ a no ser que pertenezcan a otras personas.⁷⁶ Mas como decía el juez Friendly,

este privilegio no exime a un acusado de la obligación de someterse a identificación y a un razonable examen médico, facilitando muestras de sus fluidos, proporcionando pruebas de su tipo de escritura y dejando oír su voz.⁷⁷

Y, en 1910, la Corte rechazó por unanimidad, considerándolo "extravagante", el argumento de que era inconstitucional exigirle a un acusado de asesinato el probarse una blusa para ver si le venía,⁷⁸ añadiendo que

⁷⁰ *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

⁷¹ *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 607-8 (1898).

⁷² *Zicarelli v. New Jersey State Comm'n*, 92 S. Ct. 1670 (1972).

⁷³ *Kastigar v. United States*, 92 S. Ct. 1653 (1972).

⁷⁴ *Id.*, 1665.

⁷⁵ *Boyd v. United States*, 116 U.S. (1886). Pero véase *Shapiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948), que sostiene que uno puede ser obligado por la ley a conservar un archivo.

⁷⁶ Quien tenga la custodia del archivo de una compañía o de un sindicato laboral puede ser obligado a exhibirlos, aun cuando resulten personalmente incriminatorios para el propio custodio. *Wilson v. United States*, 221 U.S. 361 (1911); *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1914).

⁷⁷ H. J. Friendly, *The Fifth Amendment Tomorrow: the Case for Constitutional Change*, 37 "U. Cin. L. Rev." 671, 703-4 (1968).

⁷⁸ *Holt v. United States*, 218 U.S. 245, 252 (1910).

la prohibición de que se ejerza sobre alguien para que testifique contra sí mismo ante un juzgado de lo criminal se refiere solamente al empleo de la coacción física o moral para arrancarle declaraciones, pero no a la exclusión de su cuerpo como prueba, cuando éste pueda ser importante.⁷⁹

Sin embargo, en 1966, cuatro magistrados se opusieron a la mayoría que consideró lícito que un médico practicara un análisis de sangre del conductor de un automóvil involucrado en un accidente en el que perecieron varias personas, para determinar si estaba ebrio.⁸⁰ Los mismos cuatro magistrados, un año después, desintieron de la mayoría que estimó lícito exigir a un acusado de varios robos, en los que se habían usado notas intimidatorias, que proporcionara una prueba de su escritura para compararla con la de las notas;⁸¹ y tres de ellos se pronunciaron también en contra de que se exigiera, al sospechoso de un crimen, la repetición de ciertas palabras pronunciadas durante su comisión, al efecto de que los testigos pudieran comparar su voz con la del culpable.⁸²

Afortunadamente, para mi modo de ver, tres de estos cuatro magistrados ya no están en la Corte, ni sus sucesores comparten sus opiniones. Sin embargo, resulta manifiesto que aún estamos encarando problemas muy serios. Así, tanto en los Estados de la Unión como en el Distrito de Columbia, está vigente una ley que obliga a todo aquel que intervenga en un accidente automovilístico a detenerse en el lugar de los hechos y darle al lesionado, o al propietario del objeto dañado, su nombre y dirección. Pero, puesto que el accidente pudo deberse a un acto criminal de su parte, ¿no le estamos pidiendo a esa persona que suministre una prueba que podría formar parte de una cadena que condujera finalmente a su condena? Por eso, en 1971, cuatro magistrados llegaron a la conclusión de que es inconstitucional castigar al conductor de un vehículo que haya rehusado detenerse, mientras que las dos opiniones suscritas por los cinco magistrados que defendieron el criterio contrario no eran ni satisfactorias ni claras en cuanto a sus fundamentos.⁸³ Pero este asunto no tardará en volverse a plantear, tanto en cuanto a su forma como en conexión con otras cuestiones afines. Estos casos tal vez nos ayuden a revisar en su totalidad el problema de la finalidad perseguida por la garantía; porque, si nuestra lógica se ha atascado en el pantano de la vida moderna, ya es tiempo de que dejemos de echar la culpa de esto a los Próceres de la Patria, quienes en 1791 ni siquiera imaginaron la civilización del automóvil, para volver nuestra reflexión a los principios fundamentales.

⁷⁹ *Id.*, 252-3.

⁸⁰ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

⁸¹ *Gilbert v. California*, 388 U.S. 63 (1967).

⁸² *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 290 (1967). (Opinión disidente).

⁸³ *California v. Byers*, 402 U.S. 424 (1971).

CAPÍTULO IV

EFECTOS GENERALES DE LA EXPANSIÓN

La Tesis del Magistrado Harlan II

Hasta ahora hemos descrito dos procesos que ocurrieron simultáneamente: la interpretación de la Enmienda decimocuarta, para hacer virtualmente aplicable a los Estados todas las garantías contenidas en la Declaración Federal de Derechos, y la notable expansión que se ha operado en el ámbito de las garantías mismas. El primer proceso es, desde luego, el más significativo, y bastaría para probarlo decir que es gracias a él que el segundo ha llegado a tener una importancia real, ya que la aplicación de la ley penal continúa siendo un asunto fundamentalmente estatal.

Como ya hemos indicado, el magistrado John Marshall Harlan, miembro de la Suprema Corte desde 1877 hasta octubre de 1911, fue el primero en defender firmemente la tesis de que la Enmienda decimocuarta vuelve aplicable a los Estados la Declaración de Derechos, aunque finalmente sólo tuvo éxito en lo que atañe a la garantía de la Enmienda quinta, relativa a la prohibición de practicar expropiaciones por causa de utilidad pública sin que medie una justa indemnización. Pero aun entonces esa batalla la ganó Harlan fundándose en la teoría, muy distinta, de que el *debido proceso legal* prohíbe apartarse de los principios elementales de la justicia, teoría ésta que es la que, en definitiva, ha servido de base —y no su doctrina original— a la realización de todo el proceso, ya que la Corte, sobre todo a partir de 1960, comprendió que cada vez un mayor número de las garantías específicas de la Declaración de Derechos se volvían básicas para el sentido anglosajón de la justicia, convirtiéndose, por tanto, en requisitos del *debido proceso legal*.

Designado magistrado de la Corte en marzo de 1955, el nieto de Harlan, también llamado John Marshall Harlan (a quien llamaremos Harlan II), fue, hasta su retiro en junio de 1971, uno de los críticos más severos de la doctrina de que la Enmienda decimocuarta hace aplicable a los Estados la Declaración de Derechos. Pero lo que él atacaba era, más bien, la opinión de que toda garantía considerada obligatoria conforme al *debido proceso* tuviera que aplicarse a los Estados con la misma amplitud que se le daba tratándose de casos relacionados con el gobierno federal. Así como hemos visto que Holmes y Brandeis —primeros magistrados que se mostraron dispuestos a aplicar a los Estados las garantías de libertad de expresión contenidas en la Enmienda primera— querían permitir a los Estados “una holgura ligeramente mayor” en sus ordenamientos legales que la que el texto específico de la Enmienda primera le permitía al Congreso, de la misma manera Harlan II insistía en

que, en todos los casos amparados por la Enmienda decimocuarta, los criterios que debían imperar eran los de la razón y la lógica, más que los requisitos técnicos de la Declaración de Derechos con los comentarios e interpretaciones de la Suprema Corte.

A juzgar por sus opiniones, Harlan II tomaba en consideración al menos dos cosas. En primer lugar, creía firmemente en que el principio del federalismo se funda en el respeto a la soberanía interna de los Estados, a la cual reconocía un gran alcance en materia de aplicación de la ley penal de los Estados, ya que estaba muy lejos de pensar que la Declaración de Derechos tal como la interpretaba la Suprema Corte, tuviera las respuestas últimas a los problemas relativos a los procedimientos adecuados de aplicación de la ley. Se inclinaba por una mayor libertad de acción de los Estados para experimentar con procedimientos que la Declaración de Derechos prohibía ante los tribunales federales. En segundo lugar, Harlan II deseaba, aparentemente, que la Corte se dedicara a hacer más justos y razonables los procedimientos de aplicación de la ley del gobierno federal y sus tribunales, a fin de que sirvieran como un modelo al que debieran aspirar los Estados. Además, temía que, de aplicarse a los Estados la Declaración de Derechos con todas sus particularidades llegara inevitablemente un momento en que su interpretación por la Corte la debilitara tanto que ya no pudiera frenar con eficacia las prácticas admitidas en los Estados. En cambio, de mantenerse la separación entre los dos sistemas, podrían elaborarse normas apropiadas para los Estados sin menoscabo de las que se aplican en los tribunales federales.

Existen algunos indicios de que su presagio ya se está cumpliendo. Hemos mencionado con anterioridad que la Corte ha sostenido siempre que no se pueden librar órdenes de cateo para obtener documentos u objetos con el único fin de ser utilizados como pruebas. Pues bien, cuando esta regla de exclusión se aplicó a los Estados, en 1961, inmediatamente predije que pronto iba a ser abandonada. En efecto, muchos Estados, incluyendo el mío propio (California), expresamente autorizan cateos con el objeto de requisar elementos de prueba; y esto resulta tan lógico y razonable que yo no podría siquiera imaginar que la Corte revocara un fallo condenatorio de un tribunal estatal que se fundara sobre este tipo de evidencias. Habían pasado apenas seis años desde mi predicción, cuando, en 1967, la Corte afirmó que

"tribunales y comentaristas han criticado la distinción, hecha en algunos de nuestros casos, entre el secuestro de objetos que únicamente poseen un valor probatorio y el secuestro de instrumentos y frutos (del delito); distinción ésta a la que, no obstante, la Corte de Apelaciones se ha sentido obligada a adherir. En la actualidad, rechazamos tal distinción por cuanto se halla fundada en principios que ya no son admisibles... (y porque) el texto

de la Enmienda cuarta no tolerara una distinción (que) es completamente irracional.”¹

El único disidente fue el magistrado Douglas, quien insistió en la inconstitucionalidad de los “cateos dirigidos a obtener evidencias”.² El Congreso reformó inmediatamente el Código de los Estados Unidos para sacar todo el provecho posible a esta nueva norma.³

Probablemente se habrá colegido ya que, lejos de considerar que este cambio haya hecho descender la jerarquía de las normas constitucionales, es mi opinión que el mismo se ha limitado a enriquecerlas con un poco de sentido común. Pero los desarrollos en el ámbito del juicio por jurado ilustran muy bien su punto de vista.

Hasta el momento, la edición más eruditamente anotada de nuestra Constitución ha sido la que publicó, en 1952, con el título de *The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation*, el “Servicio de Información Legislativa de la Biblioteca del Congreso”, la cual estuvo a cargo del docto y meticuloso profesor Edward S. Corwin, quien, al comentar la disposición de la Enmienda sexta relativa a que “en todo proceso criminal el acusado debe gozar del derecho a ser juzgado por un jurado imparcial”, sostuvo que

el juicio ante jurado exigido por la Constitución comprende todos los elementos que este país e Inglaterra consideraban esenciales, en la época en que aquélla fue adoptada, para dicho tipo de juicio, estableciendo que los miembros del jurado debían ser doce, ni uno más ni uno menos... , y cuyo veredicto debía ser unánime.

Dicho pasaje apareció, sin cambio, en la edición de 1964.⁴ La verdad es que nadie protestó contra los requisitos de los doce miembros en el jurado y de la unanimidad de su fallo, y, ya en 1930, la Suprema Corte había declarado que “está fuera de discusión” que la Constitución exige ambos.⁵

Pero, en la práctica, los Estados se apartaron bastante de este criterio. En primer lugar, como he visto, la Corte había declarado que la garantía era aplicable a todos los delitos con excepción de los llamados menores, haciendo especial hincapié en que un delito deja de ser menor cuando la penalidad potencial para el mismo exceda los seis meses de prisión. Entretanto, el Estado

¹ *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 300, 301, 302 (1967).

² *Id.* 314 (opinión disidente).

³ 82 *Stat.* 238 (1968), 18 U.S.C. s. 3103 (1971).

⁴ 1952 ed., p. 878; 1964 ed., p. 1001.

⁵ *Patton v. United States*, 281 U.S. 276, 288 (1930). En el caso *Andres v. United States*, 333 U.S. 740, 748 (1948), la Corte estableció: “Tratándose de la aplicación de las Enmiendas Sexta y Séptima, se hace necesaria la unanimidad del veredicto del jurado”. La Enmienda Séptima se refiere al juicio por jurado en materia civil.

de Nueva York solamente concedía el juicio por jurado a los casos juzgados en la ciudad de Nueva York cuya pena pudiera exceder de un año de prisión, disponiendo que en el resto del Estado los jurados se integran con solamente seis miembros. Nueva Jersey, en cambio, permitía que algunos casos con sentencias hasta de un año se juzgaran sin jurado; mientras que Louisiana, yendo aún más lejos, se negaba a otorgar jurado, salvo en aquellos casos en que el delito mereciera pena de prisión con trabajos forzados. Y, aún entonces, el jurado se integraba con doce miembros sólo cuando la sentencia a trabajos forzados fuera inevitable, pero, de no ser así, podían integrarse con cinco miembros. En la primera hipótesis, el veredicto podía darse incluso con una votación de 9 contra 3, exigiéndose la unanimidad solamente en aquellos casos que merecieran la pena capital. Finalmente, los jurados de Florida se limitaban a seis miembros, excepto en los casos susceptibles de ser castigados con pena de muerte; mientras que Oregon aceptaba veredictos con votación mayoritaria de 10 contra 2.

Muchas personas al observar, tanto en éstos como en otros Estados, semejantes desviaciones respecto de las normas contenidas en la Enmienda sexta, llegaron a creer que la Corte nunca se atrevería a interpretar la Enmienda decimocuarta en el sentido de considerar que ella volviera aplicable a los Estados esta disposición de la Enmienda sexta. La expedición de la Ley inglesa de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*), de 1967, vino a robustecer esta conclusión, ya que dicha ley autorizaba, inclusive en los relativamente pocos casos que siguieron juzgándose ante jurado, veredictos por mayoría de 10 contra 2 votos. Entretanto, la generalidad de los casos penales ingleses se juzgaban "sumariamente", esto es, ante un juez sin jurado, dificultando así la argumentación de que las disposiciones de la Enmienda sexta resultan "indispensables a un sistema angloamericano de libertad regulada". Sin embargo, apenas un año después de haber abolido Inglaterra el requisito de la unanimidad, nuestra Corte, por votación de 7 contra 2, y sólo porque el caso no había sido juzgado ante un jurado, revocó una sentencia de condena dictada en Louisiana en la que la pena potencial era susceptible de alcanzar hasta dos años de prisión, no obstante que, en la realidad, quedó reducida a 60 días y a una pequeña multa. El fallo sostenía que, debido a nuestro

profundo apego... a la garantía del juicio ante jurado..., como medio de defensa contra la aplicación arbitraria de la ley, éste resulta esencial, en los casos criminales, para el ideal norteamericano de justicia.⁶

El mismo día la Corte revocó una sentencia dictada en Illinois que condenaba al acusado a dos años de prisión por desacato al tribunal, estableciendo que

⁶ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 149, 156 (1968).

los desacatos graves se parecen tanto a otros delitos y graves que, por esa virtud, están sujetos a las disposiciones constitucionales relativas al juicio ante jurado, que ahora son obligatorias para los Estados.⁷

Estos fallos sugerían que tal vez la Corte insistiría en que la pena máxima aplicable a los "delitos menores" (*petty offenses*), susceptibles de ser juzgados sin la presencia de un jurado, fuera de seis meses de prisión, como ciertamente lo decidió dos años más tarde,⁸ con una sentencia que reanudó la discusión sobre casi todos los problemas. Al referirse concretamente a la tesis del caso de Louisiana, de que ni los jurados de 12 miembros ni la unanimidad del veredicto debían imponerse como requisitos a los Estados, la Corte sostuvo que sus "resoluciones relativas a la interpretación de la Enmienda sexta están siempre sujetas a reconsideración, lo cual queda ampliamente demostrado por el presente fallo", que viene a anular toda una serie de decisiones que se remontan al siglo pasado y en las que se sostenía que dicha Enmienda no era aplicable a los Estados.⁹ Como era de esperarse, la consecuencia fue que proliferaran los litigios. Así, en 1970, la Corte confirmó una condena a cadena perpetua por robo, aceptando el veredicto de un jurado integrado por 6 personas;¹⁰ y, en mayo de 1972, confirmó una sentencia a trabajos forzados por robo a mano armada, aceptando el veredicto de un jurado cuya votación fue de 9 contra 3,¹¹ para no mencionar otras condenas que ha confirmado por diferentes crímenes (*felonies*), en las que la votación del jurado ha sido de 11 contra 1 y de 10 contra 2.¹² En conclusión, podemos decir que la opinión imperante ha sido la del magistrado White, según la cual ni el número de miembros ni la unanimidad del jurado son cuestiones que tengan "rango constitucional".¹³

Lo que está claro, en definitiva, es que la decisión de 1970 debilitó el criterio jurisprudencial previamente aceptado, tal como el magistrado Harlan II lo había pronosticado. Y las decisiones de 1972 habrían hecho lo mismo de no haber sido porque la Corte se dividió en una votación de 5 contra 4, y el voto decisivo, del magistrado Powell, quien era un elemento nuevo, no se hubiera basado en una diferente teoría, según la cual, aunque la Enmienda sexta exija que los veredictos sean unánimes, ésta no es aplicable a los Estados. Es decir, que según él los Estados pueden tener normas más flexibles, ya que, si el *debido proceso* exige un jurado, éste no tiene que serlo necesariamente como lo pide la Enmienda sexta. En pocas palabras, Powell está tratando de

⁷ *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194, 198 (1968).

⁸ *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66 (1970).

⁹ 391 U.S., 158n.

¹⁰ *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970).

¹¹ *Johnson v. Louisiana*, 92 S. Ct. 1620 (1972).

¹² *Apodaca v. Oregon*, 92 S. Ct. 1628 (1972).

¹³ *Id.* 1630.

revivir la teoría que Harlan II parecía haberse llevado consigo a la tumba. En qué situación nos deja ésta para el futuro es lo que aún está por verse. Por lo pronto, ello significa que el jurado debe alcanzar un veredicto unánime en los tribunales federales, pero no necesariamente en los estatales, ya que, para citar al magistrado Powell,

no es posible concebir sobre una base sólida que la Enmienda decimocuarta exija la adhesión ciega de los Estados a todas las modalidades que la Enmienda sexta imprime a las normas federales.¹⁴

Por ahora no disponemos de más elementos de información que vengan en apoyo de la predicción de Harlan II. Pero, como ya lo hemos dicho, la aplicación a los Estados, en 1961, de la norma de exclusión relativa al cateo y al secuestro, ha provocado renovados ataques contra esta norma, que probablemente el propio presidente de la Suprema Corte está preparándose a encabezar. Falta por ver, todavía, lo que el futuro nos está reservando. Mas, como quiera que sea, la extensión de las garantías de nuestra Declaración de Derechos a los Estados ha corrido pareja con la ampliación, no con la restricción, de esas garantías.

El Congreso

Ya hemos señalado que, no obstante que en 1928 la Corte Suprema había sostenido que la norma de exclusión de pruebas, de la Enmienda cuarta, no era aplicable a la interceptación de líneas telefónicas o telegráficas (*wire tapping*) y demás mecanismos de espionaje electrónico, seis años después, con motivo de la declaración del Congreso en el sentido de que la mencionada interceptación de líneas constituye un delito federal,¹⁵ cambió su criterio, para sostener la inadmisibilidad de esta clase de pruebas en un proceso penal.¹⁶ En 1967 la Corte contradujo su propia decisión de 1928, sosteniendo que la vigilancia electrónica, aunque no llegue a constituir propiamente una interceptación de líneas ni una invasión física de las posesiones del acusado, está sujeta a las garantías de la Enmienda cuarta.¹⁷ El Congreso aceptó esta decisión, y, al año siguiente, expidió una detallada reglamentación de dichas

¹⁴ *Id.* 1640. (Opinión concurrente).

¹⁵ *Federal Communications Act* de 1934, 48 *Stat.* 1103, s. 605, 47 *U.S.C.* s. 605 (1970).

¹⁶ *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379 (1937). Tampoco podría utilizarse la interceptación telefónica como medio de obtención de otra prueba, la cual sería igualmente inadmisibles en tanto que "fruto de un árbol venenoso". *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939). Se consideró que su empleo no estaba prohibido a los tribunales estatales hasta que, en el caso *Lee v. Florida*, 392 U.S. 378 (1968), se sostuvo lo contrario.

¹⁷ *Katz v. United States*, 339 U.S. 347 (1967).

actividades de espionaje electrónico realizadas en cumplimiento de órdenes de cateo, que ahora integra todo un capítulo del Código Penal.¹⁸

Pero el Congreso no reaccionó de la misma manera frente a las decisiones de la Suprema Corte en materia de confesiones y de interrogatorio policiaco de los sospechosos, como lo prueba su ley de 1968,¹⁹ que estableció que "en todo proceso penal instaurado en los Estados Unidos o en el Distrito de Columbia, será admisible como prueba cualquier confesión... hecha voluntariamente". Y aunque, para determinar la voluntariedad de la declaración, haya de tenerse en cuenta si hubo o no omisión en advertir al acusado de sus derechos constitucionales a la asistencia de un abogado y a guardar silencio, dicha omisión no constituirá, por sí misma, una demostración de la involuntariedad de la confesión. Es obvio que esto es un intento de obligar a la Suprema Corte a reconsiderar sus resoluciones de 1964 y 1966, en los casos *Escobedo* y *Miranda*; aunque todavía está por verse el éxito alcanzado por ese propósito. La ley, en todo caso, adolece de un defecto, y es el de que sólo resulta aplicable a los procesos federales, mientras que el mayor impacto de estas decisiones tiene lugar a un nivel estatal.

Como quiera que sea, debe recordarse que, en 1943, la Suprema Corte sostuvo que ni aun las confesiones voluntarias son admisibles en un proceso federal si han sido obtenidas en el transcurso de una detención ilegal, la cual comienza a serlo a partir del momento en que la autoridad que practica el arresto omite presentar al detenido, "sin dilaciones innecesarias", ante un juez de paz (*magistrate*). Esta decisión se apoyaba más bien en los poderes de control que tiene la Corte sobre los tribunales federales que en alguna disposición constitucional. En su ley de 1968 el Congreso se encargó de limitar el alcance de esa decisión, al establecer que es admisible toda declaración hecha voluntariamente por el acusado dentro de las seis horas siguientes al arresto, o dentro de un lapso mayor, si el juez del proceso lo encuentra razonable, después de valorar todas las circunstancias implicadas en la conducción del reo ante la autoridad judicial.²⁰ Como puede verse, esta disposición contradice francamente el fallo de la Corte, en la medida en que puede interpretarse como una autorización para que la policía practique interrogatorios, por lo menos, dentro de las seis primeras horas siguientes al arresto, ya que —como se recordará— la Corte había sostenido que si

después de que una persona es puesta bajo custodia, o privada en cualquier forma de su libertad, manifiesta de algún modo y en cualquier momento,

¹⁸ 82 Stat. 212 (1968), s. 802, 18 U.S.C. ch. 119, ss. 2510-20 (1970).

¹⁹ *Omnibus Crime Control & Safe Streets Act* de 1968, título II, 82 Stat. 210, ahora 18 U.S.C. s. 3501 (a) y (b) (1970).

²⁰ *Id.* s. 3501 (c)

previo o durante el interrogatorio, que no desea declarar, dicho interrogatorio debe ser suspendido.²¹

Falta por ver todavía si la Corte, ahora que el Congreso ha adoptado una postura firme, llegará o no a retractarse de la suya propia.

Además de las confesiones y del interrogatorio policiaco, el Congreso ha dejado en gran parte a la discreción de los tribunales todo lo relativo a la admisibilidad de las pruebas, y, en realidad, casi todo lo que concierne al procedimiento penal. El futuro de los nuevos criterios que hemos referido está prácticamente en manos de la Suprema Corte. Entretanto, ha empezado a formarse una corriente más conservadora, bajo la guía de los cuatro nuevos magistrados nombrados por el Presidente Nixon en los tres últimos años. Tenemos el presentimiento de que la próxima década va a ser muy distinta de la que nos tocó vivir cuando Warren fue presidente de la Corte, así como que habrá, no sólo una actitud más equilibrada en la solución de los problemas relativos a la aplicación de la ley por las autoridades, sino también una mayor inclinación a tolerar la experimentación a nivel de los Estados.

Pero esto no es más que una conjetura.

El efecto probable de los nuevos criterios

Cualquiera que sea el futuro reservado a estos criterios extraídos últimamente de la Enmienda decimocuarta y de la Declaración de Derechos, los cambios operados en la década de los años sesenta van a dejar una huella profunda y muy significativa, no sólo en el funcionamiento básico del derecho constitucional norteamericano, sino también del derecho común (*common law*) en general, ya que la Corte no tendrá porque sentirse obligada a dar efecto retroactivo a sus decisiones que establezcan una nueva interpretación de la Constitución.

Hasta 1965 la Suprema Corte estuvo dando a sus fallos dictados sobre cuestiones constitucionales todo el efecto retroactivo que le permitió la doctrina de la *res judicata*, tanto si se trataba de la derogación de una tesis de largo historial como de decidir sobre cuestiones aún no planteadas, lo mismo si se trataba de la declaración de inconstitucionalidad de una ley que de la desaprobación de actos de autoridades administrativas o de prácticas anteriores de los tribunales. Los magistrados parecían, de veras, convencidos de que no les quedaba otra alternativa. Además, puesto que el derecho común (*common law*) descansa sobre la ficción de que los tribunales no hacen el derecho sino que tan sólo lo descubren ¿no es lógico concluir que un precedente es derogado,

²¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966).

no porque sea derecho imperfecto, sino porque, en definitiva, nunca ha constituido propiamente derecho²²

Los tribunales estatales se apartaron algunas veces de esta práctica, dándole efecto puramente predictivo a un nuevo criterio, con el apoyo de la Suprema Corte, con tal de que ni el criterio antiguo abandonado por el tribunal estatal ni el nuevo criterio propuesto para los casos futuros fuera violatorio de la Constitución o de las leyes federales. En opinión de la Corte, nuestro sistema federal deja que cada Estado decida por sí mismo esta cuestión,²³ a pesar de que, con anterioridad a 1965, jamás dio a entender que ella misma tuviera semejante poder discrecional respecto del alcance de sus propias decisiones.

La doctrina de que incluso las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de una ley tienen efecto retroactivo, no se inventó con motivo del caso *Marbury v. Madison*,²⁴ si bien se encontraba implícita en la opinión de Marshall. La verdad es que dicha tesis ha estado en vigor desde la época colonial, como lo ilustra el caso *Wintthrop v. Lechmere*, de 1727, en el cual el Consejo Privado del Rey rehusó aplicar a un caso de 1717 una ley de Connecticut de 1699, porque la consideró contraria a la Carta de la Colonia, y, en consecuencia, "nula, sin valor y sin fuerza ni efecto algunos".²⁵ El mismo criterio siguió el magistrado Patterson, en 1795, cuando, al presidir un juicio en el tribunal de circuito del Distrito de Pennsylvania, advirtió al jurado de que, en el momento de decidir sobre el caso, debía ignorar una ley de Pennsylvania de 1787, por ser ésta "inconstitucional e inválida, nula de origen, carente de vida o vigencia, y, por tanto, como si nunca hubiera sido promulgada".²⁶

Pero la formulación clásica y más citada de esta tesis es la que el magistrado

²² En 1 W. Blackstone, *Commentaries* 69-70 (1765) está la formulación clásica: "Los jueces... son los depositarios de las leyes; los oráculos vivientes que deben decidir en todo caso de duda y quienes están obligados por juramento a decidir de acuerdo con la ley de la tierra... Porque es una norma establecida que deben apoyarse en los precedentes en que se hayan ventilado las mismas cuestiones a discusión: así como conservar la balanza de la justicia firme y nivelada y no sujeta a oscilación en cada nueva opinión judicial; y también porque, habiendo sido la ley solemnemente declarada y determinada en ese caso, lo que antes era incierto y tal vez indiferente se ha convertido ahora en una norma permanente, que no está al antojo de cualquier juez posterior alterar o variar, de acuerdo con su propio juicio personal, sino conforme a las leyes y usos de la tierra; ni está facultado para declarar un nuevo derecho, sino para mantener y explicar el antiguo. Sin embargo, esta regla admite excepciones, en caso de que la disposición anterior sea notoriamente contraria a la razón... Pero aun en tales casos, los jueces posteriores no pretenden crear un nuevo derecho, sino reivindicar el antiguo frente a una desintegración. Porque si se encontrara que la decisión anterior es manifiestamente absurda o injusta, debe declararse, no que tal sentencia era un *mal derecho*, sino que no era *derecho*..." (Las cursivas corresponden al original.)

²³ *Great No. Ry v. Sunburst Oil & Ref. Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

²⁴ "Todo acto legislativo contrario a la Constitución, es nulo". *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 177 (1803).

²⁵ 1 J. B. Thayer, *Cases on Constitutional Law* 34, 38 (1895).

²⁶ *Van Horne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dall. (2 U.S.) 304, 320 (C.C.D. Pa. 1795).

Field expresó en el caso *Norton v. Shelby County*, fallado por la Suprema Corte en 1886:

Una ley inconstitucional no constituye propiamente derecho, no confiere facultades, no impone obligaciones, no brinda protección ni crea función alguna, y es, desde el punto de vista legal, tan inoperante como si jamás hubiera sido expedida.²⁷

Pero, desde luego, los tribunales no están facultados para derogar ni abolir una ley. Aunque haya una decisión que la declare inconstitucional, una ley continúa existiendo en los códigos, y si, más tarde, el tribunal cambia de opinión y declara la validez de la misma, la tesis clásica es la de que dicha ley nunca dejó de tenerla.

Sin embargo, esta ficción fue convincente mientras existió la posibilidad de obtener una revisión del juicio sólo a través de la apelación (en la que, consideramos, debe incluirse el auto —*writ*— de *certiorari*), la cual tenía que interponerse inmediatamente o se perdía en forma definitiva. Dicha ficción fue particularmente convincente en los casos criminales, en virtud de que, como ya hemos visto, la apelación contra los fallos de los tribunales federales de primera instancia no fue permitida sino hasta 1889/1891, mientras que las apelaciones ante la Suprema Corte Federal contra los fallos de los tribunales estatales estuvieron permitidas desde un principio, aun en los casos penales, si bien con muy poca base, ya que ni la teoría de la Declaración de Derechos ni la del gobierno federal, relativas al debido proceso, eran aplicables a dichos tribunales.

Pero podría preguntarse qué pasaba con el mandamiento (*writ*) de *habeas corpus*. ¿Acaso no habría éste un amplio camino a la revisión? La respuesta es: no, por lo menos hasta la década de los años treinta. Esto es, que durante tres cuartos de siglo los tribunales federales no pudieron expedir este mandamiento ni siquiera a los funcionarios públicos; y, cuando al fin pudieron hacerlo, en 1867, dicho mandamiento tenía aún poca importancia debido a su reducido alcance, ya que, mediante el mismo, únicamente podía cuestionarse la jurisdicción del tribunal sobre la persona del acusado y sobre el delito imputado. Tal como lo sostuviera unánimemente la Suprema Corte, casi un siglo después de haber entrado en vigor la Constitución:

Por razones de principio que deben considerarse muy arraigadas en la propia, Corte ésta no puede estar facultada a librar dicho mandamiento para que se revise el fallo (del tribunal de la causa), tan sólo sobre la base de que se haya incurrido en un error de procedimiento.²⁸

²⁷ *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425, 442 (1886).

²⁸ *Ex parte Bain*, 121 U.S. 1, 3 (1887).

Es así que, en 1822,²⁹ y luego en 1906, la Corte sostuvo que cualquier reclamación de que el fallo del tribunal de primera instancia hubiera privado al promovente de su garantía contra una auto-incriminación forzada quedaba fuera del alcance del mandamiento en cuestión. En el caso de 1906, la opinión emitida por el magistrado Holmes despejó el problema con dos frases:

Se alega que el promovente fue obligado a declarar en contra de sí mismo, con violación de la Enmienda quinta, porque se le ordenó ponerse de pie y caminar frente al jurado, y porque, durante un descanso, los miembros del jurado se apostaron para observar su estatura y modo de andar. Que esto haya o no constituido una falta, es algo sobre lo cual no vamos a opinar y que cae fuera de la competencia de la Corte.³⁰

Aunque ya desde 1923 la Suprema Corte insinuó que estaba dispuesta a adoptar un criterio más amplio, en relación con el alcance del *habeas corpus*, lo cierto es que no lo hizo sino hasta los años treinta. En 1942, resumió su nuevo criterio en los siguientes términos:

El empleo del mandamiento (*writ*) en los tribunales federales para demostrar la constitucionalidad de una condena por la comisión de un crimen, no queda restringido a aquellos casos en los que la sentencia sea nula por falta de competencia del tribunal que la dictó. Dicho empleo se extiende también a aquellos otros casos de excepción en los que la sentencia condenatoria haya sido emitida con violación de los derechos constitucionales del acusado.³¹

Poco después, la Corte añadió, que cuando

las reclamaciones constitucionales versen sobre cuestiones de hecho controvertidas... el tribunal federal que conozca del mandamiento de *habeas corpus* deberá celebrar una audiencia de pruebas, si es que el solicitante aún no la ha obtenido en forma justa y cabal,

en relación con dichos puntos, sea durante el juicio o en una revisión posterior a la audiencia.³² De esta manera, el *habeas corpus* ha llegado a ser una forma de revisión más amplia que la apelación, la cual sólo puede considerar aquellos errores que se desprendan claramente de las actuaciones del juicio, mientras que el *habeas corpus* puede examinar, inclusive, cuestiones no consideradas en el juicio. Por otra parte, en la actualidad no es nada raro que la

²⁹ *Ex parte Kearney*, 7 Wheat. (20 U.S.) 38 (1822).

³⁰ *In re Moran*, 203 U.S. 96, 105 (1906).

³¹ *Waley v. Johnston*, 316 U.S. 101, 104-5 (1942).

³² *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293, 312 (1963).

Suprema Corte, al negarse a conocer de la apelación, sugiera al promovente que procure obtener la revisión a través del *habeas corpus*.³³

Es parte relevante de la ley el que la Suprema Corte sea el único tribunal federal competente para conocer en apelación de una sentencia dictada por un tribunal estatal; si bien en materia penal ésta es, en nuestros días, una cuestión puramente técnica. Aunque el *habeas corpus* constituye, en principio, un procedimiento civil con entidad propia, de hecho se ha convertido en una forma *extraordinaria* de revisión penal por vía de apelación. Y así, tenemos que cada juez federal se ha transformado prácticamente en un tribunal potencial de apelación respecto de los tribunales estatales de su jurisdicción, para la aplicación de todos estos derechos de la Enmienda decimocuarta recientemente reconocidos, pudiendo el demandante, en consecuencia, seleccionar a sus jueces. Es decir, que la práctica actual en el funcionamiento del *habeas corpus* ¡ha hecho del foro una especie de supermercado!

En contraste con la apelación, que debe ser interpuesta inmediatamente so pena de perderse en forma definitiva el derecho a hacerla valer, el *habeas corpus* no admite ni la doctrina de la cosa juzgada ni disposición limitativa alguna. De manera, pues que "el *habeas corpus* constituye un remedio ilimitado en el tiempo contra cualquier error jurisdiccional o constitucional que se haya cometido en el curso del proceso".³⁴ Algunos sentenciados a cadena perpetua se han valido de él para solicitar que se examinaran nuevas cuestiones hasta treinta y cuarenta años después de que sus condenas se habían convertido, teóricamente, en definitivas. Pero conceder nuevos juicios después de periodos tan prolongados es, por lo general, tanto como garantizar una absolución del condenado, ya que, seguramente, para entonces habrán desaparecido los elementos de prueba necesarios para volver a condenar al promovente de la revisión. Por otra parte, demostrar la legalidad de un cateo efectuado antes del fallo de 1961, por el que la Suprema Corte decidió aplicar la norma de exclusión de pruebas a los Estados, vendría a ser igualmente imposible aunque el lapso de tiempo transcurrido fuera breve, ya que, conforme al derecho vigente en el momento en que el cateo se practicó, pudo no haberse considerado pertinente que la prueba obtenida a través de éste fuera recogida, y, menos aún, conservada. ¿Es que la Suprema Corte, al ampliar el alcance de la Declaración de Derechos y hacer extensiva su aplicación a los Estados, estaba prácticamente abriendo de par en par las puertas de salida de las cárceles?

Al agudizarse el problema durante las décadas de los años cincuenta y

³³ Véase *Cardinale v. Louisiana*, 394 U.S. 437, 439 (1969), en el que la Corte, al desechar un mandamiento de *certiorari* por falta de jurisdicción en virtud de que se apoyaba en una cuestión no planteada ante los tribunales estatales, agregaba que "un recurso federal de *habeas* puede persistir si no hay un procedimiento estatal a través del cual pueda ventilarse la cuestión".

³⁴ *United States v. Smith*, 331 U.S. 469, 475 (1947).

sesenta, varios magistrados, y de modo particular Frankfurter y Harlan, dijeron que ya era hora de pensar seriamente en darles un efecto de mero pronóstico a todas las normas de referencia. En 1956, por ejemplo, la Corte sostuvo que, cuando para la formulación de un escrito de apelación se hiciera necesaria una copia de las actuaciones del juicio y la persona convicta fuese tan pobre que no pudiera pagarla, dicha copia debía extenderse gratuitamente. Si no habíamos mencionado con anterioridad esta decisión es porque la misma se apoyó en la garantía de igualdad frente a la ley que otorga la Enmienda decimocuarta más que en la Declaración de Derechos. De acuerdo con la mayoría, y en realidad decidiendo el sentido de la votación, ya que cuatro de los nuevos magistrados estaban en contra, Frankfurter añadió:

Debemos tomar en cuenta que, indudablemente, hay convictos encarcelados... en cantidades desconocidas para nosotros, cumpliendo sentencias de apelación dictadas hace ya años, tanto por tribunales de los Estados como federales, que, salvo que se lo formule adecuadamente, podrían hacer valer este criterio para pedir que se les vuelva a procesar, alegando haberse encontrado, en la primera ocasión, en una situación de detención ilegal en la que se les negó un derecho que les otorgaba la Constitución federal. Podría responderse, fácilmente, que una reclamación que no fue presentada en su oportunidad... ya no puede ser planteada ahora. Mas esa respuesta es demasiado cómoda. Hay que admitir, con sinceridad, que la decisión que hoy adoptamos introduce un nuevo criterio... Pero el dilema que se nos plantea, como jueces, no se reduce a la disyuntiva entre dictar una nueva decisión necesariamente retroactiva o rechazar los requisitos que demanda la garantía de igualdad ante la ley, tal como ahora se la entiende. Por motivos fundados la ley dispone generalmente para el futuro... No debemos incurrir en el falso supuesto de considerar que el derecho que hoy se declara haya sido siempre derecho... Es mucho más consecuente con el respeto que se merece el derecho aceptar, con sinceridad, las razones que apoyan la tesis de que toda nueva prescripción jurídica tiene un sentido de predicción.³⁶

Parece que lo que Frankfurter quería decir es que el nuevo criterio debía aplicarse a los casos que todavía se encontraban en instancia de apelación, pero no valerse del *habeas corpus* para revocar condenas que ya habían adquirido el valor de cosa juzgada. A pesar de esto la mayoría de los integrantes de la Corte procedió a aplicar dicho remedio, en 1958 y 1961, a personas que habían sido condenadas a cadena perpetua en 1935 y 1940,³⁷ no obstante que, en el segundo caso, el tribunal estatal había declarado, durante la substanciación del juicio, que el convicto de asesinato no era indigente, y que, por lo tanto, la

³⁶ *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 25-6 (1956).

³⁷ *Eskridge v. Washington*, 357 U.S. 214 (1958); *Patterson v. Medberry*, 368 U.S. 839 (1961).

ley estatal —que había reconocido la mencionada prerrogativa mucho antes que lo hiciera la Suprema Corte— no le concedía el derecho a obtener una copia gratuita de las actuaciones del juicio. El tribunal federal que conoció del nuevo proceso, al concederle el *habeas corpus*, permitió al demandante que volviera a alegar esta cuestión y dictó su fallo sosteniendo que la misma había sido resuelta en forma indebida por el tribunal estatal.

En octubre de 1963 la Suprema Corte, sin audiencia previa de alegatos, concedió nuevos juicios a diez convictos por delitos graves (*felonies*) fundándose en que la autoridad no les había facilitado asistencia legal, como lo exigía la resolución dictada por la Corte en marzo de ese año. Frankfurter ya no formaba parte de ésta, pero el magistrado Harlan protestó, declarando que

cuando la Corte se vea obligada a modificar criterios constitucionales ya establecidos respecto de los procedimientos estatales en materia penal, como lo ha hecho en éste y en otros casos recientes, me parece que la cuestión de si los Estados están obligados, según la Constitución, a aplicar retroactivamente el nuevo criterio, con la consecuencia posible de que esto implique la reapertura de casos que ya habían sido definitivamente juzgados conforme a criterios jurisprudenciales vigentes de esta misma Corte, es algo que únicamente debiera decidirse después de una reflexión concienzuda y bien fundada, y es indudable que la ficción de que "el derecho hoy establecido ha sido siempre el derecho", no ofrece ninguna respuesta general a esta cuestión. . . Atendiendo a la rapidez actual con que se están efectuando los cambios constitucionales, parece que ha llegado el momento de que la Corte se ocupe definitivamente de este asunto, tan importante y de tan largo alcance. Sin pretender opinar sobre cómo debieran resolverse los problemas contenidos en estos casos, podría discutir uno o más de ellos a manera de alegatos.³⁸

Después de expresar protestas parecidas en relación con otros casos,³⁹ Harlan se ganó, en 1964, la adhesión de los magistrados Clark y Stewart,⁴⁰ y juntos

³⁸ *Pickelsimer v. Wainright*, 375 U.S. 2, 3-4 (1963) (opinión disidente).

³⁹ *Eskridge v. Washington* y *Patterson v. Medberry*, ambos citados en la nota 37; *La Valle v. Durocher*, 377 U.S. 998 (1964) (disidente frente a la negativa a otorgar el *certiorari*); *Smith v. Crouse*, 378 U.S. 594 (1964) (opinión disidente); *Ruark v. Colorado*, 378 U.S. 585 (1964) (opinión disidente). El magistrado Whittaker se le había unido en el caso *Eskridge*, pero en 1962 éste dejó de pertenecer a la Corte.

⁴⁰ *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368, 427, 439-40 (1964) (opinión disidente). En dicho caso sostuvieron: el Estado de New York "enjuició a Jackson conforme a sus normas vigentes (que) habían sido directamente consideradas y explícitamente aprobadas por esta Corte. . . precisamente siete años antes de que Jackson fuera procesado. Dichas normas fueron implícitamente ratificadas por esta Corte. . . poco menos de un año antes del juicio. Si el concepto del debido proceso tiene tan poca estabilidad como lo sugiere este caso, de tal manera que los Estados no puedan saber a qué atenerse de un año para otro respecto de lo que esta Corte, en nombre de ese debido proceso, les exigirá, resulta indudable que aquéllos tienen cuando menos derecho a ser escuchados en relación con el problema de la retroactividad". (Las cursivas corresponden al original.)

impusieron finalmente su punto de vista, en 1965, en el caso *Linkletter v. Walker*.⁴¹

Linkletter fue sentenciado por robo con allanamiento (*burglary*) en 1959, habiendo sido confirmada la condena, en apelación, en 1960. No hubo solicitud de su parte para que la Suprema Corte revisara su caso. Al año siguiente, a propósito del caso *Mapp v. Ohio*, según hemos visto, se hizo extensivo a los Estados el criterio sobre la inadmisibilidad de todo elemento de prueba requisado a través de un cateo ilegal. Alegando haber sido sentenciado con base en una evidencia de este tipo, Linkletter solicitó de los tribunales del Estado, sin éxito, que lo pusieran en libertad por medio de un *habeas corpus*. A continuación, se dirigió a un juez federal de distrito, solicitando, con igual resultado, que le expidiera dicho mandamiento (*writ*). Entonces intervino la Suprema Corte, la cual, sin resolver sobre la legalidad del cateo de su casa y oficina que se había practicado después del arresto, confirmó la negativa al acusado del remedio en cuestión. Reconociendo haber aplicado el nuevo criterio a todos los casos que estaban pendientes, en apelación, en el momento en que se resolvió el caso *Mapp*, la Corte aclaró que el propósito de aquél —que no es tanto el de evitar la condena del inocente como el de reducir al mínimo haciéndolos estériles, los cateos y secuestros ilegales— no se activaría reabriendo casos que ya hubieran sido fallados en forma definitiva, puesto que “la violación de la privacidad del hogar y de los bienes de la víctima es algo que no puede ser reparado”. Sosteniendo que “la Constitución ni prohíbe ni exige efecto retroactivo alguno”, la Corte expresó claramente su disposición a considerar en sí mismas todas y cada una de las diversas disposiciones de la Declaración de Derechos.⁴²

Siete meses más tarde, en el caso *Teban v. Shott*,⁴³ la Corte denegó el *habeas corpus* a un sentenciado cuya condena había causado estado casi dos años antes de que sostuviera, con motivo del caso *Griffin v. California* (1965), que ni el tribunal del conocimiento ni el fiscal podían formular objeciones a la negativa de un acusado a declarar en público, afirmando nuevamente que “la intención básica que inspira a dicho privilegio, más que encaminada a proteger de una condena al inocente” expresa

nuestro respeto por la inviolabilidad de la persona humana y del derecho que tiene todo individuo a un ámbito exclusivo en el que pueda desarrollar su vida privada; esfera de privacidad que, una vez profanada... ya no puede ser restaurada;

⁴¹ 381 U.S. 618 (1965). Véase también el caso paralelo de *Angelet v. Fay*, 381 U.S. 654 (1965), fallado el mismo día.

⁴² 381 U.S. 629, 637.

⁴³ 382 U.S. 406 (1966).

y agregaba, que seis Estados, apoyándose en más de cincuenta años de jurisprudencia de la Suprema Corte, habían legislado en el sentido de propugnar esas objeciones, pero que

exigir ahora a dichos Estados que anulen la condena de todas aquellas personas que no hubieran prestado declaración en el proceso respectivo, produciría un impacto tan devastador sobre la administración de su justicia penal, que no amerita explicación alguna.

La Corte habría podido decir también que Inglaterra ha permitido siempre la formulación de este tipo de objeciones por los tribunales, y que los jueces y estudiosos más destacados han insistido, por otra parte, en que tales objeciones son perfectamente compatibles con los términos y propósitos perseguidos por la garantía contenida en la Enmienda quinta,⁴⁴ aun haciendo extensiva ésta a los Estados.

Podríamos preguntarnos, a la luz de estos razonamientos, sobre cuáles serían los motivos que tuvo la Corte para aplicar retroactivamente estos criterios aun a los casos planteados ante ella en vía de revisión directa, esto es, en apelación o *certiorari*. La respuesta es, al parecer, que lo hizo antes que ella misma estableciera que había otra alternativa. Todos sus argumentos dirigidos a explicar por qué no volvería a abrir un caso a juicio con base en el *habeas corpus* indican que tampoco aplicaría el nuevo criterio, ni siquiera a los casos en apelación cuando *los actos que motivaran la queja* se hubieran realizado antes de la resolución de la Corte que los declara inconstitucionales. En 1966, se acercó aún más a este criterio, aunque sin adoptarlo del todo.

Hemos indicado anteriormente cómo, a propósito del caso *Miranda v. Arizona*, la Corte sostuvo, en junio de 1966, que el fiscal no puede utilizar las declaraciones obtenidas a través de un

interrogatorio iniciado por las autoridades encargadas de aplicar la ley tras de que una persona haya sido puesta bajo custodia, o privada en alguna otra forma de su libertad,

a no ser que, previamente a cualquier pregunta, el reo haya sido

advertido de que tiene derecho a guardar silencio, de que toda declaración que haga puede ser utilizada legalmente como evidencia en su contra y de que tiene derecho asimismo a exigir la presencia de su abogado o de uno que se le nombre de oficio.

⁴⁴ Véase el resumen de los puntos de vista de algunos de ellos en el trabajo de H. J. Friendly, *The 5th Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change*, 37 "U. Cin. L. Rev." 671, 673-5, 685, 700, 721 (1968).

Siete días después, a propósito del caso *Johnson v. New Jersey*,⁴⁵ la propia Corte sostuvo, para confirmar una sentencia basada en un interrogatorio de ese tipo, que "el precedente *Miranda* solamente es aplicable a los casos en que el proceso se haya iniciado con posterioridad a la fecha de nuestra decisión de hace una semana". Simultáneamente sostenía que el criterio rector de otro caso (el *Escobedo*), fallado dos años antes y en el que se establecían principios menos estrictos, era aplicable únicamente a los casos cuyo enjuiciamiento se hubiera iniciado después de la fecha de esa decisión.

Resulta sorprendente que la Corte haya elegido la fecha en que "se inició el juicio" y no la fecha en que la policía practicara el interrogatorio. Mas ello tenía, al parecer, una segunda intención. Como quiera que sea, en 1967 la Corte volvió a examinar todo el problema y adoptó este criterio más amplio a propósito del caso *Stovall v. Denno*,⁴⁶ uno de los más importantes de la última década.

El 12 de junio de 1967, en relación con los casos *United States v. Wade*⁴⁷ y *Gilbert v. California*,⁴⁸ la Corte sostuvo que un arrestado sólo puede ser mostrado, para fines de identificación por un testigo ocular del crimen, cuando su abogado se halle presente. Con anterioridad hemos hecho una referencia tangencial a estos casos. Ese mismo día, al denegarle el beneficio de este nuevo criterio a *Stovall*, la Suprema Corte razonó su fallo de la siguiente manera:

Hemos llegado a la conclusión de que... no se justifica establecer distinciones entre sentencias que ya son definitivas, como la del caso a estudio, y aquellas otras que aún están en diferentes etapas del proceso y de la revisión directa. Consideramos que la confianza (fundada en decisiones previamente emitidas por esta Corte) y la carga que gravitaría sobre la administración de justicia (si se aplicara retroactivamente el nuevo criterio) son de tal importancia, que hacen intolerable tal distinción. En consecuencia, reconocemos que *Wade* y *Gilbert* han sido las únicas víctimas de un careo practicado con anterioridad al juicio y sin la asistencia de su abogado que han gozado del beneficio (retroactivo) de los criterios formulados en sus respectivos casos. Mas el que haya habido que concederles tal beneficio es... una consecuencia inevitable del hecho de que las declaraciones constitucionales no deben quedarse en meras palabras. Una sana política judicial, fundada en el artículo II de la Constitución, que prescribe resolver los problemas solamente en relación con casos o controversias concretos, y en el efecto que ésta pudiera tener sobre el ánimo del defensor para plantear pretensiones orientadas a provocar una modificación de la ley, militan en favor de conceder a *Wade* y *Gilbert* el beneficio de las presentes decisiones. Po-

⁴⁵ 384 U.S. 719 (1966).

⁴⁶ 388 U.S. 293 (1967).

⁴⁷ 388 U.S. 218 (1967).

⁴⁸ 388 U.S. 263 (1967).

dría argüirse que no hay equidad en hacer beneficiarias de un nuevo criterio solamente a las partes en el proceso, dentro del cual se haya formulado, y no a otros litigantes que guarden una situación similar en los respectivos juicios o procesos de apelación en que se haya suscitado el mismo problema; pero consideraremos que el hecho de que las partes interesadas sean las ocasionalmente beneficiadas con dicho criterio, constituye un precio insignificante de la adhesión a los sanos principios que deben orientar toda decisión.⁴⁹

Quienes estén familiarizados con el sistema austriaco de revisión judicial habrán notado lo mucho que se parece esta norma a la adoptada en Austria, por las reformas de 1929, en los casos sometidos a la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), ya por el *Oberster Gerichtshof* (Supremo tribunal en materia penal y civil), ya por el *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal administrativo central).⁵⁰ Hasta las razones expresadas por Hans Kelsen, el arquitecto del sistema austriaco, para justificar la limitación de este efecto retroactivo eran sorprendentemente similares a las propuestas por nuestra Corte en el caso *Stovall*.⁵¹

Entre tanto, la Corte ha continuado dando pleno efecto retroactivo a los criterios que considera esenciales para evitar la condena de personas inocentes, como sucede con el relativo al requisito de proporcionar asistencia legal al acusado durante el juicio,⁵² o a cuando se le pide que confiese su culpabilidad o inocencia,⁵³ o a cuando se intenta revocar la libertad bajo palabra de un criminal convicto, debido a su conducta posterior,⁵⁴ así como el criterio que exige una prueba que esté fuera de toda duda.⁵⁵ Sus criterios relativos a la pena de muerte se han vuelto también plenamente retroactivos.⁵⁶ Mas cuando se trata

⁴⁹ 388 U.S. 300-1.

⁵⁰ Véanse J. A. C. Grant, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes* 85-6 (1963) y *Judicial Review of Legislation under the Austrian Constitution of 1920*, 28 "Am. Pol. Sci. Rev." 670, 675 (1934); M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* 91-3 (1971).

⁵¹ Véase H. Kelsen, *Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, 94 "Annuaire de l'Institut International de Droit Public" 127 (1928): "Este efecto retroactivo de la anulación es una necesidad técnica porque, sin él, las autoridades encargadas de la aplicación del derecho no tendrían interés inmediato y, por tanto, suficientemente poderoso para provocar la intervención del tribunal constitucional... Es necesario alentarlos a presentar estas demandas atribuyendo en ese caso a la anulación un efecto retroactivo."

⁵² *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) fue un caso de *habeas corpus* y ha sido reiterado en todos los casos posteriores que han llegado a la Corte. Véase *Loper v. Beto*, 92 S. Ct. 1014 (1972).

⁵³ *Arsenault v. Massachusetts*, 393 U.S. 5 (1968).

⁵⁴ *McConnell v. Rhy*, 393 U.S. 2 (1968).

⁵⁵ *V. v. City of New York*, 92 S. Ct. 1951 (1972).

⁵⁶ *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968); *Aikens v. California*, 92 S. Ct. 1931 (1972).

meramente de proteger la esfera privada (privacía) del individuo o de mejorar el sistema policíaco, como sucede con los fallos recientes relativos a las investigaciones practicadas con mecanismos de vigilancia electrónica,⁵⁷ o a la legalidad del arresto,⁵⁸ a los interrogatorios policíacos para obtener confesiones,⁵⁹ o al uso de documentos incriminatorios redactados por el propio acusado,⁶⁰ la tesis que se ha aplicado es la del caso *Stovall*. Aun aquellos fallos íntimamente conectados con el tipo de juicio que, según la Corte, se hace necesario para evitar la condena de personas inocentes, se han vuelto francamente proyectivos, cuando el darles efecto retroactivo pudiera imponer a las autoridades lo que aquélla considera serían cargas excesivas, dada la confianza que, al menos en parte, dichas autoridades tienen en los precedentes de la Suprema Corte. Por esta razón se le dio validez puramente para casos futuros a la decisión de que los juicios penales estatales deben celebrarse ante jurado,⁶¹ como una nueva idea en el procedimiento requerido para la revocación de la libertad bajo palabra.⁶² Se negó aplicación retroactiva incluso al derecho a la asistencia legal durante la declaración preparatoria, justificando dicha opinión con base en que esto "implica un riesgo menor para la integridad del proceso de determinación de la verdad en el juicio", que la omisión de esa asistencia durante el juicio mismo o en la apelación", y en que su aplicación retroactiva "perturbaría seriamente el funcionamiento de nuestras leyes penales".⁶³

Aunque originalmente formulado para casos relativos a las garantías constitucionales, el nuevo criterio ha rebasado estos límites y se está convirtiendo en una alternativa frecuente en todos los campos. Así, en 1968, se aplicó a la revocación de una interpretación anterior de la Ley Federal de Comunicaciones tocante a la interceptación de línea⁶⁴ (*wire tapping*); en 1969, a una nueva interpretación de las propias normas sobre procedimiento penal de la Suprema Corte,⁶⁵ y, en 1971, a la interpretación de una ley federal, cuyo efecto era hacer aplicable el derecho estatal a los accidentes provocados por los taladros de petróleo costeros,⁶⁶ no obstante que anteriormente se daba por sentado —sin que mediara ninguna decisión de la Suprema Corte— que dichos accidentes estaban regidos por el derecho marítimo. Ya no se puede decir, como lo afirmara unánimemente la Corte en 1924, que

⁵⁷ *Desist v. United States*, 394 U.S. 244 (1969).

⁵⁸ *Hill v. California*, 401 U.S. 797 (1971).

⁵⁹ *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970).

⁶⁰ *Mackey v. United States*, 401 U.S. 667 (1971).

⁶¹ *De Stefano v. Woods*, 392 U. S. 631 (1968).

⁶² *Morrissey v. Brewer*, 92 S. Ct. 2593 (1972), caso en el que aun a las partes en el mismo, en que se estableció el nuevo criterio, se les negó su completo alcance.

⁶³ *Coleman v. Alabama*, 92 S. Ct. 916, 919, 920 (1972).

⁶⁴ *Fuller v. Alaska*, 393 U.S. 80 (1968).

⁶⁵ *Halliday v. United States*, 394 U.S. 831 (1969).

⁶⁶ *Chevron Oil Co. v. Huson*, 92 S. Ct. 349 (1972).

el efecto de las decisiones subsecuentes no es el de crear nuevo derecho, sino el de sostener tan sólo que el sentido de la ley es aquel que la Corte determina en cada momento. Aunque la Corte está facultada para interpretar un decreto legislativo, dicho poder no tiene el alcance de autorizarla a dar fuerza de ley a un cambio de interpretación a partir del momento de al última decisión.⁶⁷

Esto es, justamente, lo que hoy considera la Suprema Corte que está en libertad de hacer.

Tanto el magistrado Black, hasta su muerte en 1971, como el magistrado Douglas, manifestaron constantemente su desacuerdo en estos acsos, insistiendo en que todas las interpretaciones de la Constitución deben ser aplicadas retroactivamente. En alguna ocasión, el magistrado Holmes expresó: "Yo no sé con qué fundamento sostiene esta Corte que... las decisiones crean derecho solamente para el futuro, siendo que éstas han venido operando retroactivamente durante casi un milenio.⁶⁸ Lo que al parecer creían ellos, junto con Holmes, es que lo que fue bueno para nuestros padres es bueno para nosotros. Pero, ¿cuándo tuvieron nuestros antepasados una Corte que legislara tanto y sobre tantas materias importantes como la que nosotros hemos tenido durante los últimos diez años? Si la Suprema Corte tiende a transformarse en un cuerpo legislativo, es mi opinión que debiera actuar como tal, y resulta claro que todo órgano legislativo trata de evitar, normalmente, que sus nuevos criterios tengan efecto retroactivo. Lo cierto es que, en determinadas materias, nuestros tribunales tienen la obligación de velar porque sus resoluciones no operen así.

Traducción del original en inglés por Fausto E. RORDRÍGUEZ

⁶⁷ *Fleming v. Fleming*, 264 U.S. 29, 31-2 (1924).

⁶⁸ *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349, 372 (1910).