

LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA

Comentario al libro de Schwartz, Bernard *

LORENZO MARTIN-RETORTILLO

1. Me da la impresión de que atravesamos una fase en que tanta literatura jurídica aparece marcada por un neto sentido utilitarista. Como si fuera de despreciar lo que no tuviera una aplicabilidad inmediata, lo que no sirviera, sin más, para resolver problemas. Y sospecho que este talante no es sólo cosa de la producción bibliográfica, sino que está calando hondo, también, en las labores académicas, en el panorama docente, al menos en lo que respecta a buen número de disciplinas. Ciertamente que hay muchos retos inmediatos que abordar. Tal vez, incluso, en esa necesaria no sólo relación, sino, más aún, interacción, entre docentes y discentes, elemental en el proceso formativo, estamos asistiendo –y habría que reaccionar, pues no es bueno a poca perspectiva histórica que se tenga– a un escoramiento del barco del lado de lo profesional como si no hubiera otros elementos en la nave universitaria o simplemente científica, que no tuvieran igual o mayor peso (lo profesional, además, presidido por doquier, como ángel tutelar, por el fantasma del paro y el ansia desmedida de lograr cuanto antes una colocación como sea: alguien ha sembrado hace bien poco, pero con gran fortuna de clientela, tan simplista aspiración en las juventudes españolas). Y, así, lo histórico, el afán por lo sistemático, la búsqueda de relación y de conexiones, el saber situar las figuras e instituciones, serán arrumbados con demasiada frecuencia por lo inmediato aplicativo. Ya sé, insisto, que hay muchos retos inmediatos que abordar. Pero creo que no es bueno perder el equilibrio. Acaso saquen provecho en esta feria de vanidades muy contados individuos, pero conviene no cesar en la advertencia de que las instituciones están para otra cosa, que son otras las aspiraciones y exigencias de una formación moderna.

Las anteriores reflexiones me animan decididamente a considerar el libro que nos ocupa, a pesar de que apareciera hace ya algún tiempo. Sin búsqueda de mayores alcances, me da la impresión, incluso, de que no ha tenido la acogida que se merecía en las páginas de crítica bibliográfica de nuestras revistas, al menos en las más afines a mi especialidad. He venido, o, mejor, he vuelto, al libro, por una vía indirecta. Leo,

* Traducción de ENRIQUE ALONSO. Prólogo de Eduardo García de Enterría: ed. Civitas, colección «Cuadernos», Madrid, 1980, 109 págs.

en efecto, en este verano del 84, con enorme delectación, pero también con sorpresa y una cierta sensación de malestar o de tristeza, el excelente trabajo que exponía, pronto hará treinta años, en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, don Nicolás PÉREZ SERRANO, titulado *La noble obra política de un gran Juez (Juan Marshall)*. Menos mal que acaba de ser reeditado (1). Pero produce una enorme sensación, ya digo que de malestar y de tristeza, constatar que trabajos tan granados para su tiempo –auténtica anticipación de aspiraciones y necesidades– hayan permanecido soterrados y semiocultos, marginados del enorme juego que estaban llamados a desempeñar en medio del páramo cultural –y jurídico-constitucional, sin duda– de estos años pasados. La lectura de las sugerencias de don Nicolás PÉREZ SERRANO me incita a volver al librito de SCHWARTZ que en su día leí. De ahí que me anime a dar referencia de él con el propósito de hacerlo en ocasión próxima de la obra en que aquel otro trabajo ha aparecido. Nunca es tarde para unas breves reflexiones en torno a estas preciosas páginas de uno de los más cualificados constitucionalistas americanos, Bernard SCHWARTZ, profesor en la New York University (2).

Bueno será reflexionar acerca de jueces en un momento en que en España se es muy sensible al extraordinario papel que les encomienda la Constitución de 1978, en un momento además en que se está afianzando y poniendo en marcha una de las notables «invenciones» de tal texto fundamental, la de erigir y crear un poder judicial, integrado por jueces *independientes, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*, como quiere el artículo 117.1. Con lo que, en definitiva, no se está sino tratando de dar cumplimiento a una vieja aspiración, desde hace mucho sentida. Recordaré, así, unas viejas palabras, del tiempo de la Restauración, tan pródigo en la importación de *términos y conceptos*, arraigados (es decir, que habían echado raíces) en los países más adelantados, y que aquí se recibían con toda facilidad sin preocuparse luego por su efectividad; *sin el cuidado, en suma, de que la importación fuera algo más que un escaparate de palabras*. Es difícil creer en los caracteres nacionales y siempre aflora el peligro de las simplificaciones. Pero se me antoja que sigue siendo muy español este juego de jugar a poner palabras, sin poner luego la realidad de la que aquellas eran mera descripción. Me atrevería, así, con carácter general, a hablar de la osadía española por usurpar denominaciones, la desfachatez de los españoles al apropiarse títulos sin los esfuerzos inherentes, la frescura de poner etiquetas sin contrapartidas, rótulos sin apoyo, apariencia y (auto) engaño sin realidad. Y conste que no estoy pensando ahora sólo en unas menciones constitucionales.

Quería, en efecto, referirme, como mero testimonio indicativo, a la forma tan certera en que expresaban una vieja aspiración, las palabras con que, mancomunada-

(1) En la interesante recopilación de trabajos de don Nicolás, *Escritos de Derecho político*, II, IEAL, Madrid, 1984, pp. 769-838. Se indica allí que se trata de discurso leído en la Junta pública inaugural del curso 1955-1956, en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y que fue publicado por la propia Academia, Madrid, 1955 (inmejorable testimonio del nivel que pueden alcanzar nuestras Academias).

(2) Creo que la figura de B. SCHWARTZ es sobradamente conocida en España. Hace bien poco ha tenido ocasión de dejar testimonio personal de su magisterio entre nosotros. De otro lado, una amplia semblanza suya puede verse en el comentario que a su *Administrative Law* dedicaba GARCIA DE ENTERRIA en el número 85 de la *RAP*, y que fue recogido en el *Libro-homenaje al profesor don Juan Galván*, Valencia, 1980. El propio GARCIA DE ENTERRIA daba noticia en uno de los últimos números de la *REDC* –el 9 (1983)– de su importante obra (en colaboración con Norman REDLICH –*Constitutional Law. Cases and Materials*, y en el último número de la *RAP* –el 103 (1984)–, de la segunda edición, tanto de *Administrative Law*, como de *Administrative Law. A. Casebook*, de 1984 y 1982, respectivamente).

mente, contestaban a la famosa encuesta sobre oligarquía y caciquismo—en 1901—, don Rafael ALTAMIRA, don Adolfo BUYLLA, don Adolfo POSADA y don Aniceto SELA: «... hay que hacer independiente el poder judicial que —no siéndolo, como no lo es al presente—, vale más que continúe llamándose, y que sea, en efecto, Administración de Justicia a secas» (3).

2. Advirtiendo expresamente de que no se trata de suscribir una teoría de la Historia basada en los héroes (p. 109), pero sin complejo alguno por lo que pueda resultar un escrito «puramente laudatorio» (p. 101), sin la sensación de «miedo a la grandeza», emprende SCHWARTZ su intento de seleccionar los diez jueces más destacados de la historia de la bicentennial república estadounidense. Es consciente el autor del riesgo que toda selección como ésta implica que necesariamente tiene que ser muy *personal* (p. 19). Se apoya por supuesto en listas anteriores, pero como él indica, el trabajo le sirve para razonar los motivos de selección. De este modo, se articula el trabajo incluyendo un ponderado *dossier*, que por fuerza tiene que ser sucinto, dada la pretensión de la obra, en torno a cada uno de los nombres escogidos. Hay, también, una breve introducción explicativa así como una conclusión, a modo de reflexión sobre el conjunto (4). Esta es la lista de los seleccionados, dada ahora por orden estrictamente cronológico:

1. John MARSHALL (1755-1835).
2. James KENT (1763-1847).
3. Joseph STORY (1779-1845).
4. Samuel SHAW (1781-1861).
5. Oliver WENDELL HOLMES (1841-1935).
6. Benjamin NATHAN CARDOZO (1870-1938).
7. Hugo LAFAYETTE BLACK (1886-1971).
8. Arthur T. VANDERBILT (1888-1957).
9. Earl WARREN (1891-1974).
10. Roger John TRAYNOR (1900...).

(3) Puede verse recogida en Joaquín COSTA, *Oligarquía y caciquismo como la forma actual del gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, II, edición de 1982 (Guara Editorial), Zaragoza, p. 98.

He aquí otra fase coetánea, tan indicativa también de un estado, que proviene de persona de tanta ley y a la que los antes citados estaban tan unidos, como don Gumersindo de AZCARATE. Está pronunciada en el Congreso de los Diputados el 3 de diciembre de 1904, en una discusión parlamentaria tras la suspensión por el Gobierno de diversos Ayuntamientos:

«Cuando yo oía leer un texto, creo que de don Francisco Silvela, diciendo que la Administración de Justicia está organizada de tal suerte que es para servir a los amigos y perseguir a los enemigos; cuando yo leía en ese texto que el Poder judicial, la Administración de Justicia en España no era el Poder judicial de un Estado constitucional, sino el alguacil de un Estado oligárquico...», etc. (Puede verse ahora en el reciente volumen con obra variada de don Gumersindo de AZCARATE, *Municipalismo y regionalismo*, IEAL, Madrid, 1979, p. 244.)

Por cierto que me parece sugestiva la tarea, que por supuesto no puede abordarse sin una enorme imprecisión, de tratar de ver cuántas de las aspiraciones que se vertían en las contestaciones a la famosa encuesta de principio de siglo han sido asumidas por la Constitución de 1978, con la intención de hacerlas efectivas.

En sentido similar me remito a lo indicado en mi ponencia, *Joaquín Costa y el paradigma de la participación*, expuesta en Huesca, en septiembre de 1983, en las «Jornadas de Estudios sobre Joaquín Costa», y a punto de aparecer publicada en las correspondientes actas.

(4) Aprovecho para destacar cómo resulta agradable la traducción al español, realizada por Enrique ALONSO, quien se ha cuidado, además, de añadir con acierto unas cuantas notas del traductor para explicar sobre todo el contenido de unos casos que al lector americano no es preciso aclararle en absoluto.

Dire también que se hubiera agradecido un poco más de cuidado por parte de la Editorial a la hora de corregir erratas.

Por supuesto que si la mayoría han pertenecido a la Corte Suprema –algunos fueron presidentes, como MARSHALL o WARREN–, no quedan excluidos en la lista jueces de otros tribunales, así KENT, presidente del Tribunal Supremo de Nueva York; SHAW, Presidente del Tribunal de Massachusetts; VANDERBIL, presidente del Tribunal Supremo de New Jersey; o, TRAYNOR, presidente del Tribunal Supremo de California.

En general, SCHWARTZ va a considerar criterio decisivo a la hora de concretar su opción, el que los jueces adoptaran una postura activa de su magistratura, que no dudaran «en utilizar el poder judicial para enfrentarse a las necesidades de su tiempo», el de que utilizaran «al máximo el poder de la judicatura», en fin, el de que fueran «capaces para convertir en *law of the land* sus propias convicciones jurídicas».

Resulta sintomático que acepte expresamente la opinión del juez FRANKFURTER de que «puede decirse que no existe absolutamente ninguna correlación entre la previa experiencia judicial y la capacidad para ejercer las funciones del Tribunal Supremo». Y, en este sentido, insistirá el propio SCHWARTZ. «Lo mismo puede señalarse de la correlación entre la previa experiencia judicial y la grandeza como juez. De los diez de nuestra lista sólo HOLMES la tenía. MARSHALL, STORY, BLACK y WARREN no habían sido jueces anteriormente y los restantes también empezaron su carrera judicial en los más altos Tribunales de los respectivos Estados» (p. 103).

3. ¿Cuáles son los caracteres generales que se deducen de nuestra pequeña historia? Haré ahora un somero resumen para exponer, siguiendo directamente la narración de SCHWARTZ, las notas sobresalientes –meras pinceladas como regla– de cada uno de los jueces:

- A) Destacará, así, en KENT su empuje a la hora de construir el sistema jurídico norteamericano sobre el *Common Law* (¿cómo no considerar las reticencias que suscitaba lo que era «símbolo y recuerdo mortificante de la dependencia colonial»?). Se aprovechaba así el sólido conjunto de decisiones que el *Common Law* garantizaba, aunque, eso sí, sólo «en la medida en que podía ser adoptado a nuestras instituciones y circunstancias». También se resaltarán su contribución a que la nueva jurisprudencia plasmará en un sistema escrito de casos judiciales.
- B) En STORY, junto a su decisión de franquear la apelación ante la Corte Suprema –caso *Martin v. Hunter's Lessee*, de 1816 resaltarán sus esfuerzos en el campo del Derecho Mercantil y Marítimo, en el Inmobiliario y en el de Sociedades. Continúa la línea de Kent de «crear una versión americana del *Common Law* y de la *Equity*». Y aún hay una faceta que se puede subrayar, ahora que en España parecen soplar otros vientos y el péndulo oscila en su incesante ir y venir: «En 1829 –escribe SCHWARTZ– cuando todavía estaba en el Tribunal Supremo, fue el primer profesor de Derecho que ocupó el Decanato de Harvard. Su nombramiento marca el comienzo de la reorganización de la Facultad de Derecho de Harvard, de la cual surgió la primera institución moderna para el estudio del Derecho» (p. 43).
- C) De SHAW destacará su afán por «domesticar el *Common Law*», por adaptar el derecho a las nuevas necesidades sociales y económicas. La Unión se transforma. Junto a la sociedad agrícola-comercial apunta el desarrollo urbano-

industrial. Aparecen los ferrocarriles y tantas manifestaciones de la incipiente sociedad industrial. De ahí el reto inexcusable: adaptar el Derecho, adaptar el Derecho mercantil. «Virtualmente fue el constructor del *Law of Torts*». Desarrolla, así, el principio de que sólo si media culpa deriva responsabilidad. O, la regla, tan descriptiva del riguroso individualismo de la época –tan favorecedora de los intereses de los empresarios en un proceso de desarrollo económico–, llamada del «*fellow-servant rule*», es decir, que exoneraba al empresario de los accidentes debidos a la negligencia de un compañero de trabajo.

- D) HOLMES, tolerante siempre hacia la labor legislativa, y consciente de las limitaciones de los jueces, pasará a la historia como «el Gran Disidente», es decir, el que con sus votos particulares muy elaborados, anticipa el futuro y abre paso a jurisprudencia que terminaría imponiéndose.
- E) CARDOZO que destaca sobre todo por su estancia en el Tribunal de Apelación de Nueva York, pasará por ser junto a «un consumado artesano del Derecho» y maestro en el *Common Law*, junto a un impecable introductor del valor literario de los instrumentos jurídicos, un juez abierto hacia el futuro, protagonista de «una auténtica política de Estado de carácter judicial». La sociedad americana ha seguido evolucionando. Se recuerda, así, por ende, la impronta que logra introducir con sus sentencias referentes al *Law of Torts*, siendo especialmente famoso el caso *Mackherson v. Buick Motor Co.* –de 1916– en la que se establecerá «la responsabilidad del empresario –señala SCHWARTZ–, al colocar un producto como el automóvil en el mercado, no con base en el contrato o en un concepto tradicional de *tort*, sino en la relación jurídica surgida del hecho de la compra y en el hecho de que el perjuicio era previsible al haberse producido en una gran cantidad de casos». Y cita un pasaje de la sentencia, según el cual no cabe recurrir a los precedentes porque «éstos se establecieron en la época de las comunicaciones a caballo, no ajustándose a las condiciones actuales del transporte».
- F) Con BLACK son los temas de Derecho constitucional los que van a interesar especialmente, marcando el acento en los referidos a los derechos fundamentales. Famosa resulta, así, su rigidez a la hora de configurar la enmienda primera: «se le recuerda sin duda alguna en primer lugar, destaca SCHWARTZ, por su interpretación literal y absolutista de la primera enmienda: cuando la enmienda dice que no se puede promulgar Ley alguna restringiendo las libertades de prensa y de expresión, significa, lisa y llanamente, que no se pueden promulgar dichas leyes en ningún caso». De otra parte, se subraya su esfuerzo por conseguir que la garantía del famoso «*due process*» de la enmienda 14, se aplicará a toda la Tabla de Derechos. «El fue el que guió al Tribunal –se nos indica–, por los senderos favorables a los derechos y libertades individuales, siendo el líder intelectual de lo que uno de sus colegas llamó “la más profunda y eficaz revolución llevada a cabo por medios pacíficos” (...) su impacto (...) se extiende a la totalidad de la actividad judicial de hoy en día relativa al *Bill of Rights* y a la nueva sensibilidad jurídica acerca de dos temas como son los de la libertad y la igualdad.»

- G) De VANDERBILT resalta su ingente labor en cuanto a las reformas en la Administración de Justicia y en cuanto al buen funcionamiento de jueces y Tribunales. De «el más eficaz administrador judicial de la historia de los Estados Unidos», sería calificado. Pero no sólo eso; no se agotan ahí sus méritos. He aquí cómo define SCHWARTZ tantas facetas de su personalidad jurídica, y abuso con enormes nostalgias de la cita, pues toca registros muy queridos. Tras indicar que fue un gran abogado, llegando a ser presidente de la *American Bar Association*, señala: «Como abogado, reencarnó a los primitivos gigantes de la abogacía, que la ejercían sólo como un aspecto más de su carrera. Participó activamente en política, organizando un movimiento que barrió una maquinaria política corrupta entonces en el poder en el condado de New Jersey, donde nació y se crió. Pero su interés estuvo siempre centrado en la educación jurídica y en la reforma del ordenamiento. Un año después de ser admitido como abogado, en 1914, fue contratado como profesor de la *New York University Law School*, dando clases hasta después de ser considerado el mejor abogado. Como decano de la Facultad de 1943 a 1948, transformó la institución en una de las mejores escuelas de Derecho de los Estados Unidos, llevando actualmente su nombre el edificio donde está localizada. Su gran pasión fue la reforma del ordenamiento jurídico. Es uno de los pocos casos de reformadores que no sólo realizan las reformas que desean, sino que además tienen la ocasión de «llevar a práctica lo que predicán». Tras años de esfuerzo, pudo contemplar un sistema moderno e integrado de organización de los Tribunales de New Jersey en 1947, con motivo de la reforma, de la que fue el principal arquitecto. Entonces fue nombrado presidente del Tribunal Supremo de New Jersey, es decir, la cabeza administrativa de todo el sistema recién organizado. Bajo su liderazgo, los Tribunales del Estado, desde hacía tiempo citados como ejemplo de ineficacia judicial, rápidamente pasaron a ser considerados modélicos. Se suprimió virtualmente el retraso judicial a medida que iba haciendo uso de sus potestades para acoplar la administración judicial a las necesidades del siglo XX. Pero esta reforma administrativa —sigue diciendo SCHWARTZ no fue para VANDERBILT más que una parte de la reforma del conjunto del ordenamiento. Tanta o más importancia tenían la reforma del Derecho procesal y sustantivo. Como todos los grandes jueces, «era consciente de la necesidad de adaptar el Derecho a las necesidades del cambiante orden social». Según el autor de su biografía, «puede seguirse un hilo conductor, a través de sus 211 sentencias, consistente en el intento de adaptar a las circunstancias contemporáneas el ordenamiento jurídico de New Jersey». Una de sus sentencias típicas dice claramente que «el *Common Law* es un cuerpo vivo, y en crecimiento, de principios jurídicos. Vive y crece debido a las sentencias que alteran la regla jurídica existente, o la abandonan sustituyéndola por otra que se ajusta más a la realidad fáctica del momento». La cita ha sido larga, y reitero mis excusas, pero valía la pena dejar apuntados tantos matices.
- H) También los esfuerzos de adaptación afloran en el más moderno de los jueces estudiados, TRAYNOR, presidiendo el Tribunal Supremo de un Estado, como

California, prototipo de la situación de cambio que la Unión experimenta. Así, en materia de *Law of Torts* –y constituye buen puntal para contrastar cómo se ha ido evolucionando–, se llegará a dar entrada al principio de responsabilidad objetiva, adquirirá consistencia la idea de daño moral intencionado, del mismo modo que se va a rechazar la regla de la inmunidad de los poderes públicos en caso de daños (por cierto, que no dejaré de advertir que son los años en que en España se va a promulgar la Ley de Expropiación Forzosa, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...). SCHWARTZ toma en préstamo a G. WHITE un amplio juicio: «A medida que cambiaba el proceso de distribución de los bienes del productor al consumidor, debido a la aparición de la economía de los mayoristas, TRAYNOR alteró el *Law of Torts* para que reflejara su cambio. A medida que se ampliaban las capas sociales con poder adquisitivo, de forma que empezaron a contratar en masa las capas sociales más iletradas y menos formadas, reconoció TRAYNOR que el poder de negociación basado en una información completa era a menudo una ficción, tanto en el tráfico mercantil mobiliario como en el inmobiliario. A medida que se vio claramente que los poderes públicos podían infligir daños y perjuicios, TRAYNOR vio que las inmunidades eran indeseables. A medida que observó que más y más personas cruzaban las fronteras entre los Estados con fines profesionales o de simple ocio, TRAYNOR se dio cuenta de que el sistema de conflictos de leyes basado en el principio de la territorialidad tenía que ser revisado.» En definitiva, que una vez más va a constituir el criterio central de selección, la categoría en «haberse hecho eco de la imperatividad del cambio social».

- I) He alterado el orden de la exposición. Ya habrá advertido el lector que en la lista que antes ofrecí, antes de TRAYNOR venía WARREN. Y que me he dejado al juez que figuraba como número uno, a MARSHALL. En efecto, con toda intención, dado su significado, dejo a los dos para el final.

WARREN –con una actividad previa fundamentalmente política (como en el caso de MARSHALL aportando su experiencia como gobernador de California– va a destacar, sobre todo, por el papel protagonista que hace jugar a la Corte Suprema en relación con los derechos fundamentales. «Bajo su batuta –señala SCHWARTZ– el Tribunal, que casi invariablemente había estado a favor de la autoridad de los poderes públicos, pasó a inclinarse a contemplar con más amplitud las demandas por violación de derechos individuales. El propio WARREN afirmó que “cuando la generación de los ochenta herede nuestro *Bill of Rights*, la declaración no tendrá exactamente el mismo significado que cuando la recibimos de la mano de nuestros padres”. Y en efecto, es verdad; el *Bill of Rights* tiene ya un significado bastante diferente. Poco a poco el Tribunal fue ampliando su visión. La libertad de expresión, la libertad de prensa, la de religión, los derechos de las minorías, los de los acusados de haber cometido delito, y los derechos de los particulares sometidos a investigación por el legislativo y por la Administración..., todos ellos pasaron a tener en el Tribunal el mejor garante. El Tribunal Warren amplió el contenido material de los derechos individuales, dándoles un significado menos restringido del que hasta

entonces habían tenido en el Derecho norteamericano. La protección de los derechos y libertades públicos pasó a ser el centro de la Constitución vivida en la actualidad». Me parece que palabras de tanto alcance excusan de mayor insistencia. No se puede, con todo, dejar la referencia, sin haber hecho antes, al menos, una doble mención. Porque el Tribunal Warren se apuntó pasos destacadísimos en la delicada y polémica cuestión, tan necesitada de una solución a la altura de los tiempos, de la segregación racial, el tema de la integración de los ciudadanos de raza negra, en concreto. De 1954 es el famoso caso *Brown v. Board of Education*, referido específicamente a las escuelas. A partir de ahí se desataría una amplia corriente llevando el principio de integración a los más diversos establecimientos de servicios: universidades, playas públicas, cursos públicos de golf, etc. La otra mención, por fuerza breve también, ha de ser al destacadísimo y tan espectacular tema de los *reapportionment cases* —de los que oportunamente se ocupó en su momento el profesor RUBIO LLORENTE (5)— y que consisten, por aprovechar las acertadas palabras de una de las notas del traductor, en que «en estos casos el Tribunal Supremo mantuvo que el poder judicial podía revisar los actos del legislativo que fijaban las demarcaciones territoriales, a efectos de voto, para asegurar que no se infringiera el principio de igualdad». Es el problema, por tanto, de la posible manipulación desde el poder de los distritos electorales. Qué duda cabe que las cuestiones abordadas —y resueltas— son de la mayor entidad.

- J) Por último, el primero de la serie en orden cronológico, pero, sobre todo, como tantas y tan varidas voces reconocen, el primero en el orden de mérito y competencia, John MARSHALL, que llegó a estar treinta y cuatro años en la Presidencia de la Corte Suprema y que fue el protagonista, prácticamente, de la «invención» de su papel. Dirá así SCHWARTZ: «Fué él quien fijó la función del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución —y llamo la atención acerca de la fórmula utilizada (L. M.-R. B.)— y quien asumió el papel de construir unos cimientos jurídicos lo suficientemente sólidos como para edificar una nación fuerte, dotada de la autoridad necesaria para ser gobernada con eficacia.» El caso es que fue MARSHALL —sin escatimarle méritos en otras empresas— quien ha pasado a la historia por haber puesto en marcha, con su famoso caso *Marbury v. Madison*, de 1803, la regla de que la Corte Suprema controla la constitucionalidad de las leyes. Existían, sí, los instrumentos, y no faltaban voces favorables —como tampoco las contrarias—: claramente había sido preconizada por HAMILTON en *El Federalista* (6), pero lo cierto es que

(5) F. RUBIO LLORENTE: *La defensa de la igualdad política en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana*, «Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos», Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.

(6) Muy ilustrativa resulta, en efecto, la lectura del capítulo LXXVIII de *El federalista*. Véase pp. 330 y ss. de la segunda edición en español, del Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

Gustavo R. VELASCO, que es quien cuidó dicha edición, indica en el *Prólogo*: «... se destaca el notable artículo LXXVIII, en que, completando la Constitución y haciendo expreso lo que en ella era simplemente una posibilidad latente, *El federalista*, desde el primer esfuerzo, sentó las bases de la revisión por el Poder Judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución. Sólo quedaba para MARSHALL desarrollarlas y aplicarlas, como lo hizo en el famoso caso de *Marbury* contra *Madison*. Si es verdad, como ha señalado CORVIN, que la doctrina de la *judicial review* es el rasgo más distintivo del sistema constitucional americano, no resulta exagerado llamar a HAMILTON, que fue quien escribió el capítulo LXXVIII y quien "más que cualquier otro hombre es el autor de la revisión judicial..." "el genio colosal del nuevo sistema", como lo hace BEARD en su libro ya mencionado» (p. XIV).

todavía no había sido asumida en puridad. Y, desde entonces, tan firmemente arraigada que hoy coinciden los autores en señalar, a pesar de la polémica que ha acompañado siempre a tal opción, que no es pensable imaginar que pudiera desarraigarse del sistema jurídico americano. Del mismo modo que, con variantes más o menos pronunciadas, ha ido siendo recibida en muchos otros países.

4. Demasiado amplio viene resultando este esquema para una reseña, demasiado estrecho para dar mínima cuenta de su riquísimo universo. En realidad, sólo quiero llamar la atención y reclamar audiencia para este sugestivo libro, para su metodología y para las ideas que expone. Porque la lectura ha de resultar formativa a la par que ilustrativa, sugeridora pero también incitante, preocupante, incluso. Estoy seguro que ha de abrir ganas para continuar más tarde con tantas de las líneas que deja planteadas –por cierto que me permito aconsejar también la lectura del tan granado trabajo del profesor PÉREZ SERRANO que citaba al comienzo, *La noble obra política de un gran juez (Juan Marshall)*, que completa perspectivas y ofrece valiosos elementos de contraste; del mismo modo me permito recordar que si el trabajo de PÉREZ SERRANO tenía un neto carácter conmemorativo, pues, en 1955, se cumplía el 200 aniversario del nacimiento de MARSHALL el próximo año se cumple el 150 de su fallecimiento, que ocurrió en 1835: más de uno ha de juzgar oportuno no dejar pasar por alto la ocasión–. Resulta apasionante esta aproximación –por más elemental que quiera ser– a la historia del Derecho de un país a través de la historia de sus grandes jueces. La dosis de arbitrariedad que toda selección necesariamente conlleva nos hace pensar en tantos reversos de la moneda, en tantos vanos inseparablemente unidos a las zonas de relieve que nos han sido mostradas, en los que la tarea de los jueces brilló precisamente por lo contrario, por su tono retardatario y nostálgico del pasado, conservador a ultranza, insensible para con los problemas laborales y sociales... Hay en la historia de jueces y Tribunales estadounidenses, en la de la Corte Suprema, sin ir más lejos, muchas zonas de sombra. Pero eso no forma parte de la historia de los diez mejores. Son los mejores precisamente porque supieron crear las condiciones para ir superando todo aquello.

En el conciso pero sugeridor prólogo que pone GARCÍA DE ENTERRÍA al librito que nos ocupa se cuida en destacar el profesor madrileño esta tónica de marcar pasos relevantes de la historia del Derecho a través de la perspectiva biográfica de jueces precisamente. En nuestros ambientes jurídicos, en los sistemas que nos son más próximos, se hubiera centrado el método en destacar a los legisladores y políticos, acaso a los abogados, tal vez a los representantes de la doctrina científica. Ello nos enfrenta con una perspectiva novedosa. Pero una perspectiva, además, que tal y como se ofrece, no deja de levantar recelos y suspicacias, de ser, en definitiva, piedra de escándalo. Pues no se le habrá pasado por alto al lector cómo se insiste en esta nota de los jueces como estadistas, como «innovadores», como «políticos» en última instancia (advertiré, por si no fuera suficiente lo que he recogido en este sentido del trabajo de SCHWARTZ que PÉREZ SERRANO en el trabajo citado, apostilla su intención destacando en el título –como reflejo de lo que luego desarrolla en el contenido– que de lo que se trata es de la consideración de la «obra política», que llega a ser «noble», «de un gran juez»). De modo que hay datos, muchos datos, de una cierta «politización» –aunque habrá de ser

entendido el término en un sentido muy peculiar-, que pueden resultar escandalosos -insisto- entre nosotros. Debiendo advertir, además, del arraigo en el sistema norteamericano de las fórmulas electivas a la hora de la designación de jueces, así como de las amplias facultades de altos órganos del Ejecutivo en relación con el nombramiento de los jueces -o, aun presidentes- de muy cualificados Tribunales.

La posición de los jueces en el Estado, la relación de los jueces con los otros poderes, siempre ha sido motivo de controversia y pasiones, siempre tema polémico, nunca cerrado. Dígase lo mismo de una de las concreciones más incisivas del tema, la de la designación de los titulares de los oficios judiciales. Buen elemento de contraste -lo que no quiere decir en absoluto que tenga que ser seguido- proporciona por eso esta aproximación, que resulta tan sugestiva, sin duda, a la realidad estadounidense. Por cierto que leyendo libros como éste, recordando la sostenida influencia y fuerza de modelo y luz, que la tan temprana Constitución progresista de la Unión tuvo en tantos de nuestros compatriotas, uno se admira de los reiterados esfuerzos de tantas corporaciones de aquel país por enviarnos una imagen estereotipada, ficticia y, en definitiva, falsa de la sociedad y de las instituciones norteamericanas: como si quisieran impedir que se conociera el país real. ¿Por qué, con tanta frecuencia, cine, televisión, periodistas incluso, parecen empeñarse en darnos imágenes veladas y trucadas de la Unión? Importancia de las ideas que nos trasmite en este libro -insisto-, aunque nos suma también en una zona de dudas, aunque venga a añadir -lo cual es positivo- preocupaciones y zozobras, elementos de contraste y ponderación, en definitiva.

5. Y en el centro de la exposición, como motivo siempre presente, ya sea de manera frontal o latente, como paradigma de la actuación judicial (de unos jueces que van a ser considerados como estadistas), la opción del control de la constitucionalidad de las leyes tan conscientemente asumida por la Corte Suprema: al fin y al cabo es la veta más simbólica, más representativa, de una situación de poder. El tema se asentó, ya lo vimos. Y no sólo eso, se expandió. Fue arraigando incluso en lejanas experiencias. Y conocería especialidades e innovaciones, rectificaciones y fórmulas nuevas, dentro siempre de su estela. Lo que en los Estados Unidos de América ha sido objeto de vivísimas discusiones a lo largo de los años -y todavía sigue provocando ríos de tinta en la moderna bibliografía-, vamos a encontrarlo, como sin más complicaciones, expresamente proclamado y reconocido en la vigente Constitución española (que vio facilitada, sin duda, paso de tanta envergadura, por experimentaciones anteriores de otros países cercanos). Cierto que, como ha señalado recientemente el profesor ALESSANDRO PIZZORUSSO unos sistemas y otros tienden a mezclarse, a intercomunicar efectos y consecuencias (7). Pero luce, con todo, una cualificada nota distintiva si se compara con la vieja y asentada tradición estadounidense con la innovación conducida por la «norrupurista» -de acuerdo con la contraposición que estuvo de moda en su momento entre *reforma* y *ruptura*- Constitución española de 1978. Porque lo que allá es función asumida por el Supremo Tribunal de Justicia -*The Supreme Court*-, aquí se ha evitado intencionadamente el atribuirle al Tribunal Supremo, para encomendarla a un órgano distinto y de nueva creación, como el Tribunal Constitucional, situado, ex-

(7) A. PIZZORUSSO: «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», separata de *Quaderni Costituzionali*, diciembre 1982, pp. 521 y ss.

profeso, fuera y al margen del Poder Judicial. Había razones confluyentes. Constituciones que tanto influirían en la nuestra, como la italiana de 1947 o la Ley Fundamental de Bonn, en ese largo proceso de decantación de la corriente, habían consagrado la experiencia, ya antes ensayada con éxito, de los Tribunales Constitucionales. De otro lado, las exigencias de un Estado de corte regional propiciaban la creación de un órgano nuevo como árbitro de conflictos y tensiones. Pero no fue eso todo. Qué duda cabe que experiencias inmediatamente anteriores, del Tribunal Supremo o de la judicatura cualificada, habían pesado mucho para que en una situación *no rupturista* –insisto en el dato– no se atribuyera a un Tribunal Supremo como ése –que no iba a ser renovado–, el importante poder de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes. Acaso, a veces, paguen justos por pecadores, honestos y cumplidores por aprovechados y listillos. Y ahí habrá que convenir en el mal papel que han jugado a la judicatura un buen número de jueces. Porque entre tantos jueces honestos y cumplidores, entre jueces que apostaron derechamente por la modernidad –pienso, así, por citar un ejemplo, en la famosa sentencia del Tribunal Supremo, sobre desviación de poder, de 3 de abril de 1964, de la que fue ponente el magistrado don Manuel CERVIA CABRERA–, entre jueces que sabían que iban a desagradar al poder con su fallo –pienso en tantas sentencias sobre sanciones de orden público de las que fue ponente don José ARIAS RAMOS o penales, con ponencia de don Julio CALVILLO (por cierto, que no estará de más recordar con qué facilidad se podía cambiar de Sala a un magistrado que «incordiaba»), y tantas otras de las que no puedo dejar ahora testimonio–; junto a todo ello –insisto–, no escasearon los fallos «serviles», «complacientes» o, cuando menos, indiferentes y sordos ante la injusticia palpable de la norma. No han favorecido a los jueces tantos jueces. Algunos, con alarde. Recuerdo, así, lo que representó, iniciando la Constitución a correr su andadura, que quien concluía de desempeñar plaza muy relevante en el Tribunal Supremo –nada menos que presidente de una de las Salas–, quien abandonaba su cualificado «*status*» de juez, pasar, sin solución de continuidad, a ejercer de abogado –y yo creo, y lo digo con carácter general, que algún «período de habituamiento» debería existir al menos: recuérdese que quien ha sido magistrado –o letrado– del Tribunal Constitucional halla vedada, sin expresión de límites, la posibilidad de actuar como abogado ante el mismo (art. 81.3 de la LOTC)–, pero no sólo eso, pasaba a ejercer de abogado de golpistas, con actuaciones que excedían con mucho lo estrictamente profesional para entrar en el terreno de la coincidencia ideológica, de las afinidades pregonadas; y aun de la toma de postura pública y ostentosa. Ciertamente que no es fácil pesar rigurosamente cuántos jueces había en una y otra balanza, cuántos eran estrictos cumplidores de su deber. Pero ello no impide reconocer que hubo demasiados jueces que hicieron mucho daño a los jueces.

Pero la historia no puede pararse y hay que abrir caminos al futuro. Si no puede negarse lo que acabo de señalar, hay algo que debe ser en todo caso resaltado: el relevante papel que destina a los jueces la Constitución de 1978. No es hora para insistir sobre el argumento, pero las cosas deben quedar muy claras: lo cortés no quita lo valiente. ¡Ojalá!, por eso, las sugerencias que depara el librito comentado –ya sean obvias, ya escandalosas– ayuden a la gran reflexión que demanda institución tan decisiva como la judicatura, a la que la Constitución encomienda misiones de extrema confianza. Porque no han perdido nada de su valor aquellas viejas y certeras palabras

que recordaba don Gumersindo DE AZCÁRATE y que se expresan así: «vale más tener leyes malas y jueces buenos que leyes buenas y jueces malos» (8).

6. Una reflexión final para añadir un último matiz sobre uno de los nervios de este comentario.

En todo caso, teniendo muy presente la frecuente falta de medida que puede caracterizar a lo español, y vuelvo a lo que señalaba antes al hablar de la usurpación de denominaciones, teniendo muy presente la facilidad para usar y abusar de algo conseguido –apenas sin trabajos o cuyos esfuerzos pronto han sido olvidados– y que en otros países ha sido el fruto de una larguísima y compleja evolución, creo que hay algo en la historia estadounidense del control de la constitucionalidad que habría que advertir a los españoles con caracteres gruesos. En efecto, destaca PÉREZ SERRANO (9) que en la ya larga historia de la República estadounidense –y se apoya en datos ofrecidos por GARCÍA-PELAYO que alcanzan hasta 1936–, si el Congreso aprobó unas 25.000 leyes y resoluciones, sólo han sido 75 los casos en que la Corte Suprema ha pronunciado el veredicto de inconstitucionalidad. Nótese bien: 75 de entre 25.000. Creo que hay que asimilar muy serenamente lo que estas cifras representan. Hay figuras o instituciones, remedios, que valen en cuanto se mantiene una dosis asimilable. El exceso produce, inexcusablemente, intoxicaciones, con daño no sólo moral, sino físico, para el organismo que lo soporta.

Cierto que cada país tiene sus peculiaridades y hay que estar ante todo a la funcionalidad de las fórmulas, sin complejos, sin tener que andar siempre pendientes del maestro como colegiales inseguros. Pero téngase muy presente que al paso que vamos, en España –país, por supuesto, mucho más pequeño, mucho menos poblado y, a buen seguro, con menos diferencias y tensiones internas que los Estados Unidos de Norteamérica–, en cosa de muy pocos años puede llegarse al cupo que allá tardó siglo y medio en alcanzarse. ¿No se precisará un poco de medida? Tal vez los políticos estén inmersos en su ritmo, en sus tensiones, en las pequeñas batallas de cada día, y no se paren a pensar en lo que estoy advirtiendo. Pero alguien tendrá que reflexionar con un poco de serenidad acerca de lo que señalo, que no me parece en absoluto baladí.

(8) En su *Discurso del Ateneo sobre la vida local*, de 1891, ahora en el libro cit. *Municipalismo y regionalismo*, página 108.

(9) PÉREZ SERRANO: *La noble obra política de un gran juez*, cit., p. 817.