

LA ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS EN 1998

ANTONIO DE CABO Y MARCOS CRIADO
Universidad Complutense

El presente trabajo continúa el análisis, iniciado en el número 1 de esta misma revista, de la doctrina norteamericana en Derecho constitucional, junto con la narración de algunas modificaciones legislativas importantes y de la labor de los Tribunales. En este sentido, puede agruparse la reflexión constitucional correspondiente al año 1998 en cuatro grandes bloques. El primero se ocupa de la posición de la Administración en el esquema constitucional, partiendo de la política de reducción del déficit iniciada en años anteriores. El segundo se refiere a la posición del poder judicial en el sistema constitucional estadounidense, y en concreto, al Tribunal Supremo como órgano de control de constitucionalidad de las leyes. El tercero a la relación entre Derechos Fundamentales y ciertas normas procesal-penales, de inmigración y de seguridad social. El cuarto, por último, aborda muy sucintamente el Derecho electoral. La revisión se completa con una selección de jurisprudencia.

LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESQUEMA CONSTITUCIONAL

Como ya se expuso en la anterior revisión, las reducciones presupuestarias han causado diferentes problemas en el ámbito del control judicial de la actuación de las agencias, y han provocado el surgimiento de diversas propuestas doctrinales de reforma de dicho control que hacen especial énfasis en la nueva regulación del control de la actividad administrativa por parte del poder legis-

lativo, introducida por el Título II del *Contract with America Advancement Act* (1996)¹.

Ahora bien, tal problemática puede encuadrarse en un debate teórico constitucional más amplio que ha merecido la atención de la doctrina estadounidense a lo largo de toda la década de los 90: el papel de la burocracia en un sistema constitucional de gobierno y su posible reforma, que evite las distintas «patologías»² que han venido señalándose desde la época del New Deal.

La Intención del Gobierno Clinton de abrir un debate destinado a reconcebir la Administración Pública, y no sólo a rebajar sus costes, se puso de manifiesto ya en 1993³, y se articuló definitivamente a través de la *National Performance Review*⁴ del Vicepresidente Gore. Política que entra de lleno en el denominado «reinvencion-of-government movement» o «reinvencion debate»⁵, que ya venía de atrás. Como pone de manifiesto Ronald Moe⁶, la Administración, entendida como burocracia, es vista con frecuencia como el principal obstáculo para el tipo de efectividad propia del sector privado, capaz de resultados óptimos y de satisfacer a los administrados, concebidos como clientes. Así, se trataría de sustituir un modelo burocrático por un modelo empresarial⁷.

Sin embargo, Douglas F. Morgan⁸ encuentra que de lo que se trata con el «reinvencion debate» es de encontrar alternativas a la ley (*law*) como base de la legitimidad⁹ de la Administración Pública, y por ende, a la ley como base de la autoridad.

1. Cfr. CRIADO, Marco y DE CABO, Antonio, *Actualidad Constitucional en Estados Unidos en 1997*, Teoría y realidad constitucional, núm. 1, primer semestre 1998, pp. 245 y 246.

2. Cfr. MORGAN, Douglas F., *Bureaucracy and the American Constitution: Can the triumph of Instrumentalism be Reversed?*, *Public Administration Review*, vol. 58, n.º 5, sep-oct 1998, p. 453.

3. Cfr. GORE, Albert, *Creating a Government That Works Better and Costs Less*, Government Printing Office, Washington DC, 1993.

4. Cfr. CLINTON, Bill y GORE, Albert, *Blair House Papers. The National Performance Review*, Government Printing Office, Washington DC, 1997.

5. Cfr. MORGAN, Douglas F., *op. cit.*, pp. 453 y 454. Vid. también BONEY, George D., *Bureaucratic and Service Contracting in U.S. Local Government*, *Public Administration Review*, vol. 58, n.º 6, nov-dic. 1998, pp. 474 y ss.

6. Cfr. MOE, Ronald, *The Reinventing of government Exercise: Misinterpreting the problem, Misjudging the Consequences*, vol. 54 n.º 2, march-april 1994, pág 114: «...paradigm with its emphasis on the Constitution, statutory controls, hierarchical lines of responsibility to the president, distinctive legal character of the governmental and private sectors, and the need of a cadre of non partisan professional managers ultimately responsible not only to the president but to Congress as well is depicted as the paradigm that failed».

7. Esta polémica puede seguirse a través de la *Public Administration Review*, tanto en sus números de 1997 (vol. 57) como de 1998 (vol. 58). En este apartado se hace referencia a distintos libros, algunas de cuyas reseñas pueden encontrarse en: MORGAN, Douglas F., *op. cit.*, pp. 453 a 463 y OTT, J. Steven y GOODMAN, Doug, *Government Reform or Alternatives to Bureaucracy? Thickening, Tides and The future of Governing*, *Public Administration Review*, vol. 58 n.º 6, sep-dic 1998, pp. 540-545.

8. Cfr. MORGAN, Douglas F., *op. cit.*, p. 454.

9 Crisis de legitimidad que, entendida como patología de todo el sistema que tiende a un debilitamiento del principio democrático, merece atención en BROWN, Peter G., *The Legitimacy Crisis and the New Progressivism*, *Public Administration Review*, vol. 58, n.º 4, jul-aug 1998, pp. 290 a 292, que pretende una rehumanización del sistema desde un «nuevo progresismo» dirigido a los enseñantes de Derecho y Ciencias Políticas.

En los últimos años, varios autores han propuesto nuevas teorías de base socio-psicológica que sustituyan a la ley como instrumento legitimador de la Administración Pública, alegando que los enfoques legales establecen normas, procesos y estructuras predeterminadas que limitan la participación y el discurso públicos, elementos necesarios para la legitimación de la autoridad¹⁰.

Según William Richardson, el debate nace del enfrentamiento de dos elementos contradictorios: la democracia, que «supone una forma horizontal de asociación humana, acentúa el voluntarismo y promueve el individualismo», y la burocracia, que «supone la necesidad de una organización vertical, depende de la especialización técnica, ejerce una autoridad formal, produciendo normas imparciales, y es de orientación colectivista»¹¹. Llegados a este punto, el debate va más allá de la simple elección entre un modelo burocrático y un modelo empresarial de administración pública, para entrar de lleno en el modelo de administración querido por la Constitución estadounidense, en si tal modelo es o no contradictorio con el principio democrático, y en si el actual modelo burocrático cumple o no con los fines que le asigna la Constitución (en cuya respuesta afirmativa, el aserto de que el sistema burocrático sufre una crisis de legitimación quedará destruido).

Desde esta perspectiva teórico constitucional, afrontan el problema cuatro libros que tienen en común la pretensión de dar respuesta a dos preguntas de base: ¿para qué sirve la Constitución estadounidense? y ¿cómo puede ayudar una Burocracia formada por funcionarios de carrera a la consecución de los fines del sistema constitucional?¹².

10. Dicha postura puede seguirse en la siguiente bibliografía básica: FARMER, David, *The Language of Public Administration: Bureaucracy, Modernity and Postmodernity*, University of Alabama Press, Tualoosa, AL, 1995; MCSWITE, O.C., *Legitimacy on Public Administration: Discourse Analysis*, Sage, Newbury Park, CA, 1997; ROHR, J. A., *To Run a Constitution: The legitimacy of the Administrative State*, University of Kansas Press, Lawrence, KS, 1986; STIVERS, Camila, *Gender Images in Public Administration: Legitimacy and the Administrative State*, Sage, Newbury Park, CA, 1993; TERRY, Larry, *Leadership of Public Bureaucracies: The Administrator as Conservator*, Sage, Newbury Park, CA, 1995; WAMSLEY, G. L.; BACHER, R. N.; GOODSSELL, P. S.; KRONENBERG, J. A.; ROHR, J. A.; STIVERS, C. M.; WHITE, O. F. y WOLF, J. F., *Refounding Public Administration*, Sage, Newbury Park, CA, 1990.

11. Cfr. RICHARDSON, W.D., *Democracy, Bureaucracy and Character: Founding Thought*, University of Kansas Press, Lawrence, KS, 1997, p. 15.

12. Estos cuatro libros son: COOK, B.J., *Bureaucracy and Self-Government: Reconsidering the Role of Public Administration in American Politics*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, MA, 1996; RICHARDSON, W. D., *op. cit.*; SPICER, M. W., *The Founders, the Constitution and Public Administration: A Conflict in World Views*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 1995; ELKIN, S. L. y SOLTAN, K. E. (editores), *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1993. Los tres primero se centran más detalladamente en el análisis del papel de la burocracia y los funcionarios de carrera en el sistema constitucional norteamericano: Spicer, desde una concepción de la lógica constitucional que tiene muy presente la obra de Hayek, le asigna el papel principal de velar para que no se produzcan abusos de poder, pretendiendo para los administradores funciones semejantes a las de un juez en un sistema de common law, esto es, de interpretación creativa del derecho envejecido para adecuarlo a las circunstancias propias de cada momento histórico. Richardson concede a la Administración la misión de defender la voluntad de los padres fundadores de hacer una Constitución que no vulnerara el carácter del pueblo americano, voluntad que debe tener continuación a través de una adecuada educación de los administradores públicos orientada a no desarrollar políticas que vulneren dicho carácter. Cook recomienda acentuar el papel constitutivo y legitimador del ejecutivo en el nivel administrativo, manteniendo la función propia de la ley.

«*A New Constitutionalism...*» reúne nueve ensayos de distintos autores (Stephen Elkin, Karol Soltan, James Caesar, Charles Anderson, Theodore Lowi, Cass R. Sustein y Edwin Haefele) para retomar una aparente visión iusnaturalista a la que ya nos habíamos referido en el artículo anterior¹³ a través del libro de Ronald Dworkin «*Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*». Todos estos autores parten de una visión de la Constitución según la cual ésta existe no sólo para limitar el poder y preservar la libertad individual, sino también «para crear Instituciones que resuelvan con éxito los problemas sociales» y «para formar el carácter de aquellos que actúan junto a las Instituciones y, en otro nivel, aquellos que de otro modo se relacionen con ellas. Las Instituciones políticas son educativas y tienen una dimensión ética» (pp. 117 y 118). Parten así de la clásica tradición anglosajona, que concibe la constitución únicamente como limitadora del ejercicio arbitrario del poder, asimilando aquella otra que, atenta a las necesidades sociales, ha construido un sistema de pública satisfacción de las necesidades vitales, intentando reconciliar el control democrático del poder con la eficiencia económica y social¹⁴. En este punto, el «new constitutionalism», parte de una definición realista del término «*poder*» y, conciliando el concepto de control con el de interés público, no acepta una clara distinción entre autoridad pública y privada, permitiendo –quizá– al estado extender su poder hasta zonas tradicionalmente vedadas (p. 138).

Recuerdan estos autores que el mantenimiento de la responsabilidad (*accountability*) en un sistema de rule-of-law ha sido el estándar más importante para medir la legitimidad del gobierno estadounidense (problema sobre el que se volverá luego). A los objetivos de responsabilidad y eficiencia, añaden la preocupación por cultivar virtudes ciudadanas sobre las que sostener las Instituciones democráticas. Lo que podría parecer una puesta al día de una justificación aristotélica del sistema constitucional –defensa de la virtud moral y de la excelencia intelectual– no es tal desde el momento en que se prescinde del debate iusnaturalista, de la búsqueda de una ley natural que otorga el rasero a partir del que juzgar el desarrollo moral de los individuos y la justicia del régimen. Este tomismo sin ley natural, donde la deliberación racional tiene el objetivo de conseguir el

13. CRIADO, Marcos y DE CABO, Antonio, *op. cit.*, p. 240. Cfr. también la nota 1 de la página citada.

14. Los nueve ensayos vienen divididos en tres partes: los dos ensayos de la primera parte explican por qué la autoridad constitucional es al mismo tiempo limitadora del poder, creadora de poderes y educativa. Los cuatro de la segunda parte, analizan las consecuencias de esta forma de entender el estudio y la práctica de la Política. Los tres ensayos de la tercera parte ilustran el significado del «new constitutionalism» en los actuales procesos políticos estadounidenses. Este «new constitutionalism» se define como «...un programa para el estudio del fenómeno político y económico desde la perspectiva de un diseño institucional...[Es un argumento] contra ciertas concepciones legales estrechas, contra los planteamientos que conciben el constitucionalismo como un suceso de la historia de las Instituciones y del intelecto, y –finalmente– contra la concepción del constitucionalismo como únicamente dirigido a la protección de las libertades individuales, limitando el poder del Gobierno...» (pp. 4 y 5). Las «concepciones legales estrechas» serían aquellas que reducen el papel del constitucionalismo a un sólo objetivo, entre las que se citan: la protección de los derechos (Dworkin, Hayek); maximización del control popular (Lindblom); promover la igualdad (Dahl y Horvat) o maximizar la libertad de elección (Buchanan y Arrow).

bien público, y las instituciones tienen un papel preferentemente formativo, como cuerpos de deliberación y no simplemente como sumadores de intereses (p. 14), remite, en su arquitectura interna, a las construcciones sociológicas de Berger y Luhmann y a las teorías hermeneúticas de Habermas, combinándolas en un sistema donde a tales instituciones compete la promoción de las condiciones que permitan el desarrollo de los juicios éticos individuales acerca del bien común.

Lowi, en la tercera parte, igual que antes Soltan y Anderson en sus respectivos artículos, determina que la «reducción de la arbitrariedad a través de la ley» es la piedra de toque de todo régimen constitucional. Según Lowi, el sistema estadounidense sigue sin superar este examen¹⁵ porque delega excesiva discrecionalidad sin guía legislativa ni control alguno en la autoridad administrativa, permitiendo que la actividad que le es propia (*policy process*) quede secuestrada por los intentos de acomodar los intereses de elites rivales, en lugar de someterse a la decisión legislativa. La revolución conservadora iniciada con la elección del presidente Reagan no dió alternativa alguna a la tradicional adhesión liberal a «the vulgar, mass democracy of the plebiscitary presidency and the immense size and power of executive branch» (p. 165). Así, la única diferencia entre el liberalismo tradicional y el moderno conservadurismo, sería el objetivo que guía el uso que cada ideología realiza de la enorme discrecionalidad de la autoridad administrativa. Frente a ello, el rasgo distintivo de un sistema democrático es el correcto funcionamiento del poder legislativo que fija estándares claros que gobiernen las decisiones administrativas.

Cass R. Sunstein, en relación con las propuestas de Lowi, intenta dar respuesta en su ensayo a la pregunta de: ¿qué quiere decir poner tasa a la tendencia de los cuerpos legislativos a acomodar intereses enfrentados a expensas de subvertir la claridad en las directrices legislativas? Y lo hace desde teorías aparentemente enfrentadas, defendiendo que el «análisis razonable» (*reasoned analysis*) y el debate (*deliberation*) son los caracteres que definen un sistema de gobierno constitucional. Desde una revisión del modelo madisoniano, contrastando el pluralismo de esta tradición con el postulado más republicano que afirma que a través del debate los ciudadanos pueden trascender la estrechez de sus intereses privados y perseguir el bien público, concluye que el sistema madisoniano de complejos contrapesos institucionales y procedimentales fue diseñado tanto para mitigar las adversas consecuencias del comportamiento egoísta como para fomentar las virtudes de la democracia deliberativa.

Sunstein mantiene que el interés por la democracia deliberativa viene apoyado en los Estados Unidos por el desarrollo de ciertas doctrinas legales, y pone como ejemplo los tests de «heightened scrutiny» y «hard look» (anteriores a la «doctrina Chevron») elaborados por los tribunales para la revisión de las actuaciones administrativas. Son estas importantes innovaciones las que sujetan el proceso administrativo a la disciplina del «reasoned analysis» y las que previenen las decisiones de las agencias ciegamente emanadas de las presiones políticas o basadas en consideraciones irrelevantes (p. 195).

15. Lo que ya había sostenido en 1979 en *The End of Liberalism*.

También convienen en afirmar estos autores que la efectiva y eficaz prestación de servicios públicos es únicamente una de las metas del gobierno, gobierno que debe tener un papel constitutivo en el nivel administrativo¹⁶, pero sin olvidar la primacía de la función legislativa a la hora de la creación y regulación de las agencias. Sin embargo, quizá lo más interesante de todos ellos sea que reformulan el problema de la pretendida reforma democrática de la Administración Pública en términos de preservar o no un régimen de «libertad regulada»¹⁷.

De otra parte, existe una más prolija bibliografía¹⁸ de autores que, ignorando los extremos constitucionales del cambio, se plantean únicamente la cuestión de elegir entre una profunda reforma del modelo burocrático o, singularizado el problema precisamente en el carácter burocrático del modelo, abandonarlo y sustituirlo por un modelo completamente distinto de organización. De elegir la segunda opción, deberá determinarse bajo qué condiciones y con qué límites dependerán los ciudadanos de las soluciones que el mercado y la libre competencia arbitren para la efectiva prestación de los servicios públicos a través de organizaciones no gubernamentales.

Guy Peters¹⁹ analiza cuatro modelos alternativos al actual, que han tenido eco en las reformas propuestas tanto por la doctrina como en medios políticos o en artículos de periódico: *The Market Government Model*, al que dedica mayor atención por ser el que, tradicionalmente, ha tenido más apoyo en los Estados Unidos (Barzelay, 1992; Osborne y Gaebler, 1992); *The Participative Government Model*, hacia el que parece orientarse la Administración Clinton (Clinton y Gore, 1995); *The*

16. Más adelante se hará referencia a los poderes que en materia de control de las agencias otorga al legislativo la Government Performance and Results Act (GPRA).

17. Cfr. MORGAN, Douglas F., *op. cit.*, p. 463.

18. Debe tenerse en cuenta que la bibliografía sobre el tema es amplísima. A modo ilustrativo, y centrándonos en los últimos años, se puede señalar: ALTHUSER, Alan A., *Bureaucratic Innovation, Democratic Accountability, and Political Incentives*, en «Innovation in American Government: Challenges, Opportunities, and Dilemmas, Brookings (The Brookings Institution and The Governance Institute), Washington, DC, 1997, pp. ix a xii; BARZELAY, Michale, *Breaking Through Bureaucracy: A New Vision for Managing in Government*, University of California Press, Berkeley, CA, 1992; BOZEMAN, Barry (y otros), *Public Management*, Jossey Bass, San Francisco, 1993; CLINTON, Bill y GORE, Albert, *Putting Customers First '95: Standards for Serving the American People*, U.S. Government Printing Office, Washington DC, september 1995; DILULIO, John J., Jr (y otros), *Deregulating the Public Service*, Brookings, Washington DC, 1994; GUY, Peters, *The Future of Governing: Four Emerging Models*, University press of Kansas, Lawrence, KS, 1996; HALACHMI, Arie, *Entrepreneurial Government: In Theory/In Practice*, en «Enterprise Government: Franchising and Cross-Servicing for Administrative Support, Chatelaine Press, Burke, VA, 1997, pp. 3 a 28; HANDLER, Joel F., *Down from Bureaucracy: The Ambiguity of privatization and Empowerment*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1996; HOLZER, Marc y CALLAHAN, Kate, *Government at Work: Best Practices and Model Programs*, Sage, Thousand Oaks, CA, 1998; LIGHT, Paul C., *Sustaining Innovation: Creating Nonprofit and Government Organizations that Innovate Naturally*, Jossey Bass, San Francisco, 1998; LIGHT, Paul C., *The Tides of Reform: Making Government Work 1945-1995*, Yale University Press, New London, CT, 1997; OSBORNE, DAVID y GAEBLER, Ted, *Reinventing Government*, Addison-Wensley, Reading, Mass, 1992; ROMZEK, Barbara, *Where the Buck Stops: Accountability in Reformed Public Organizations*, en «Transforming Government: Lessons from the Reinvention Laboratories, Josey bass, San francisco, 1998, pp. 193 a 219; STACEY, Ralph D., *Complexity and creativity in Organizations*, Berret-Koehler, San Francisco, 1996; ZOHAR, Danah, *Rewiring the Corporate Brain: Using the New Science to Rethink How We Structure and Lead Organizations*, Berret-Koehler, San Francisco, 1997.

19. Cfr. PETERS, Guy, *op. cit.* supra.

Flexible Government Model, que entiende la flexibilidad como opuesta a la permanencia de las agencias en su función y propone utilizar asociaciones y organizaciones temporales (Holzer y Callahan, 1998), empleados contratados por tiempo y sistemas autorganizados (Stacey, 1996; Zohar, 1997), advirtiendo el propio autor que la protección de los derechos de los ciudadanos está por encima de la eficacia en la gestión, defensa de los derechos fundamentales que ve incompatible con dicha flexibilidad²⁰; y *The Deregulated Government Model*, que permitiría a los gestores públicos sentirse libres para actuar como empresarios (Halachmi, 1997). Los defensores de este último modelo aplaudieron dos leyes del Congreso (Defense Authorization Act, de 1991 y la DoD Appropriations Act, de 1992) que permitían al Department of Defense's Maintenance Centers competir libremente con las empresas privadas en los trabajos de mantenimiento. Sin embargo, el propio Departamento decidió acabar con la política de libre competencia en 1994.

También en consonancia con los extremos de la National Performance Review (NPR), puede hacerse referencia a la puesta en marcha de la *Government Performance and Results Act* (GPRA). Mientras la NPR se centra en el ámbito competencial de la Casa Blanca y se lleva a cabo principalmente a través de «executive orders» y «presidential pleas», el nacimiento de la GPR es diferente. La ley aprobada por el Congreso y firmada por el Presidente Clinton en 1993, tiene origen en la regulación introducida por el Senador republicano William Roth en 1990 en la Comisión del Senado para Asuntos Gubernamentales, que tras un periodo de consultas de dos años fue modificada en varios extremos. La versión definitiva del Congreso no fue sometida al pleno hasta febrero de 1993, después de las elecciones presidenciales de 1992, y, bendecida por la Casa Blanca, fue aprobada con el apoyo tanto de demócratas como republicanos²¹. La Ley, redactada en términos poco precisos, pretende perfeccionar la eficiencia y efectividad de la prestación de servicios públicos mediante la fijación de objetivos claros y sistemas de medición de los resultados de los programas articulados para la consecución de dichos objetivos²².

La Ley obliga a las agencias a concentrarse en los resultados de los programas de acción, calidad del servicio y en la satisfacción del «cliente», creando para ello una «planificación» (*strategic plans*, con una duración de cinco años), un plan de actuación anual (*annual performance plans*), especificando un programa para

20. PETERS, Guy, *op. cit.*, p. 89.

21. Cfr. RADIN, Beryl A., *The Government Performance and Results Act (GPRA): Hydra-Headed Monster or Flexible Management Tool?*, Public Administration Review, vol. 58, n.º 4, jul-aug 1998, p. 308. Otras obras del autor sobre el tema son: *Varieties of Reinvention: Six NPR Success Stories*, en «Inside the Reinvention Machine: Appraising Governmental Reform», Brookings Institution, Washington DC, 1995, pp. 107 a 130, y *Balancing Policy and Administrative Change in the Clinton Administration: The National Performance Review (NPR) and the Government Performance and Results Act (GPRA)*, en «The White House and the Blue House: Government Reform in the United States and Corea», University Press of America, Lanham, MD, pp. 11 a 35.

22. El Presidente Clinton se refirió a la GPRA en el momento de su firma en los siguientes términos: «The law simply requires that we chart a course of every endeavor that we take the people's money for, see how well we are progressing, tell the public how we are doing, stop the things that don't work, and never stop improving the things that we think are worth investing in». Cit. por RADIN Beryl A., *op. cit.*, p. 308.

cada actividad con dotación presupuestaria, así como el nivel de realización prevista, objetivos específicos a conseguir, etc. Finalmente, las agencias deberán realizar un informe anual sobre el programa de actuación (*annual program performance reports*) comparando el estado de consecución de los objetivos previstos para el año fiscal correspondiente en cada una de las actividades programadas²³ con anteriores niveles de rendimiento.

Los planes estratégicos debieron haberse presentados antes de septiembre de 1997 al Management and Budget Office (OMB) y al Congreso. Desde octubre de 1997 las agencias están trabajando en los *annual performance plans*, que se unirán a las previsiones del Presupuesto para el año fiscal 1999²⁴. Los primeros *program performance reports* se esperan para finales de marzo del año 2000²⁵.

El consenso inicial en la adopción de la ley, se convirtió en enfrentamiento entre legislativo y ejecutivo con la presentación de los primeros planes estratégicos, al comprobarse que el modelo de planificación puede ser cumplido sin dificultad por las agencias encargadas de la prestación o producción de servicios concretos, con un presupuesto por ellas gestionado, pero que plantea enormes dificultades en agencias no acostumbradas a actividades de planificación, encargadas de la gestión de dinero público en programas diseñados por otras agencias, a las que competía el control presupuestario (Radin, p. 309)²⁶.

Las diferencias de criterio en la valoración de los programas por parte del Congreso y de los Organismos dependientes del Gobierno que también deben pronunciarse en el proceso [General Accounting Office (GAO) y Office of Management and Budget (OMB)], ha provocado una reacción del Congreso²⁷ que reclama un

23. La extensión de este artículo no permite extenderse más sobre el contenido de la GPRA, sin embargo puede consultarse la siguiente bibliografía reciente, relacionada también con el «reinvention debate»: KEFF, Donald y DILLIO JR, John J. (editores), *Inside the Reinvention Machine: Appraising Governmental Reform*, Brookings, Washington DC, 1995; OSBORNE, DAVID y PLASTRIK, Peter, *Banish Bureaucracy: The Five Strategies for Reinventing Government*, Addison-Wesley, Reading, MA, 1997.

24. Para el seguimiento del proceso durante el año pasado según los informes de la General Accounting Office (GAO) para guiar al Congreso en la revisión que ha hecho de los planes estratégicos y los planes de actuación: (1998a) *Agencies Annual Performance Plans Under the Results Act: 1997 Governmentwide Implementation Will Be Uneven*. GAO/GGS/AIMD-10.1.18, Government Printing Office, Washington, DC y (1998b) *Managing for Results: Agencies' Annual Performance Plans Can Help Address Strategic Planning Challenges*, GAO/GGD-98-44, Government Printing Office, Washington, DC.

25. Parte de la desconfianza existente en la doctrina (vid. supra, nota 19 y 21) se debe a que las agencias deben adecuarse a la regulación contenida no sólo en la GPRA, sino a los requisitos de otras Instrumentos que las afectan, la mayoría de ellos legislativos y otros del poder normativo de los órganos del ejecutivo. Algunas de éstas regulaciones no completadas todavía por las agencias son: Federal Managers Financial Integrity Act (1982), Chief Financial Officers Act (1990), Government Management Reform Act (1994), Information Technology Management Reform Act (1996), The Paperwork Reduction Act (1995), Federal Financial Management Improvement Act (1996), Customer service Executive Order (1993), REGO III of the National Performance Review (1996), Reinvention Impact Center Initiative of the National Performance Review (1997), Annual Budget Instructions of OMB to Agencies (Circular A 11).

26. La GPRA hereda el legado de las reformas Program, Planning and Budgeting System (PPBS), Management by Objectives (MBO) y Zero-Base Budgeting (ZBB), todas ellas basadas en la asunción de que las decisiones programáticas debían basarse en la creación de un previo «rationally produced data system», sistema que muchas agencias no llegaron a elaborar.

27. Valgan como ejemplo las palabras del líder del grupo mayoritario en el Congreso, Richard Arme, en Junio de 1997: «I'm worried that some agencies in the federal government aren't taking their

mayor control sobre los programas de las agencias, desviando el debate hacia el problema de la concepción norteamericana de la división de poderes. Sin duda, la GPRA parece dirigir el peso del control de la Administración federal hacia el Congreso²⁸, lo que significa un cambio no desdeñable en dicha concepción. Ello se ha hecho patente a comienzos de 1998, cuando el Congreso reformó la GPRA y obligó a las agencias a presentar de nuevo sus planes estratégicos al final del año fiscal 1999.

Si la regulación de la GPRA se ha traído aquí, es también porque supone un paso más en acercamiento entre el modelo de gestión pública estadounidense y el sector privado. Dicha ley incorpora conceptos de los modelos de gestión privada y establece un sistema por el que la disciplina del libre mercado (*market-like discipline*) puede ser utilizada para mejorar la gestión del ejecutivo en la prestación de servicios públicos. Ejemplo de ello es el hecho de que las agencias, a la hora de elaborar sus planes estratégicos son constreñidas a hacer consultas a los interesados o afectados por el plan (definidos como *stakeholders*, al modo en que los concibe el sector privado, de la misma manera que los administrados son concebidos como clientes). Ello significa un avance en el camino de asimilación de un lenguaje legislativo heredado del sector privado, proceso que se inicia con la adopción de los procesos de Total Quality Management (TQM) en las agencias federales durante la década de los noventa. Sin embargo, el concepto de *stakeholder*, no es descriptivo de las diferencias de poder existentes entre los sujetos afectados por el plan a la hora de hacer valer sus pretensiones, tratándolos a todos como iguales (Radin, p. 312).

Al igual que en la NPR, los conceptos de igualdad y equidad (o los de protección de poblaciones vulnerables –*vulnerable populations*–, antes frecuentes en la legislación administrativa norteamericana) han desaparecido. La ley exige que los fines propuestos vengan definidos de forma «objetiva, cuantificable y mensurable» lo que hace difícil ocuparse de la consideración de valores sociales.

Por último, el exponente más complejo de la combinación entre la propuesta de adoptar formas de gestión públicas más parecidas a las del mundo empresarial y la necesidad de encontrar un diseño institucional global que dé respuesta a las diferentes interrogantes que, desde el punto de vista del federalismo y la división de poderes, plantean las agencias, es el amplísimo artículo de Michael C. Dorf y Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*²⁹. Se trata del un intento sorprendente por sus extraordinariamente dispares fuentes de inspiración y por el detalle del diseño institucional (además de su exhaustivo repaso bibliográfico: más de 700 notas, con –literalmente– miles de referencias). El punto de partida de este trabajo es relativamente convencional. Se expone cómo el modelo de

responsibility to consult with Congress seriously» cit. por BARR, Stephen, «GOP Seeking More Control of Programs and Spending», *The Washington Post*, 5 febrero 1997.

28. Como ya puso de manifiesto David Rosembloom, «GPRA plays directly into the separation of powers, under which Congress has great power over federal administration». ROSENBLIOM, David H., *The Context of Management Reforms*, *The Public Manager*, vol. 24 n.º 1, p. 5.

29. *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 2, 267-472.

Estado administrativista surgido del New Deal, con sus Agencias que concentran funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, con un diseño jerárquico, ha entrado en crisis. Las razones de esta crisis serían, a juicio de los autores, las mismas que llevaron durante los años ochenta y, especialmente, durante los noventa, a una constante pérdida de competitividad a las empresas americanas frente a las japonesas. Un modelo jerarquizado de integración vertical que compartirían tanto la General Motors como, por ejemplo, la Agencia para la Protección del Medioambiente. Según los autores, el modelo japonés de gestión, con su integración horizontal, sus técnicas de banco de pruebas (*benchmarking*), ingeniería simultánea (*simultaneous engineering*) y aprendizaje mediante el control (*learning by monitoring*) encarnado por empresas como Toyota, es susceptible de aplicación a la gestión de los asuntos públicos. A esta transposición habría que denominarla poliarquía directamente deliberativa (*directly deliberative polyarchy*)³⁰. La razón del fracaso del modelo integrado provendría de su incapacidad de adaptarse a situaciones de «alta volatilidad» y de marcada diversidad regional. Situaciones que, justamente, caracterizarían el momento actual y aconsejan la adopción de un marco alternativo para el mundo estatal.

Se trata de una propuesta de transformación global de la actividad pública conforme a la cual, la Ley actuaría básicamente como las Directivas comunitarias, es decir, establecería objetivos y propondría a las administraciones (incluyendo las Agencias) la realización de diferentes «experimentos». La administración sería la encargada de realizar esta experimentación, es decir, de proponer diferentes medidas legislativas y de ejecución para lograr estos objetivos. Estos experimentos serían comparados de forma permanente tratando de hacer circular la información para conseguir estándares de efectividad en permanente mejora. Los Tribunales, por su parte, serían los encargados de verificar que las propuestas de las diferentes administraciones responden a los objetivos propuestos y hacen un uso racional de la información disponible.

En el artículo se exponen de manera notablemente minuciosa los diferentes arreglos institucionales necesarios para poner en práctica este sistema y se ilustran las posibles ventajas que podría facilitar, además de argumentar que esta propuesta es compatible con la Constitución americana y que resuelve —o atenúa— el problema del federalismo y la división de poderes en una forma más parecida a la que, inicialmente, diseñaron los Padres de la Constitución. Se trata de un trabajo donde se mezclan propuestas variadísimas: un modelo de participación comunitaria semejante a la de los «presupuestos participativos» del Partido del Trabajo en Brasil, unas técnicas de gestión desarrolladas en las empresas de automoción japonesas, un entendimiento de la justicia semejante a la de Ely (sustituyendo apertura de canales de participación, por apertura de canales de experimentación), un localismo de base comunitarista, y un sistema de integración de unidades de trabajo que, en cierto modo, recuerda al centralismo democrático. La escasa respuesta que, por el

30. Siguiendo una terminología acuñada por Joshua COHEN y Charles SABEL en *Directly Deliberative Polyarchy*, 3 Eur. L.J. 313 (1997), que parte de Robert A. DAHL, *Democracy and its Critics*, 221-222 (1989).

momento, ha recibido esta propuesta —que, por otra parte, realiza un análisis extraordinariamente agudo de las dificultades de otro tipo de planteamientos en áreas tales como la interpretación constitucional, la judicial review, la fundamentación de los derechos, la delegación de poderes o el problema federal— quizá pueda acharcarse a dos factores muy diferentes: por un lado, a su novedad y variedad doctrinal; por otro, al hecho de que se publicara justo antes del colapso del mercado japonés, que algunos han imputado, precisamente, a su modelo de gestión (control por los bancos, integración horizontal, corrupción, etc.).

De otro lado, uno de los fenómenos más preocupantes desde el punto de vista de la defensa de los derechos de los particulares y de la participación pública ha sido, durante los últimos años, el abandono de los procesos de «información pública» como parte del proceso de aprobación de los reglamentos (*Formal notice and comment rulemaking*) y, en general, su sustitución por otros modos «informales» de actuación reglamentadora o parareglamentadora (*informal adjudication, interpretive rules, policy statements*) por parte de las agencias, creando de este modo lo que se ha dado en llamar «derecho en la sombra» (*shadow law*). Derecho, naturalmente, de más difícil control judicial³¹. Aunque la Administrative Procedure Act establece un detallado procedimiento para la redacción de la normativa reglamentaria propiamente dicha (*formal rulemaking and adjudication proceedings*), no incluye disposiciones relativas a la, así llamada, «informal adjudication». Normas posteriores del Congreso y del Ejecutivo y ciertas decisiones judiciales, sí han establecido ciertos requisitos para ella (*Regulatory Flexibility Act*, Pub. L. No. 93-354, 94 Stat. 1164 (1980), reformada en el 94; 5 U.S.C. § 553 (c) (1994); *Exec. Order No. 12.866* 58 Fed. Reg. 51.735 (1993)), tales como la exposición de motivos («*concise general statement of basis and purpose*»), el análisis de coste-beneficios, etc. Todo ello ha resultado en la llamada osificación, también, del proceso informal de aprobación de las normas reglamentarias³². Las agencias han reaccionado a estos requisitos desplazándose hacia formas de decisión cada vez más «en la sombra». El principal mecanismo protector de los ciudadanos frente a este estado de cosas es la obligación de facilitar gratuitamente (o casi) información sobre estas formas oscuras de legislación que establece la *Freedom of Information Act* (Publ. L. No. 93-502, 88 Stat. 1561 (1974), luego 5 U.S.C. § 552 (1994)). Tomando como base ciertas normas del Congreso tendentes a la inclusión de formas de información tecnológicas en los procesos de decisión gubernamental tales como la *Emergency Planning and Community Right to Know act* (EPCRA)³³, *Paperwork Reduction Act*³⁴ y, sobre todo, la

31. Thomas O. MACGARITY, *The Courts and the Ossification of Rulemaking: a Response to Professor Seidenfeld*, 75 Tex. L. Rev. (1997); Mark SEIDENFELD, *Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of the Notice and Comment Rulemaking*, 75 Tex. L. Rev. (1997); y, antes, Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on Deossifying the Rulemaking Process*, 41 Duke L. J. (1992) y Richard J. PIERCE, JR., *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, 47 Admin. L. Rev. (1995).

32. Estas exigencias supondrían, por lo general, un período de más de tres años. Vid. Cornelius M. KERWIN & Scott FURLONG, *Time and Rulemaking: an empirical test of theory*, 2 J. Publ. Admin. Res. & Theory 124 (1992).

33. Pub. L. No. 99-499, 100 Stat 1730 (1986) (cod. at. 42 U.S.C. § 11023 (1994)).

34. Pub. L. No. 104-13, 109 Stat 163 (1995) (cod. at. 44 U.S.C. §§ 3501-3520 (Supp. 1996)).

*Electronic Freedom of Information Act Amendments (EFOIA)*³⁵, estudios recientes han propuesto el uso de Internet como salida a esta opacidad legal por parte de las agencias y, sobre todo, como incentivo para volver a modos «formales» –aunque electrónicos– de reglamentación³⁶. Esta posibilidad ha recibido comentarios muy elogiosos³⁷ en cuanto extensión de la participación democrática, si bien despierta ciertas dudas desde el punto de vista de la igualdad, toda vez que el acceso a Internet parece claramente desigual por raza, género, riqueza y niveles educativos³⁸ (el 90 % de los usuarios son blancos, el 65 % hombres, etc.) –además de su posible control por parte de grupos de presión especialmente organizados–, y de la defensa de la privacidad, tras algunas experiencias poco afortunadas³⁹. Desde un punto de vista totalmente opuesto, se ha criticado esta posibilidad de participación vía Internet como un riesgo de «sobre-participación» o de «exceso de democracia»⁴⁰ que paralizaría la Administración y daría voz a intereses «faccionales» frente a los «verdaderos intereses nacionales». El artículo citado de S. M. Johnson puede convertirse en una guía de la «Internetización» de la Administración, si el Presidente Clinton prosigue con su decisión de hacer del salto tecnológico una de las metas de su mandato⁴¹.

PODER JUDICIAL

También el poder judicial, en lo tocante a su articulación en el sistema político-constitucional estadounidense, ha sido objeto de atención doctrinal durante el año 1998. J. M. Balkin y Standfor Levison, en un artículo publicado en la *Harvard Law Review*⁴², ponen en tela de juicio el estudio que tradicionalmente se ha venido haciendo en las universidades norteamericanas de los cánones de Derecho constitucional. Esto es, de las decisiones judiciales que han configurado el sistema norteamericano y se consideran de básico conocimiento para los estudiantes de Derecho constitucional. Partiendo de un reciente estudio sobre los llamados

35. Pub. L. No. 104-231, 110 Stat 3048 (1996) (cod. at 5 U.S.C. § 552 (Supp. II 1996)).

36. Stephen M. JOHNSON, *The Internet changes everything: revolutionizing public participation and access to government information through the Internet*, Adm. L. Review, vol. 50, No. 2, Spring 1998, pp. 277 a 377.

37. COKIE ROBERTS & Steven V. ROBERTS, *Direct Democracy Becoming Possible, If Not Preferable*, Rocky Mountain News, Apr. 6, 1997.

38. Carey HECKMAN en Michigan Telecommunications & Technology Law Review Symposium, *Redefining Access to Information: Power Politics, Law and the New Technology* (Apr 4, 1997) (<http://www.law.umich.edu/mttlr/>).

39. Vid. M. J. ZUCKERMANN & Peter EISLER, *Senators Say Shut Down Web Site, Claim Social Security Data Open to Prying*, USA Today, Apr. 9, 1997, A1.

40. Jim ROSSI, *Participation Run Amok: The Costs of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking*, 92 Nw. U.L. Rev. 173 (1997).

41. «As the Internet becomes our new town square, a computer in every home, a teacher of all subjects, a connection to all cultures, this will no longer be a dream but a necessity. And over the next decade, that must be our goal», William J. CLINTON, *State of the Union Address*, 33 Weekly Comp. Pres. Doc, 136, 140 (Feb. 4, 1997).

42. BALKIN, J. M. y LEVINSON, Standfor, *The Canons of Constitutional Law*, Har. L. Rev., vol. 111 n.º 4, feb. 1998, pp. 964 a 1.024.

«casebooks»⁴³, en los que estas decisiones se compilan, donde sólo se encuentran diez casos que coincidan entre los once «casebooks» más utilizados en las universidades, intentan desentrañar qué significación tiene el canon de Derecho constitucional en el sistema universitario y judicial estadounidense, su correspondencia con la práctica y su eventual función futura.

En busca de una aproximación del Derecho constitucional a los problemas sociales emergentes, los autores abogan por la introducción en las tradicionales compilaciones de decisiones canónicas, de interpretaciones no judiciales de la Constitución⁴⁵ particularmente representativas de los movimientos políticos y sociales que, en opinión de los autores (pp. 1.021-1.022) a menudo influyen en las interpretaciones judiciales de la Constitución⁴⁶. Así, se tendría una visión diferente del que ha sido uno de los temas centrales de la literatura constitucional norteamericana: la dificultad que plantea el carácter no representativo del Poder Judicial («countermajoritarian difficulty»). La pregunta que debería hacerse la doctrina no es si, teniendo en cuenta el carácter de interpretación innovadora del Ordenamiento que el common law confiere a la actividad de juzgar, los jueces deberían esperar a la creación de nuevo derecho mediante ley o enmienda constitucional (en vez de tratar de dar solución al problema no resuelto por la ley puesto en sus manos), sino preguntarse si las decisiones judiciales no están ya reflejando las luchas políticas e ideológicas candentes en la cultura mayoritaria e inmersas en los discursos profesionales sobre la ley.

Dos artículos se han publicado este año que inciden, particularmente, sobre la problemática propuesta: por un lado, Barry Friedman, en el primero de lo que se promete una serie de tres artículos⁴⁷, afronta la historia de la llamada «countermajoritarian difficulty» a lo largo de la historia del constitucionalismo norteamericano. Por otra parte, Frank Cross y Emerson Tiller⁴⁸, mediante un estudio estadístico de las

43. Cfr. GOLDMAN, Jerry, *Is There a Canon of Constitutional Law?*, Am. Pol. Sci. Ass'n Newsl. (Law and Court Section of the Am. Pol. Sci. Ass'n), spring 1993, pp. 2 a 4.

44. Tales casos son: *Brown v. Board of Education* (1954), *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth* (1985), *Gibbons v. Ogden* (1824), *Griswold v. Connecticut* (1965), *Lochner v. New York* (1905), *Marbury v. Madison* (1803), *McCulloch v. Maryland* (1819), *New York Times Co. v. United States* (1971), *Roe v. Wade* (1973) y *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (1952).

45. Por ejemplo, citada en BALKIN, J. M. y LEVINSON, Sanford, *op. cit.*, pp. 965 a 967, la interpretación que de la Constitución hace Frederick Douglas, antiesclavista, frente a la que hizo el Chief Justice Roger Taney en la sentencia *Dred Scott v. Sandford*, en el sentido de no reconocer a los negros, incluso libres, la ciudadanía estadounidense.

46. J. M. BALKIN ha estudiado el papel central de los movimientos sociales en la formación del discurso de las élites sobre la Constitución en su artículo *The Constitution of Status*, Yale. L. Jo., vol. 106 n.º 42, 1997, pp. 2313-2338.

47. Cfr. FRIEDMAN, Barry, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, N.Y. Univ. L. Rev., vol. 73 n.º 2, may 1998, pp. 333 a 433. Esta primera parte abarca el período de 1800 hasta la Guerra Civil, determinando la evolución del constitucionalismo norteamericano hasta llegar a la «supremacía judicial» encarnada en la judicial review. El sentido final del artículo es analizar las circunstancias que motivan y definen los ataques a la autoridad judicial, entendida como «judicial supremacy». Los dos siguientes se ocuparán, respectivamente, desde la Reconstrucción hasta el fin del New Deal, el segundo, y a partir de entonces hasta nuestros días, en que florece la «obsesión académica con la dificultad contramayoritaria» (p. 341), el tercero.

48. Cfr. CROSS, FRANK B. y EMERSON, Tiller H., *Judicial Partisanship and Obedience to legal Doctrine. Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals*, The Yale L. Jo., vol. 107 n.º 7, may 1998, pp. 2155 a 2177.

decisiones de los Tribunales Federales de Apelación, advierten en qué medida las decisiones judiciales, para cumplir la doctrina legal determinada por el Tribunal Supremo, están contaminadas por la filiación ideológica de los miembros de la corte.

Partiendo del estudio de las decisiones donde debe aplicarse la doctrina Chevron⁴⁹, los autores mantienen que los jueces están más dispuestos a aplicar la doctrina legal cuando ésta responde a las preferencias ideológicas o partidistas de la mayoría de la Corte, y que los Tribunales siguen más la doctrina legal (independientemente de su filiación ideológica) cuando el pleno está ideológicamente dividido. A partir de los estudios estadísticos aludidos, proponen como corrección del sistema la introducción de un miembro de ideología opuesta a la de los otros miembros de la corte (*wistleblowing*, chivato), lo que redundaría en una aplicación más frecuente de la doctrina legal.

En todo caso, la cuestión del poder judicial como poder extraño al gobierno de la mayoría es viejo y responde a la siguiente pregunta: desde el momento en que la democracia presupone responsabilidad ante la voluntad popular, ¿cómo se explica un poder del Estado cuyos miembros no son removibles por la misma y tienen el poder de invalidar las decisiones de los representantes del pueblo?. La tensión que en el nivel académico se da en los Estados Unidos entre judicial review y gobierno de la mayoría, se hace más acuciante en la práctica a partir de los años ochenta, cuando el Tribunal Renhquist pone en marcha una doctrina legal de deferencia a las soluciones políticas (doctrina Chevron). Según el profesor Friedman, ello es resultado de la adhesión del Tribunal Supremo a lo que Erwin Chemerinsky llama el «paradigma mayoritario», que ha dominado la ley constitucional desde la segunda mitad del siglo XX⁵⁰. No deben sorprender estas interpretaciones en un país donde siguen teniendo mucho peso las teorías jeffersonianas y el objetivo de las regulaciones constitucionales se define a menudo con referencia a las preferencias de la mayoría.

El artículo pretende recontextualizar históricamente el debate propuesto frente a dos trabajos anteriores que analizan las decisiones del Tribunal Supremo en los años 1988 y 1992⁵¹. Estos dos artículos encuentran el origen del debate en la

49. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984). Cfr. CRIADO, Marcos y DE CABO, Antonio, *op. cit.*, pp. 241 y 242. Para una orientación bibliográfica sobre la doctrina Chevron cfr. nota 4 p. 241.

50. Cfr. CHEMERINSKY, Erwin, *The Supreme Court, 1988 Term – Foreword: The Vanishing Constitution*, Harv. L. Rev., vol. 103, 1989, p. 61 a 74. Hay indicios de que la influencia del citado paradigma empieza a remitir en la obra del Tribunal Supremo: *Washington v. Glucksberg*, 117 S. Ct. 2258 (1997), donde el Tribunal Supremo trata el principio mayoritario como una caución y no como una orden inexorable. También hay sentencias donde invalida ciertos actos del Congreso sin aludir a la aparente naturaleza «contramayoritaria» de su decisión: Cfr. *Pritz v. United States*, 117 S. Ct. 2365, 2384 (1997) (algunos puntos del Brady Bill) o *City of Boerne v. Flores* 117 S. Ct. 2157, 2162 (1997) (donde invalida la Religious Freedom Restoration de 1993).

Sin embargo no existe otro paradigma que guíe la interpretación judicial de la Constitución en referencia al sentir popular. Barry Friedman se refiere en su artículo a ciertos trabajos sin publicar que proponen paradigmas alternativos de interpretación constitucional (cfr. FRIEDMAN, BARRY, *op. cit.*, nota 18 de la p. 339).

51. Estos trabajos son: CHEMERINSKY, Erwin, *op. cit.*, pp. 43 a 71, y HOROWITZ, Morton J, *The Supreme Court, 1992 Term – Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentalism Without Fundamentalism*, Harv. L. R., vol. 107, pp. 30 a 63.

evolución del concepto de democracia a partir de la invalidación que el Tribunal Supremo hizo del trabajo legislativo a través del que se pretendía implantar la política del New Deal⁵². Horowitz encuentra en las ideologías del New Deal una definición estrecha y mecánica de democracia que tiende a imponer simplemente los dictados de la mayoría. Ello conllevaría una caracterización negativa de la judicial review como «contramayoritaria» y una definición de la democracia como permanente tensión con los derechos de la minoría (pp. 62 y 63).

De manera similar, Chemerinsky concluye que, al tiempo que se debilita la creencia en una ley natural, cambia el concepto de democracia y el «majoritarian decisionmaking» deviene un fin en si mismo, con lo que es necesario justificar el papel del poder judicial a la luz de esta nueva idea de democracia.

Frente a ellos, el autor de artículo rastrea fuertes sentimientos populistas antes del New Deal (tanto en la época de Jefferson como en la de Jackson), y encuentra las primeras críticas al carácter «contramayoritario» del poder judicial en los primeros años del siglo XIX. Insiste en una elaboración más profunda del concepto de «judicial supremacy», del significado de la proposición «contravenir la voluntad popular a través de una decisión judicial», y de la manipulación que ha menudo hacen los críticos de la judicial review de los sentimientos populares.

Este artículo puede leerse a la luz de otras tendencias doctrinales estadounidenses que atacan desde otros frentes el «countermajoritarian paradigm». Los profesores de Public Choice, de un lado, ponen en entredicho la afirmación tradicional de que el proceso político refleja la voluntad popular, con lo que la pretendida interferencia con la judicial review no existiría⁵³. Igualmente, las teorías políticas de Robert Dahl, con seguidores como Mark Graber o Thomas Marshall⁵⁴, sugieren que el proceso judicial tiende a ratificar las preferencias populares, línea que siguen asimismo autores como Michael Klarman o Gerald Rosenberg, que cuestionan el extendido aserto de que los tribunales protegen a los grupos minoritarios contra las opiniones de la mayoría⁵⁵.

Otras manifestaciones del interminable debate sobre la «objeción contramayoritaria»⁵⁶ a la jurisdicción constitucional de la ley por parte del Tribunal Supremo son, por ejemplo, Christopher J. Peters, *Adjudication as Representation*⁵⁷, Michael

52. Cfr. por ejemplo, LEUCHTENBERG, William E., *The Supreme Court Reborn*, 1995, p. 105.

53. Cfr. Bibliografía de FRIEDMAN, Barry, *op. cit.*, nota 12 de la p. 337.

54. Cfr. DAHL, Robert A., *Decision - Making in a democracy: The Supreme Court as a National Policy - Maker*, J. Pub. L., vol. 6, 1957, p. 279. También el libro ya clásico DAHL, Robert A., *Democracy and its Critics*, 1989 («The views of a majority of justices of the Supreme Court are never out of line for very long with the views prevailing among the lawmaking majorities of the Country», p. 190).

Cfr. también, GRABER, Mark A., *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference To the Judiciary*, Stud. Am. Pol. Dev., vol. 7, 1993, pp. 71 y 72; MARSHALL, Thomas R., *Public Opinion and the Supreme Court*, 1989.

55. Cfr. ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope*, 1991, pp. 39 a 71, donde observa que las decisiones del Tribunal Warren, de corte liberal, no produjeron el cambio social esperado; KLARMAN, Michael J., *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, Va. L. Rev., vol. 82 n.º 1, 1996, pp. 6 a 18, donde cuestiona la capacidad del Tribunal Supremo en la protección de los derechos de las minorías.

56. Debate que, en Estados Unidos, arranca de Alexander M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 2.ª Ed., 1986.

57. 97 Colum L. Rev. (1997).

J. Klarman, *Majoritarian Judicial review: The Entrenchment Problem*⁵⁸ o Christopher L. Eisgruber, *Birthright, Citizenship and the Constitution*⁵⁹. El artículo de Rebecca L. Brown⁶⁰ plantea, dentro de esta discusión, un punto de vista relativamente novedoso. En su opinión, la objeción contramayoritaria y la consiguiente consideración del Tribunal como una «deviant institution» carecen de base constitucional. A su juicio, y siguiendo el desarrollo histórico de la Constitución norteamericana, no existen indicios de que los Padres de la Constitución pretendieran hacer de la regla mayoritaria el núcleo central de la vida política. Este papel le correspondería, por el contrario, a la «accountability», al hecho de «responder» ante la ciudadanía por lo ya realizado. Se trataría de un sistema enfocado a la libertad, no a la participación, siendo esta última un mecanismo de garantía de la primera y no viceversa. Se trataría de un sistema que trata de «minimizar la tiranía» no de «maximizar la participación». En este contexto, las elecciones, como la jurisdicción constitucional, son mecanismos de protección frente a posibles intromisiones del poder legislativo en la libertad ciudadana. Elecciones y judicial review estarían, pues, en el mismo lado de la trinchera, haciendo gratuita cualquier acusación de no democrática para la institución judicial, ya que las propias elecciones serían contramayoritarias, en cuanto control de lo decidido por la mayoría (parlamentaria). Para alcanzar esta conclusión, la autora analiza el surgimiento del proceso representativo en Estados Unidos en una línea, hasta cierto punto semejante a la de, por ejemplo Gargarella, alegando su intención de frenar la participación pero complementándola con la idea de que las elecciones son una especie de castigo ex post a los legisladores irrespetuosos con la libertad, en una línea pareja a la del pensamiento de Schumpeter en alguna de sus versiones modernas. Este planteamiento constituye una impugnación directa de algunas versiones muy difundidas de la objeción contramayoritaria, en particular, es absolutamente contraria a la defendida por John Hart Ely⁶¹ y una impugnación decidida de las tesis de Robert H. Bork⁶² por lo que, probablemente, dará lugar a un considerable debate⁶³.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los temas que merecieron atención en el artículo pasado fue la nueva regulación de la institución del Habeas Corpus⁶⁴. El artículo de Jonathan L. Hafetz,

58. 85 Geo. L.J. (1997).

59. 72 N.Y.U. L. Rev. (1997).

60. *Accountability, Liberty, and the Constitution*, Columbia Law Review, vol. 98, núm. 3, April 1998.

61. *Democracy and Distrust* (1980)

62. *The Tempting of America* (1990) o *Slouching Toward Gomorrah* (1996).

63. Marginalmente, cabe anotar que la relativa sorpresa que expresa la autora de que sólo desde los años 60 se haya manejado esta objeción contramayoritaria y que, por tanto, se trataría de una «originalidad» de Bickel (la primera edición de la obra citada es de 1962), acaso reciba una adecuada explicación desde el análisis de Dietrich RUESCHEMEYER, Evelyn STEPHENS y John STEPHN, *Capitalist development and democracy*, Blackwell Publishers, U.K., 1992, conforme al cual, sólo desde esa misma fecha (voto pleno para los ciudadanos de color, etc.) Estados Unidos sería una «democracia plena». Evidentemente, si no hay democracia, difícilmente se puede ser «contramayoritario».

64. Cfr. CRIADO, Marcos y DE CABO, Antonio, *op. cit.*, pp.246 y 247.

«The Untold story of Noncriminal Habeas Corpus and the 1996 Immigration Acts»⁶⁵, se refiere a este problema en el ámbito de la exclusión de la judicial review en la revisión de las órdenes de expulsión de extranjeros sin causas criminales conforme a la regulación de la Illegal Immigration Reform and Immigrant Reponsability Act (IIRIRA), que entró en vigor el 1 de abril de 1997. Si en el artículo anterior planteamos simplemente el problema para referirnos al canon de *constitutional avoidance* impuesto por el Tribunal Supremo a las cortes inferiores en su sentencia de 1996 *Felker v. Turpin*, analizaremos, aquí, algunos de los extremos centrales de la reforma.

Como ya pusimos de manifiesto, la aprobación de la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (AEDPA) en 1996 y de la IIRIRA en 1997, parece acabar con la judicial review para las órdenes finales de deportación de los extranjeros legalmente residentes convictos de determinados delitos⁶⁶, lo que pone en peligro el papel de los jueces en la defensa de los derechos individuales. Como consecuencia de estas dos leyes, se excluye el pronunciamiento judicial en toda una serie de cuestiones legales, entre ellas la eliminación retroactiva que las mismas realizan de la renuncia a la deportación que podían conceder los jueces de inmigración a los extranjeros convictos de delitos menores, según la sección 212 (c) de la *Immigration and Nationality Act* (INA). Pero, mientras la regulación de la AEDPA se aplica a los extranjeros condenados criminalmente, las previsiones de la IIRIRA se aplican a extranjeros sin causas criminales en los EEUU, reduciendo la revisión judicial de las denegaciones que el Immigration and Naturalization Service (INS) realice de las peticiones de los extranjeros no condenados penalmente para aplazar su expulsión, mientras se sustancia la moción para reconsiderar la orden de deportación⁶⁷. Además, la IIRIRA parece eliminar toda judicial review de las denegaciones de concesiones discrecionales en materia de inmigración, excepto el asilo⁶⁸, incluyendo la denegación de las peticiones de suspensión de la deportación basadas en la continua presencia del extranjero en los Estados Unidos, su buena conducta moral, y el grado de infortunio que podría resultar de la deportación⁶⁹.

En las primeras sentencias sobre la materia, los tribunales de apelación pusieron de manifiesto que la AEDPA eliminaba su competencia para revisar directamente las órdenes de deportación conforme al esquema de recursos establecido

65. HAFETZ, Jonathan L., *The Untold story of Noncriminal Habeas Corpus and the 1996 Immigration Acts*, The Yale L. Jo, vol. 107 n.º 8, 1998, pp. 2509 a 2545.

66. Cfr. AEDPA, sección 440 (a) e IIRIRA, sección 306 (a).

67. Cfr., por ejemplo, *Charan v. Schiltgen*, n.º C 96-3061 FMS, 1997 WL 135938, (N.D.Cal. Mar. 18, 1997).

68. Cfr. 8 U.S.C.A., sección 122 (a) (2) (B) (West Supp. 1997), que elimina la jurisdicción en la revisión de : «(i) any judgment regarding the granting of relief» bajo la sección 212 (h) INA, 212 (i), 240 A, 240 B y 245; y «(ii) any other decision ... wich is ... in the discretion of the Attorney General» excepto el asilo de la sección 208 (a). La ambigüedad de la regulación es puesta de manifiesto en PENNINGTON, Guy, *New Removal Proceedings*, IMMIGR. NEWSL., abril 1997, pp. 1 a 10, (National Immigration Project of the Nat'l Lawyers Guild, Inc., Boston).

69. Cfr. HAFETZ, Jonathan L., *op. cit.*, p. 2510.

por la INA, aunque muchos también afirmaron que la ley no eliminaba otras posibilidades constitucionales que hacían viable la revisión⁷⁰.

Así, muchos extranjeros que habían residido en permanente situación de legalidad intentaron una revisión judicial de sus órdenes de deportación interponiendo escritos de habeas corpus ante los tribunales federales de distrito. Éstos, para determinar su competencia, comprobaron, en primer lugar, si ambas leyes eliminaban o reducían el objeto de revisión regulado por el estatuto general del habeas corpus (sección 2241 de la 28 U.S.C.⁷¹), y, posteriormente, la eventual violación de la Suspension Clause de la Constitución estadounidense⁷². Sin embargo, todos los tribunales coincidieron en afirmar que retenían su jurisdicción sobre los escritos de habeas corpus bajo la regulación de la sección 2241, aunque discreparon a la hora de determinar si la AEDPA e IIRIRA alteraban el objeto de revisión.

Los tribunales que sostuvieron que estas leyes reducían la competencia que la sección 2241 les otorgaba, defendieron no obstante la constitucionalidad de las leyes sobre la base de que «preservan el equilibrio entre la Suspension Clause y la plena autoridad del Congreso en el control de la inmigración»⁷³; también el 7th Circuit, en *Yang v. INS*⁷⁴, basándose en ciertas sentencias del Tribunal Supremo⁷⁵, afirma in dictum, que la Suspension Clause no se extiende a la revisión de decisiones discrecionales o errores de la ley en los procedimientos de deportación. En contra, numerosos casos demuestran que el Tribunal Supremo ha revisado órdenes de deportación bajo la Suspension Clause por razones de inconstitucionalidad, pero también por errores legales⁷⁶, abuso de discrecionalidad⁷⁷ y resoluciones no sostenidas en evidencia alguna⁷⁸.

Aunque el Tribunal Supremo ha reconocido plenos poderes del Congreso sobre las decisiones sustantivas en materia de inmigración, ha afirmado igualmente que tales poderes están «sujetos a la intervención judicial bajo la norma suprema de la Constitución»⁷⁹ y que no pueden obviar las exigencias de la Suspension Clause, la Fifth Amendment Due Process Clause o el mandato constitucional de la separación de poderes⁸⁰.

Así, puede afirmar Jonathan L. Hafetz —tras demostrar que la Constitución estadounidense no exige revisión judicial de las órdenes de deportación únicamente

70. Cfr., por ejemplo, *Kolster v. INS*, 101 F.3d 785 (1st Cir. 1997); *Salazar-Haro v. INS*, 9 F.3d 309, 311 (3d Cir. 1997).

71. La sección 2241 concede de forma general la competencia sobre los escritos de habeas corpus a los tribunales federales para la consideración de peticiones en la que un individuo está «in custody in violation of the Constitution or laws ... of the United States» [2241 (c) (3)], o «in custody under or by color of the authority of the United States» [2241 (c) (1)].

72. La Suspension Clause determina que «the privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it».

73. *Mbiya v. INS*, 930 F. Supp., en 612; *accord Eltayeb*, 950 F. Supp. en 100.

74. 109 F.3d 1185 (7th Cir.).

75. *Vajtauer v. Commissioner of Immigration*, 373 U.S. 103 (1927); *United States ex rel. Tisi v. Tod*, 264 U.S. 131 (1924); *United States v. Caceres*, 440 U.S. 741 (1979).

76. Cfr. *Delgadillo v. Carmichael*, 332 U.S. 338 (1947).

77. Cfr. *United States ex rel. Hintopoulos v. Shaughnessy*, 353 U.S. 72 (1957).

78. Cfr. *Vajtauer*, 373 U.S., en 106.

79. *Carlson v. Landon*, 342 U.S. 524, en 537 (1952).

80. HAFETZ, Jonathan L., *op. cit.*, p. 2514.

en caso de «grave error constitucional»⁸¹ o «malogramiento fundamental de la justicia»⁸², sino que existe una amplia tradición en el common law de utilización del habeas corpus en casos de «questions of law», abusos de la discrecionalidad y errores de hecho (pp. 2536 y 253)– que la institución garantizada por la Constitución no sólo es aplicable a los extranjeros que afrontan su deportación, sino que enmarca un amplísimo objeto de revisión de órdenes de deportación, abarcando los recursos por razones constitucionales y de otro tipo (p. 2515), y no se limita a las exigencias del proceso debido en materia penal, sino que es también aplicable a los casos de expulsión por razones no penales (p. 2537).

La doctrina norteamericana, por otra parte, no ha sido ajena a la creciente internacionalización de los derechos fundamentales y, con base en dicha doctrina, ha tratado de dar respuesta a una de las más acuciantes agresiones a los derechos producidas en el último año: la que resulta de las reformas introducidas en materia de inmigración y seguridad social⁸³. Efectivamente, el exhaustivo repaso que Berta Esperanza Hernández-Truyol y Kimberly A. Johns realizan de dichas reformas y de su posible impugnación judicial desde el punto de vista constitucional e internacional constituye un estudio ejemplar por su concisión, exactitud y realismo⁸⁴. Tomando como base los estudios publicados en la obra colectiva *Immigrants Out! The new Nativism and the anti-immigrant impulse in the United States* (Juan F. Perea ed.), 1997, el trabajo citado denuncia la falsificación histórica que supone considerar a los Estados Unidos como tierra de acogida general, a la vista de sus leyes de inmigración⁸⁵ que merecieron elogiosos comentarios de analistas tan significados como el propio Adolf Hitler⁸⁶ y trata, a continuación, de detectar posibles violaciones de derechos constitucionales o internacionales incorporados a la legislación norteamericana o de aplicación universal. En este sentido, se consideran las discriminaciones prohibidas constitucional e internacionalmente introducidas por la nueva regulación (en función de raza, etnia y origen nacional), la discriminación por razón de sexo y la violación del estatuto especial de los niños. Igualmente, se considera la violación de ciertos derechos específicos (de asilo, a la salud, a la intimidad, al trabajo) y las posibilidades de hacerlos valer jurisdiccionalmente, bien en los Tribunales de los Estados Unidos, bien ante los diferentes organismos internacionales. Aunque el estudio concluye reconociendo las muy escasas posibilidades de hacer valer «vinculantemente» estos derechos en ninguno de los foros citados, la construcción de una doctrina que denuncie con intensidad esta situación y cree un estado de opinión contrario a la

81. Como se sostiene, por ejemplo, en *Powell v. Jeniffer*, 9377 F. Supp. 1245, en 1252 (E. D. Mich. 1996)

82. *Mbiya v. INS*, 930 F. Supp. 609, en 612 (N. D. Ga. 1996)

83. *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (Pub. L. No. 104-208, 110 Stat. 3009-546 (1996)), *Work Opportunity Reconciliation Act* (Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996)), en la línea de la tristemente célebre *California's Proposition 187* (1994 Cal. Legis. Serv. Prop. 187 (West)).

84. *Global Rights, Local Wrongs, and Legal Fixes: an International Human Rights Critique of Immigration and Welfare «Reform»*, Southern California Law Review, vol. 71, No. 3, March 1998, pp. 547-615.

85. Louis HENKIN, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and Its Progeny*, 100 Harv. L. Rev. (1987); John HIGHAM, *Strangers in the Land: Patterns of American Nativism, 1860-1925* (2.^a Ed. 1998).

86. Recogidas en Dan LACEY, *The Essential Immigrant*, 1990, p. 73.

misma, constituye, a juicio de las autoras, una pretensión insoslayable para la comunidad jurídica.

DERECHO ELECTORAL

El fiscal Steven J. Mulroy (U.S. Department of Justice, Civil Rights Division) ha realizado, en este último período, una muy importante contribución al debate en materia electoral proponiendo un nuevo estándar que, en un futuro inmediato, podría alcanzar reconocimiento judicial⁸⁷. La sección 2 de la Voting Rights Act prohíbe aquellos procedimientos cuyo resultado sea reducir el derecho al voto de las minorías raciales o lingüísticas protegidas. Estas prácticas se denominan genéricamente «vote dilution». Se trata de evitar que la mayoría bloquee absolutamente el acceso a los cargos de otras minorías.

Hasta el momento, el remedio judicial empleado en estos casos era el llamado «districting», es decir la división de la circunscripción en dos o más, alguna de las cuales permitieran el acceso de las citadas minorías. Sin embargo, una serie de decisiones recientes del Tribunal Supremo⁸⁸ y de otros tribunales inferiores, han puesto fin al llamado «Racial Gerrymander», acusándolo de favorecer «estereotipos raciales» y «balcanización» social. Ante esta situación, quienes deseen hacer valer su derecho como minoría a la representación, se ven en la necesidad de proponer un nuevo «remedio legal». S. J. Mulroy sostiene que dicho remedio es la imposición de un sistema proporcional de modelo de voto limitado, acumulado o de sistema Hare (transferible). La principal contribución de su estudio es la fijación del estándar legal que el recurrente tendría que superar para ver aceptada su petición, el llamado «umbral de exclusión», en sustitución del requisito de «compactness»⁸⁹. Umbral consistente en demostrar la no representación de una minoría que supere, en porcentaje, el resultado de la fórmula $1/(\text{número de puestos que se eligen}+1)$.

JURISPRUDENCIA⁹⁰

EN RELACIÓN CON LA «ESTABLISHMENT CLAUSE» (PRIMERA ENMIENDA)⁹¹

Algunos casos recientes, presentan ciertos rasgos interesantes en materia de relación entre Estado acofesional, libertad religiosa y derecho a la educación, en parte parangonables al caso español.

87. *The Way Out: a Legal Standard for Imposing Alternative Systems as Voting Rights Remedies*, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 33, pp. 333-380.

88. Los llamados casos Shaw: *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993), *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995), *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996).

89. Introducido en *Thornburg v. Gingles*, 478 U.S. 30 (1986).

90. Como en la anterior revisión, el análisis de jurisprudencia se realiza, básicamente, a partir de las reseñas de la Harvard Law Review.

91. «Congress shall make no law respecting an establishment of religion...»

Stark v. Independent School District, No. 640, 123 F.3d 1068 (8th Cir. 1997), cert. denied, 118 S. Ct. 1560 (1998)

En *Stark v. Independent School* los tribunales se encontraron con una demanda interpuesta por dos ciudadanos de Minnesota contra la apertura de la escuela rural de Vesta financiada por el grupo religioso «The Brethren». La polémica se inserta en la política de tratar de ofrecer educación pública en el mayor número posible de localidades. La escuela de Vesta fue cerrada por falta de fondos y se trasladó a sus alumnos (en autobús) a otra escuela cercana. La citada comunidad religiosa se ofreció a reabrir la escuela a su costa, ofreciendo educación a cualquier alumno que lo solicitara siempre que en el currículum no se incluyeran asignaturas relativas a la tecnología (televisión, vídeos u ordenadores)⁹². El Tribunal del Distrito atendió a la demanda considerando que esta situación tenía como resultado la promoción estatal de una religión en violación de la Establishment clause. El Eight Circuit, en apelación, falló a favor de la constitucionalidad de la medida. Como expresa el voto particular, esta situación provoca una identificación de la administración pública con un determinado grupo religiosos y una adaptación del interés general a sus necesidades, además de que, de hecho, ningún padre no perteneciente a dicha comunidad decidiera llevar a sus hijos a dicha escuela. La pretensión de que el derecho a seleccionar el currículum por parte de los padres de los alumnos (dentro de los límites legales) es igual al del resto de las escuelas, ignora que dicha decisión es, en este caso, colectiva y no individual lo que, de facto, supone impedir la elección al resto de los padres. El estándar fijado por el Tribunal Supremo, el *Lemon test*⁹³ precisa una rápida actualización en un contexto en el que, debido a los recortes presupuestarios, la implicación financiera de grupos religiosos en la educación pública está aumentando. Esta necesaria delimitación, sin embargo, no se produjo en *Agostini v. Felton*, 117 S. Ct. 1997 2010-2013 (1997), tal como solicitaba el Juez Souter en su voto particular, lo que ha abierto la puerta a sentencias de dudosa constitucionalidad como la citada.

Elewski v. City of Syracuse, 123 F.3d 51 (2d Cir. 1997), cert. denied, 118 S. Ct. 1186 (1998)

Dentro de la poco clara jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de exhibición de símbolos religiosos en lugares públicos⁹⁴, se produce esta sentencia del Segundo Circuito que parece ofrecer una ampliación injustificada de la posibilidad de los poderes públicos de hacer uso de tales símbolos. Efectivamente, dicho Tribunal ha sostenido la constitucionalidad de un Belén instalado en un parque

92. Hay que tener presente que las escuelas americanas no tienen currícula fijos, sino que eligen entre un conjunto de asignaturas, con ciertos mínimos.

93. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). Supone que, para ser válida, la norma debe: a) tener una objetivo secular, b) su objetivo principal no puede ser favorecer o perjudicar a la religión y c) no puede implicar una «relación (entanglement) excesiva del Estado con la religión».

94. *Capitol Square Review & Advisory Bd. v. Pinett*, 515 US 753 (1995); *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989) y *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), únicas sentencias en los últimos quince años.

público. Dicho Belén incluía a Jesús, María, José, un pastor, una mula, un cordero y un ángel con la leyenda «Gloria in Excelsis Deo», junto con un árbol de navidad, rodeados de unas vallas con el nombre del alcalde y la indicación «Departamento de Obras Públicas». Carol A. Elewski, una atea de la ciudad, demandó al alcalde por violación de la Establishment Clause. El Tribunal de Distrito denegó la inconstitucionalidad tras aplicar el *Lemon test*, consideró el caso análogo al contemplado (y permitido) en *County of Allegheny*⁹⁵. Esta opinión fue sostenida por el Segundo Circuito. Según este Tribunal, la decisión tenía un objetivo secular (la promoción de los negocios en la ciudad), no podía considerarse un «apoyo (endorsement) estatal a la religión» y, por el gasto mínimo que ocasionaba, no suponía relación excesiva (entanglement) con la religión. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal consideró el Belén en el contexto de la decoración de toda la ciudad, apartándose injustificadamente de los precedentes (en especial, *County of Allegheny*). En todo caso, la decisión parece equivocada a la luz de la doctrina de los tres casos citados del Supremo por las siguientes razones: El Belén y su leyenda son más evidentemente religiosos que la menorah, el árbol de navidad y la suya, ya que esta última incluye un mensaje comprensivo y no exclusivo como el de la primera. En segundo lugar, en el caso del Belén no concurría ninguna de las circunstancias que el Tribunal Supremo considera atenuantes (ser de propiedad privada o estar sobre terreno de propiedad privada) y, en tercer lugar, la presencia simultánea de menorah y árbol de navidad sugieren la coexistencia pacífica y en términos de igualdad de dos tradiciones religiosas diferentes (Navidad y Chanukah) lo que no sucede en el caso comentado. A la vista de estos precedentes, el Belén de Syracuse parece inconstitucional.

EN RELACIÓN CON LA QUINTA ENMIENDA

El Tribunal Supremo se ha ocupado, en importantes sentencias, de dos aspectos de la Quinta Enmienda: el derecho de no declarar contra uno mismo (Privilege Against Self-Incrimination) y non bis in idem procesal y punitivo (Double Jeopardy).

United States v. Mitchell, 122 F.3d 185 (3d Cir. 1997),
petition for cert. filed, No 97-7541 (U.S. Jan. 13, 1998)⁹⁶

La citada sentencia establece un paradigma nuevo sobre aplicación del derecho de no declarar contra uno mismo en fase de sentencia⁹⁷. Según el entendimiento

95. La Ciudad de Pittsburgh colocó un menorah (candelabro judío de siete brazos) en la entrada de un edificio público, junto a un árbol de navidad, a los pies del cual colocó un cartel que decía: «Saludo a la Libertad», el nombre del Alcalde y «Durante estas vacaciones, la ciudad de Pittsburg saluda a la libertad. Que estas luces de fiesta nos recuerden que somos los ugardianes de la llama de la libertad y de nuestro legado de libertad».

96. Un comentario en DAVID, B. LAT, *Sentencing and the Fifth Amendment*, The Yale Law Journal, Vol. 197, No. 8, 2673-2678.

97. Hay que tener presente que, en derecho penal norteamericano, las fases de declaración de culpabilidad/inocencia y la de sentencia son (o pueden ser) diferentes e implicar la participación de órganos y procedimientos distintos.

tradicional, una vez declarada la culpabilidad desaparece el derecho⁹⁸. O, lo que es lo mismo, el privilegio no se aplica a la fase de la sentencia en la que puede exigirse la declaración pese a su carácter autoinculpatario. Sin embargo, en *Estelle v. Smith*⁹⁹ el Tribunal Supremo modificó su postura indicando que dicho privilegio seguía existiendo cuando se trataba de condenas a la pena capital, sin aclarar si también lo hacía en el resto de procesos. En el caso objeto de estudio, el Tercer Circuito ha establecido un nuevo paradigma, al fijar que el privilegio sólo se aplica a la fase de la sentencia cuando los hechos objeto de declaración constituyen «actos de criminalidad independiente» que puedan implicar procesamientos futuros. En dicho caso, Amanda Mitchell se declaró culpable de intento de distribución de drogas, pero se reservó el derecho a impugnar la cantidad de droga. Declarada culpable del delito, en fase de sentencia se negó a contestar si había distribuido más de cinco kilogramos, lo que fue interpretado negativamente por el Tribunal. Caben, pues, dos interpretaciones de esta decisión del Tribunal: o bien se entiende que en fase de sentencia cesa todo privilegio de no declarar contra uno mismo, o bien se entiende que lo que cesa es la prohibición de realizar inferencias negativas del silencio, que impone *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965) con base en el derecho al debido proceso¹⁰⁰. La sentencia no aclara cuál de las dos debe aplicarse, a reserva de lo que, en su día indique el Tribunal Supremo. Esta sentencia –que ha recibido comentarios elogiosos en cuanto supone una mejora sobre el entendimiento de que nunca cabe el privilegio en fase de sentencia– parece, sin embargo, haber pasado por alto, algunos de los problemas que se exponen en el comentario a *Bullington v. Missouri*¹⁰¹.

United States v. Balsys 118 S. Ct. 2218 (1998)

Aloyzas Balsys, nacido en Lituania en 1913, ingresó en los Estados Unidos en 1963. En su solicitud de inmigración declaró haber servido en el Ejército Lituano entre 1934 y 1940, y haber permanecido escondido en Lituania entre 1940 y 1944. La Oficina de Investigaciones Especiales (OSI) dedicada a la investigación de supuestos criminales de guerra nazis, trató de averiguar si Balsys había participado en las persecuciones de judíos en la Segunda Guerra Mundial. Aunque los delitos que pudiera haber cometido ya no eran perseguibles en los Estados Unidos (por razones procesales), Balsys se acogió a la Quinta Enmienda alegando que su testimonio podía provocar su procesamiento en otros Estados (Lituania, Alemania e Israel). Peligro real ya que tanto la falsedad en el documento de entrada, como el auxilio a los Nazis en delito de genocidio son causas de extradición según las

98. Se trata de un principio de Common Law. Además *United States v. Romero*, 249 F.2d 371, 375 (2d. Cir. 1957).

99. 451 U.S. 454 (1981).

100. Una inferencia sobre el silencio supondría sentencias «on materially untrue assumptions» ya que ex nihilo quod libet.

101. El hecho de que las normas del tipo «three strikes» existentes en 22 estados, convierten la fase de sentencia en un verdadero nuevo proceso sobre el conjunto de delitos considerados.

leyes norteamericanas. La OSI reclamó un mandato judicial para que Balsys contestara a las preguntas, alegando que el derecho a no declarar contra uno mismo no era aplicable al riesgo de procesamiento en el extranjero. El Tribunal de Distrito apreció la solicitud de la OSI pero el Segundo Circuito anuló su decisión con base en *Murphy v. Waterfront Commission*, 378 U.S. 52 (1964) en el que se admitía el privilegio en una jurisdicción federal frente al peligro de autoincriminación en otra. El Tribunal Supremo, por su parte, casó la decisión del Segundo Circuito alegando que *Murphy* era inaplicable, pues allí se trataba siempre de jurisdicciones de un mismo Estado y que no se había respetado *United States v. Murdock*, 284 U.S. 141 (1931) que impone la regla del «same-sovereign». El voto particular, sin embargo, destaca cómo la comprensión de la mayoría del privilegio como una limitación del poder del Estado, pasa por alto la dimensión de derecho a la integridad moral del individuo, igualmente afectada sea quien sea el Estado que finalmente le procese. Ya que este derecho supone reconocer la destrucción del individuo que implica obligarle a actuar como su propio verdugo.

Monge v. California 118 S. Ct. 2246 (1998)

En *Bullington v. Missouri*¹⁰² el Tribunal Supremo estableció la prohibición de doble enjuiciamiento, en fase de sentencia (non bis in idem) en un caso de pena capital, tras el enjuiciamiento del acusado. Sin embargo, existe discrepancia sobre si esta regla se aplica también a la fase de sentencia en casos que no sean de pena capital (por ejemplo, si es posible reintentar la demostración del estatuto de «criminalidad habitual» para la calificación de la sentencia), lo que ha dado lugar a sentencias opuestas de los Tribunales inferiores¹⁰³. *Monge v. California* es la primera sentencia del Tribunal Supremo en esta materia tras la puesta en marcha de los sistemas de «three strikes»¹⁰⁴. En ella, se permite el re-enjuiciamiento en fase de sentencia de las alegaciones realizadas en juicios anteriores, cuando no se trate de procesos de pena capital. En 1995, Ángel Jaime Monge fue acusado de varios delitos en relación con la venta de 20 dólares de marihuana. Dado que había sido previamente condenado en un proceso por asalto con arma mortífera, la acusación consideró aplicable la norma de imponerle una pena doble de la que le hubiera correspondido en otro caso. En juicio, se separó la fase de determinación de culpabilidad de la de sentencia. Declarado culpable, la acusación alegó que el delito por el que había sido condenado previamente era una «serious felony», por lo que debía aplicarse el aumento de pena. Monge se opuso alegando que el arma utilizada no era mortífera. El Tribunal de Apelación de California declaró insuficientes las pruebas de que Monge hubiera utilizado personalmente el arma, por

102. 451 U.S. 430 (1981)

103. Por ejemplo, *Briggs v. Procnier*, 764 F.2d 368, 373 (5th Cir. 1985) frente a *Carpenter v. Chapleau*, 72 F.3d 1269, 1274 (6th cir. 1995).

104. Ver Lisa E. COWART, *Legislative Prerogative vs. Judicial Discretion: California's Three Strikes Law Takes a Hit*, 47 DePaul L. Rev. (1998).

lo anuló la sentencia, prohibió la reconsideración de la calificación del primer delito con base en la regla *non bis in idem*, y devolvió el asunto para una nueva sentencia. El Tribunal Supremo de California anuló la sentencia del Tribunal de Apelación apoyándose en que el caso *Bullington* sólo es aplicable a los casos de pena capital. El Tribunal Supremo, en decisión dividida (5-4), sostuvo la opinión de este último tribunal. Esta sentencia ha recibido numerosas críticas, en particular, por no haber distinguido los casos de sentencia ordinarios y aquellos en los que se aplican leyes de «three strikes». Ya que, efectivamente, la razón que el Tribunal Supremo ha alegado para la reducción de privilegios procesales en fase de sentencia, es la de permitir a los jueces ejercer «su considerable discreción»¹⁰⁵. Dicha discreción no existe en los procesos de sentencia de leyes de «three strikes», ya que ésta viene impuesta coactivamente por la ley. En estos casos, la fase de sentencia implica un verdadero juicio sobre la conducta anterior y no una mera apreciación de las circunstancias, lo que exigiría la aplicación de los correspondientes privilegios procesales. De otro lado, en este caso concreto, la acusación reconoció no haber presentado pruebas suficientes pese a haber contado con la oportunidad procesal para hacerlo, lo que supondría contradecir *Burks v. United States*¹⁰⁶ que prohíbe a la acusación un «second bite at the apple» tras habersele concedido la oportunidad de presentar sus pruebas.

EN RELACIÓN CON LA PRESENTMENT CLAUSE (ART. 1)

Clinton vs. City of New York 118 S. Ct. 2091 (1998)

Sin duda, una de las decisiones más importantes del Tribunal Supremo ha sido la anulación de la *Line Item Veto Act* (2 U.S.C. §§ 691-692 (Supp. II 1996)). Esta ley suponía la primera autorización legislativa a una vieja aspiración presidencial: la anulación de disposiciones particulares de las leyes del Congreso¹⁰⁷.

En 1996, las Cámaras aprobaron la *Line Item Veto Act* que permitía al Presidente, una vez hubiera sancionado un proyecto como ley, «cancelar totalmente ciertas partidas de gasto y ciertos beneficios fiscales limitados». Para ello, la ley exigía que el Presidente considerara si la ley a) reducía el déficit presupuestario fiscal, b) no obstaculizaba alguna función esencial del Estado y c) no afectaba al interés nacional. El Presidente disponía de cinco días tras la sanción de la norma, para notificar al Congreso las cancelaciones realizadas. El dinero ahorrado por tal cancelación debía emplearse necesariamente en reducir el déficit y no en nuevos gastos o en compensación de otros beneficios fiscales (lockbox). El 11 de agosto de 1997, el Presidente Clinton hizo uso de esta capacidad y anuló la partida § 4722(c) de la Ley de Presupuestos de 1997 (Pub. L. No. 105-33, § 4722(c), 111 Stat. 251, 515

105. *Williams v. New York* 337 U.S. 241 (1949).

106. 437 U.S. 1 (1978).

107. Michael J. GERHARDT, *The Bottom Line on the Line-Item Veto Act of 1996*, 6 Cornell J.L. & Pub. Pol'y (1997).

(1997) y la § 998 de la Taxpayer Relief Act de 1997 (Pub. L. No. 105-34, § 968, 111 Stat. 788, 895 (1997)). Dos grupos de afectados impugnaron la constitucionalidad de la norma ante los correspondientes tribunales de distrito. Tras acumular ambos procedimientos, el Tribunal de distrito estableció que la citada ley violaba el Artículo 1, Sección 7 y delegaba ilegítimamente al ejecutivo una función legislativa. El Tribunal Supremo coincidió en esta opinión.

El Tribunal Supremo tras resolver las cuestiones de capacidad, legitimación y jurisdicción estableció que la ley violaba la Presentment Clause¹⁰⁸. Tomando como precedente *INS v Chadba*, 462 U.S. 919 (1983) —un caso en que se impedía al Congreso recuperar unilateralmente una facultad delegada al Ejecutivo, sin seguir el procedimiento formal del artículo 1 (bicameralismo y presentación)—, el Tribunal determinó que la modificación de las partidas citadas no seguía el procedimiento del artículo 1 y que, por tanto, era ilegal. El Presidente no puede rechazar unilateralmente partes de una ley, ni enmendarla. El Tribunal rechazó los argumentos de que las leyes posteriores, al no haber modificado lo previsto en la *Line Item Veto Act*, habían aceptado tácitamente dicha posibilidad y que, en realidad, la situación era análoga a la negativa del Presidente a realizar ciertos gastos, especificando que la ley no atribuía al Presidente un poder para poner en práctica una decisión de la Cámara, sino para contradecirla y que la modificación de Leyes es diferente de la modificación en la ejecución de ciertas obligaciones.

Los votos particulares, sin embargo, señalaron que la Ley no había violado la *Presentment Act*, pues ésta había sido efectivamente presentada (como también las leyes controladas), sino que se trataba tan sólo de determinar si la delegación de poder había sido legítima o no. Según esta opinión, el efecto de la *Line Item Veto Act* era añadir a cada ley una cláusula autorizando al Presidente a estas derogaciones parciales, por lo que el Presidente lejos de estar modificando dichas leyes lo que estaría haciendo sería obedecerlas. En este sentido, los votos particulares insistieron en que la ley, desde la perspectiva de la delegación de poderes, superaría la doctrina jurisprudencial al respecto (*J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 395-409 (1928)) al establecer un «principio intellegible» para la realización de la delegación y que sólo en dos ocasiones se habían anulado normas por contrarias al principio de no delegación [*Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) y *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935)].

La discusión principal, por tanto, es si la ley debió enjuiciarse desde la Presentment Clause o desde la doctrina de la delegación de poderes. En todo caso, incluso atendiendo a la primera, existen argumentos contra la decisión finalmente adoptada. Para aplicarla, el Tribunal debe determinar 1) si se trata de una medida legislativa y 2) si ha sido aprobada por las Cámaras y el Presidente. Dado que la segunda condición, obviamente no se cumple, todo depende del juicio que recaiga en la primera. Es decir, ¿es legislativa la acción del Presidente al anular

108. «Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a Law, be presented to the President of the United States; If he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his Objections to that House in which it shall have originated...».

ciertas partidas? Las razones del carácter legislativo de la medida alegadas por el Tribunal serían 1) que rechaza y no desarrolla una decisión parlamentaria, 2) que no depende de condiciones contingentes, 3) que es una decisión totalmente discrecional y 4) que no guarda relación con Asuntos Exteriores. En los votos particulares se impugnaron las cuatro. La primera porque existen precedentes como el de la *Tariff Act* de 1890 que permitía cancelaciones presidenciales y que fue juzgada constitucional¹⁰⁹. En cuanto a las otras tres, se afirma que se trata de presupuestos ahistóricos puesto que este tipo de actuaciones son «rutinarias» por parte del Ejecutivo en el Estado actual.

Desde este punto de vista, la Line Item Veto Act contiene un principio de delegación (a) reducir el déficit presupuestario fiscal, b) no obstaculizar alguna función esencial del Estado y c) no afectar al interés nacional, junto a la obligación de reasignación del ahorro producido) definitivamente más inteligible que muchas otras normas de delegación. Si este análisis es correcto, se trataría de actos de ejecución y no legislativos por lo que la Presentment Clause sería inaplicable y la regla de no delegación superada, lo que implicaría la constitucionalidad de la norma.

Pese a que, probablemente, los votos particulares contienen una argumentación más sólida que la de la sentencia, no parecen dar respuesta a una pregunta sencilla: ¿por qué en lugar de cancelar algunas partidas, el Presidente no sigue lo previsto en el artículo 1 y devuelve la norma con sus objeciones, contando con que la Cámara seguirá el criterio presidencial en estas materias? No parece que el mero ahorro de tiempo sea causa suficiente para incumplir la letra del primer artículo de una Constitución.

EN RELACIÓN CON LA PRIVILEGES AND IMMUNITY CLAUSE (ART. 4)

Se incluye, por último, la sentencia *Lunding v. New York Tax Appeals Tribunal* porque presenta ciertas analogías con alguna problemática española, en particular con la interpretación del artículo 149.1.1.^a.

Lunding v. New York Tax Appeals Tribunal 118 S. Ct. 766 (1998)

La Privileges and Immunities Clause establece (art. IV, § 2, cl. 1) que «Los Ciudadanos de cada Estado tendrán los mismos Privilegios e Inmunidades que los Ciudadanos de los demás Estados». Esta cláusula que, curiosamente, no ha dado lugar a alta litigiosidad, fue interpretada ya en 1823 como que implicaba para un ciudadano que se trasladase a otro estado «la exención de impuestos o tributación más alta que la que pagan los otros ciudadanos del estado»¹¹⁰.

109. La diferencia estribarían en que dicha ley autorizaba para sí misma, mientras que la Line Item Veto Act autoriza para normas futuras. Como ya se ha dicho, partiendo de que el Congreso debe conocer sus propias normas, el no incluir una derogación expresa de esta posibilidad, supondría —en su opinión— una aceptación tácita y, por ello, una renovación de la delegación.

110. *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546, 552 (C.C.E.D. Pa. 1823) (No. 3230).

En *Lunding v. New York Tax Appeals Tribunal*, el Tribunal Supremo sostuvo que un Estado viola la Cláusula de Privilegios e Inmunidades si no concede a los no residentes las deducciones sobre la base imponible por pago de alimentos de que disponen los residentes.

En su declaración de renta de las personas físicas como no residentes, Christopher Lunding y su esposa en 1990, C. Lunding, se dedujeron 51.934 dólares de alimentos correspondientes a la anterior esposa del primero, pese a que la ley fiscal neoyorkina lo prohíbe expresamente a los no residentes. Cuando dicha irregularidad fue detectada la administración fiscal, se le reclamaron 3.724 dólares. Tras el recurso administrativo sin éxito, los Lunding impugnaron la constitucionalidad de la norma ante el Tribunal Supremo de Nueva York. Este Tribunal anuló la decisión administrativa y declaró inconstitucional la ley. El Tribunal de Apelación de Nueva York, por su parte, anuló esta última decisión y el Tribunal Supremo, en última instancia, anuló la decisión del Tribunal de Apelación, declarando la norma inconstitucional.

La importancia de este caso estriba en lo que parece un paso más en la modificación de la interpretación de la Privileges and Immunities Clause, más que en la concreta norma enjuiciada. Efectivamente, mientras en *Corfield v. Coryell* se establecía que esta Cláusula protege aquellos derechos «which are, in their nature, fundamental», sentencias posteriores incluían junto a este criterio el del «análisis de la razón sustancial». Este criterio fue definido en 1948 por el Tribunal Supremo en *Toomer v. Witsell* (334 U.S. 385) de la siguiente forma: la Cláusula de Privilegios e Inmunidades «prohíbe la discriminación de ciudadanos de otros Estados cuando no existe una razón sustancial para la discriminación más allá del mero hecho de que se trata de ciudadanos de otros Estados. Pero no impide la diferencia de tratamiento en las muchas situaciones en que existen razones independientes perfectamente válidas para ello». Esta sentencia viene a sumarse, pues, a un intento de fijar el alcance de esta cláusula diferente de la enumeración fija de unos cuantos derechos fundamentales para la unidad nacional, como se hizo en *Corfield*.