

# LA ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN EEUU EN 2001

MARCOS CRIADO Y ANTONIO DE CABO  
*Universidad Complutense*

## SUMARIO

1. La herencia de la administración Clinton
2. El nuevo macartismo: USA-Patriot ACT de 2001
3. Hacia un nuevo constitucionalismo de la sociedad civil
4. Jurisprudencia: *Bush et al. V. Gore et al.*

El de 2001 es un año repleto de hechos con notables implicaciones constitucionales. Las reacciones doctrinales a la resolución judicial de las elecciones presidenciales del año 2000, así como los recortes de los derechos de los ciudadanos estadounidenses y de los extranjeros impuestos por la *USA Patriot Act* de 2001, son los más notables de estos hechos con repercusión constitucional y reciben en este artículo una atención preferente. Sin embargo, no son estos los aspectos que más atención han suscitado en las revistas especializadas norteamericanas. Por el contrario, la reflexión constitucional sigue transitando los caminos que a lo largo de cuatro entregas se han ido mostrando en estas páginas. El siglo entrante, lejos de despertar a un mundo nuevo surgido de las cenizas del *World Trade Center*, al menos en lo que a la doctrina constitucional se refiere, sigue planteándose los problemas no resueltos que dejaron los años noventa y la administración Clinton.

## 1. LA HERENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN CLINTON

Dicha administración se caracterizó fundamentalmente por tres aspectos, a saber:

a) La *reducción de la Administración pública norteamericana* a través de un programa ideológico y legislativo de reconcepción de la acción administrativa del Gobierno conocido como *National Performance Review*<sup>1</sup>, cuyo objetivo es pasar de una administración dirigida a la protección de la fuerza de trabajo, a otra destinada al fomento de las inversiones de capital<sup>2</sup>. La principal consecuencia de ello ha sido el recorte (cuando no la eliminación) de los programas sociales y asistenciales de los estados, que ya no se conciben como derechos de los ciudadanos, sino como meras políticas paliativas cuya implementación está en manos de la voluntad del gobierno de turno<sup>3</sup>.

Esta eliminación de los derechos sociales se ha producido fundamentalmente a través de dos instrumentos: de un lado, la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* (PRWORA) cuyo objetivo declarado es la reducción del *welfare state*<sup>4</sup>, y el activismo judicial del Tribunal Supremo que ha dado paso a una nueva *Lochner era* en la que las regulaciones de protección laboral de los estados, aun en el caso de que respondan a mandatos de sus respectivas constituciones, se consideran contrarias a la libertad contractual y, por tanto, inconstitucionales<sup>5</sup>.

Una de las propuestas doctrinales para luchar contra esta desprotección progresiva de los menos favorecidos en los EEUU, era la de concebir los programas sociales como «derechos positivos», entendiendo tales no como «derechos codificados» sino como derechos a una acción material del estado, por contraposición a los derechos negativos, o de inactividad estatal. El profesor Frank B. Cross entiende que esta iniciativa sería ineficaz<sup>6</sup>: en primer lugar, porque la distinción entre derechos positivos y negativos es arbitraria y allí donde se ha puesto en marcha, como es el caso europeo, ha servido para hacer depender la implementación de los derechos sociales de la voluntad política, lo que equivale en la práctica a la inexistencia de garantía alguna que pueda obligar a su adecuada actuación. En último caso todos los derechos para existir necesitan de la garantía última de la protección judicial, y, puesto que el sistema que hace posible el debido proceso es una acción material del estado, todos los derechos tienen un carácter positivo.

1. Un análisis de las distintas medidas legislativas que implica la *National Performance Review* se encuentra en MARCOS CRIADO Y ANTONIO DE CABO, *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1997*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 1, 1998, pp. 240-246.

2. Un resumen de las medidas adoptadas tendentes a la «privatización» de la Administración pública norteamericana, los distintos modelos de Administración propuestos y sus implicaciones constitucionales, puede consultarse en MARCOS CRIADO Y ANTONIO DE CABO, *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1998*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 3, 1999, pp. 285-296.

3. Cfr. MARCOS CRIADO Y ANTONIO DE CABO, *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 7, p. 334.

4. Un análisis de la PRWORA y sus consecuencias se encuentra en *Ibid.*, pp. 329-332.

5. Sobre la nueva era *Lochner*, vid. *Ibid.*, pp. 332-334.

6. FRANK B. CROSS, *The Error of Positive Rights*, UCLA Law Review, vol. 48, n. 4, abril de 2002, pp. 857-925.

En segundo lugar, los derechos sociales necesitan de un programa concreto de actuación, mientras que la técnica de los derechos implica la indeterminación de estos programas en su plasmación constitucional. De esta manera, estaríamos ante derechos indeterminados, necesitados de refuerzo judicial en el caso de que no se pusieran en marcha las actuaciones administrativas necesarias. Esta necesaria cooperación judicial, en un escenario tan conservador como el norteamericano actual, en el que el Tribunal Supremo obliga a los tribunales inferiores a otorgar deferencia a las decisiones administrativas<sup>7</sup>, está muy lejos de poder darse. En el caso de un improbable escenario más liberal, los jueces no podrían sino ordenar actuaciones positivas a la Administración, consistentes en la puesta en marcha de concretos programas y prestaciones, lo que plantea problemas con la rígida concepción norteamericana de la división de poderes y con la propia concepción jurisprudencial de la labor de las agencias.

En cualquier caso, el objetivo final de encontrar una categoría normativa que permita hacer efectivos los derechos sociales independientemente de la voluntad política, no parece que se resuelva a través de la categoría de los derechos positivos: a fin de cuentas, los jueces estatales norteamericanos son de libre elección, y los de los circuitos nacionales dependen presupuestariamente del Congreso<sup>8</sup>, por lo que es improbable que adopten decisiones contra el criterio político mayoritario.

b) *La inmunidad de la política respecto al derecho.* La década de los 90 en los EEUU ha dejado una interpretación de la separación de poderes que elimina en la práctica el control jurisdiccional sobre las decisiones del ejecutivo que se consideren propiamente políticas. A nivel nacional se llega a este resultado a través de la llamada doctrina Chevron, según la cual los jueces deben otorgar deferencia a las interpretaciones que del derecho hacen las agencias. A nivel federal, a través de la ampliación de la inmunidad soberana de los estados respecto a las demandas judiciales interpuestas por los ciudadanos por violaciones de normas federales. Con sus decisiones en *Semiole Tribe<sup>9</sup> v. Florida* y *Alden v. Maine<sup>10</sup>*, el Tribunal Supremo ha establecido que los estados son sustancialmente inmunes respecto a demandas interpuestas tanto en los tribunales estatales como federales, para asegurar, según la interpretación del Tribunal Renhquist, que las decisiones esencialmente políticas permanezcan en las instancias de control político y no en manos de litigantes y jueces individuales.

7. Sobre la doctrina Chevron, vid. MARCOS CRIADO y ANTONIO DE CABO, *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1997* cit., pp. 241-242.

8. Sobre la dependencia material del poder judicial respecto del Congreso en EEUU, vid. MARCOS CRIADO y ANTONIO DE CABO, *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 5, p. 276.

9. 517 U.S. 44 (1996).

10. 527 U.S. 706 (1999).

Lo que podría parecer un reforzamiento de la autonomía de los estados no es tal, pues los estados no son inmunes a las demandas interpuestas por otros estados<sup>11</sup> ni a las interpuestas por el gobierno federal<sup>12</sup>. Se trata simplemente de una reducción (cuando no una negación) de la posibilidad de defensa de los particulares frente a decisiones de los estados en que se invoque su propia soberanía para apartarse de lo establecido en la legislación federal.

Ello es explicable según el nuevo centralismo concentrado en el ejecutivo que caracterizó la Administración Clinton. Bill Clinton gobernó la mayor parte de su mandato con un mayoría adversa en el poder legislativo. Para contrarrestar esta tara se utilizaron dos vías: de una parte, el control presidencial de la actividad de las agencias, cuya competencia «regulatoria» se entendió como una extensión de la agenda política del Presidente<sup>13</sup>; de otra, una remozada y extensa inmunidad soberana de los estados, les permitiría aplicar la agenda presidencial de reducción de las políticas sociales sin posibilidad de intervención judicial<sup>14</sup>.

La mayoría de los casos en los que se ha aplicado la inmunidad soberana se refieren a la legislación federal contra la discriminación. En *Kimel v. Florida Board of Regents*<sup>15</sup>, el Tribunal declaró que el Congreso abrogó de manera inconstitucional la inmunidad soberana de los estados al aprobar la *Age Discrimination in Employment Act* de 1967, y lo mismo declaró en *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*<sup>16</sup>, respecto al Título I de la *Americans with Disabilities Act* de 1990. Ello plantea un futuro preocupante para la legislación contra la discriminación a nivel federal, que es la que desde los Black Codes de los años sesenta ha servido de garantía para el igual disfrute de los derechos constitucionales por parte de los desfavorecidos<sup>17</sup>.

La reacción doctrinal frente a este «nuevo federalismo» del Tribunal Supremo se dirige bien a reformar la estructura organizativa y competencial de las jurisdicciones estatales, bien a corregir los instrumentos interpretativos utilizados por el Tribunal Supremo<sup>18</sup>. Dentro de la primera línea, la profesora Helen

11. *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46, 82-84 (1907).

12. *United States v. Texas*, 143 U.S. 621, 641 (1892).

13. Sobre este punto, cfr. ELENA KAGAN, *Presidential Administration*, Harvard Law Review, vol. 114, n. 8, junio de 2001, pp. 2245 ss.

14. Un estudio empírico sobre cómo afecta esta división ideológica de ejecutivo y legislativo las decisiones del *D.C. Circuit*, puede encontrarse en Richard L. Revesz, *Congressional Influence or Judicial Behavior? An Empirical Examination of Challenges to Agency Action in the D.C. Circuit*, New York University Law Review, vol. 76, n.4, Octubre de 2001, pp. 1100 ss.

15. 120 S. Ct. 631 (2000).

16. 121 S. Ct. 995 (2001).

17. Un análisis de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo y su implicación en la legislación federal contra la discriminación puede encontrarse en la nota *The Irrational Application of Rational Basis: Kimel, Garrett, and the Congressional Power to Abrogate State Sovereign Immunity*, Harvard Law Review, vol. 114, n. 7, mayo de 2001, pp. 2146 ss.

18. Desde hace ya tiempo son frecuentes los artículos que critican los cánones interpretativos textualistas acogidos por el Tribunal Renhquist. Cfr. en 2001, GUYORA BINDER, *The Poetics of the Pragmatic: What Literary Criticism of Law Offers Posner*, Stanford Law Review, vol. 53, n. 6, Julio de 2001, pp. 1509 ss.

Hershkoff propone una reconcepción de la función jurisdiccional de las cortes estatales no en virtud del artículo III de la Constitución federal, sino en virtud de las competencias que esa misma Constitución reconoce a los estados. Ello significa reconocer la plena capacidad de las Cortes estatales para reconocer y aplicar los derechos subjetivos (incluidos los derechos a prestaciones) regulados en las constituciones de los estados y que no se recogen en la Constitución federal<sup>19</sup>. Ello implicaría que en materia antidiscriminación, la legislación federal podría ser considerada complementaria de la legislación estatal a la hora de implementar medidas para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución estatal, y por tanto no violaría la inmunidad soberana.

En esta misma línea de separarse de las funciones judiciales contenidas en el artículo III de la Constitución, Marc Falkoff propone que dado que la inmunidad soberana es muy fuerte respecto de las demandas presentadas por los particulares basándose en una ley federal, pero mucho más débil respecto de la legislación en sí, que el propio Congreso crease en los estados tribunales (*legislative courts*) bajo su control, en los que se pudieran hacer valer estas demandas. La cobertura legal para la creación de estos tribunales sería el poder para abrogar la inmunidad soberana que la sección 5 de la Decimocuarta Enmienda otorga al Congreso, para que garantice con la legislación apropiada que los estados no puedan privar a ninguna persona de la vida, la libertad y la propiedad, sin mediar el debido proceso. Puesto que tales tribunales dependen del Congreso, deben considerarse parte del poder legislativo, con lo que el objetivo declarado de la jurisprudencia sobre la inmunidad soberana, como es el de que las decisiones eminentemente políticas sean controladas en sede política, sería respetado<sup>20</sup>.

Estas propuestas son manifestaciones de una posición doctrinal que ha venido formándose en EEUU en los últimos años y que intenta someter el poder judicial en su organización y funcionamiento a la autoridad del Congreso. El Tribunal Renhquist se ha caracterizado fundamentalmente por someter su acción a la agenda política del ejecutivo. Ello ha llevado a un sector doctrinal a preguntarse dónde descansa la legitimidad del poder judicial y, más en general, dónde descansa la legitimidad constitucional. Ya hemos reseñado en estas páginas diferentes posiciones doctrinales para las que la reforma constitucional no se ejerce conforme a la legalidad constitucional, sino conforme a procedimientos políticos para obtener el suficiente consenso. Por tanto, la legitimidad constitucional no descansa en su propia legalidad, sino en el consenso actual. Dado que el órgano de expresión de ese consenso es el Congreso, la organización judicial debe responder a una nueva interpretación de la división de poderes basada en la centralidad del Congreso.

19. Cfr. HELEN HERSHKOFF, *State Courts and the «Passive Virtues»: Rethinking the Judicial Function*, Harvard Law Review, vol. 114, n. 7, mayo de 2001, pp. 1834 ss.

20. Cfr. MARC FALKOFF, *Abrogating State Sovereign Immunity in Legislative Courts*, Columbia Law Review, vol. 101, n. 4, mayo de 2001, pp. 853 ss.

Como las normas de funcionamiento del poder judicial no están constitucionalmente fijadas, corresponde fijarlas al Congreso en virtud de la *Necessary and Proper Clause*<sup>21</sup>. Incluso el principio del *stare decisis*, no siendo un mandato constitucional ni un elemento constitutivo del poder judicial conforme a la regulación constitucional, es, como el propio Tribunal Supremo ha afirmado en muchas ocasiones<sup>22</sup>, un mera política judicial. Descansando en el Congreso la competencia de normar la organización y funcionamiento del poder judicial, el Congreso podría revocar el principio del *stare decisis* en cualquier momento<sup>23</sup>.

El Profesor Richard Fallon responde esta doctrina defendiendo el estatus constitucional del *stare decisis*, enfatizando que dicho estatus no se basa únicamente en consideraciones legales e históricas, sino que sobre él se asienta la justicia y la efectividad del régimen constitucional<sup>24</sup>. Según el profesor Fallon, la legitimidad constitucional no se basa en el consenso de ser gobernados por una constitución escrita, sino en la aceptación contemporánea y en la justicia razonable del régimen legal. La forma de hacer expresa esa justicia y su continuidad en el tiempo es el *stare decisis*, que, por tanto está dentro de la propia estructura de legitimidad constitucional.

c) La eliminación de los derechos de defensa de los inmigrantes. Como ya se ha puesto de manifiesto en anteriores entregas, la Administración Clinton ha supuesto una decidida agresión a los derechos de los inmigrantes. La *Antiterrorist Death Penalty Act* de 1996 y la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* de 1997, eliminan la revisión judicial de los actos administrativos en los procesos de expulsión y deportación de extranjeros. El activismo judicial del Tribunal Supremo también ha estado presente en esta materia, imponiendo cánones interpretativos que obviarán la clamorosa inconstitucionalidad de ambas leyes (*Constitutional avoidance* y el llamado *long standing canon*) y negándose a admitir la revisión de los actos administrativos en materia de deportación y denegación de residencia que le permite la *Suspension Clause*, cuando sí la había admitido a lo largo de su historia<sup>25</sup>.

21. Que reza «The Congress shall have Power... to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof» (Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, art. I, § 8, 18).

22. Valga como ejemplo *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235-36 (1997), donde se afirma: «As we have often noted, 'stare decisis is not an inexorable comand', but instead reflects a policy judgment that 'in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right'».

23. El desarrollo de esta tesis puede encontrarse en MICHAEL STOKES PAULSEN, *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?*, Yale Law Journal, vol. 109, n. 8, 2000, pp. 1535 ss.

24. Cfr. RICHARD H. FALLON, Jr., *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, New York University Law Review, vol. 76, n. 2, 2001, pp. 570-597.

25. Para un análisis más detallado de estas cuestiones vid. MARCOS CRIADO y ANTONIO DE CABO, *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1997* cit., pp. 246 y 247, e Id., *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1998* cit., pp. 300-304.

## 2. EL NUEVO MACARTISMO: USA-PATRIOT ACT DE 2001

Este camino de reducción de los derechos fundamentales y de reforzamiento de la posición del ejecutivo culmina con la aprobación de la *USA-Patriot Act*, que convierte a los EEUU en un país en permanente estado de excepción, con las garantías de los derechos suspendidas y extraordinarios poderes por parte del ejecutivo, muchos de ellos sin límite de duración, y otros con un límite que alcanza el año 2005.

El 26 de octubre de 2001, el Presidente Bush firmó la *Uniting and Strengthening America By Providing Appropriate Tools Required To Intercept and Obstruct Terrorism*, conocida como *USA-Patriot Act*, obteniendo así los poderes especiales en la lucha contra el terrorismo que había solicitado tras el ataque a las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001. La ley cuenta con 382 páginas y reforma quince leyes distintas, con lo que abordar aquí un análisis minucioso de la misma, resulta imposible. Nos limitaremos a señalar las medidas que de manera más palmaria eliminan derechos y garantías, generando auténticos espacios de absoluta indefensión de los ciudadanos (y sobre todo de los extranjeros) frente a la arbitrariedad del estado.

En primer lugar, señalaremos cómo la *USA-Patriot Act* permite la *detención y deportación de gente involucrada en actividades asociativas lícitas*. La sección 411 reforma la sección 212(a)(3)(B) de la *Immigration and Nationality Act* (INA), permitiendo al Secretario de Estado calificar cualquier «grupo» extranjero o nacional como «organización terrorista», sin garantía procesal alguna, aún en el caso de que no hayan estado nunca involucrados en actividades violentas. La calificación convierte en ilegal la organización en los EEUU y tipifica el mero pago de las cuotas de membresía como un ilícito castigado con la deportación inmediata, incluso en el caso de que las personas no conocieran la calificación de «terrorista» de los grupos o en el caso de que su actividad no tuviera nada que ver con los hechos que motivan la calificación.

Igualmente dicha sección permite la detención y deportación inmediata de las personas que den asistencia, aun dentro de la legalidad, a las organizaciones que, aún no calificadas como «terroristas», se considere que colaboren con dichas actividades. Ello significa un poder extraordinario en manos del ejecutivo para deportar individuos inocentes que de manera absolutamente legal se hubieran asociado a lo largo de su vida con grupos políticos que posteriormente el gobierno calificó como organizaciones terroristas.

La *USA-Patriot Act* reforma la definición de «actividad terrorista» contenida en la sección 212(a)(3)(B)(ii)(V), de manera que actualmente incluye el uso de un «arma o cualquier otro instrumento peligroso [...] capaz de causar daños substanciales a la propiedad», incluso si el daño ni siquiera es sustancial de ser considerado delito.

La definición es tan amplia que los manifestantes antiglobalización que se consideren involucrados en actos menores de vandalismo, los opositores al aborto que realicen actos de desobediencia civil o los grupos que realicen una

asistencia puramente humanitaria a la Alianza del Norte de Afganistán pueden ser considerados como terroristas.

La culpabilidad por asociación está prohibida en los EEUU por la Primera Enmienda, y en este sentido se expresan distintas sentencias del Tribunal Supremo como *NAACP v. Clairbone Hardware Co.*, *United States v. Robel* y *Apt-beker v. Secretary of State*<sup>26</sup>. Si la mera asociación no es un ilícito susceptible de deportación, el gobierno debería notificar a los extranjeros de qué grupos deben mantenerse alejados; como esta notificación es materialmente imposible por la variedad de grupos que caben bajo la definición de terrorismo contenida en la norma, al final se invierte la carga de la prueba y se exige al inmigrante que demuestre que no sabía, y que razonablemente no hubiera podido saber, que su asistencia lícita a un grupo no calificado como organización terrorista pudiera coadyuvar a actividades consideradas terroristas, lo que es de una enorme dificultad y permite deportaciones y detenciones injustas.

La *USA-Patriot Act* permite a la *CIA* *espíar a los ciudadanos norteamericanos*. La sección 203 esencialmente elimina las garantías contenidas en la *Foreign Intelligence Surveillance Act* y permite de nuevo, como durante el macartismo, crear dossier de actividades protegidas por la Constitución, eliminando la *Judicial Review* para dichas prácticas. Sustancialmente, se permite a la *CIA* tener acceso a la información de inteligencia o contrainteligencia extranjera que se haya obtenido en una investigación criminal por parte de cualquier agencia estatal (sección 203 (a)), que se haya revelado al gran jurado (id.), las intervenciones telefónicas e internautas (Sección 203 (b)), así como la posibilidad de entregar la información a las autoridades de Defensa, Inteligencia e Inmigración y que la comparta la información con otras agencias de inteligencia extranjera (Sección 203 (d)). Para ello no se necesita orden judicial, ni un proceso concreto y no existe limitación para el acceso a información sensible.

La *USA-Patriot Act* permite la *detención indefinida de inmigrantes*, aun cuando no estén involucrados en actividades terroristas. La Sección 412 autoriza una detención preventiva máxima de siete días para los inmigrantes que estén incurso en un delito o en la violación de las normas de inmigración. Sin embargo, los inmigrantes que no hayan sido relacionados con actividades terroristas susceptibles de deportación, pero que hayan infringido alguna norma de inmigración, pueden afrontar una detención indefinida si su país se niega a aceptarlos. La detención puede ser autorizada más allá de los siete días por el Fiscal General, si encuentra «elementos razonables para creer» que el inmigrante está inmerso en actividades terroristas que ponga en peligro la seguridad nacional; la detención puede convertirse en indefinida en tanto el Fiscal considere que el individuo afecta la seguridad nacional, la tranquilidad de la comunidad o de cualquier persona (añadiéndose una nueva sección 236(A)(3) y (a)(6) a la INA).

26. 485 U.S. 886 (1982), 389 U.S. 258 (1967), 378 U.S. 500 (1964).



El Tribunal Supremo estableció en *Zadvydas v. Davis*<sup>27</sup> que una ley que permitiera la detención indefinida de inmigrantes que no pueden ser deportados plantearía un «serio problema constitucional». La sentencia no permitió al gobierno mantener la detención indefinida de los inmigrantes, incluidos aquellos que el gobierno consideraba «peligrosos», si su deportación no se producía en un plazo «razonable» (p. 2499). La sentencia no se pronuncia sobre la detención indefinida de personas involucradas en actos de terrorismo, pero deja claro que la detención preventiva solo se admite en presencia de «fuertes garantías procesales» y que no se admite «de manera general para extranjeros cuya expulsión ha sido ordenada por diversas razones, incluida la violación del visado de turismo» (p. 2499). Por tanto, la sección 412 de la ley no pasa el test de constitucionalidad impuesto por la Corte en *Zadvydas*.

### 3. HACIA UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO DE LA SOCIEDAD CIVIL

El complejo diseño de poderes y el delicado equilibrio de pesos y contrapesos no ha servido en los Estados Unidos para evitar la agresión a los derechos fundamentales. Todos los poderes del estado se han adherido militante-mente a las agendas presidenciales de eliminación del *welfare state* y de primacía de la seguridad nacional sobre la libertad ciudadana, aun cuando la constitucionalidad de muchas de estas medidas es más que dudosa. No queda sino la oposición de los propios ciudadanos, organizados como sociedad civil, para contrarrestar este proceso de degradación de su protección frente a la acción discrecional del estado, de manera que la dialéctica del poder en los Estados Unidos está pasando de ser una dialéctica interna al estado-aparato (división de poderes, *checks and ballances*) para convertirse en una dialéctica externa entre estado y ciudadanos organizados que defienden sus libertades.

La doctrina iuspublicista que ha criticado como inconstitucionales las medidas de reducción de los derechos, centra este año su atención en las formas de organización de los ciudadanos para la transformación social. Debe tenerse en cuenta la importancia de la práctica forense dentro de las reivindicaciones de los movimientos sociales (abogados de derechos civiles en los 60, *Poverty Lawyers*, el movimiento feminista, etc.) en la lucha por los cambios sociales en los Estados Unidos, frente a la reforma legal y la práctica de los partidos políticos en Europa.

Además, la sociedad civil se está convirtiendo, en la doctrina constitucional de nuestros días, cada vez más en un elemento a tener en cuenta por parte del estudioso del derecho público. Ejemplos como la Constitución venezolana de 1999, que dedica gran parte de su articulado a regular la participación

27. 121 U.S. 2491 (2001).

y los derechos de la comunidad organizada, permiten hablar de un derecho constitucional en formación que no es ya solo el derecho del estado, sino también el derecho de formas de organización ciudadana, el derecho de la sociedad civil.

La primera pregunta que surge a la hora de afrontar desde el derecho público la sociedad civil es la de ¿cuál es el papel del derecho y de los abogados en el cambio social? La respuesta a esta pregunta en los EEUU se articula conforme a un modelo académico de acción de los abogados conocido como *Law and Organizing*<sup>28</sup>. La idea central consiste en que los abogados involucrados con el cambio social deben trabajar con organizaciones de base de la comunidad antes que según las formas tradicionales de práctica forense<sup>29</sup>. Esta idea es la resultante de un proceso de crítica a la ley y al papel tradicional del abogado, que viene desarrollándose en los Estados Unidos desde los años 70:

– *La crítica a la ley*. Una de las características de la época post derechos civiles en EEUU fue la del escepticismo académico respecto a la Ley como instrumento de cambio social. La manifestación más extensa de esta posición doctrinal fueron los *critical legal studies*<sup>30</sup> que realizaron una crítica deconstruccionista del liberalismo legal, dirigido a poner de manifiesto el elitismo ínsito al discurso de los derechos individuales, la indeterminación de la ley, filosóficamente involucrada con normas y políticas contradictorias<sup>31</sup>, y la existencia inherente al orden legal de discutibles elecciones políticas<sup>32</sup>, de manera que se entiende la ley como «la política por otros medios». La ley se entendía tan involucrada en el orden político existente que no podía servir para el cambio social, de manera que desde el punto de vista estratégico se prima la movilización de masas sobre los esfuerzos dirigidos a la reforma legal.

– *La crítica a los abogados*. A finales de los ochenta y principios de los noventa, la doctrina pasó de preocuparse por las relaciones entre ley y cambio social a criticar el papel de los abogados que defienden a los desfavorecidos (*poverty lawyers*)<sup>33</sup>. Esta posición doctrinal se observa como una prime-

28. Vid. SCOTT L. CUMMINGS e INGRID V. EAGLY, *A Critical Reflection on Law and Organizing*, UCLA Law Review, vol. 48, n. 3, pp. 443-517.

29. Cfr. PETER EDELMAN, *Responding to the Wake-up Call: A New Agenda for Poverty Lawyers*, New York University Law Review on Law and Social Change, vol. 24, 1998, p. 558.

30. Para una historia del movimiento cfr. MARK V. TUSHNET, *Critical Legal Studies: A Political History*, Yale Law Review, vol. 100, 1991, pp. 1515 ss.

31. Cfr. DUNCAN KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, Harvard Law Review, vol. 89, 1976, pp. 1685 ss; Id., *The Structure of Blackstone's Commentaries*, Buff. Law Review, vol. 28, 1979, pp. 209 ss.

32. ALLAN C. HUTCHINSON y PATRICK J. MONAHAN, *Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought*, Stanford Law Review, vol. 36, 1984, pp. 199 ss.

33. Vid. Symposium, *Theoretics of Practice: The Integration of Progressive Thought and Action*, Hastings Law Journal, vol. 43, 1992, p. 717 ss.

ra manifestación práctica del pensamiento social posmoderno<sup>34</sup>, y se centra en demostrar cómo los abogados tienden a dominar a los clientes pobres en el contexto de una relación abogado-cliente. Este tipo de relación primigenia la posición dominante del abogado como conocedor de las estrategias jurídicas sobre la realidad del cliente, que pasa a ser un sujeto subordinado en su propia búsqueda de justicia. Frente a ello, se propone un reforzamiento del cliente. No se trata solo de defender al cliente y ganar el caso, sino de reafirmar la capacidad del cliente como agente de cambio social y atacar el «mito» de la pasividad y dependencia del cliente<sup>35</sup>. Se trata por tanto de una relación que «asume» ya el cambio social que se está promoviendo.

Ambas posiciones<sup>36</sup> convergen en el movimiento *Law and Organizing*, cuyo principal objetivo es el de recuperar el derecho como instrumento de cambio social dentro de un contexto de organización de las comunidades marginales. El sustrato material organizativo con el que se encuentran los defensores de este modelo es sustancialmente distinto al que inspiró las críticas antes mencionadas.

El plan de recuperación de la sociedad civil hecha por el neoconservadurismo occidental de los años 80 partía del fomento de la actividad asociativa que se hizo en los años 70 para diluir socialmente los efectos de la crisis petrolera, y se condujo a la políticas de reducción del estado del bienestar. Los argumentos eran que el aumento de la acción del estado iba en detrimento de las libertades e iniciativas individuales (Hayeck) y que todo aumento de la iniciativa del estado menoscaba la iniciativa de la sociedad civil, debilitándola frente a otras instancias (Friedman)<sup>37</sup>. Frente a ello se proponía resucitar la sociedad civil, si bien en una visión muy reduccionista que la identificaba con las relaciones mercantiles, para argumentar a favor de las privatizaciones y del estado mínimo.

La experiencia latinoamericana, por el contrario, fue radicalmente distinta en los mismos años. En Latinoamérica, la sociedad civil se convierte en bandera de la transición democrática en aquellos estados que sufrieron durante la década de los setenta dictaduras militares. El protagonismo de la sociedad civil está ligado a la movilización de actores excluidos del juego político. Es decir,

34. SCOTT L. CUMMINGS e INGRID V. Eagly, *A Critical Reflection...* cit., p. 456.

35. Cfr. ANTHONY V. ALFIERI, *The Antinomies of Poverty Law and a Theory of Dialogic Empowerment*, New York University Review on Law and Social Change, vol. 16, 1987-1988, p. 673.

36. Un excelente análisis de estos movimientos se encuentra en GARY MINDA, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995.

37. Un resumen y un análisis crítico de estos argumentos puede encontrarse en ALBERT O. HIRSCHMAM, *The Rhetoric of Reaction*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 132. Un análisis aún más actualizado y reciente puede encontrarse en ALBERT O. HIRSCHMAN, *The Rhetoric of Reaction -two years later (reflections on a book analyzing anti-progressive arguments)*, Government and Opposition, v. 28, n. 3, verano de 1993.

es un movimiento *contra* el estado, que también está presente en la idea de «reestructuración del espacio público»<sup>38</sup>, que no pretende su reforma ni su reducción, sino propiamente su refundación, y para ello debe abarcar todos los aspectos de lo social.

La desaparición del *welfare*, la agresión contra los derechos fundamentales y el aumento de la discrecionalidad del ejecutivo para controlar y reprimir a los ciudadanos ha potenciado esta vertiente *contra* el estado de la práctica de las organizaciones de la sociedad civil: los ciudadanos se organizan para luchar contra un estado que da pasos atrás respecto a la situación de libertad y justicia social ya conquistada, y la labor de los profesionales del derecho debe responder a esta realidad del movimiento social norteamericano<sup>39</sup>.

Otra pregunta fundamental que cabe hacerse a este respecto es el del tipo de organización social de la que estamos hablando, y más concretamente, del tipo de relación de esta organización con sus miembros. Madhavi Sunder encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo *Boy Scouts of America v. Dale*<sup>40</sup> el paradigma de esta relación<sup>41</sup>. En esta sentencia, el Tribunal Supremo reforma otra del Tribunal Supremo de New Jersey en que se consideraba inconstitucional la expulsión de un miembro de los Boy Scouts por su homosexualidad. El Tribunal Supremo entiende que la sentencia del Tribunal de New Jersey viola la libertad de expresión de los Boy Scouts recogida en la Primera Enmienda. Así, la libertad de expresión en los EEUU está atribuida a la asociación y no a sus miembros, de manera que los encargados de articular el ideario de una organización gozan de libertad de expresión, frente a la cual el miembro en desacuerdo no tiene más libertad que la de abandonar la organización voluntariamente o ser expulsado. Según la autora, esta sentencia responde a un modelo antropológico de enfoque de los conflictos culturales articulado en torno a la «supervivencia cultural», en la que la cultura es vista desde un punto de vista estático como una «cosa» a ser protegida. Sin embargo, las complejas relaciones e intercambios culturales de la posmodernidad han provocado que los antropólogos vayan articulando un modelo en que la pertenencia no se mide ya en

38. GUILLERMO O'DONNELL y PHILIPPE C. SCHMITTER, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, T. 4, Paidós, Buenos Aires, 1988, p. 79.

39. Los resultados prácticos del movimiento *Law and Organizing* pueden consultarse en Scott L. Cummings e Ingrid V. Eagly, cit., pp. 469-479. Un ejemplo del cambio que se ha producido en las organizaciones de la sociedad civil norteamericana lo da el artículo de Scott L. Cummings, *Community Economic Development as Progressive Politics: Toward a Grassroots Movement for Economic Justice*, Stanford Law Review, vol. 54, diciembre de 2001, pp. 399-493, donde analiza cómo el enfoque doctrinal conocido como *community economic development*, consistente en el intento de responder con iniciativas de mercado el desarrollo económico de los sujetos que antes se beneficiaban de políticas sociales, se transforma en nuestros días en un enfoque mucho más alternativo y que huye de las soluciones de la economía de mercado, para convertirse en un programa global de acción política.

40. 530 U.S. 640 (2000)

41. Vid. MADHAVI SUNDER, *Cultural Dissent*, Stanford Law Review, vol. 54, diciembre de 2001, pp. 495-547.

términos de aceptación de ciertas reglas impuestas, sino de voluntad, lo que admite el «disenso cultural» dentro de la pertenencia para variar dichas reglas. De esta manera, la cultura no sería ya una cosa dada (un ideario, como en el caso de los Boy Scouts) sino algo sometido a discusión y cambio.

Frente a una realidad en que los indios negros de la tribu Semiola luchan contra los semiolas de sangre para determinar quien es un «verdadero» semiola<sup>42</sup>, en las que los republicanos negros y homosexuales se organizan para reformar el partido republicano o los católicos disienten de la doctrina oficial de la Iglesia sobre la contracepción<sup>43</sup>, el Tribunal Supremo niega el derecho a permanecer en un grupo cultural en tanto que se disienta. Teniendo en cuenta que el disenso, entendido como elemento de movilidad en un concepto estático, es introducido por cuestiones de raza, género y elección sexual, el significado social de la doctrina del Tribunal Supremo supone la supresión de los derechos de mujeres y niños frente a una dominación patriarcalista, favorece las generaciones actuales frente a las futuras, promueve las posiciones conservadoras de la comunidad sobre las progresistas y suprime la sexualidad no ortodoxa a favor de la ortodoxa<sup>44</sup>.

En realidad, lo que se está haciendo es impedir la participación del ciudadano en las organizaciones sociales<sup>45</sup>, lo que permite un control más eficaz de las mismas conforme a los deseos de la *USA Patriot Act*.

#### 4. JURISPRUDENCIA: BUSH ET AL. V. GORE ET AL.

La presente revisión de jurisprudencia norteamericana se centrará –por razones de espacio– en una única sentencia *Bush et. al v. Gore et. al* (00-949)

42. WILLIAM GLABERSON, *Who Is a Semiola, and Who Gets to Decide?*, New York Times, 29 de Junio de 2001, p. A1.

43. STEVE CARNEY, *Legal Abortion Advocates Meet to Uphold Message: Religious and Secular Groups Attend Conference that Supports Reproductive Choice*, Times Union, 25 de marzo de 2001, p. A12.

44. Sobre todo ello vid. JOSHUA COHEN y MATTHEW HOWARD, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999. Esta visión conservadora se da incluso en la jurisprudencia orientada hacia la igualdad sexual, como pone de manifiesto TAYLOR FLYNN, *Transforming the Debate: Why We Need to Include Transgender Rights in the Struggles for Sex and Sexual Orientation Equality*, Columbia Law Review, vol. 101, n. 2, marzo de 2001, pp. 392 ss. Estas visiones se refuerzan igualmente cultivando una ética popular de «moralismo conformista» cuyos instrumentos legales de realización son puestos de manifiesto por WILLIAM H. SIMON, *Moral Pluck: Legal Ethics in Popular Culture*, ibidem, pp. 421 ss.

45. Una jurisprudencia que dé cobertura a este derecho de participación conforme a la naturaleza legal de las organizaciones con intereses comunes es reclamada por DAVID C. DREWES, *Putting the «Community» Back in Common Interest Communities: A Proposal for Participation-Enhancing Procedural Review*, ibidem, pp. 314 ss. Un análisis de la decisión del Tribunal Supremo en *California Democratic Party v. Jones*, 120 U.S. 2402 (2000), en la que declara contraria a la libertad de asociación la legislación californiana que imponía elecciones primarias a todas las organizaciones políticas, puede encontrarse en SAMUEL ISSACHAROFF, *Private Parties with Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, and Partisan Competition*, ibidem, pp. 274 ss.

relativa a las disputadas elecciones presidenciales norteamericanas del 2000, dada la complejidad, novedad e importancia tanto de las cuestiones debatidas como de las resoluciones adoptadas<sup>46</sup>.

Las elecciones presidenciales norteamericanas han dado origen a una litigiosidad sin precedentes ante diferentes tribunales de los Estados Unidos. En realidad, muchas de las decisiones adoptadas están llamadas a convertirse en *leading cases* en la medida en que se trata de las primeras decisiones judiciales en la materia pese a haber transcurrido ya más de doscientos años desde las primeras elecciones. La extraordinaria complejidad y amplitud de los procesos emprendidos obligan, por tanto, a un apretado (y complejo) resumen<sup>47</sup>.

El desarrollo de las elecciones (en lo que aquí importa) viene regulado en el artículo II Sección 1 de la Constitución norteamericana y por 3 U.S.C. § 5 que, en esencia, señala que «Cada Estado nombrará, en la Forma en que el Poder Legislativo disponga, un Número de Electores, igual a la suma de Senadores y Representantes a que tenga derecho en el Congreso» y la llamada «safe harbour clause» que indica que si un Estado resuelve siguiendo su derecho aprobado con anterioridad a las elecciones las disputas sobre quiénes son los electores, al menos 6 días antes de que se reúnan para la elección del Presidente, tal elección será considerada vinculante por el Congreso. O, lo que es lo mismo, la calificación de los electores realizada por el Estado no podrá ser impugnada por el Congreso, en caso contrario, el Congreso decidirá según lo dispuesto en la Sección 15. El Estado de Florida dispone de un Código electoral unificado para todas las elecciones (incluidas las presidenciales) que, en la parte relevante, establece un doble procedimiento de control de los procesos electorales: la protesta (*protest*, 102.166) y la impugnación (*contest*, 102.168), uno previo y otro posterior a la certificación del resultado por parte de la Comisión Electoral (*Elections Canvassing Commission*), una agencia independiente integrada en el poder ejecutivo (por el Gobernador, el Secretario de Estado y el Director de la División de Elecciones). La protesta puede presentarla cualquier

46. Un análisis más detallado en A. DE CABO y J.M. SIERRA, «Sufragio, jueces y democracia en las elecciones norteamericanas de 2000», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 40, marzo (2001), pp. 76-87. Esta sentencia ha provocado un cierto renacimiento del interés por las cuestiones electorales. Podemos destacar especialmente, GERKEN, HEATHER K., *Undersanding the Right to an Undiluted Vote*, *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 6 (2001), pp. 1664-1742; que expone la dimensión colectiva del derecho al voto y la insuficiencia de los remedios individuales. También se han dictado, durante el año 2001, por parte del Tribunal Supremo dos sentencias en materia electoral, *Cook v. Gralike* (99-929), relativa a la delegación de poderes por parte de los Estados al Congreso, según la Elections Clause; y *Hunt v. Cromartie* (99-1864), sobre el diseño de los distritos electorales y las minorías raciales.

47. La práctica totalidad de los documentos relativos a estos procesos está disponible en Internet, incluyendo parte de la correspondencia privada entre las partes, la transcripción de las vistas (incluyendo archivos sonoros), las deposiciones de los testigos, las posiciones (*briefs*) de las partes y, naturalmente, las decisiones y votos particulares, en Internet (<http://news.findlaw.com/legal-news/us/election/election2000.html>). Conviene resaltar el comportamiento ejemplar de la justicia norteamericana en lo relativo (al menos, en esto) a la apertura al público de sus decisiones, frente al secretismo de otras jurisdicciones.

elector o cualquier candidato hasta la certificación. En este último caso, puede solicitar un recuento manual alegando las razones para el mismo. El *Canvassing Board* decide discrecionalmente si realizarlo o no, en caso favorable, el autor de la protesta elige tres *precints* que supongan, al menos, un 1 por ciento de los votos. Si se detecta «error in vote tabulation», se procederá a corregir el error y se seguirá contando en la forma ordinaria, o se solicitará al Departamento de Estado que revise el software, *no* se recontarán manualmente todos los votos. La impugnación de resultados se produce por parte del candidato perdedor, votantes o contribuyentes ante el Tribunal del Circuito por una serie tasada de motivos, en lo que aquí interesa, (a) «*Misconduct, fraud, or corruption*» de los miembros de la administración electoral susceptible de «cambiar o poner en duda el resultado de la elección» y (c) «Recepción de un número de votos ilegales o rechazo de un número de votos legales susceptible de modificar o poner en duda el resultado de la elección».

Las elecciones se desarrollan en Estados Unidos por condados, cada condado organiza las elecciones y sigue procedimientos de voto diferentes, disponiendo materialmente las papeletas y resto de materiales para la votación. Existen varios procedimientos mecanizados de voto, en lo que aquí importa, en Florida, entre otros, se utiliza el de las «*Punching cards*» (tarjetas perforables). Las tarjetas perforables se introducen en un marco con perforaciones. El votante atraviesa con un punzón o estilete la papeleta (sostenida por el marco) en las perforaciones correspondientes al candidato de su elección y deposita su voto. Posteriormente una máquina ilumina la papeleta y detecta la luz que atraviesa las perforaciones. Si un sólo rayo de luz atraviesa la papeleta (por elección), estamos ante un voto válido. Según el Código de Florida, sin embargo, el voto es válido si contiene una clara indicación de la intención del votante, determinada por la Junta Electoral (*Canvassing Board*) 101.5614(5) y sólo puede rechazarse un voto cuando sea «imposible discernir la intención del votante». El juez expedirá las «órdenes que considere necesarias para garantizar que todas las alegaciones de la impugnación son investigadas, examinadas, o comprobadas, para prevenir o corregir los daños alegados, y para ofrecer cualquier remedio apropiado a las circunstancias» (102.168 (8)).

## 1. LOS PROCESOS Y LAS CUESTIONES DEBATIDAS

Podemos agrupar los numerosos procesos abiertos (no menos de 20) en cinco grupos: 1) los que impugnan la papeleta; 2) los que impugnan los votos por correo; 3) los que tratan de determinar la posibilidad de la repetición (parcial o total) de las elecciones según la ley federal, 4) los que buscan la fijación de criterios para los recuentos manuales, la determinación de los plazos de los mismos y su procedencia, y los que pretenden detener los recuentos manuales; y 5) los relativos a la impugnación de los resultados.

1) La papeleta (*Haitian American Bureau and Int'l Liaison (HABIL) v. Palm Beach County Canv. Bd, Fladell v. Palm Beach, Rogers v. Election Canv. Comm'n of Florida, Gibbs v. Palm Beach County Canv. Bd, Elkin v. LePore...*) En Palm Beach County se utilizó una papeleta diferente al resto de los Condados y diferente a la enviada por el responsable estatal de la organización de las elecciones como modelo. La papeleta respondía al modelo «mariposa». Es decir, con los candidatos alineados en dos columnas y las perforaciones en medio de ambas. Esta papeleta contravenía el Código Electoral en los siguientes extremos: a) la colocación de la perforación, b) el orden de los candidatos, además de resultar potencialmente confusa. Efectivamente, las perforaciones de ciertos candidatos no estaban a la derecha, sino a la izquierda de sus nombres y Gore no figuraba el segundo en la papeleta como exige la ley sino el tercero, es decir, el segundo de la primera columna y tercero en el cómputo general. Como consecuencia de todo ello, el candidato Pat Buchanan recibió 3.000 votos de los que, según propia declaración, no más de 300 serían suyos (el candidato Gore habría perdido aquí 2.700 votos). Además se produjo un número desproporcionado de votos nulos (*overvotes*, votos a más de un candidato), ya que al estar alineados los nombres de Gore y Lieberman con dos perforaciones diferentes, muchos votantes creyeron que debían realizar dos perforaciones (lo que anula su voto). Se alegó también que no se facilitaron papeletas de reemplazo para quienes descubrieron su error, y otras irregularidades. Después de diferentes acumulaciones, segregaciones e incidentes procesales varios, el asunto fue resuelto definitivamente por el Tribunal Supremo de Florida (SC00-2373 y SC00-2376) el 1 de diciembre que afirmó que el estándar para anular la votación por irregularidades en la papeleta no es el de «estricto» cumplimiento de los requisitos legales, sino el de cumplimiento «sustancial», «la consideración que debe guiar a los tribunales sobre la anulación de una elección es la reticencia a alcanzar una decisión que provoque la pérdida del derecho de sufragio de los votantes», por lo que desestimó las reclamaciones.

2) El voto por correo (*Bush v. Hillsborough County Canv. Bd, Medina v. Florida Elections Canv. Bd.; Harris v. Florida Elections Canv. Bd., Jacobs v. Seminole County Canv. Bd.* (consolidados), *Taylor v. Martin County Canv. Bd., McCauley v. Bay County Canv. Comm. Bd.*) Se incluyen aquí, en realidad, tres tipos de conflictos muy distintos. En los tres primeros casos citados, se rechazaron votos por correo por faltar bien la prueba de haber sido enviados desde el extranjero en forma de sello visible (para los que existen plazos federales mayores) o, tratándose de votos nacionales, porque la fecha era ilegible y no estaban datados a mano en el interior o bien no constaba la petición previa de voto o registro (en Estados Unidos, para votar por correo, hay que registrarse, después pedir el voto y después votar, salvo las excepciones federales para el ejército y otras) o bien, se trataba de invalidar todos los votos recibidos tras la elección. El Tribunal del Distrito (Northern District, Pensacola Division) prohibió rechazar los votos sólo por la ausencia de sello extranjero



o por la falta de solicitud previa si contaban con la pertinente declaración jurada de ser ambos datos ciertos. Estos votos fueron, presumiblemente, a engrosar la cuenta de Bush (actor de la acción). En *Harris v. Florida Elections Canv. Bd.* se solicitaba la anulación de todos los votos recibidos después del día de la elección con el siguiente argumento. La ley electoral de Florida no permite votos por correo posteriores a la fecha de la votación. Aunque la ley federal amplió estas fechas, lo hizo como obligación del Estado, no como derecho directamente aplicable. Florida no modificó su legislación por lo que fue llevada ante los tribunales federales y condenada. Como consecuencia de estas acciones se llegó a un *Consent decree* (un acuerdo del ejecutivo) que se plasmó en consiguiente norma administrativa de procedimiento. Los actores reclaman que una decisión administrativa no puede cambiar una ley en vigor. El tribunal federal (Court of Appeals, Eleventh Circuit) sostuvo el criterio del tribunal estatal de que el «consent decree» equivalía a una decisión del estado y al cumplimiento de una sentencia federal por lo que prevalecía sobre la legislación. Esta decisión supuso una ganancia neta de más de 200 votos para Bush. Curiosamente, no se suscitó en este caso la exclusividad legislativa del artículo II Sección 1 de la Constitución norteamericana, base para el resto de las decisiones federales (del Supremo) en los otros casos.

En *Jacobs v. Seminole County Canv. Bd.* (consolidados), *Taylor v. Martin County Canv. Bd.*, en cambio, lo que se alegan son irregularidades en la administración electoral relativas a los votos por correo. Es práctica corriente que los partidos realicen envíos de correo masivo con solicitudes de votos por correo a sus votantes registrados desplazados o en áreas de fuerte implantación partidista. En dichas solicitudes el partido deja al elector la tarea de firmar, rellenando el resto de datos identificatorios obligatorios (dirección, número de votante, de seguridad social, etc.). Recibidas dichas solicitudes, la oficina electoral envía el voto al votante desplazado que lo devuelve, nuevamente, cumplimentado con sus opciones. El Partido Republicano olvidó incluir el número de votante en varios miles de papeletas. Una vez recibidas éstas en la oficina y aunque su titular anunció que se rechazarían las peticiones incompletas, permitió a miembros del Partido Republicano rellenar los datos omitidos en las oficinas de la administración electoral, tras lo cual aceptó las peticiones y cursó las correspondientes papeletas de voto. 1932 votos efectivamente emitidos son el fruto de estas prácticas. Dejando al margen las cuestiones penales por presunta manipulación de las solicitudes y la posibilidad de fraude que implica la presencia de miembros de un partido en las dependencias de la administración electoral, el Partido Demócrata alegó discriminación en su contra e ilegalidad de los votos por no cumplir (las solicitudes) los requisitos de la ley, antes de la presunta manipulación delictiva. Por ello, solicitó bien la anulación de los 15.000 votos por correo (es imposible saber a cuáles se corresponden los 1932 ilegalmente emitidos) o anular proporcionalmente 1932 según el apoyo respectivo de cada uno. En el primer caso, Gore obtendría una ventaja neta de 4.798 votos, en el segundo de 594

votos. Tras diferentes apelaciones, el Tribunal Supremo de Florida falló el 12 de diciembre (SC00-2447) que las solicitudes eran «sustancial» aunque no «estrictamente» correctas, y que no se había producido discriminación efectiva del Partido Demócrata ya que no se le prohibió el acceso para cumplimentar datos omitidos ya que nunca lo solicitó (ni, por otra parte, lo necesitaba porque sus solicitudes eran correctas). En definitiva, que primaba el derecho al voto sobre acciones ilícitas de terceros. Todo ello, al margen de las responsabilidades de los funcionarios de la administración electoral. En *Martin County* la situación es casi idéntica, la diferencia es que se trata de sólo 82 votos y que, en lugar de ser corregidos *in situ*, fueron trasladados fuera de las dependencias por miembros del Partido Republicano y después devueltos. El Tribunal Supremo de Florida aplicó el caso anterior y falló en el mismo sentido con idénticos argumentos.

En *McCauley v. Bay County Canv. Comm. Bd.* lo alegado es que se realizó un envío masivo de correo a miembros registrados del partido republicano utilizando la fotografía y el sello del Estado de Florida con una solicitud de voto por correo. Según los demandantes ello supondría una invitación por parte del Estado a votar por correo por mera conveniencia y no cuando «no puedan acudir a las urnas el día de la elección» tal como señala la ley. El Tribunal en la instancia señaló que, al margen de las responsabilidades penales por uso de símbolos oficiales, los votos finalmente recibidos eran válidos y expresión de la voluntad popular, por lo que no procedía su anulación. El Tribunal Supremo de Florida, consolidado este caso con los otros citados, confirmó estos argumentos.

3) La repetición de las elecciones (*Fladell v. Palm Beach County* y *Rogers v. Election Canv. Comm'n of Florida*). Esta cuestión es, en realidad, una parte de las reclamaciones sobre la forma de la papeleta ya examinadas. La razón por la que se trata por separado es porque el Tribunal (Circuit Court of the Fifteenth Judicial Circuit, Palm Beach County) decidió segregar el asunto en dos partes separadas, la primera, de derecho, sobre si es legal la repetición de las elecciones (total o parcial) para Presidente, la segunda, de hecho, sobre la papeleta, etc. Los peticionarios apoyaban su petición en dos hechos: a) el texto legal citado que autoriza al juez a «ofrecer cualquier remedio apropiado a las circunstancias», por tanto, sin limitación; b) el hecho de que la repetición de las elecciones es un mecanismo ordinario en los procesos electorales en los que resulta imposible determinar la voluntad de los votantes. El Tribunal, en cambio, sostuvo que no había sido capaz de encontrar ningún caso en que se hubiera permitido una nueva votación o nueva elección en las presidenciales, en toda la historia de los Estados Unidos (lo que, por otra parte, no es seguro que constituya un motivo de orgullo, dada la accidentada historia electoral de ese país), y que el artículo II, sección 1 de la Constitución americana establece que el Congreso fijará la fecha de elección de los electores, que será la misma en todos los Estados. Si no se eligen en esa fecha, el mismo texto legal afirma que la decisión del Estado será vinculante si se adopta según leyes ante-

riores a la elección, dado que Florida no ha aprobado una ley permitiendo la re-votación, su repetición no permitiría disfrutar de la cláusula «safe harbour». Los artículos relativos a repetición de elecciones (102.168, 103.011 y 102.168), además, no se refieren a las elecciones presidenciales y, por último, la Constitución Americana distingue, en el texto citado, entre la elección de los Electores (en un sólo día) y el nombramiento (hasta seis días antes de la reunión, por procedimientos fijados antes de la elección) por lo que, entre los procedimientos de nombramiento, no podría incluirse la repetición de la votación.

Como ya se indicó, los casos citados y otros se acumularon y fueron resueltos por el Tribunal Supremo de Florida el 1 de diciembre. Sucede, sin embargo, que el Tribunal, como se vio, invirtió el orden de las consideraciones y, al considerar que las papeletas no eran ilegales, no entró a considerar la posibilidad de la reelección, limitándose a anular las decisiones de los tribunales de instancia. Es decir, no hay una decisión final sobre si es posible repetir las elecciones.

4) Criterios, plazos y procedencia de los recuentos manuales, e intentos de impedirlos.

Estos casos y los incluidos, *infra*, sub 5, son los que ha concentrado el mayor esfuerzo judicial y los que han concluido en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Se trata de *Fl. Dem. Party v. Broward County Canv. Bd.*, *Gore v. Election Canv. Comm'n of Florida*, *McDermott v. Harris*, *Palm Beach County Canv. Bd. v. Harris* y *Gore v. Harris et al.* (Consolidados), entre otros muchos y, finalmente, *Bush v. Palm Beach County Canv. Bd.* en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

En el primero de los casos, en *Broward County*, el Partido Demócrata contestó las elecciones, solicitando un recuento manual y señalando tres «precincts». En dicho recuento manual se añadieron 4 votos netos para Gore, extrapolando la diferencia a todo el Condado, cambiaría el sentido de la elección. Por ello, como el «error en el recuento de votos» podía afectar a la elección, se comenzó un recuento manual de todos los votos. El Partido Republicano se dirigió a la Secretaria de Estado solicitando una «advisory opinion» (opinión consultiva). Según ésta, «error en el recuento de votos» quiere decir exclusivamente mal funcionamiento de las máquinas que cuentan los votos, por tanto, no procedía el recuento manual. Como consecuencia de esta opinión, se detuvo el recuento manual. Los demandantes piden al tribunal que ordene proseguir el recuento alegando que la carta es nula porque cada partido sólo puede pedir «advisory opinions» sobre sus propios actos y porque esa definición de «error en el recuento de votos» anularía el precepto citado que obliga a contar todos los votos en que es posible discernir la decisión del votante (aunque la máquina no pueda leerla).

En *Gore v. Election Canv. Comm'n of Florida* se solicitaba que se prohibiera a la Secretaria de Estado certificar los resultados hasta que concluyeran los recuentos manuales iniciados, en cumplimiento de las previsiones en mate-

ria de «protesta» de elecciones en 4 condados (Volusia, Dade, Broward y Palm Beach). Idénticos hechos se realegan, simultáneamente, en *McDermott v. Harris*. El Juez Lewis determinó que no podía impedirse a la Secretaria de Estado la certificación de los resultados. Ésta debía, sin embargo, esperar a recibir los argumentos de los *Canvassing Boards* para ejercer su discreción. Los *Canvassing Boards*, por su parte, podían facilitar, tras la certificación de resultados recuentos suplementarios.

Finalmente, *Palm Beach County Bd. v. Harris* se inicia con una petición del Condado de Palm Beach solicitando del Tribunal Supremo de Florida que aclare sus obligaciones en materia de recuento electoral. Tras la opinión antes citada de la Secretaria de Estado, solicitaron otra del Fiscal General que se manifestó en términos contrarios, es decir, que un «error en el recuento de votos» es una discrepancia entre el número de votos contabilizados y el existente con independencia de que se deba a mal funcionamiento de la máquina o a otras razones. A esta causa se fueron sumando algunas de las ya citadas y otras nuevas de contenido análogo. El Tribunal Supremo de Florida autorizó los recuentos manuales el 16 de noviembre, igualmente *sua sponte* expidió una orden impidiendo a la Secretaria de Estado que certificara los resultados hasta que no concluyeran las acciones.

Todos estos casos confluyen, tras las correspondientes apelaciones, en el Tribunal Supremo de Florida que los resuelve el 21 de noviembre de 2000 (SC00-2346, SC00-2348 & SC00-2349). Resumamos, pues, el curso de los hechos. Tras la noche electoral, en el primer recuento, la diferencia entre Bush y Gore en Florida era inferior al 0,5 por ciento, ello implica, según la legislación de Florida, un recuento automático. En este segundo recuento la diferencia volvió a reducirse hasta unos pocos cientos. El 9 de noviembre, se solicitan recuentos manuales en varios condados. Una vez realizados los muestreos que marca la ley, se detectan diferencias que van de 4 a 19 votos netos para Gore (hablando siempre del 1 por ciento de los votos del muestreo). Por ello, considerando que existe «error en el recuento de los votos» diferentes juntas electorales (*canvassing boards*) comienzan recuentos de todos los votos. Al estimar que no habría tiempo para terminarlos antes de las 5:00 pm. del séptimo día posterior a la elección (límite legal), se solicita una «advisory opinion» a la División de Elecciones sobre la interpretación de dicho límite. La división reafirma la obligatoriedad del plazo y la Secretaria de Estado declara que rechazará los resultados posteriores. Diferentes condados solicitan que el tribunal del circuito declare la no obligatoriedad del plazo del 14 de noviembre. El tribunal (Second Circuit, Leon County) reafirma el plazo, pero indica que se pueden enviar resultados posteriores y que la Secretaria tras «considerar todas las hechos y circunstancias» ejercerá su discreción de ignorar o no los resultados corregidos. Esta decisión fue apelada. La Secretaria solicitó a los condados que expresaran las razones por las que no podrían cumplir el plazo. La Secretaria las rechazó y anunció que no aceptaría resultados enmendados y que certificaría el resultado el 18 de noviembre en cuanto reci-

biera los votos por correo. Se produjeron nuevos recursos, todos los cuales se consolidaron en el Tribunal Supremo de Florida que dictó una orden impidiendo, como se ha dicho, a la Secretaria de Estado la certificación de los resultados hasta nueva orden. El Tribunal se plantea 3 cuestiones. El significado de «error en el recuento de los votos», el conflicto entre los plazos y la posibilidad material de los recuentos y el conflicto entre 102.111 y 102.112. En todos los casos, el Tribunal hace constar que la guía interpretativa tiene que ser el derecho a la participación democrática con que se abre la Constitución de Florida y no un cumplimiento «hipertécnico» de los requisitos formales del proceso. En este sentido, concluye que «error en el recuento de votos» es cualquier diferencia entre los votos cuya intención es discernible y los totales ofrecidos, con independencia de que la máquina sea capaz de leer dichas papeletas o no. Señalando que, justamente, ésa es la función de los recuentos manuales. En lo relativo al problema de plazos, señala que carecería de sentido permitir un recuento y luego no dar tiempo material para su ejecución por lo que, teniendo en cuenta que esas disposiciones se aplican a otras elecciones en las que no hay estos problemas de plazos, el término para la certificación debe entenderse flexiblemente. En relación con el conflicto entre la Secretaria «ignoraré» y «podrá ignorar» los resultados comunicados con retraso. El Tribunal determina que la norma permisiva debe primar sobre la prohibitiva. Sólo no se tendrán en cuenta si son tan tardíos que impiden la fase de «impugnación» o la participación efectiva en la elección del Presidente. Para el caso concreto establece, para no re-escribir la ley electoral, haciendo uso de sus «equitable powers», que los recuentos manuales deben proseguir y fija un nuevo plazo para la entrega de resultados en el día 26 de noviembre, armonizando el límite legal con la obligación, igualmente legal, de realizar recuentos, todo ello guiado por la preeminencia del derecho al voto (y a que éste sea tenido en cuenta). Bush recurrió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos solicitando una paralización de los recuentos. El 27 de noviembre la Secretaria de Estado certifica los resultados sin tener en cuenta los resultados parciales remitidos por Palm Beach que no consigue terminar su recuento hasta dos horas después del plazo fijado por el Tribunal Supremo, la diferencia es, ahora, de sólo unos centenares de votos.

El 4 de diciembre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Bush v. Palm Beach Canv. Bd.* 00-836) se pronuncia sobre dos cuestiones: a) si la decisión es congruente con el Art. II, sección 1, de la Constitución americana, citado; b) si es congruente con la cláusula «safe harbour». La argumentación del Tribunal es la siguiente, dado que el art. II, 1 indica que será el poder legislativo el que decida cómo se eligen los electores del presidente, una decisión que modificara tal procedimiento resultaría inconstitucional. En concreto, el Tribunal no está seguro de si la decisión adoptada proviene de una conciliación entre los preceptos contradictorios de la legislación (es decir, sólo interpretación) o si han influido consideraciones constitucionales que estima prohibidas. En concreto, manifiesta su preocupación por las siguientes frases de la

decisión del Supremo de Florida «en la medida en que el poder legislativo puede aprobar leyes que regule el proceso electoral, dichas leyes sólo serán válidas si no imponen restricciones «irrazonables o innecesarias» al derecho de sufragio»; «dado que las leyes electorales tienen como finalidad facilitar el derecho de sufragio, deben interpretarse ampliamente en favor del derecho de los ciudadanos al voto». En relación con b) «aconseja» que no se dé una interpretación al derecho de Florida que el Congreso pudiera considerar como una modificación del mismo. Como consecuencia de estas dudas, anula la decisión del Tribunal Supremo de Florida y devuelve el caso para que se sentencie en congruencia con esta decisión.

El 11 de diciembre, el Tribunal Supremo de Florida vuelve a fallar el caso «on remand» (en la que, acaso, sea la mejor -técnicamente hablando- de todas las sentencias consideradas), resolviendo las mismas cuestiones sin referencia alguna a la Constitución y especificando las reglas de «interpretación legal» seguidas para alcanzar cada decisión: las normas deben interpretarse como un todo armonioso, las normas especiales prevalecen sobre las generales, la más reciente sobre la más antigua, no se interpretará ninguna parte de una norma de forma que deje sin sentido o haga absurda a otra, etc. Teniendo en cuenta que no existe precedente alguno en materia de elección presidencial, el Tribunal concluye reafirmando sus decisiones anteriores y estableciendo que no se ha producido modificación alguna del derecho, sino sólo clarificación y especificación. El Juez Wells en un voto particular afirma que no se debe resolver hasta tener la sentencia del supremo en el caso *Bush v. Gore* (*vid infra*) y que no comparte la decisión, sin especificar las razones.

Los intentos de impedir los recuentos se substanciaron tanto en la jurisdicción estatal (*Harris v. Circuit Judges*), como en la federal (*Siegel v. Lepore, Touchston v. McDermott*) por medio de peticiones extraordinarias. Dichas peticiones fueron denegadas tanto por el Tribunal Supremo de Florida, como por el Tribunal del Eleventh Circuit. El fondo del asunto se resolvió en los casos antes citados.

5) La impugnación de los resultados (*Bush et al. v. Gore et al.* 00-949, *Gore v. Harris et al.* CV00-2808, 1D00-4688, 1D00-4745, SC00-2431).

Se trata del núcleo de la litigiosidad provocada por las elecciones. En estos casos se impugna el resultado proclamado por la Secretaria de Estado. En primer lugar, ante el Juez Sauls del Second Judicial Circuit, Leon County, después, en apelación ante el Tribunal Supremo de Florida y, a través Writ of Certiorari, en el Tribunal Supremo, para concluir «on remand» en el Tribunal Supremo de Florida.

El 27 de noviembre Gore impugna los resultados oficiales alegando que se han contabilizado votos ilegales y que no se han contabilizado votos legales en número suficiente como para poner en duda o modificar el resultado de las elecciones. En concreto, la ventaja de 537 votos de Bush quedaría enjugada si: a) se admitieran los resultados (tardíos) del recuento manual en Palm Beach que supone una ganancia neta de 215 votos y (parciales) de Miami-Dade con

una ganancia neta de 160 votos; b) se rechazaran los cambios en la certificación de Nassau County fruto no de un recuento sino de la admisión de votos considerados previamente ilegales (pérdida neta de 50 votos para Bush); c) se contabilizaran los 4.000 votos de Palm Beach con marcas pero que la máquina no pudo leer (ganancia neta de 800 votos); d) se contabilizaran los 9.000 votos de Miami-Dade que nunca se llegaron a contar manualmente, al decidir su junta interrumpir el recuento cuando llevaban realizado el 20 por ciento (extrapolando, supondría una ganancia neta de 600 votos). El 3 de diciembre, el juez N. Sanders Sauls rechaza todas estas razones de impugnación basándose, esencialmente, en los siguientes argumentos: a) no se ha probado ilegalidad, fraude, negligencia grave, etc. en el desarrollo de los recuentos; b) no se ha probado estadísticamente que se modificaría el resultado de las elecciones sino sólo que podría modificarse; c) es ilegal incluir resultados parciales o posteriores a los límites temporales. Los actores recurrieron la decisión que, tras ser certificada, pasó al Tribunal Supremo de Florida, que la resolvió el 8 de diciembre en una decisión 4-3, con dos votos particulares. En su decisión, casa la del tribunal inferior alegando, en primer lugar, que dicho tribunal no ha realizado ningún tipo de averiguación sobre la verdad de las alegaciones, ni ha formulado referencia alguna a los testimonios deducidos en juicio más allá de afirmar que no han superado «la carga de la prueba». El Tribunal considera atendibles las demandas formuladas en las letras a y d (*supra*). El Tribunal comienza analizando los estándares de la decisión y fija tres criterios. En primer lugar, los procesos de impugnación no son «apelaciones» frente a los procesos de «protesta». Unos se refieren a las tareas previas al resultado y exigen deferencia frente a las agencias administrativas que se encargan de ellas, las impugnaciones, en cambio, se refieren al resultado e imponen, por tanto, un estándar *de novo* en el que debe volver a valorarse todo el conjunto de las pruebas, a cuyo fin se realizan, justamente, las sesiones oportunas. Por tanto, es erróneo fallar basándose en lo decidido en la fase de protesta. En segundo lugar, no es cierto, como sostiene el tribunal de la instancia, que haya que analizar nuevamente todos los votos sino, como señala la ley, sólo los litigiosos. Ahora bien, en este caso concreto, son materialmente litigiosos (aunque no hayan sido impugnados) todos los votos que no han sido nunca contados a mano, pues se ha probado que hay votos legales que la máquina no puede leer. Por tanto, se impone revisar todos los votos no revisados, no sólo los que (interesadamente) puedan seleccionar las partes; c) la carga de la prueba no exige demostrar que el resultado cambiará, sino sólo que «podría cambiar», requisito cubierto en este caso por la exigua diferencia y el gran número de votos litigiosos. Llegamos así a la determinación de qué es un voto legal. Según la ley de Florida «ningún voto será declarado inválido o nulo si existe una clara indicación de la intención del votante, tal como determine la Comisión Electoral» (101.5641(5), *sensu contrario*, se rechazarán los votos en los que no sea posible determinar la intención del votante (101.5614(6)). La sección 102.166(7) establece que «si el equipo de escrutinio no es capaz de determinar la inten-

ción del votante, el voto se presentará a la comisión electoral para que determine la intención del votante». Por todo ello, el Tribunal concluye que un voto legal es aquel en que existe «una clara indicación de la intención del votante». En este caso, se han rechazado votos legales, es decir, votos con clara indicación de la intención del votante que, por diferentes razones, las máquinas no fueron capaces de leer. El hecho de que el tribunal de la instancia se negara a revisar los votos (o a ordenar su revisión) hizo imposible el éxito de la reclamación, prejuzgándola. Sólo en los casos b) y c) nos encontramos ante votos revisados, cuya ilegalidad fue decidida por la Comisión correspondiente y que, según el Tribunal, no ha podido demostrarse que actuara erróneamente. En conclusión, el Tribunal ordena contar los 9.000 votos de Miami-Dade, incluir los resultados de Palm Beach y Miami-Dade y que todos los condados en que no se han contado los «undervotes», es decir, aquellos votos en los que la máquina no fue capaz de distinguir el voto, sean revisados manualmente según el estándar de «clara indicación de la intención del votante».

Bush interpuso Writ of Certiorari, obtuvo del Tribunal una orden paralizando los recuentos y, una vez analizado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, dio lugar a su decisión (5-4, con cinco votos particulares) del 12 de diciembre de 2000 en la que anuló la del Tribunal Supremo de Florida. El Tribunal se plantea dos cuestiones: a) si el Tribunal de Florida ha establecido nuevos estándares para resolver las controversias electorales, violando el art. II, sección 1 de la Constitución de los Estados Unidos y no cumpliendo 3 U.S.C. § 5, y b) si los recuentos «sin estándar» violan las Cláusulas Equal Protection and Due Process.

El Tribunal tras poner de manifiesto que el sistema de tarjetas perforadas ha demostrado ser poco fiable, abre su decisión con las palabras «El ciudadano individual carece de derecho constitucional federal a votar a los electores del Presidente de los Estados Unidos salvo y hasta tanto que el poder legislativo estatal establezca la elección general como mecanismo para llevar a cabo su facultad de nombrar miembros del Colegio Electoral». Una vez concedido, sin embargo, es un derecho fundamental que debe ser concedido por igual a todos los ciudadanos, lo que incluye un igual «peso» para todos los votos. La cuestión es si el mecanismo diseñado por el Tribunal Supremo de Florida es consistente con su obligación de evitar un tratamiento arbitrario y diferente de los miembros del electorado. Los autos demuestran que han existido diferentes criterios para valorar los votos y que sólo se están considerando los «undervotes» (aquellos en los que la máquina no pudo leer ningún voto) y no los «overvotes» (aquellos en los que la máquina leyó más de un voto y, por tanto, anuló). Tampoco se establece quién debe contar los votos. Además de los estándares oportunos, se deberían fijar los procedimientos oportunos y las formas de revisión judicial. Y, acaso, un nuevo software para separar los overvotes, todo ello a tiempo de disfrutar de «safe harbour clause». Por todo lo cual, anula la decisión del Supremo de Florida y le devuelve el asunto para una nueva decisión compatible con los criterios fijados.



El Tribunal Supremo de Florida volvió a decidir el caso «on remand», el 22 de diciembre de 2000, estableciendo que no había tiempo para las modificaciones exigidas por el Tribunal Supremo y que, en todo caso, llevarlas a cabo es tarea del Legislador.

## 2. ENFOQUES JURISPRUDENCIALES, CONSECUENCIAS CONSTITUCIONALES DE LAS DECISIONES Y RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y PROCESO DEMOCRÁTICO

Expuesto el complicado íter procesal y las decisiones finalmente adoptadas formularemos, a continuación, algunos comentarios más generales.

En primer lugar, hay que destacar la coherencia con que el Tribunal Supremo de Florida ha mantenido su interpretación del derecho de sufragio. Efectivamente, en coherencia con su propia Constitución que se abre con una declaración de soberanía popular y con su tradición de más de 150 años de elección democrática del presidente, el Tribunal ha sostenido que la participación constituye un verdadero derecho y que, como tal, no puede quedar sometido a requisitos hipertécnicos y que, en cualquier caso, las incorrecciones formales (del derecho) o materiales (del procedimiento) no pueden tener como consecuencia la privación del derecho a voto de miles de ciudadanos. En definitiva, primero el derecho al voto, después el procedimiento.

El voto es un derecho y la misión del sistema electoral es permitir su práctica, no impedirla. Si el procedimiento es erróneo (en el plano legal o en el plano material) habrá que tomar las medidas necesarias, haciendo uso, en su caso, de los *equitable powers* del Tribunal para hacerlo coherente con el derecho al voto.

Frente a esta posición, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos parece haberse empeñado en hacer cierta la afirmación de Madison en el *Federalista*<sup>48</sup> de que Estados Unidos no es una democracia. Efectivamente, el Tribunal Supremo abre su decisión con la declaración de que los ciudadanos no tienen derecho (constitucional) a elegir a su Presidente, y conduce sus decisiones hasta un punto en que ello se vuelve (materialmente) cierto.

Además, las dos decisiones del Tribunal Supremo siguen caminos interpretativos diferentes, contradictorios e irresolubles, además de contradecir una muy rica jurisprudencia pro-democrática que permitió en los años sesenta y setenta acabar con algunas de las prácticas más viciosas del proceso electoral americano (*litteracy test, garrymandering*, etc.). Siguen caminos diferentes porque, en su primera decisión, anula la decisión del Tribunal Supremo alegando que, según la Constitución Americana, *todo* lo relativo a las elecciones ha sido concedido al *legislador* por lo que no cabe alegar la Constitución de Florida en materia electoral. Esta decisión, aparte de ser muy discutible desde

48. MADISON et al, *The Federalist Papers*, Nueva York, 1961, pp. 81-82.

el punto de vista del derecho positivo (como han señalado los propios miembros del Tribunal Supremo de los EEUU en sus votos particulares), y regresiva desde el punto de vista político en el concreto contexto norteamericano, resulta incompatible con su siguiente decisión. En ésta, se alega que el estándar de voto que fija el Tribunal (que es, palabra por palabra, lo que dice la ley) es insuficiente desde el punto de vista de la Equal Protection Clause. Es decir, si el Tribunal aumenta el estándar, invade la competencia del legislativo, si lo repite, resulta insuficiente. Es inconsecuente porque si el estándar es inválido, entonces, lo que son inválidas son las elecciones en su conjunto o ¿acaso son válidas porque se ha aplicado otro diferente no previsto por el legislador? Además, resultaría de esta vía interpretativa que si no existiera absolutamente ningún derecho al voto, no habría problema constitucional pero que, existiendo, siendo garantizado por los tribunales, existe un problema porque el estándar no es, a los ojos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, según él mismo afirma no es competente en esta materia por serlo *solamente* el Legislador Estatal, es demasiado vago. Es igualmente inconsecuente porque la consecuencias que se derivan de la decisión son peores que el mal que se pretende remediar. Admitiendo un cierto grado de indeterminación en el escrutinio, siempre será mejor escutar (con los defectos que sea) que no escutar ningún voto o, si escutar es imposible, habrá que anular las elecciones. Por otro lado, las diferencias de estándar de validez del voto *ya se han producido* en todos los casos, pero sólo han sido reveladas en los casos litigiosos. Es decir, que se da preferencia a una aplicación discrecional administrativa del estándar no controlada judicialmente, a una sí controlada.

Parece un principio de lógica elemental que un Tribunal no puede proponer una solución imposible para resolver un problema de derechos fundamentales (no conviene olvidar que aunque según el Tribunal, el voto no es un derecho, se resuelve según la Equal Protection Clause que es el Meta-derecho al igual disfrute y garantía de los derechos). Decidir que el Tribunal debe establecer *todas* las reglas, *todos* los mecanismos y hasta un software nuevo y hacerlo en *unos días*, es pedirle un imposible. Además de suponer una violación de las normas de descentralización y competencia en los Tribunales. El Tribunal Supremo no dispuso que se recontara, sino que ordenó a las autoridades competentes, jueces de instancia y administración, que dispusieran el recuento siguiendo el estándar de «intención del votante». Es a ellos a quienes corresponde la aclaración de detalle de estas materias como, de todas formas, ya hacen en todas las elecciones. La cosa se agrava porque una de las razones por las que el recuento resulta temporalmente imposible es, justamente, por la intervención del Tribunal impidiéndolo.

Se enfrentan, en definitiva, una concepción de los derechos como emanados directamente de la Constitución y, por tanto, anteriores y límite a las leyes y procedimientos estatales, y una concepción del derecho al voto como resultado de la actuación legislativa y, por tanto, posterior y subordinado a sus formas y procedimientos.

Este entendimiento del Tribunal provoca una evidente «administrativización» de la democracia en la que la forma prima sobre el contenido y en la que los jueces deben actuar como «boca muda de la ley», es decir, justamente como se supone que *no* deben actuar en materia de derechos fundamentales. Es preferible un seguimiento minucioso de las disposiciones legales, al margen de que conduzca a consecuencias absurdas, que una interpretación de las normas en favor del votante y el proceso democrático.

Como escribe el Juez Shaw del Tribunal Supremo de Florida: «El escenario actual resulta surrealista». ¿Cómo es posible que el país más poderoso del mundo no haya podido contar unos cuantos miles de papeletas en más de un mes? ¿Cómo es posible que se empleen para votar máquinas que sus propios fabricantes reconocen como defectuosas? ¿Cómo es posible contar con un Código Electoral con normas tan contradictorias que resulte imposible aplicarlas?

La respuesta a estas preguntas tiene que ver tanto con el origen normativo de la Constitución Americana, como con su entendimiento actual del Estado democrático. De un lado, han aflorado en la coyuntura actual las tendencias aristocráticas y antidemocráticas presentes en el proceso de elaboración de la Constitución Americana, hace ya más de dos siglos y que, pese a otras ventajas, ofrecen apoyo normativo a decisiones involucionistas como la actual. No hay que olvidar que la Constitución surge como un pacto entre Estados, prácticamente sin derecho fundamental alguno y con una distribución de poderes netamente antipopular. Aunque las posteriores enmiendas y la práctica política hayan ido modificando ese ya lejano origen, la posibilidad «originalista» constituye una permanente cobertura legal para las fuerzas más conservadoras.

De otro lado, el entendimiento actual del Estado democrático en Norteamérica, ampliamente privatizado y funcionalizado tras las oleadas neoconservadoras y comunitaristas de Reagan y Bush, ha hecho que se conciban los procesos democráticos generales, básicamente, como un *gasto*. Efectivamente, Estados Unidos gasta cantidades ingentes en la campaña y cantidades exiguas en la organización de las elecciones, no se trata, sin duda, de la distribución más idónea para la garantía de los derechos democráticos.