

# A VUELTAS CON LA RAMA MENOS PELIGROSA: LA ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN EEUU EN 2003

MARCOS CRIADO DE DIEGO  
*Universidad de Alicante*

ANTONIO DE CABO DE LA VEGA  
*Universidad Complutense de Madrid*

## SUMARIO

- I. Planteamiento del problema: la interpretación judicial de la Constitución entre iusnaturalismo y positivismo
- II. Teorías interpretativas en la época del Tribunal Renhquist
- III. Interpretación e instituciones: hacia nuevas pautas objetivas de ejercicio de la discrecionalidad judicial
- IV. La era Lochner y la recuperación del iusnaturalismo en el constitucionalismo estadounidense
- V. Jurisprudencia

En la entrega anterior del resumen de jurisprudencia, doctrina y legislación constitucional estadounidense nos preguntábamos si las medidas adoptadas por la Administración Bush Jr., dentro del estado de excepción casi permanente en que se ha desarrollado su mandato, suponían el fin del garantismo en EEUU. El trabajo procedía a analizar la constitucionalidad de las medidas concretas, sin aclarar qué entendemos por garantismo en EEUU; sin embargo, el término «garantismo» puede resultar sorprendente aplicado a una tradición jurídica como la estadounidense, porque parece referirse a un sistema codificado de derechos y garantías jurídicamente tasados como el continental, y no tanto a un sistema casuístico de construcción de los derechos y sus garantías con diferentes grados de vinculación, como es, en pura teoría, un sistema de *common law*. No obstante, si por «garantismo» entendemos un conjunto de derechos indisponibles para los poderes constituidos, junto con un sistema de

remedios para los ciudadanos frente a las violaciones de sus derechos, el primer orden jurídico garantista fue el *common law*. En efecto, el derecho común, la *lex terrae* o cualesquiera otro nombre que recibiera el derecho consuetudinario medieval inglés, suponía un sistema de soberanía limitada: era indisponible para el parlamento, y por extensión, para el monarca, cuyo poder provenía de la ley parlamentaria; cualquier conflicto entre la ley parlamentaria y la *lex terrae* del individuo debía resolverse en favor de esta última. Por otro lado, el hecho de que parte de las instituciones del *common law* inglés se codificaran en 1791 en las nueve primeras enmiendas de la Constitución estadounidense (*Bill of rights*), acerca este sistema al continental, y refuerza la intención garantista de la Constitución. Así, por «fin del garantismo», entendemos el fin de un sistema de soberanía limitada por los derechos de los individuos.

Cuando este trabajo llegue a manos del lector, el Tribunal Supremo estadounidense ya se habrá pronunciado sobre la constitucionalidad de la situación de los presos de Guantánamo, y sus sentencias serán determinantes para poder revisar las actuaciones de la Administración Bush y poner así en marcha los remedios que el garantismo implica. A los jueces corresponderá expresar si la situación de soberanía aparentemente ilimitada que en sus medidas concretas describíamos en la entrega anterior se corresponde con la discrecionalidad que la Constitución estadounidense otorga al poder ejecutivo en materia de seguridad nacional, o si por el contrario se trata de violaciones ilegítimas de derechos de los ciudadanos en los que la acción restrictiva del poder público está excluida. Ésta de las *political questions* no es una cuestión pacífica en los EEUU, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es constante al respecto, por lo que cobra una especial importancia el canon interpretativo que los magistrados decidan aplicar. Por ello, la presente entrega se dedica a estudiar las aportaciones que sobre la materia ha hecho la doctrina estadounidense en 2003. La polémica sobre la interpretación judicial de la Constitución es un problema constante entre la doctrina estadounidense, sin embargo no se puede ocultar la actualidad que el tema cobra a la luz de las medidas adoptadas al amparo de la *war on terrorism*. El trabajo se completa con la habitual reseña jurisprudencial a cargo del profesor Antonio de Cabo.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO

### A) EL ENFOQUE IUSFILOSÓFICO

Desde Bentham y Austin en Inglaterra y la Escuela de la Exégesis en el Continente, la ciencia jurídica se constituyó como ciencia de un tipo particular de hecho social: el derecho considerado como conjunto de normas reguladoras de la vida social, originadas en alguna fuente social autoritativa. A esta orientación de la

ciencia jurídica se la denominó «positivismo jurídico» por su semejanza con el positivismo científico, que pretendía conocer objetivamente el mundo natural ateniéndose a hechos empíricos y dejando de lado oscuras elucubraciones metafísicas. En el caso del estudio del derecho, lo que molestaba a científicos como Bentham era la continua confusión entre lo que el derecho positivo establecía y lo que cada jurista, en particular los jueces del *Common Law*, favorecía como ideal de justicia.

Sin embargo, los juristas continentales del siglo XIX tenían un fundamento político y no científico para su teoría positivista del derecho: asegurar la división de poderes, dando la primacía absoluta al poder legislativo, encargado de poner en marcha el nuevo orden liberal-burgués, y dejando a los jueces una función residual que se concebía como «mera aplicación» de las leyes. A pesar de proceder de un sistema de derecho común jurisprudencial, la misma mentalidad influyó la labor de los jueces en Estados Unidos, dando lugar a lo que despectivamente se llamó «positivismo legalista» o «jurisprudencia mecánica»<sup>1</sup>. Esta era la primera conexión entre el planteamiento iusfilosófico y la dimensión constitucional de la actividad judicial: la plena consciencia de la justificación política del positivismo fundada en la separación constitucional de los poderes, con preeminencia del nuevo poder legislativo<sup>2</sup>.

Más tarde, esta conexión política fue perdiéndose de vista y Hans Kelsen, H. L. A. Hart y todos los positivistas posteriores rechazaron esa imagen «legalista» o «mecánica», para buscar una nueva justificación del empeño descriptivo avalorativo: se trataba de conseguir seguridad jurídica, para poder seguir concibiendo el derecho como la empresa normativa de sujetar a los hombres a criterios comunes de comportamiento. De esta manera, la ciencia del derecho tenía como misión esencial describir normas y determinar su existencia por su relación con actos voluntarios de creación. Pero ello pone en peligro el propio carácter objetivo de la normatividad: el problema de la seguridad jurídica es el problema del saber a qué atenerse, de conocer asépticamente el derecho «que es» y para ello los diversos tipos de realismo o de empirismo jurídico tienen adecuadas pretensiones de ser más descriptivos del derecho real, pues atienden a lo que decidirán los jueces, a lo que verdaderamente pasará si se desobedece una norma, a la probabilidad empírica de ser sancionado, y no al mero deber normativo que tiene un funcionario de sancionar, pudiendo así considerar todo el mundo del «deber ser» como mera ficción o ilusión «metafísica»<sup>3</sup>.

1. Cfr. R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, Columbia Law Review, vol. 8, 1908, pp. 605 ss. Se trata de cuarto significado de «positivismo jurídico» en la clásica enumeración de Hart; cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 253.

2. Para una descripción de la actitud legalista y de la ideología subyacente, vid. Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 35-71.

3. Vid., entre otros, A. ROSS, «El conflicto de validez y el conflicto entre el positivismo y el derecho natural», en A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, Méjico, 1993, pp. 9-32; A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* (1946), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 15-23, 40-57 y 114-121, donde intenta disolver completamente el dualismo validez/hechos en la ciencia jurídica. El propio Kelsen redujo la objetividad normativa a una hipótesis primero y a una ficción más tarde: cfr. H. KELSEN, *Teoría general de las normas*, Trillas, Méjico D.F., 1994, c.59, pp. 248-252.

Alrededor de los años 60 del siglo pasado, el ideal decimonónico de un derecho objetivo y de una verdadera ciencia del derecho estaba en crisis, relativizado por la aceptación de la discrecionalidad judicial. H. L. A. Hart supone una reorientación tomista consistente en rescatar el carácter racional de las reglas generales, rechazando la teoría imperativa (el voluntarismo) que había dominado las ciencias normativas. Hart desliga la descripción aséptica del derecho de la cuestión política clave que le había dado origen, el problema de la obediencia: «hay algo fuera del sistema oficial por referencia a lo cual el individuo debe resolver, en última instancia, sus problemas de obediencia»<sup>4</sup>. Para saber a qué atenerse sería necesario recurrir a fuentes ajenas al sistema normativo, e incluso los jueces, para decidir adecuadamente conforme a derecho, tienen que ejercer una discreción no irracional, sino guiada por principios<sup>5</sup>. En consecuencia, desde mediados del siglo XX se instala un paradigma de conocimiento jurídico *objetivo* en el que comienza a tener cada vez más importancia la interpretación judicial a través de razonamientos orientados por principios<sup>6</sup>, sin que ello signifique abandonar la sujeción de los jueces a las leyes. Esta evolución ha ido acompañada por la apertura de los sistemas jurídicos normativos a la incorporación explícita de criterios morales (dignidad de la persona, derechos humanos, valores superiores del ordenamiento) y por la ampliación de los poderes judiciales que dicha incorporación implica.

De esta manera, el ideal ilustrado de un derecho igual para todos y de una ciencia jurídica objetiva se plantea hoy, abandonada la creencia en una razón desconectada de las concretas condiciones históricas de los seres humanos y las comunidades, como una cuestión sobre la relación entre la objetividad del derecho, en cuanto medida común para muchos, y la subjetividad de los jueces, en cuanto personas-instituciones encargadas de hacer real esa medida común. La objetividad del derecho se convierte así en un ideal ético-político a ser realizado por personas de carne y hueso, y depende por tanto (a) de que haya parámetros objetivos de decisión judicial y (b) de que haya juristas que de alguna manera encarnen el ideal de objetividad.

Partiendo de esta idea de Hart de que la objetividad propia del derecho no es ajena a toda subjetividad, sino que por el contrario presupone la subjetividad de la razón humana en cuando constitutiva de la ordenación racional, la teoría analítica del derecho se ha abocado en las últimas décadas a estudiar el razonamiento jurídico, es decir, el punto de confluencia entre la objetividad del derecho general y la relativa subjetividad de la respuesta a los casos concretos de conocimiento judicial práctico, abogando por la promoción de tesis no solamente descriptivas, sino también normativas<sup>7</sup>.

4. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 206.

5. Hart no desarrolla este punto, aunque lo deja claro: cfr. H. L. A. HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, UNAM, México D.F., 2000, pp. 42-43.

6. Un panorama de esta evolución, centrado en Dworkin y Alexy, puede consultarse en Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 27-216.

7. Vid., en general, N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

## B) EL ENFOQUE IUSCONSTITUCIONALISTA

El problema de la interpretación judicial de la constitución, comienza a plantearse en Europa a partir de la constatación de que el estado constitucional de nuestros días supone documentos plurales y dúctiles, tendencialmente integradores de contenidos contradictorios entre los que es difícil trazar una jerarquía y que, dada la normatividad de todo lo constitucional, deben ser preservados en su conjunto<sup>8</sup>. ¿Qué hacer frente a contenidos constitucionales normativos que no imponen vínculos jurídicos rotundos al juez, como son los derechos sociales, y que suponen ámbitos de apertura constitucional para el legislador? Según el profesor Prieto Sanchís<sup>9</sup>, ello supone concebir las relaciones entre juez y legislador, entre derecho y política, en términos más complejos y cooperativos, en donde no puede hablarse de materias sustraídas a la justicia, pero tampoco de materias ajenas a la política. Queda así un espacio constitucional libre de vínculos jurídicos, pero no de valores normativos, que al juez corresponde ponderar, y que no puede reducirse a un positivismo legalista que deja contenidos constitucionales en el limbo en tanto los atiende el legislador, pero que tampoco puede reducirse al puro subjetivismo judicial que deja inactuados los valores y principios constitucionales.

En los EEUU, el hecho de contar con una Constitución codificada junto con un judicatura formada en el iusnaturalismo de derecho común, hizo que las tensiones entre positivismo legalista y construcción jurisprudencial del derecho se plantearan muy tempranamente como teorías de la interpretación judicial en el ámbito del control de constitucionalidad. Las cuestiones ético-políticas de fondo, como eran el mantenimiento de la superioridad jerárquica de la Constitución y el principio de separación de poderes, entendido no como supremacía de órgano alguno, sino como equilibrio, se vieron pronto contaminadas por otras consideraciones. En primer lugar, concebir la separación de poderes como equilibrio y no como supremacía, suponía entender que el diseño institucional serviría para impedir la imposición social de una fracción de *We, the people* sobre otra. Ello conllevaba una considerable sujeción del poder judicial, en tanto que árbitro último, a vínculos normativos pre-establecidos y con poco margen de interpretación, que no es precisamente el caso de la Constitución de 1787. En segundo lugar, los autores más leídos por los juristas estadounidenses en los años posteriores a la Independencia afirmaban a) bien la existencia de un orden jurídico natural consuetudinario más amplio que el de la propia Constitución escrita, pero igualmente indisponible para los poderes públicos<sup>10</sup> y cuyo aplicador último era el juez en la resolución de casos concretos (Coke); b) bien partían de una situación de sobera-

8. Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.

9. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista de Estudios Constitucionales, n. 22, Madrid, 1995, p. 26.

10. Un buen ejemplo de ello son las notas que un joven John Adams, por entonces estudiante de leyes, tomó en el caso «Paston» de 1761, ante el Tribunal de Massachussets. En ellas se lee: «En cuanto a las leyes del Parlamento: (...) Una Ley contra la Constitución es nula: una

nía parlamentaria que el propio juez podía ora matizar, pues su misión era la de buscar la voluntad auténtica del legislador y no aplicar mecánicamente la ley escrita, ora ignorar cuando resolvía a través de la equidad y otros principios de derecho común (Blackstone).

La Declaración de Derechos del Congreso Continental de 1774 estableció en su artículo 5º: «Que las respectivas colonias tienen derecho al *common law* de Inglaterra...». El *common law* fue así incluido en el derecho colonial y las distintas cortes de los estados, una vez declarada la Independencia, lo aplicaron regularmente. Más tarde, se consideró integrado en el derecho federal de los Estados Unidos cuando la Constitución se refiere, en el art. III, sec. 2, a que los jueces conocerán las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad<sup>11</sup>. Sin embargo la irrupción del positivismo no tardó en llegar a las cortes estadounidenses, y no es extraño que lo hiciera, precisamente sobre el problema de si la legislatura podía limitar o no el derecho de propiedad y de disposición sobre los bienes privados, que se entendían como principios naturales absolutos del *common law*. En *Calder vs. Bull*<sup>12</sup> se analizó si una ley testamentaria era ex post facto o no. Si bien la Corte coincidió en que ninguna garantía constitucional se había violado en el caso en cuestión, la importancia de la decisión radica en los fundamentos utilizados por los jueces Chase e Iredell, que establecieron respectivamente las bases del iusnaturalismo de derecho común y del positivismo dentro de la Corte. El juez Chase afirmó:

«(...) Hay ciertos principios vitales en nuestros gobiernos republicanos libres que determinan y prevalecen sobre un evidente y flagrante abuso del poder legislativo, como lo es autorizar una injusticia mediante el derecho positivo, o quitar seguridad a la libertad personal, o a los bienes privados, para cuya protección se estableció el gobierno. Un acto de la legislatura (ya que no puedo llamarlo ley), contrario a los grandes primeros principios del contrato social, no puede considerarse ejercicio legítimo de la autoridad legislativa (...) El genio, la naturaleza y el espíritu de nuestros gobiernos estatales implantan la prohibición de tales medidas legislativas; y los principios generales del derecho y la razón los prohíben (...)».

ley contra la equidad natural es nula; y se hiciese una ley del Parlamento, redactada en las mismas palabras de ésta petición, sería nula. Los tribunales ejecutivos deben dejar tales leyes en desuso (8 Rep. 118, de Viner): Razón de *common law* para controlar una ley del Parlamento». La cita de Adams es del caso «Bonham», en el que sir Edwar Coke, presidente del Tribunal Superior de Inglaterra declaró en 1609 que «... cuando una ley del Parlamento es contraria al *common law* y a la razón... es nula» (cfr. Arthur E. Sutherland, *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1972, p. 160).

11. Cfr. A. ADDISON, «Análisis of the Report of the Comité of the Virginia Assembly» (1880), en *Amerian Political Writings During the Foundation Era 1760-1805*, Liberty Press, Indianapolis, 1983, pp. 1078 ss.

12. 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

El juez Iredell repuso:

«Si (...) la legislatura de la Unión o la legislatura de cualquier estado miembro de la Unión, aprobara una ley de acuerdo con el alcance general de los poderes que le confiere la Constitución, la Corte no podrá declarar-la nula, sólo porque ella sea, a su juicio, contraria a los principios de la justicia natural. Las normas de la justicia natural no están fijadas por ningún patrón incuestionable de medida: los hombres más capaces y puros han discrepado a este respecto; y todo cuanto la Corte podría decir legítimamente en un caso así, sería que la legislatura (dueña de igual derecho a opinar) había aprobado una ley que, en opinión de los jueces, era incompatible con los principios abstractos de la justicia natural».

Aunque en *Calder* se impuso la idea de que los derechos naturales eran judicialmente exigibles, lo mismo que ocurrió en *Dred Scott* respecto al derecho natural a la propiedad de esclavos sin interferencia federal<sup>13</sup>, las tesis de Iredell de que los jueces no podían controlar el contenido de aquello que la Constitución había concedido al parlamento, sino únicamente si se lo había concedido, se fueron afirmando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>14</sup>. Se dio así inicio a la época de superproducción legislativa, sistemáticamente ratificada por el Tribunal Supremo, que fue limitando el derecho de propiedad por la presión social de los trabajadores, lo que supuso un abandono casi absoluto del derecho común a favor de una teoría de que los derechos no son absolutos y que la ley debe restringirlos con el objeto de preservar los intereses del pueblo<sup>15</sup>. El iusnaturalismo, y la concepción absoluta del derecho de libre contratación, volvería con *Lochner vs. New York*, sentencia que da nombre a toda una era de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que analizamos más adelante.

## 2. TEORÍAS INTERPETATIVAS EN LA ÉPOCA DEL TRIBUNAL RENHQUIST

No se trata aquí de hacer una exposición sistemática de las distintas teorías interpretativas elaboradas por la doctrina norteamericana. Ni el espacio da para ello ni habría mucho que añadir a las exposiciones que otros especialis-

13. *Dred Scott vs. Sanford*, 60 U.S. (19 How.), 393, en 407-419 (1856).

14. Esta evolución puede seguirse, entre otras, en *Knox vs. Lee*, 79 U.S. 457 (1871); *Munn vs. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876); *Chicago B. y Q.R.R. Co. Vs. Iowa*, 134 U.S. 418 (1890) («Nuestra tarea es exclusivamente determinar si ello puede hacerse y en qué circunstancias. Si puede hacerse, es el legislativo el que debe decidir por sí mismo, sin ningún control por nuestra parte, si el bien común exige que se haga»); *Mungler vs. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887); *Gundling vs. Chicago*, 177 U.S. 183 (1900); *Knoxville Inn Co. vs. Harbison*, 183 U.S. 13 (1901); *Booth vs. Illinois*, 184 U.S. 425 (1902).

15. *Chicago B. y Q.R.R. Co. Vs. McGuire*, 219 U.S. 549 (1911).

tas han hecho ya en la doctrina española<sup>16</sup>. Se trata más bien de dar un rápido bosquejo sobre las posiciones y su reflejo en los jueces del Tribunal Supremo, para aterrizar las críticas que a algunas de ellas realizan Cass Sustein y Adrian Vermeule al proponer un nuevo enfoque de la interpretación que tenga en cuenta la dimensión institucional y dinámica<sup>17</sup>.

Según el profesor Juan Carlos Bayón, la función judicial puede abordarse desde dos puntos de vista:

- a) Desde un punto de vista ideológico-político, el alcance de la función judicial enfrenta a los defensores del activismo judicial (*activism*) y a los partidarios de la autocontención (*self-restraint*). La opción por alguna de estas dos opciones viene marcada por la solución que se adopte frente a dos problemas que, desde el nacimiento mismo de la Federación, han jalonado el debate constitucional norteamericano y a los que nunca se ha terminado de dar una respuesta satisfactoria: de una parte, la llamada «objeción contramayoritaria», que opone a la función judicial estadounidense el hecho de que si la Federación se dio como principio básico de gobierno el democrático, consistente en que es obligatoria para todos la opinión convergente de la mayoría, no es posible que órganos que carecen de legitimidad democrática directa ni respaldo mayoritario alguno, modifiquen las decisiones de órganos que si los tienen, y que han sido dictadas en ejercicio de competencias otorgadas en atención a esa legitimidad y a ese respaldo. Así frente a cuestiones que no estén claras en la Constitución, o que impliquen cuestiones de política constitucional, los jueces deberán deferir la solución final al órgano legislativo, rechazándose todo activismo judicial por antidemocrático y contrario al principio de responsabilidad. Es la visión positivista que se corresponde con la posición del Tribunal Supremo en la época de la superproducción legislativa y de la «jurisprudencia mecánica»<sup>18</sup>.

De otra, la rígida interpretación de la separación de poderes que el jeffersonismo impuso desde el nacimiento de los EEUU, casa mal con la existencia de la *judicial review*, pues a través de ella los jueces pueden ejercer bien competencias legislativas, cuando dan una interpretación a la ley que no se corresponde estrictamente con la letra de la misma, bien competencias del ejecutivo, cuando anulan o modifican alguno de sus actos en virtud de una interpretación legal o constitu-

16. Vid. J. C. BAYÓN, *El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana*, Revista de las Cortes Generales, Madrid, 1994; J. DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 1997.

17. C. R. SUSTEIN y A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, Michigan Law Review, vol. 101, n. 4, 2004, pp. 885 ss.

18. Esta posición fue actualizada por Alexander Bickel en su libro *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianápolis, 1978, p. 17.

cional distinta de la que hizo el propio poder ejecutivo. Según la posición anti-activista, la misión de los jueces consistiría únicamente en determinar a quién corresponde la competencia.

- b) Desde un punto de vista *técnico-jurídico*, la disputa se da entre los partidarios del «interpretativismo» y los partidarios del «no-interpretativismo». Para los primeros, la Constitución, en sus distintos contenidos, incluido el régimen socioeconómico y los derechos fundamentales, tiene un contenido inequívoco que los jueces pueden desentrañar sin acudir a fuentes extranormativas. Para los segundos, existen contenidos constitucionales, particularmente el régimen socioeconómico y los derechos fundamentales, que no tienen un significado unívoco ni claro, frente al cual los jueces tienen distintas opciones. En la actual composición del Tribunal Supremo se pueden encontrar partidarios tanto de una como de otra opción. Un ejemplo extremo de «interpretativismo» sería el originalismo del juez Antonin Scalia, para el que la Constitución es un documento esencialmente estático que hay que abordar con un método muy descriptivo que se pregunta por las principales características estructurales de las instituciones constitucionales en 1787: el juez debe preguntarse cómo habría resuelto la cuestión un juez de 1787<sup>19</sup>.

Sin embargo, si contemplamos la aplicación de la Constitución por el Tribunal Supremo, el texto se revela un documento esencialmente flexible y dinámico que incluye instituciones que no están en su letra, y que únicamente permanecería constante desde 1787 en cuanto a sus propósitos, para cuyo cumplimiento en el tiempo se exigen ciertas dosis de discrecionalidad judicial. Es la posición del juez Stephen Breyer, para quien su «acercamiento a la interpretación judicial se centra en las consecuencias, valoradas en términos de propósitos constitucionales básicos, frente a la posición 'legalista' que se centra en el lenguaje, la historia, la tradición y los precedentes»<sup>20</sup>. Se da así la paradoja de que aunque, la posición «interpretativista» es positivista, hecha mano de la tradición del *common law*, pero no de su método, para estable-

19. Vid. A. SCALIA, *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law*, edición de Amy Gutmann, Princeton University Press, 1998. Sobre las dos formas de entender el originalismo en el Tribunal Supremo estadounidense, encarnadas en el juez Antonin Scalia y en la jueza Ruth Bader Ginsburg, y que recientemente se han puesto de manifiesto en torno al significado del término *equitable* respecto a los planes fiduciarios de la *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA), en la sentencia *Great West Life y Annuity Ins. Co vs. Knudson*, 534 U.S. 204 (2002), vid. H. P. Monaghan, *Doing Originalism*, Columbia Law Review, vol. 104, n. 1, 2004, pp. 32 ss, y en general el número citado de la Columbia Law Review dedicado a los diez años en la Corte de la jueza Ginsburg. Una crítica a las opiniones del juez Scalia en los casos relativos a la ERISA puede encontrarse en J. H. LANGBEIN, *What ERISA means by "Equitable": The Supreme Court's Trail of Error* in Russel, Mertens and Great West, Columbia Law Review, vol. 103, n. 6, 2003, pp. 1317 ss.

20. Cfr. S. Breyer, *Our democratic Constitution*, New York University Law Review, vol. 77, n. 2, 2002, pp. 246-247 (que publica una versión revisada de la *James Madison Lecture* que el magistrado Breyer hizo en 2001 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York).

cer de una vez por todas el significado constitucional, mientras que la posición «no-interpretativista» acude al método principialista del *common law* para evitar vararse en sus tradiciones consolidadas, quedando la Constitución en un conjunto de intenciones, pero no de vínculos jurídicos.

### 3. INTERPRETACIÓN E INSTITUCIONES: HACIA NUEVAS PAUTAS OBJETIVAS DE EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

A todas estas posiciones, Cass Sustein y Adrian Vermeule les reprochan su carácter excesivamente abstracto y teórico, ya que la educación legal, y la cultura jurídica en general, invita a los intérpretes a preguntarse «¿Cómo se interpreta mejor un texto?», lo que implica asumir ya un determinado rol frente a la interpretación que se resume en la pregunta «Si tú fueras juez, ¿cómo interpretarías este texto?»<sup>21</sup>. Según estos autores el rol impuesto relega dos cuestiones que precisamente deberían centrar el debate sobre la elección de uno u otro método interpretativo. La primera cuestión es la de las *capacidades institucionales*: el punto central en materia de interpretación no sería el de «cómo un texto debe ser interpretado» sino el de «cómo deberían ciertas instituciones, con sus distintas capacidades y limitaciones, interpretar ciertos textos». La segunda cuestión es la de los efectos dinámicos de cada teoría interpretativa, es decir el de sus consecuencias *pro futuro* sobre los actores públicos y privados.

Centrando el problema de la interpretación en su vertiente institucional se evitan, según los autores, los problemas derivados de la alta abstracción de las disputas doctrinales que se preguntan sobre la naturaleza de la interpretación, o que hacen referencia a conceptos poco claros para su manejo práctico inmediato, como son los de «democracia», «legitimidad», «autoridad» o «constitucionalismo», y que acaban por tener concepciones idealizadas o mistificadas de los poderes del estado, como podría ser la idea del «juez Hércules» de Ronald Dworkin.

El artículo suscita algunas perplejidades. En primer lugar debe tenerse en cuenta que en la doctrina estadounidense, a través del problema de la interpretación judicial, lo que verdaderamente se está planteando es el papel del poder judicial en el sistema constitucional norteamericano. En los EEUU no existe una perspectiva metodológica constitucional a la que pudiéramos llamar orgánica, como la que existe en la doctrina continental, de manera que el análisis doctrinal sobre la actividad de los jueces, implica el análisis sobre el contenido y alcance de sus competencias, y por ello, el de su relación con los otros poderes del estado. Llegados a este punto, habría que preguntarse si los términos «orgánico» e «institucional» son intercambiables en el trabajo comentado. Es evidente que no. Las consideraciones de tipo institucional no

21. C. R. SUSTEIN y Adrian VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, cit., p. 887.

remiten (no únicamente) según los autores a la competencia relativa de cada una de las ramas del poder en casos específicos, que sería el punto central del debate entre *activism* y *self-restraint*, sino a cuestiones tales como la estructura y la composición del estamento judicial, de la profesión legal en general y del poder legislativo, así como a las instituciones políticas, sociales y económicas de la sociedad<sup>22</sup>. No se trata por tanto de un problema «constitucional» en sentido jurídico, es decir determinar cuánto hay de vinculación jurídica en la actividad judicial, sino de abogar por una metodología empirista de la que extraer pautas generales de comportamiento. La cuestión así no es determinar el derecho que es, sino determinar las instituciones *que son* y de ahí extraer vinculaciones, *criterios objetivos de ejercicio de la discrecionalidad judicial*, hacia donde se dirige el nuevo positivismo iusfilosófico.

En segundo lugar, lo más curioso del artículo es que, abogando por criterios empíricos de investigación legal, no nos ofrezca ni siquiera uno<sup>23</sup>. Lo máximo que llegan a afirmar repetidamente es que, de adoptarse esos criterios empíricos que no nos ofrecen, el formalismo no sería visto críticamente, sino como respuesta adecuada y altamente pragmática a las limitaciones de los jueces y a las capacidades institucionales del Congreso<sup>24</sup>.

Volviendo a la cuestión que planteábamos al inicio del artículo, desde un punto de vista pragmático, ¿cuál es la solución más adecuada al control por parte del Tribunal Supremo de las medidas del ejecutivo tomadas al amparo del *war on terrorism*? Aplicando las posiciones de Adrian Vermeule y Cass Sustein, que son las mismas que defiende el positivismo norteamericano, sería la siguiente: el ejecutivo actúo, en algunas de las medidas, al amparo de la que fue decidida USA PATRIOT ACT, por el Congreso en ejercicio de sus mejores capacidades institucionales para resolver el caso. Ante el hecho de que ciertas medidas podrían no estar amparadas por la ley en cuestión, si aplicamos la doctrina Chevron, que establece que las interpretaciones que el ejecutivo haga de sus propias leyes estatutarias deben ser respetadas por los jueces, y la *non delegation doctrine*, según la cual el TS no puede hacer efectivo el principio de falta de delegación de poder, el TS debería validar como constitucionales todas las decisiones del ejecutivo al respecto. Sin embargo, desde un punto de vista pragmático, estas consideraciones son adecuadas siempre que se mantengan las condiciones de amplio apoyo social y político en que las decisiones se tomaron. Si en el momento de dictar sentencia, el público norteamericano ha llegado a la conclusión de que su gobierno les engañó y que las medidas restrictivas de derechos no tenía una justificación real, una decisión de ese tipo podría suponer inestabilidad social, resultados electorales imprevisibles y desconfianza de los ciudadanos hacia sus institu-

22. *Ibid.*, p. 888.

23. Esta es la crítica más acertada que puede leerse en la réplica del juez Posner, cfr. R. A. POSNER, *Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation*, Michigan Law Review, vol. 101, n. 4, 2004, p. 955.

24. C. R. SUSTEIN y Adrian VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, cit., p. 890.

ciones, lo que, desde un punto de vista pragmático, no parece lo más recomendable. En este caso, la decisión de la USA PATRIOT ACT era la más pragmática no de acuerdo a las especiales capacidades institucionales del Congreso, sino conforme a las condiciones políticas en que se tomó. Una vez que esas condiciones han cambiado, aunque la decisión judicial no legalista se interprete como una mera decisión política del juez, lo más pragmático sería permitir una nueva decisión política adecuada a las circunstancias, y no perpetuar la decisión del Congreso basada en sus mejores capacidades institucionales que, por el trámite procesal en que nos encontramos, dejan de ser relevantes siempre desde un punto de vista pragmático. Resta sin contestar la cuestión de si los jueces son personalmente capaces de tomar decisiones adecuadas a las circunstancias políticas. Pero sobre esta cuestión no cabe tomar posiciones de principio: habrá jueces que si, y jueces que no según la concreta percepción de lo «adecuado» de cada hablante. Con lo que la cuestión de fondo que se pretendía resolver, es decir la de fijar criterios objetivos para ejercer la discrecionalidad judicial, permanece indeterminada.

#### 4. LA ERA LOCHNER Y LA RECUPERACIÓN DEL IUSNATURALISMO EN EL CONSTITUCIONALISMO ESTADOUNIDENSE

No parece, por tanto, que el enfoque pragmático provea criterios claros y objetivos de interpretación judicial. Cabe preguntarse si, frente a la opción positivista de incluir todas las medidas del ejecutivo al amparo del estado de excepción en el ámbito propio de competencias exento de revisión judicial material, el iusnaturalismo norteamericano ofrece posibilidades de un control material de la discrecionalidad política en cuanto afecte a los derechos humanos.

El debate acerca de la protección substantiva de derechos fundamentales se plantea a partir de la sentencia *Lochner (o Loechner) vs. New York*<sup>25</sup> que inaugura una época jurisprudencial epónima que ha centrado gran parte del discurso constitucional estadounidense durante un siglo. En la referida sentencia, el Tribunal Supremo invalida una ley del estado de Nueva York que limitaba el horario de trabajo en las panaderías por ser contraria a la libertad contractual. Se trata de una sentencia ideológicamente orientada que inicia el activismo judicial en la defensa de un modelo económico de *laissez-faire* y un modelo social darwinista contra los intentos de legislación social de los estados, y que dura hasta el retorno a la deferencia que se impone con el *New Deal*<sup>26</sup> en la sentencia *West Coast Hotel vs. Parrish* (1937)<sup>27</sup>.

25. 198 U.S. 45 (1905).

26. Sobre esta orientación ideológica de la sentencia y su presencia en la actual jurisprudencia estadounidense vid. M. CRIADO y A. DE CABO, *La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 7, 2001, pp. 332-334.

27. 300 U.S. 379 (1937).

Frente a esta visión política de la motivación y el significado de *Lochner*, y su consecuente interpretación como un caso de activismo judicial, se ha venido construyendo una visión más «jurídica», según la cual la Corte estaría precisando el alcance y los límites de los *police powers* en el derecho constitucional estadounidense, y mostrando así cómo opera el garantismo en los EEUU. Entre los constitucionalistas, la interpretación más aceptada de *Lochner* era la del profesor Cass Sustein, según la cual la Corte actuó motivada por el entendimiento de que las normas de *common law* son naturales e inmutables, y conforman la base desde la que juzgar la constitucionalidad de la legislación regulatoria<sup>28</sup>. Los historiadores del derecho, en cambio, han seguido generalmente las tesis de Howar Gillman<sup>29</sup>, de que la Corte estuvo motivada por el rechazo a la «legislación de clase». Según este autor, la doctrina *Lochner* supuso un serio intento de mantener la distinción, central en el derecho constitucional estadounidense del siglo XIX, entre regulación económica válida, y legislación de clase inválida, en una época de enfrentamientos sociales sin precedentes en los EEUU. La primera se corresponde con la legislación que persigue un verdadero interés público, que el Tribunal debe validar, mientras que la segunda es producto de presiones políticas a favor de un interés particular o de una clase determinada<sup>30</sup>. Así se explicaría porqué, para ciertas cuestiones operó inmutablemente la deferencia propia de la jurisprudencia mecánica (durante la era *Lochner* 557 de la 560 leyes estatales que se impugnaron ante la Corte fueron declaradas constitucionales), mientras que el Tribunal fue hostil a la legislación que establecía un sueldo mínimo, un máximo de horas laborales y en general, cualquier forma de protección social y laboral.

David E. Bernstein<sup>31</sup> se coloca en esta línea revisionista de la actitud crítica hacia *Lochner* aunque desde una posición distinta: según él, la motivación básica de la jurisprudencia «lochneriana» fue la creencia de los jueces de que la Constitución estadounidense contaba con un número indeterminado de derechos no codificados, y que la Cláusula de proceso debido protegía dichos derechos<sup>32</sup>. Según el profesor Bernstein, Gillman confunde el concepto de *class legislation*, entendido como aquellas leyes que establecen clasificaciones arbitrarias, con el concepto moderno de *special interest legislation*<sup>33</sup>. La primera vía a través de la que los Tribunales establecieron límites a los poderes de los estados para regular la economía fue la «legislación de clase»,

28. C. R. Sustein, *Lochner's Legacy*, Columbia Law Review, vol. 87, 1987, p. 873. La posición de Sustein es rebatida por David E. Bernstein en *Lochner's Legacy's Legacy*, Texas Law Review, vol. 82, n.1, 2003, p.1. En su dúplica, Cass Sustein afirma estar de acuerdo hoy con muchas de las críticas de Bernstein: vid. C. R. Sustein, *Reply-Lochnering*, en *Ibid.*, p. 65 ss.

29. Cfr. H. GILLMAN, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Power Jurisprudence*, Duke University Press, Durham, 1993.

30. *Ibid.*, p. 10.

31. D. E. Berntein, *Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism*, Georgetown Law Journal, vol. 92, n.1, 2003, pp. 1 ss.

32. *Ibid.*, p. 12.

33. *Ibid.*, p. 13.

basada en los principios de la *Equal Protection Clause*<sup>34</sup>. Sin embargo, con *Lochner vs. New York*<sup>35</sup>, cuando el Tribunal Supremo comienza a ser más agresivo en su revisión de la legislación estatal, no lo hace basándose en principios de equal protection, sino que invoca derechos fundamentales protegidos por la *Due Process Clause*, derechos fundamentales que además no están en la letra de la Constitución, sino que se derivan de la concepción de la libertad propia del *common law*. En este sentido, según Bernstein<sup>36</sup>, *Lochner* sería el antecedente de los casos contemporáneos de *substantive due process* como *Griswold vs. Connecticut*<sup>37</sup>, *Roe vs. Wade*<sup>38</sup> y, en 2003, *Lawrence vs. Texas*<sup>39</sup>, que comentamos en la reseña de jurisprudencia.

Como demuestra el profesor Bernstein<sup>40</sup>, en la literatura jurídica estadounidense de finales del siglo XIX estaba ampliamente aceptada la existencia en EEUU, como en Inglaterra, de una constitución no escrita que confería derechos a los ciudadanos. La discusión radicaba en si dichos derechos eran judicialmente exigibles<sup>41</sup>, o si no lo eran, puesto que la decimocuarta enmienda únicamente daría autoridad a los tribunales para proteger derechos procesales<sup>42</sup>. Sin embargo no existía una fórmula para determinar cuáles eran los derechos fundamentales no escritos de los estadounidenses. Los jueces no utilizaban la teoría de los derechos naturales como una fuente de normas constitucionales «sino como confirmación de los derechos que pensaban que estaban insertos en la tradición angloamericana»<sup>43</sup>. Y entre los derechos propios de la tradición angloamericana estaba la libertad contractual absoluta, que implicaba el derecho a buscar libremente un empleo sin interferencias del gobierno<sup>44</sup>. Así, entre el siglo XIX y el XX, la doctrina norteamericana estaba inmersa en una metodología iusnaturalista que combinaba el análisis constitucional basado en los derechos fundamentales, con una perspectiva historicista. Desde el momento en que la protección de los derechos propios de la tradición angloamericana se incluyó en la decimocuarta enmienda, los jueces del Tribunal Supremo se convirtieron en una suerte de «guardianes» de una determinada cultura en el país más multicultural que existía en el mundo. Según el profesor Bernstein, modelo de esta manera de entender el derecho fue el juez del

34. Vid. *Salughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1872).

35. Y antes con *Allgeyer vs. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

36. D. E. BERNSTEIN, *Lochner Era Revisionism*, Revised cit., pp. 52 ss.

37. 381 U.S. 479 (1965).

38. 410 U.S. 113 (1973).

39. 123 S. Ct. 2472 (2003).

40. D. E. BERNSTEIN, *Lochner Era Revisionism*, Revised cit., pp. 31-35.

41. Como defendía, entre otros, C. G. TIEDEMAN, *The Unwritten Constitution of the United States* 77-78 (1890) C.P. Putnam r basándose en la tesis de A.V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (2ª ed. 1886)

42. Vid. C. E. SHATTUCK, *The True Meaning of the Term "Liberty" in the Federal and States Constitutions Which Protect "Life, Liberty and Property"*, Harvard Law Review, vol. 4, 1891, p. 365 ss.

43. Cfr. S. A. SIEGEL, *Lochner Era Jurisprudence and American Constitutional Tradition*, North Carolina Law Review, vol. 70, p. 83.

44. Para una extensa bibliografía sobre el tema, cfr. D. E. BERNSTEIN, *Lochner Era Revisionism*, Revised cit., pp. 42-46.

Tribunal Supremo Joseph Bradley. Pero ello no es más que una ulterior confirmación del argumento que se pretende refutar, el de la motivación esencialmente política de las sentencias de la era *Lochner* para contrarrestar la presión popular por una legislación proteccionista y la creciente simpatía por las tesis socialistas: el juez Bradley era un conocido antisocialista al que no dolían prendas en manifestarlo en sus propios votos y sentencias<sup>45</sup>.

Durante toda la era *Lochner* el Tribunal rehusó definir de una vez por todas qué clase de regulaciones constituían una violación del debido proceso, y fue creando una jurisprudencia caso por caso que le permitió extender la protección de la Cláusula de debido proceso a aquello que los jueces consideraban los fundamentos del orden social<sup>46</sup>. De esta manera, a partir de *Meyer vs. Nebraska*, que invalidó una ley que prohibía la enseñanza del alemán en la escuelas privadas, la Corte extendió la protección del debido proceso a las libertades civiles, doctrina en la que profundizó al hilo de la persecución de activistas antibélicos por el fiscal general Mitchell Palmer (*Palmer Raids* 1919-1920)<sup>47</sup>. Tras la época de deferencia hacia las políticas sociales del ejecutivo, el Tribunal continuó utilizando el debido proceso para proteger el contenido sustantivo de derechos no reconocidos en la Constitución (*substantive due process review*): en *Griswold vs. Connecticut* reconoció el derecho fundamental de una pareja a usar métodos anticonceptivos en su ámbito privado, en *Roe vs. Wade* reconoció la protección del derecho de las mujeres a poner fin al embarazo<sup>48</sup> y en *Lawrence vs. Texas* el derecho a mantener relaciones íntimas homosexuales en privado.

La cuestión es si este iusnaturalismo proteccionista de los derechos fundamentales que ha servido para limitar la discrecionalidad política de los estados en materia económica y de libertades civiles, podrá servir para limitar la acción del poder federal, respecto al que la Corte aplica criterios interpretativos mucho más deferentes. En primer lugar, hay que tener en cuenta las reticencias con las que la mayoría del actual Tribunal Rehnquist contempla el

45. Cfr., a modo de ejemplo, *Pollock vs. Farmer's Loan y Trust Co.*, 157 U.S. 429, 607 (1895) (donde declara: "The present assault upon capital is but the beginning. It will be but the stepping-stone to others, larger and more sweeping, till our political contest, will become a a war of the poor against the rich: a war constantly growing in intensity and bitterness"; y "It was said in argument that the pasaje of the statute imposing this income tax was an assault by the poor upon the rich, and by much eloquent speech this court has been urged to stand in the breach for the protection of the just rights of property against the advancing hosts of socialism"); *Budd vs. New York*, 143 U.S. 517, 551 (1892) (donde sugiere que si el Tribunal continua la destrucción de los derechos de propiedad, la novela de Edward Bellamy, *Looking Backward*, sobre un futuro socialista, se hará realidad).

46. Cfr. A. M. KALES, "Due Process", *The Inarticulate Major Premise and the Adamson Act*, Yale Law Journal, vol. 26, 1917, pp. 519 ss.

47. Sobre la similitud entre los *Palmer Raids* y la situación actual en los Estados Unidos, cfr. M. CRIADO y A. DE CABO, *¿El fin del garantismo? Actualidad Constitucional en EEUU en 2003*, Teoría y Realidad Constitucional ns. 12-13, 2003-2004, pp. 510-511

48. Originalistas, como la juez Ginsburg, piensan que hubiera sido preferible resolverlo conforme a la *Equal Protection Clause* basándose en la discriminación que supone para las mujeres las restricciones del aborto. Cfr. R. B. GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, North Carolina Law Review, vol. 63, pp. 375 ss.

*substantive due process review*. En *Washington vs. Glucksberg*<sup>49</sup> el Presidente Rehnquist formuló una opinión (mayoritaria con los votos de los jueces Scalia, O'Connor, Kennedy y Thomas<sup>50</sup>) según la cual: «We have always been reluctant to expand the concept of substantive due process because guidepost for responsible decisionmaking in this unchartered area are scarce and open-ended»<sup>51</sup>. Para evitar que la libertad protegida por la *Due Process Clause* se convierta en las preferencias políticas de los miembros de la Corte, el Presidente deja claro que únicamente se protegerán «those fundamental rights and liberties which are, objectively, «deeply rooted in this Nation's history and tradition' and implicit in the concept of ordered liberty' such that 'neither liberty or justice would exist if they were sacrificed'»<sup>52</sup>. Para ello, el Tribunal insiste en una «descripción adecuada del interés fundamental de la libertad» y concluye que solo se considerará fundamental el interés que esté profundamente enraizado en «la historia legal y las prácticas de nuestra Nación»<sup>53</sup>.

En segundo lugar, cabe preguntarse cuáles son los intereses enraizados en la historia legal y las prácticas de EEUU. La doctrina *Lochner* deja claro que la tradición angloamericana protege la libertad de los individuos, pero no su igualdad, de manera que en la cultura constitucional estadounidense uno tiene libertad para ser pobre, para usar anticonceptivos, para abortar y, desde 2003, para mantener relaciones sexuales con quien sea de su agrado, siempre que suceda en un ámbito de privacidad. Pero el criterio cultural «tradición angloamericana» no tiene porqué ser necesariamente extensivo de la libertad de los individuos, sino que puede ser profundamente restrictivo y antidemocrático. Porque, ¿a qué tradición angloamericana nos estamos refiriendo? ¿A la que admite la propiedad del hombre sobre otro hombre esclavo? ¿A la que extermina comunidades étnicas para construir el ferrocarril y permitir que los nuevos colonos gocen de la propiedad, jurídicamente protegida, de tierras que antes disfrutaban los exterminados? ¿A la que desconoce las libertades civiles de la población afroamericana hasta los años 60 del siglo XX? ¿A la que considera competencia discrecional del Presidente financiar, organizar y dirigir un golpe de estado en Chile? ¿A la que considera competencia discrecional del Presidente de los Estados Unidos declarar la guerra a Serbia para que compita en las portadas de los periódicos estadounidenses con su vida sexual?

En julio de 1944, Louis Goodman, un juez federal de distrito de San Francisco, fue a un pequeño pueblo costero de Eureka para celebrar un juicio especial de una semana de duración. El juicio parecía bastante sencillo: veintiséis jóvenes estadounidenses habían sido llamados a filas, pero rehusaron incorporarse al servicio, incumpliendo flagrantemente la *Selective*

49. 521 U.S. 702 (1997).

50. De los cuales Rehnquist, Scalia y O'Connor fueron nombrados por Reagan, Thomas por Bush padre y Kennedy por Gerald Ford.

51. *Ibid.*, 720.

52. *Ibid.*, 720-721.

53. *Ibid.*, 711.

*Training and Service Act* de 1940<sup>54</sup>. Cuando llegó, se enteró de que los hombres eran «Nisei», personas nacidas en los EEUU de antepasados japoneses, y que había sido reclutados en el Centro de Segregación de Tule Lake, uno de los diez campos que el gobierno federal creó en 1942 para encerrar a toda la población de origen japonés de la Costa Oeste. Los jóvenes iban a ser juzgados por rehusar arriesgar sus vidas por los derechos y las libertades que a ellos se les habían negado durante casi dos años. El juez Goodman pensó que la acusación era un ultraje. Pero el problema era que en la región de California nadie parecía pensar lo mismo. En la edición de 1890 del *History and Business Directory* del Condado de Humboldt, se presentaba a la región como «el único condado del estado que no tenía chinos». Cincuenta años después, el ataque japonés a Pearl Harbor no había hecho nada para mejorar las cosas, y leyendo en el periódico local las noticias sobre el juicio «a los japos», el juez Goodman descubrió enormes dosis de racismo y animadversión hacia los inculpados, con lo que se dio cuenta de que si alguien podía echar una mano a los «Nisei» no iban a ser precisamente los doce jurados de Eureka. Así que tenía que hacerlo él mismo. Pero los acusados era claramente culpables teniendo en cuenta el estado de la legislación, por lo que al juez no le quedaba otra que acudir a la Constitución para evitar algo que consideraba moralmente inadmisibile.

La sentencia fue muy breve. Reza que «Espanta a la conciencia que un ciudadano americano, estando confinado por deslealtad, retenido y bajo presión, sea obligado a servir en las fuerzas armadas o sea encausado por no honrar esa obligación»<sup>55</sup>. Invocando «la tradición histórica agloamericana del debido proceso», y diciendo poco más, el juez Goodman rechazó las acusaciones.

Evidentemente, éste (el «*shocks-the-conscience*» test) es un caso extremo de subjetividad judicial en que la Constitución se acomoda a los dictados morales del juez. Sin embargo revela cómo, no solo en ausencia de vínculos normativos claros, sino incluso en presencia de ellos, un determinado concepto de justicia prevalece sobre el derecho positivo. El juez Goodman ni siquiera se planteó si el encarcelamiento en campos de segregación era inconstitucional, ni planteó cuestiones sobre objeción de conciencia, ni invocó derecho que debiera protegerse por la cláusula de proceso debido. Simplemente argumentó que era un exceso inaceptable añadir a las injurias que el gobierno ya había causado a los «Nisei» el estigma de un delito. No sabemos qué pensaría el juez Goodman sobre el suicidio de Sócrates para no contrariar las leyes de la ciudad, aunque estas fueran injustas, pero sí parece claro que no creyó que la justicia de la ciudad fuera la que se establecía en sus leyes, y que su deber como juez antes que aplicar la ley, era impartir jus-

54. Cfr. *United States vs. Kuwabara*, 56 F. Supp. 716, 719 (N.D. Cal. 1944). El fallo admite que los acusados han incumplido la citada Ley, pero rechaza los cargos basándose en consideraciones materiales sobre el proceso debido.

55. *Ibid.*, 719.

ticia. Por eso nos parece muy interesante el intento de Eric L. Muller<sup>56</sup> de construir un parámetro objetivo de interpretación del debido proceso sustantivo a partir de la idea de «conciencia constitucional» que no sólo remita a criterios históricos, sino a la propia subjetividad del juez en la apreciación de esos criterios históricos. A fin de cuentas, el «interés profundamente enraizado» del que habla William Rehnquist quizá no sea sino la «conciencia constitucional» del propio Rehnquist. ¿Un criterio histórico objetivo? Si: el de la acumulación de sus propias circunstancias históricas y vitales.

## 5. JURISPRUDENCIA

Entre las sentencias publicadas por el Tribunal Supremo en el año 2003, la formalmente más relevante es *Lawrence v. Texas* [02-102]<sup>57</sup> que revoca formalmente *Bowers v. Hardwick*<sup>58</sup>. *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs* [01-1368]<sup>59</sup> y *Grutter v. Bollinger* [02-241]<sup>60</sup> son importantes porque marcan una modificación de la línea jurisprudencial seguida anteriormente por el Tribunal. Dedicaremos una atención preferente a estas sentencias<sup>61</sup> y repasaremos brevemente otras que inciden sobre temas que ya han sido objeto de comentario en anteriores Panorámicas<sup>62</sup>. Cuantitativamente la labor del Tribunal se mantiene estable en torno a las 90 sentencias.

*Lawrence v. Texas* supone un cambio trascendental en el tratamiento jurídico de las relaciones homosexuales. No sólo anula la idea de que las relaciones íntimas de carácter homosexual carecen de protección constitucional, sino que sienta las bases para el reconocimiento del «derecho a ser gay» como parte de la Due Process Clause. Es probable que el Tribunal deba volver a manifestarse en breve sobre este tema como consecuencia de la oleada de matrimonios gays que con diferente apoyatura legal se están celebrando en Estados Unidos.

Como consecuencia de una falsa acusación de reyerta armada, la policía local irrumpió en el apartamento de John Geddes Lawrence, al que encontraron manteniendo relaciones sexuales consentidas con el adulto Tyron

56. E. L. MULLER, *Constitutional conscience*, Boston University Law Review, vol. 83, n. 5, 2003, pp. 1017 ss.

57. 123 S. Ct. 2472 (2003).

58. 478 U.S. 186 (1986).

59. 123 S. Ct. 1972 (2003).

60. 123 S. Ct. 2325 (2003), también *Gratz v. Bollinger* [02-516], 123 S. Ct. 2411 (2003).

61. Un amplio comentario en ROBERT C. POST, «Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law» *Harvard Law Review*, vol. 117, nov. 2003, núm. 1, pp. 4-110. Para la última, ver LANI GUINIER, «Admissions Rituals as Political Acts: Guardians at the Gates of our Democratic Ideals», *Harvard Law Review*, vol. 117, nov. 2003, núm. 1, pp. 114-224. En general, para el texto de todas las sentencias citadas <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&navby=year&year=2003> y los comentarios del equipo de Harvard Law Review en la revista ya citada, pp. 226-479.

62. Vid. Los números 1, 3, 5, 7, 10-11 y 12 de esta misma revista.

Garner. Ambos ciudadanos fueron detenidos, acusados de violar la Ley sobre Conducta Homosexual de Texas que considera delictivo «tener contactos sexuales desviados con individuos del mismo sexo». Condenados en un juzgado de paz, los acusados ejercieron su derecho a ser juzgados en el Juzgado Penal del Condado de Harris, en el que impugnaron la ley por violatoria de la Cláusula de Igualdad de la Decimocuarta Enmienda y concordantes de la Constitución de Texas. Se rechazó su impugnación y se les condenó. Con base en Bowers, el Tribunal de Apelación Criminal de Tejas confirmó la sentencia tanto desde el punto de vista de la Cláusula de Igualdad como desde el punto de vista del Debido Proceso. El Tribunal Supremo casó la sentencia. Con Kennedy por ponente, la mayoría del Tribunal sostuvo que el Debido Proceso Sustantivo —la libertad frente a la «intromisión estatal injustificada».— incluye no sólo las libertades espaciales sino también «la autonomía del yo» con «dimensiones más trascendentes». El derecho a la vida privada cubre la conducta sexual más allá de las relaciones maritales y pertenece a cada individuo. Según la sentencia, gays y lesbianas tienen derecho a exigir «el respeto para sus vidas privadas». Aunque el Tribunal ha especificado que «el presente caso no supone que el estado deba dar reconocimiento formal al cualquier tipo de relaciones que contraiga un homosexual», el hecho cierto es que una vez reconocido el derecho fundamental a ser gay, no parece fácil que puedan superar el control de constitucionalidad las leyes que supongan algún tipo de impedimento a este derecho, ya se trate de leyes sobre matrimonio, adopción o reclutamiento militar. Efectivamente, el reconocimiento del derecho implica la aplicación del *strict judicial scrutiny*. El Magistrado Scalia en su voto particular (contrario a la sentencia) prevé, efectivamente, que el siguiente paso deberá ser la legalización de los matrimonios homosexuales. En todo caso, la consecuencia inmediata de esta sentencia ha sido la inaplicabilidad de las leyes de prohibición de la sodomía en 13 estados.

*Nevada Department of Human Resources v. Hibbs* supone un inesperado cambio de rumbo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si, como ya se ha documentado en varias ocasiones en estas mismas Panorámicas<sup>63</sup>, el Tribunal ha anulado buena parte de la legislación federal en materia de derechos económicos y sociales —y, en concreto, *todas* las normas derivadas de la sección 5— a través de la defensa del federalismo, en Hibbs, el Tribunal ha defendido la capacidad del Congreso de dictar la Ley sobre Bajas Médicas y Familiares (*Family and Medical Leave Act*)<sup>64</sup> con base en la Decimocuarta Enmienda.

En 1997, William Hibbs, un empleado del Departamento de Recursos Humanos de Nevada, recibió la aprobación del Departamento para su solici-

63. Se da aquí por reproducida toda la argumentación del Tribunal sobre la Sección 5 de la Decimocuarta Enmienda tal como quedó configurada en *Kimel v. Florida Board of Regents, Board of Trustees of the University of Alabama v. Garret y City of Boerne v. Flores* imprescindible para la comprensión de las actuales sentencias. Vid. M. CRIADO y A. DE CABO, *La actualidad constitucional en EEUU* en 2000, cit., p. 335.

64. FMLA, 29 U.S.C. 2612(a)(1)(C) (2000).

tud de baja no remunerada de 12 semanas para cuidar de su mujer convaleciente. Hibbs hizo uso intermitentemente de su permiso hasta el 5 de agosto, momento a partir del cual no se reintegró al trabajo. En octubre de 1997, el Departamento le informó de que había agotado su permiso según la FMLA, rechazó su petición de permiso adicional y al no presentarse de nuevo al trabajo, lo despidió. Hibbs denunció al Departamento en el Tribunal de los Estados Unidos para el Distrito de Nevada, demandando indemnización y restitución por violación de FMLA, 29 U.S.C. 2612(a)(1)(C) (2000) al habersele descontado de su permiso familiar los días disfrutados según el programa de «baja por catástrofe»<sup>65</sup>. El Tribunal rechazó su petición alegando que Nevada estaba cubierto por la inmunidad de la Undécima enmienda. El Tribunal de Apelación de Nevada del Noveno Circuito casó la sentencia, alegando que 29 U.S.C. 2612(a)(1)(C) (2000) era congruente y proporcional frente a un demostrado patrón de conducta de discriminación por razón de género.

Aunque no es posible entrar aquí en los detalles técnicos, el cambio jurisprudencial consiste en la ampliación del espacio interpretativo del Congreso. En los casos en los que se aplique escrutinio racional, el Tribunal seguirá sin ser deferente, cuando se trate de asuntos que requieran escrutinio estricto (por ejemplo, la discriminación por razón de género), en cambio, el Tribunal será deferente ante el ejercicio del Congreso de sus poderes de la sección 5. Los comentaristas, en general, no aciertan a entender la razón de este brusco cambio jurisprudencial ni la razón de la distinción entre unas y otras áreas<sup>66</sup>.

*Grutter v. Bollinger*, por su parte, ha supuesto la autorización de las acciones afirmativas en la selección de alumnos por parte de las universidades. Existe un importante movimiento de retroceso, al menos desde la primera administración Reagan en materia de acciones afirmativas para el acceso a la Universidad<sup>67</sup>. En concreto, ha sido la valoración del criterio de raza para la admisión el que ha centrado la polémica. Este ataque se había justificado constitucionalmente alegando que la Decimocuarta Enmienda protege a las personas y no a los grupos, por lo que cualquier decisión basada en los criterios de raza —también, pues, las que les benefician— debía someterse a «escrutinio estricto» para demostrar que no se producían violaciones al derecho individual a la igualdad. En la práctica, esto suponía la supremacía de los derechos individuales frente a los grupos desfavorecidos o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de realizar acciones afirmativas.

65. Un programa por el cual los empleados pueden donar sus días no utilizados de baja a un fondo común con el que cubrir contingencias graves.

66. Linda Greenhouse, en el *New York Times* (6 de julio de 2003), ofrece la siguiente explicación biográfica: «¿Y qué podemos decir de la preocupación del Presidente del Tribunal Supremo Rehnquist por la capacidad de la FMLA para borrar 'un extendido estereotipo sexual según el cual el cuidado de los familiares es tarea de las mujeres'? Su hija, Janet, es una madre soltera que hasta hace poco tenía un trabajo muy estresante y con problemas para el cuidado de sus hijos. En diferentes ocasiones a lo largo del año, el Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 78 años, ha salido antes de trabajar para recoger a su nieta en el colegio. Quizá no se trata de evolución, sino de la vida misma» ("Evolving Opinions: Heartfelt Words From the Rehnquist Court").

En *Grutter* (no así en *Gratz*), el Tribunal ha decretado que los programas de admisión a la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan superaban el test de *strict scrutiny*, es decir, que había un «compelling governmental interest» y que estaban «narrowly tailored». Lo novedoso en este caso es el tipo de interés alegado y la participación de *amici curiae*. Efectivamente, en *Grutter* la constitucionalidad de las acciones afirmativas no se deriva de la necesidad de restituir en su derecho a un grupo que ha sido tradicionalmente preterido en la educación superior, sino en el interés social general de contar con una enseñanza plural y democrática, coherente con la sociedad compleja en la que deberán desempeñar su labor los abogados. En este sentido, se presentaron 69 informes de *amici curiae en Grutter* y 45 en *Gratz*, incluyendo los de importantes asociaciones empresariales, del ejército y de líderes de la comunidad académica. El Tribunal y la Universidad parecen haber acogido, de un lado, lo que ya es una política común en el cine, la televisión y (en parte) en el ejército americanos: la presencia de las diferentes minorías raciales como elemento legitimador ante una amenaza creciente de deslegitimación global; y, de otro, lo que se ha demostrado una necesidad ineludible para el mundo de los negocios, la admisión de la fragmentación de mercados por líneas de raza, comunidad, etc. que deben ser reconocidas en la publicidad, diseño de productos, etc. Teniendo en cuenta que el acceso a las Facultades de Derecho de elite es en Estados Unidos (como en tantos países) el camino hacia los puestos directivos de la Administración y de los grandes negocios, esta vinculación entre pluralidad social, democracia y eficacia sólo ha sido reconocida por el Tribunal, una vez que ha sido admitida por las propias elites implicadas.

#### DERECHOS DE COPYRIGHT

Aunque pudiera parecer un asunto menor desde el punto de vista constitucional, *Eldred v. Ashcroft* [01-618]<sup>68</sup> encaja directamente con esta sintonía entre el Tribunal y las elites, en este caso, económicas. Por razones que exceden el alcance de este artículo, los derechos de autor y la propiedad intelectual en general se están convirtiendo en el gran activo del capitalismo globalizado de la sociedad de la información.

El Congreso aprobó en 1998 la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*<sup>69</sup> por la que se ampliaban los derechos de autor de las obras existentes y futuras en 20 años, hasta 95 años después de la muerte del autor. Aunque la Constitución establece la posibilidad de otorgar derechos de autor para «promover el progreso de las ciencias y de las artes» (I, § 8, cl. 8) lo hace duran-

67. Vid. Kenneth L. KARST, *The Revival of Forward-looking Affirmative Action*, Columbia Law Review, vol. 104, n. 1, 2004, pp. 60 ss.

68. 123 S. Ct. 769 (2003).

69. 17 U.S.C.A. §§ 108, 203, 301-304.

te un «período de tiempo limitado». *Eldred* parece, en cambio, autorizar al Congreso a extender de manera indefinida los derechos de autor, renovando periódicamente su legislación al respecto no sólo para obras futuras, sino también para las actuales.

#### OCTAVA ENMIENDA

*Lockyer v. Andrade* [01-1127]<sup>70</sup> y *Ewing v. California* [01-6978]<sup>71</sup> constituyen dos nuevas y contradictorias instancias de aplicación de las tristemente célebres Three Strikes Laws<sup>72</sup>.

Gary Ewing se introdujo tres palos de golf en las perneras de sus pantalones y logró salir de la tienda del campo de golf del Condado de los Ángeles. Detenido en el aparcamiento, se le incautan tres palos de golf de 399 dólares cada uno. Condenado por robo por importe superior a 400 dólares, Ewing resulta tener cuatro condenas anteriores (3 robos y un robo con violencia en las personas) por lo que se le aplica la ley californiana para reincidentes<sup>73</sup> y se le condena en la fase de imputación (trial court) a entre 25 años de cárcel y cadena perpetua. El Tribunal de Apelaciones de California confirmó la sentencia citando *Rummel v. Estelle*<sup>74</sup>. El Tribunal Supremo de California no concedió la revisión.

Leandro Andrade sustrajo 5 cintas de vídeo por un importe de 84,70 dólares en el Kmart. Dos semanas después, robó 4 cintas más (68,84) en otro Kmart. Arrestado, se le imputaron dos faltas de hurto con una condena anterior. Con base en los antecedentes de Andrade, los fiscales pidieron que se consideraran los robos como delitos<sup>75</sup>. Tras ser condenado por ambos delitos, el jurado llegó a saber que Andrade había sido condenado anteriormente por tres delitos de robo en residencia particular en primer grado, por lo que fue condenado a dos penas consecutivas de entre 25 años de cárcel y cadena perpetua. El Tribunal de Apelación de California confirmó la sentencia basándose en *Rummel* y considerando que tras *Harmelin v. Michigan*<sup>76</sup> el principio de proporcionalidad ya no estaba en vigor. El Tribunal Supremo de California

70. 123 S. Ct. 1166 (2003).

71. 123 S. Ct. 1179 (2003).

72. Véanse los comentarios a esta legislación a esta jurisprudencia desde *Monge v. California* 118 S. Ct. 2246 (1998), en M. CRIADO y A. DE CABO, *La actualidad constitucional en EEUU en 1998*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 3, 1999, pp. 308-309.

73. CAL. PEN. CODE § 667 (West 1999).

74. 445 U.S. (1980), en el que se consideraba que una sentencia capital con posibilidad de conmutación por apropiación indebida de 120,75 dólares no viola la Octava Enmienda cuando el condenado ha sido condenado en dos ocasiones por delitos no violentos.

75. CAL. PENAL CODE § 666 (se trata de los llamados "wobblers", ilícitos que pueden ser considerados tanto faltas como delitos).

76. 501 U.S. 957 (1991).

denegó la revisión. Andrade cursó una petición de habeas corpus federal, que el tribunal de distrito denegó. El Noveno Circuito reconoció la posibilidad de apelación con base en la Octava Enmienda y casó la sentencia del tribunal de distrito. Según el Tribunal el caso de Andrade debía considerarse como de sentencia desproporcionada.

El Tribunal Supremo rehabilitó la sentencias de instancia afirmando que la Octava Enmienda no exige una «estricta proporcionalidad entre crimen y pena. Sino que sólo prohíbe las sentencias que son 'enormemente desproporcionadas' en relación al crimen». Dos cadenas perpetuas por robar cintas de vídeo no son, a juicio del Tribunal, una pena «enormemente desproporcionada»....

En abierto contraste con esta decisión, el Tribunal en *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*<sup>77</sup> apreció que un indemnización por daños y perjuicios de 145 millones de dólares en un caso en el que la compensación por daños era de 1 millón, resultaba inconstitucional por exceder de lo autorizado por el Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. («no es razonable ni proporcionado al mal cometido, y constituye una privación irracional y arbitraria de la propiedad del acusado»). Parece, pues, que la sensibilidad sobre lo que es desproporcionado depende más del sujeto que del ilícito cometido.

#### EX POST FACTO CLAUSE Y DUE PROCESS EN RELACIÓN CON DELITOS SEXUALES.

La litigiosidad asociada a los delitos sexuales sigue produciendo una compleja jurisprudencia en medio de una fuerte controversia social.

En *Stogner v. California* [01-1757]<sup>78</sup> el Tribunal invalidó una norma de California<sup>79</sup> conforme a la cual los delitos de abusos sexuales contra menores podían ser juzgados aunque en el momento de su comisión rigieran plazos de prescripción de la acción ya superados. El Tribunal consideró que esta «recriminalización» del comportamiento quedaba vedada por la Ex Post Facto Clause, considerando que las normas sobre prescripción constituyen una amnistía que posibilita al delincuente deshacerse de las pruebas de su inocencia y que normas como la anulada abren la puerta a una legislación vengativa inspirada por los sentimientos del momento.

En *Connecticut Department of Public Safety v. Doe* [01-1231]<sup>80</sup> y *Smith v. Doe* [01-729]<sup>81</sup> el Tribunal ha vuelto abordar el tema de las Megan Laws (las leyes sobre inscripción en registros de delincuentes contra la libertad sexual)

77. 123 S. Ct. 1513 (2003).

78. 123 S.Ct. 2446 (2003).

79. CAL. PENAL CODE § 803(g) (West Supp. 2003).

80. 123 S. Ct. 1160 (2003).

81. 123 S. Ct. 1140 (2003).

ahondando en el dudoso camino abierto por *Kansas v. Hendricks*<sup>82</sup> y continuado por *McKune v. Lile*<sup>83</sup> comentado en la última Panorámica<sup>84</sup>. En estos casos, el Tribunal afirmó la constitucionalidad (y, por tanto, la no violación de la Due Process Clause de la Decimocuarta Enmienda) de una norma de Connecticut<sup>85</sup> que exige el registro de delincuentes sin necesidad de determinar su peligrosidad actual. En *Smith* se impugnaba una norma de Alaska<sup>86</sup> que obliga al registro también a los delincuentes condenados antes de su entrada en vigor. El Tribunal Supremo consideró que no hay violación de la Ex Post Facto Clause puesto que la inscripción no tendría, en su opinión, carácter punitivo sino regulador. Este aspecto ya fue objeto de comentario en el artículo citado en la nota 28.

#### SEXTA ENMIENDA

En *Wiggins v. Smith* [02-311]<sup>87</sup> el Tribunal ha seguido depurando su jurisprudencia sobre el comportamiento de los abogados en los casos de pena capital. En esta ocasión, el Tribunal ha establecido la obligatoriedad para los abogados de investigar la historia personal de sus clientes, según establecen las normas de la American Bar Association. Se trata, probablemente, del primer paso hacia la exigencia legal de los llamados «mitigation specialists», especialistas en reconstruir la historia vital del delincuente como atenuante para sus crímenes.

#### LEYES SOBRE INMIGRACIÓN

*Demore v. Kim* [01-1491]<sup>88</sup> continúa empeorando la situación legal de los extranjeros en Estados Unidos. En este caso, apartándose de dos sólidas tradiciones jurisprudenciales. La primera, que limita la deferencia hacia los poderes soberanos del Estado a cuestiones sustantivas, mientras exige el cumplimiento de las exigencias constitucionales habituales en cuestiones de procedimiento; la segunda, la que distingue entre residentes permanentes y resto de extranjeros. U.S.C. § 1226(c) establece la detención de los delincuentes extranjeros durante las vistas relativas a su expulsión. Hyung Joon Kim, un residente legal permanente desde los seis años, tras permanecer detenido más de tres meses solicitó habeas corpus. El Tribunal Supremo estableció que la detención «es un aspecto constitucionalmente válido del proceso de deportación» sobre el que el Congreso cuenta con plenos poderes.

82. 521 U.S. 346 (1997).

83. 536 U.S. 24 (2002).

84. Cfr. M. Criado y A. DE CABO, *¿El fin del garantismo?* cit., p. 530.

85. CONN. GEN. STAT. §§ 54-250 a 254 (2003).

86. ALASKA STAT. § 12.63.010 (Michie 2000).

87. 123 S. Ct. 2527 (2003).

88. 123 S. Ct. 1708 (2003).

## PORNOGRAFÍA E INTERNET

Internet sigue ofreciendo un campo de batalla en las relaciones entre pornografía y libertad de expresión. En *United States v. American Library Ass'n* [01-361]<sup>89</sup>, el Tribunal estableció que el Congreso no violó la Primera Enmienda al subvencionar el acceso a Internet sólo en aquellas bibliotecas públicas que instalen software diseñado para bloquear el acceso a materiales obscenos o pornográficos.

89. 123 S. Ct. 2297 (2003).