

EL TRIBUNAL BURGER Y LA DOCTRINA DE LAS "POLITICAL QUESTIONS" EN LOS ESTADOS UNIDOS

ENRIQUE ALONSO GARCIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS EXPLICACIONES DOCTRINALES: II.1. Teorías que intentaban explicar el fenómeno. II.2. El problema de la imposibilidad de aplicar un remedio típicamente judicial a la situación jurídica creada. II.3. Las *political questions* como el rechazo de la judicialización de mandatos constitucionales. II.4. Las diferencias con otros pronunciamientos competenciales.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL BURGER: III.1. Los casos. III.2. ¿Qué nos enseñan?

I. INTRODUCCIÓN

En 1962 el Tribunal Warren (1) intentó delinear por primera vez en la jurisprudencia norteamericana las líneas maestras de la llamada «political questions doctrine».

Baker v. Carr (2) sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina se trataba: a) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) de una carencia de *standars* judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c) de una

(1) En Norteamérica es corriente designar a los distintos períodos de la historia del Tribunal Supremo (TS) por el nombre de su presidente. Sobre el papel del presidente, véase SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana* (ed. Civitas, 1980), pp. 85-87. Burger fue nombrado presidente en 1969.

(2) 389 US 186 (1962). La abreviatura lo es de los United States Reports, recopilación oficial de las sentencias del TS. La cifra inicial corresponde al volumen y la final a la página. Hasta que los correspondientes volúmenes se editan, las sentencias quedan recopiladas provisionalmente en otros repertorios. El de más corriente uso es el Law Week-(LW), de ahí que en las sentencias del curso de 1979 se utilicen estas últimas. Por cierto, el curso del TS es del 1 de octubre al 30 de junio, designándose por el año en que empiezan.

imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; *d*) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; *e*) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, *f*) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales.

La citada sentencia, que abría el paso a la «judicialización» de las divisiones territoriales electorales (3), indicando precisamente que no eran una *political question*, y dando lugar así a un giro total de la jurisprudencia del propio TS en esta materia (4) ha sido objeto de una enorme bibliografía. Lo que a continuación vamos a examinar es la doctrina constitucional en la materia antes del Tribunal Burger y la jurisprudencia del mismo para ver hasta qué punto concuerdan una y otra.

II. LAS EXPLICACIONES DOCTRINALES

II.1 *Teorías que intentaban explicar el fenómeno*

Como es sabido, el TS constituye la doctrina como un requisito jurisdiccional. Si se trata de una *political question*, el TS rechaza la demanda por falta de jurisdicción, sin entrar en el fondo de la cuestión. Pero la doctrina es considerada como una manifestación fundamental de la naturaleza misma de la jurisdicción constitucional.

La doctrina había formulado tres explicaciones distintas: 1) Teoría clásica: el ejercicio de la jurisdicción constitucional es un deber sólo excusable cuando la decisión ha sido encomendada a otro órgano constitucional (5). 2) Teoría «prudencial»: las *political questions* suponen una válvula de escape de la jurisdicción constitucional para no tener que pronunciarse, si no quiere, sobre algunos temas (6). 3) Teoría funcional: se debió a una reacción necesaria frente a las imposibilidades de tipo técnico (falta de información, falta de uniformidad en la actuación del Estado en su conjunto, etc.) (7).

(3) Véase SCHWARTZ, *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 88-89.

(4) *Colegrove v. Green*, 328 US 549 (1946).

(5) Véanse WESTON: *Political Questions*, 38 *Arv. L. Rev.* 296 (1925), y WECHSLER, *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

(6) Véanse FINKELSTEIN: *Judicial Self-Limitation*, 37 *Harv. L. Rev.* 338, 381 (1924), y BICKEL, *The Least Dangerous Branch* (1962), pp. 183-189.

(7) Véase SCHARPF: *Judicial Review and the Political Question: a Functional Analysis*, 75 *Yale L. J.* 517 (1966).

Como el lector ha podido ya notar seguramente, todas las explicaciones tienen su reconocimiento jurisprudencial en *Baker v. Carr* (8): la teoría clásica en el primer apartado, la prudencial en los tres últimos y la funcional en los dos segundos.

II.2 *El problema de la imposibilidad de aplicar un remedio típicamente judicial a la situación jurídica creada*

En 1976 HENKIN (9) intentó otra explicación totalmente distinta. El TS rehúye el pronunciamiento porque la sentencia tendría que remediar la situación jurídica sólo mediante la asunción de funciones típicamente legislativas o administrativas. Es la falta de *equitable remedy* lo que determina la falta de jurisdicción.

II.3 *Las political questions como el rechazo de la judicialización de mandatos constitucionales*

Finalmente, en 1978 TRIBE (10) ha intentado explicar el fenómeno como una negación del TS a considerar determinadas cláusulas constitucionales como directamente enjuiciables por los tribunales.

II.4 *Las diferencias con otros pronunciamientos competenciales*

Hasta ahora las explicaciones tomadas en consideración distinguían entre las *political questions* y los pronunciamientos sobre el fondo. Pero también se ha tratado de distinguir entre las *political questions* y otras técnicas utilizadas por el TS para eludir el pronunciamiento sobre el fondo: *mootness*, *ripeness*, *justiciability*, *standing* y *advisory opinions* (11) o, simplemente, denegación del *writ of certiorari* (12).

La diferencia con las primeras reside en que el TS no se pronuncia sobre el valor de un mandato jurisdiccional, sino sobre aspectos típicamente procesales, *sin examinar la fuerza legal del precepto consti-*

(8) 369 US 186 (1962).

(9) HENKIN: *Is There a Political Question Doctrine?*, 85 Yale L. J. 597 (1976).

(10) TRIBE: *American Constitutional Law* (1978), pp. 71-79.

(11) Es decir, «preclusión», «demanda prematura», «falta de jurisdicción» (no existen paralelos para ninguno de los tres en la terminología procesal española), «legitimación» y «consultas sin pretensión». Todas ellas se basan en la necesidad de existencia de un «caso o controversia», según el artículo III de la Constitución.

(12) Este *writ* es totalmente discrecional, reconocido a nivel de rango legal desde la primera Judiciary Act.

tucional en sí mismo, cosa que no ocurre con las *political questions*. Con la segunda la diferencia es mucho más clara, porque la denegación del writ no constituye jurisprudencia del TS.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL BURGER

III.1 Los casos

El Tribunal Burger ha tenido ocasión de examinar la doctrina en numerosos casos. Revisando las áreas que tradicionalmente han dado lugar a este tipo de pronunciamientos, no ha habido ningún caso en las de *impeachment* (13), cláusula de garantía (14) o enmienda constitucional (15).

Pero el TS estudió el tema en las áreas de las competencias de los partidos políticos: *O'Brien v. Brown* (16) y *Cousins v. Wigoda* (17); de la inmunidad del ejecutivo: *United States v. Nixon* (18); en las cualificaciones para senadores: *Roudebush v. Hartke* (19); del Spoil System: *Elrod v. Burns* (20); del poder exterior: los llamados *Vietnam cases* (21) y *Goldwater v. Carter* (22), y, finalmente, en el área de los controles sobre la Guardia Nacional: *Gilligan v. Morgan* (23).

(13) Todavía es una incógnita en el Derecho Constitucional americano si el Tribunal Supremo entraría a enjuiciar un recurso contra el *impeachment*.

(14) Se llama *guaranty clause* al requisito de que los Estados deben tener «forma republicana de gobierno». El tema fue considerado *political question*, tanto con motivo de «revoluciones internas» de los Estados, en *Luther v. Borden*, como con motivo de demandas exigiendo la redistribución de distritos electorales antes de *Baker v. Carr*, en *Colegrove v. Green*, 328 US 549 (1946).

(15) El proceso de enmienda constitucional fue considerado *political question* en *Coleman v. Miller*. La ratificación del ERA (Equal Rights Amendment), futura (?) enmienda número 27, que establece la igualdad de sexos, va a plantear con toda seguridad de nuevo el tema ante el TS.

(16) 409 US 1 (1973) Per Curiam. (Es decir, en juicio sumario, sin vista.)

(17) 419 US 477 (1975).

(18) 418 US 683 (1974).

(19) 405 US 15 (1972).

(20) 427 US 347 (1976).

(21) Hubo alrededor de unos setenta casos cuestionando la constitucionalidad de la guerra del Vietnam. En ellos, el Tribunal Burger heredó la «política» del Tribunal Warren de denegar, pura y simplemente, el *certiorari*. Puede verse un trabajo informativo en SUGARMAN, *Judicial Decisions Concerning the Constitutionality of the United States Military Activity in Indo-China*, 13 Colum. J. Transnat'l L. 470 (1974). De los votos particulares del juez Douglas a las denegaciones de *certiorari* se deduce que el obstáculo principal fue el considerar el tema como una *political question*. Su posición contraria a la denegación se encuentra expuesta extensivamente en *Massachusetts v. Laird*, 400 US 886.

(22) 444 US —; 48 LW 3402 (1979). Per Curiam.

(23) 413 US 1 (1973).

III.2 ¿Qué nos enseñan?

III.2.1 *Existe una doctrina de las «political questions».*—El TS ha reaccionado vigorosamente contra una cierta tendencia de la doctrina y de los tribunales inferiores en el sentido de que la teoría estaba perdiendo vigor. El fenómeno había sido provocado por el Tribunal Warren, que procedió a «invadir» sistemáticamente esferas de competencia que la doctrina jurisprudencial anterior del TS había considerado *political questions*. Singularmente, el Tribunal Warren había «judicializado» la ya vista «redistribución electoral» (24) y había revisado, no sin gran asombro, la expulsión de senadores por el Congreso (25).

Sin embargo, en *Gilligan v. Morgan* (26) el TS señaló expresamente que «el hecho de que la teoría haya sido declarada inaplicable a ciertas situaciones cuidadosamente delimitadas no es razón suficiente para que los tribunales federales la supongan obsoleta».

El lenguaje de *Goldwater v. Carter* (27) también ha dejado clara su vigencia.

III.2.2 *Las esferas abarcadas por la teoría.*—La labor del Tribunal Burger ha contribuido a delimitar las áreas que tradicionalmente daban lugar al rechazo de la competencia. Los casos de *Spoil System* han quedado fuera de toda posible consideración como *political questions* con la declaración del sistema como inconstitucional. De hecho, con el *Spoil System* había ocurrido lo mismo que con otras áreas. La terminología de «políticas» había dado lugar a un confucionismo enorme. El origen del término está en la misma sentencia que institucio- nalizó el *judicial review* (28), que utilizaba el término *political* como contrapuesto al de «judicial». Pero la terminología hizo creer que toda cuestión por naturaleza «política» es de distinta naturaleza. Así, áreas de autonomía constitucional que nada tenían que ver con el tema llegaron a ser consideradas «políticas».

El Tribunal Burger ha rechazado este enfoque tanto en el tratamiento del *Spoil System* (29) como en el de las esferas de competen-

(24) A partir de *Baker v. Carr.*, 369 US 186 (1962).

(25) *Powell v. McCormack*, 395 US 486 (1969).

(26) 413 US 1 (1973).

(27) 444 US — (1979).

(28) *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

(29) Lo hizo, además, con total independencia de los motivos de la declaración de inconstitucionalidad. Tanto los votos de la mayoría como los de los disidentes, en *Elrod v. Burns*, 427 US 347 (1976), rechazaron el enfoque del tema como si fuera una *political question*.

cias no enjuiciables de los partidos políticos (30). Lo mismo puede decirse del sistema de inmunidad presidencial (31).

Roudebush v. Hartke (32) ha contribuido a delimitar una cuestión dejada aparte en el caso de las cualificaciones para senador, *Powell v McCormack* (33).

Finalmente, *Gilligan v. Morgan* (34) y *Goldwater v. Carter* (35) han ampliado grandemente el ámbito de las *political questions* introduciendo nuevas consideraciones: la no «judicialización» del artículo I, sección 8, cláusula 16, de la Constitución, que encomienda al Congreso y al presidente la regulación de la Guardia Nacional y la no «judicialización» de la atribución de competencias acerca de las cuales no se pronuncia la Constitución.

Volveremos sobre estos dos casos, que son los más importantes en esta materia, posteriormente.

III.2.3 *La técnica empleada.*—Como ha puesto de relieve TRIBE (36), el método consiste en entrar a interpretar determinado precepto constitucional, en el que se ampara la demanda, para ver si puede ser aplicable o no judicialmente (*judicially enforceable*). Ello exige entrar

(30) El TS pareció sugerirlo así en *O'Brien v. Brown*, 409 US 1 (1973), per curiam. Pero rechazó el enfoque implícitamente en la sentencia posterior: *Cousins v. Wigoda*, 419 US 477 (1973), aunque no hubo mayoría suficiente para rechazarlo definitivamente porque las partes no hicieron expresamente alegación alguna en este sentido. Sobre el tema véanse las citadas sentencias y RORUNDA, *Constitutional and Statutory Restrictions on Political Parties in the Wake of Cousins v. Wigoda*, 53 Tex L. Rev. 935 (1975), y KESTER, *Constitutional Restrictions on Political Parties*, 6 Va. L. Rev. 731, 783 (1974).

(31) El *executive privilege* fue planteado por el abogado de Nixon en el caso de las cintas de Watergate. El TS se apoyó directamente en el precedente de *Marbury v. Madison* para rechazarlo. Pese a ello, el TS no dejó totalmente cerrada la posibilidad de un área presidencial de autonomía no enjuiciable por los tribunales. Véase *United States v. Nixon*, 418 US 683 (1974).

(32) 405 US 15 (1972).

(33) 395 US 486 (1969). Una nota a pie de página indicaba que dejaba fuera de consideración el tema de si la comprobación de los elementos de hecho realizada por el Congreso sería revisable. Hay que tener en cuenta que en Norteamérica los procesos internos parlamentarios no son controlables. *Roudebush* extendió todavía más el ámbito exento de jurisdicción del Congreso en el ejercicio de su potestad de autorregulación, al amparo del artículo I, sección 5 de la Constitución: los tribunales federales no pueden ni siquiera llevar a cabo un proceso cautelar tendente a asegurar que el Congreso esté en condiciones de comprobar la regularidad de los procedimientos por los que son elegidos sus miembros.

(34) 413 US 1 (1973).

(35) 444 US — (1979).

(36) Véase la nota 10 y el texto que la acompaña.

en el examen sustantivo de la cláusula constitucional concreta. Como es sabido, la Constitución de Estados Unidos no tiene una clasificación de preceptos a efectos de enjuiciabilidad (37). El TS ha aplicado prácticamente la totalidad de los preceptos no sólo con valor interpretativo, sino directamente vinculante (38). Las *political questions* suponen el reconocimiento precisamente de cláusulas no enjuiciables, de ahí la conexión íntima del tema con el de la naturaleza de la justicia constitucional.

Naturalmente, un mandato constitucional no enjuiciable sólo puede implicar que el precepto debe ponerse en práctica por otro órgano constitucional. Existe siempre un mandato explícito o implícito (como el *executive privilege* o los poderes del presidente en los asuntos de política exterior) a otro órgano constitucional, y lo que se discute con el tema de las *political questions* es si los tribunales pueden sustituir la inactividad, el ejercicio anticonstitucional o la «usurpación» de la competencia por otro órgano constitucional. Estos pronunciamientos en otros tribunales constitucionales son pronunciamientos de fondo que no plantean problema alguno de jurisdicción. Las *Verfassungsorganestreitigkeiten* y la delimitación del alcance del no-uso o del mal-uso de una competencia, configurando, en su caso, áreas de discrecionalidad en el ejercicio del poder, son en Europa pronunciamientos de fondo. En América se entiende que no lo son. Y la única explicación consiste en que no hay una cláusula de atribución de competencias concretas porque el *judicial review* es creación jurisprudencial. El TS entiende que cuando configura un área de discrecionalidad tiene que reconocer que, pese a que ha entrado en el examen del precepto constitucional, carece de jurisdicción para aplicarlo. Aunque el TS es el intérprete supremo de la Constitución (39), la interpretación, cuando supone que no se puede llegar más allá, no es considerada una función jurisdiccional en sí misma, de ahí que las *political questions* sean juicios de competencia y no de fondo.

El método, en ese sentido, no ha variado en absoluto con el Tribu-

(37) No podía tenerla porque el *judicial review* no es creación de la Constitución, sino jurisprudencial.

(38) Incluso en cláusulas cuya aplicabilidad judicial exigiría la construcción de acciones públicas, ampliando el concepto de legitimación, Véase *Flast v. Cohen*, 392 US 83 (1968).

(39) Véase *Cooper v. Aaron*, 358 US 1, 17-19 (1958). De todas formas sólo en 1958 se atrevió el TS a hacer esa afirmación, y la cuestión no es tan clara todavía para los norteamericanos.

nal Burger (40). Sus *obiter dicta* en *United States v. Nixon* (41) relativos al rechazo de que las competencias del presidente en *foreign affairs* en bloque puedan considerarse *political questions* han reafirmado, por el contrario, la metodología empleada.

III.2.4 *El fundamento de la no enjuiciabilidad.*—Lo importante, sin embargo, no reside en el método (que, no obstante, sirve para diferenciar las *political questions* de los otros pronunciamientos de falta de jurisdicción), sino en el resultado: la no enjuiciabilidad de determinadas cláusulas constitucionales o, mejor, no enjuiciabilidad no en el sentido de interpretación, sino en el de que el poder judicial no pueda aplicar la cláusula (*judicial enforcement*).

Es en este tema donde el Tribunal Burger ha aclarado en gran medida la teoría: el fundamento reside en cuatro principios básicos y ninguno de ellos tiene carácter «funcional» o «prudencial», sino que son principios sustantivos (separación de poderes y federalismo); puramente procesales y de naturaleza de la jurisdicción constitucional.

III.2.4.1 *La separación de poderes y el federalismo.*—El Tribunal Burger ha rechazado abiertamente la judicialización de funciones claramente legislativas o administrativas, rompiendo con la tendencia «activista» del Tribunal Warren.

Gilligan v. Morgan (42) es el ejemplo más claro. Con motivo de los sucesos en la Universidad de Kent, los demandantes pidieron que los tribunales controlaran el entrenamiento, las órdenes y el armamento de la Guardia Nacional, para evitar posteriormente el empleo excesivo de fuerza. El TS rechazó que los tribunales pudieran ejercer este tipo de control. Un caso posterior, en el que se pedían daños y perjuicios por los perjudicados en los sucesos de la Universidad, no planteó problema alguno (43). El Tribunal Burger ha llegado así incluso a «inventar» una nueva técnica llamada simplemente *non justiciability* (falta de jurisdicción) para eludir controles apriorísticos de poderes constitucionales como el ejército (44) o los tribuna-

(40) Sólo el juez Frankfurter y, actualmente, el juez Rehnquist aplican el concepto con independencia del precepto constitucional *que se va a aplicar*, considerando simplemente que hay cuestiones que deben dejarse al proceso político. Rehnquist fue el autor tanto de *O'Brien v. Brown* (véase nota 28 y el texto que la acompaña) como de *Goldwater v. Carter*, 444 US — (1979).

(41) 418 US 683 (1974).

(42) 413 US 1 (1973).

(43) Véase *Scheuer v. Rhodes*, 416 US 232 (1974).

(44) Véase *Laird v. Tatum*, 413 US 1 (1973). Se pedía la supresión de un registro de información militar sobre participantes en asambleas contra la guerra del Vietnam.

les (45) o ejecutivos (46) estatales o de órganos de gobierno local inferiores en nivel a los Estados.

Esta nueva doctrina se basa en parte en que el remedio a la situación jurídica creada implicaría funciones de regulación de esos órganos (47) y en parte en el hecho de que, según *Baker v. Carr* (48), las relaciones federales no constituyen nunca *political questions*.

En todo caso, el Tribunal Burger no parece en absoluto dispuesto a aumentar la intervención judicial apriorística sustituyendo la labor de parlamentos o ejecutivos, federales o estatales. El área de las *political questions* para no usurpar funciones tradicionalmente encomendadas a otros órganos parece, hoy por hoy, inamovible.

III.2.4.2 *Fundamentos procesales*.—El segundo tipo de fundamento para construir una *political question*, que ha puesto de relieve el Tribunal Burger, ha sido el de negarse a judicializar las *Verfassungstreitigkeiten* cuando los propios órganos constitucionales no provocan el conflicto. El TS jamás se pronunciará sobre un tema en el que el Congreso o el presidente no han utilizado sus poderes para tratar de solucionar el conflicto. Los *Vietnam cases* (49) y *Goldwater v. Carter* (50) constituyen el ejemplo típico.

En los primeros de ellos, el Tribunal Burger, siguiendo la línea trazada por el Tribunal Warren, denegó el *certiorari* de sentencias que apreciaban que la alegación de inconstitucionalidad de la guerra de Vietnam, por la falta de autorización del Senado, era una *political question*. Quizá una oposición abierta del Congreso habría motivado el conflicto. De todas formas ello no ocurrió y, dado que la denegación de *certiorari* no sienta jurisprudencia alguna, no puede decirse sino que el TS se negó a entrar en el tema. Ello ha dado pie a que se reforcen las llamadas teorías «prudenciales», pero en todo caso el tema

(45) Véase *O'Shea v. Littleton*, 414 US 488 (1974). Los demandantes acusaban a los jueces de un *County de discrimenar*, según la raza en la imposición de penas en delitos leves y faltas.

(46) Véase *Rizzo v. Goode*, 423 US 362 (1976). Se trataba de controlar actividades discriminatorias de la policía de Philadelphia contra militantes en el movimiento de derechos civiles.

(47) Parte de la doctrina ya ha puesto de relieve este carácter legislativo-administrativo, para criticarlo en los sectores donde se produce (escuelas, hospitales, prisiones, redistribuciones territoriales electorales, etc., donde los jueces federales son prácticamente administración activa), como Cox, *The New Dimensions of Constitutional Adjudication*, 51 Wash. L. Rev. 791 (1976), o para intentar abarcarlo en una nueva visión, más amplia, del *judicial review*, como la de Lusky, *By What Right* (1975), pp. 48 y ss.

(48) 369 US 188 (1962).

(49) Véase nota 21.

(50) 444 US — (1979). Per curiam.

siempre puede explicarse como la no accionabilidad judicial de un precepto constitucional explícito (la declaración de guerra del Senado) o implícito (poderes militares del presidente).

El fundamento no es otro que el de la creencia de que cada poder es autosuficiente y debe procurar todos los medios a su alcance (el Senado, en este caso, recortando los presupuestos mediante el llamado *power of the purse*, por ejemplo) para hacer valer sus atribuciones.

Esta concepción especial del proceso constitucional norteamericano se ha visto reforzada por la más reciente jurisprudencia en materia de atribuciones de política exterior. En *Goldwater v. Carter* (51), un grupo de senadores impugnó la derogación automática del tratado de defensa entre Estados Unidos y Taiwan, hecho por simple declaración de la Secretaría de Estado, que entendió que el restablecimiento de relaciones diplomáticas con la República Popular de China debía dar lugar a que el tratado se entendiera derogado. La Constitución exige dos tercios de votos de los senadores para ratificar un tratado, pero guarda silencio acerca del procedimiento para derogarlo, por lo que la demanda se fundamentaba en que, si exige la intervención del Senado para ratificar, es absurdo que el presidente pueda arrogarse el poder derogatorio.

La opinión mayoritaria (52) apreció que el tema era una *political question* por varios motivos: *a)* el precedente que supone el que el silencio constitucional, en otros casos, como los de enmienda constitucional, hubiera dado lugar a una *political question* (53); *b)* el que el tratado fuera de defensa; *c)* el que no implicara derechos privados, y *d)* el que el Congreso no se hubiera movido en ningún sentido para provocar el conflicto.

De ellos, el primero es por sí mismo simple *obiter dictum*; la mayoría de las cuestiones sometidas a la justicia constitucional se deben precisamente a la ausencia de claridad en los preceptos constitucionales; el segundo, si bien es una afirmación que ayuda a comprender

(51) Idem.

(52) Redactada por el juez Rehnquist. Hay voto concurrente del juez Powell, apreciando otro motivo de incompetencia (*ripeness*), pero rechazando expresamente que acepte la opinión mayoritaria, y un voto particular del juez Brennan, que entendía que el caso debería haber dado lugar a un juicio plenario y a un pronunciamiento sobre el fondo, apreciando la constitucionalidad de la derogación, por ser un todo, en este caso, con los poderes implícitos de un presidente en materia de reconocimiento de estados y/o gobiernos y de relaciones diplomáticas. Pese a que el resultado sería el mismo, el voto de Brennan es, naturalmente, un voto disidente; su concepción judicial es mucho más «activista» que la del resto de sus colegas.

(53) *Coleman v. Miller*.

el ámbito discrecional de los poderes del presidente en materia de política exterior, no fundamenta para nada la ausencia de un pronunciamiento en cuanto al fondo; el tercero habría dado lugar a una falta de legitimación, pero no a una *political question*. Sólo queda en realidad el último, que es el que el TS se ocupa de resaltar, citando un párrafo entero de la sentencia del tribunal inferior: el Congreso no es un poder que necesite protección. Puede valerse por sí mismo (54).

No se trata, como en la doctrina constitucional europea, de que la legitimación esté limitada a los órganos que entienden que se ha producido el conflicto, sino pura y simplemente de no aceptar la resolución de conflictos para los que otros poderes tienen medios de solución que el TS estima suficientes. Se trata de una concepción del proceso en general totalmente distinta a la europea debido a la peculiar situación que para el TS americano supone el origen en sí mismo del *judicial review*, de carácter jurisprudencial, que le obliga a buscar un equilibrio con el resto de los poderes mucho más refinadamente que en los casos en que la jurisdicción constitucional está abiertamente reconocida y atribuida a un órgano constitucional distinto del tradicional judicial.

III.2.5 *La concepción adjetiva de la justicia constitucional.*—Finalmente, el Tribunal Burger ha vuelto a confirmar en su jurisprudencia una concepción adjetiva de la naturaleza de la justicia constitucional norteamericana.

Si ya vimos que, en último término, la cuestión metodológica se resuelve en una pregunta esencial acerca de la aplicabilidad judicial de un precepto constitucional determinado, la pregunta obvia posterior es la siguiente: ¿qué determina que el TS entre a aplicar una cláusula constitucional antes considerada como no enjuiciable? Esta pregunta supone invertir la investigación acerca del fundamento del rechazo de jurisdicción; es decir, si el fundamento de las *political questions* reside en parte en un problema de *remedies* y en parte en un mandato expreso o implícito a otro órgano, que el TS no quiere sustituir, el estudio de su naturaleza puede hacerse a la inversa: ¿cuándo puede un tribunal dotar de eficacia al mandato constitucional dirigido a otro poder, aunque ello implique inmiscuir a los tribunales en funciones administrativas o legislativas, máxime si ese precepto constitucional ha sido considerado *political question* anteriormente?

(54) La sentencia dice literalmente: «Se nos ha pedido resolver un conflicto entre poderes del gobierno federal de igual rango, cada uno de los cuales tiene medios a su alcance para proteger y afirmar sus intereses.»

El TS no había respondido claramente a esta pregunta. Es cierto que había modificado su doctrina varias veces. El caso de las distribuciones electorales es quizá el más significativo. Pero, para modificar el precedente, el Tribunal Warren recurrió a una pequeña trampa: las demandas anteriores se habían fundamentado en la cláusula de garantía (55); en *Baker v. Carr* (56) el TS rechazó igualmente la aplicación judicial de dicha cláusula, pero apreció la alegación de que lo infringido era el principio de igualdad (un hombre, un voto) de la enmienda número 14, hasta entonces nunca alegada como infringida en relación con el tema de la distribución de distritos electorales.

El Tribunal Burger, por el contrario, ha explicado mucho más claramente qué determina el abandono de la teoría de las *political questions* en sectores concretos.

En *Gilligan v. Morgan* (57) dijo textualmente que «los casos relativos al derecho de voto [refiriéndose a *Baker v. Carr* (58)] han supuesto, sin lugar a dudas, un esfuerzo del Tribunal para afianzar el sistema político asignando un nivel más elevado de justicia (*fairness*) y responsabilidad a los procesos políticos, no una asunción de la competencia para formular juicios políticos de carácter sustantivo expresamente encomendados a otros poderes».

Con ello el Tribunal Burger ha resaltado una noción de la naturaleza jurídica de la función de enjuiciamiento constitucional, noción que, si bien había sido utilizada en otros sectores de enjuiciamiento, nunca hasta ahora se había aplicado a la «invasión» de áreas consideradas *political questions* y, por tanto, dando lugar a que preceptos constitucionales no enjuiciables sean ahora objeto de su competencia.

Esta noción, que tiene su expresión más acabada en la famosa nota a pie de página número 4 de la sentencia en el caso *United States v. Carlene Products Co.* (59), viene a indicar que el TS no puede manejar valores sustantivos en el proceso de enjuiciamiento constitucional. No puede reconocer derechos fundamentales distintos a los señalados en el texto. No puede ampliar el principio de igualdad a discriminaciones distintas de las de raza, que fueron el motivo determinante del reconocimiento del citado principio en la enmienda número 14. No puede, en suma, proteger valores de una sociedad cambiante. Este papel corresponde exclusivamente a los órganos representativos. Su función, por el contrario, en el proceso de enjuicia-

(55) Véanse notas 4 y 14.

(56) 369 US 188 (1932).

(57) 413 US 1 (1973).

(58) Idem nota 56.

(59) 304 US 144, 152 n. 4 (1938)

miento constitucional, reside en limpiar los canales de participación y proteger la representación de minorías que son perennemente apartadas del poder. Es una orientación «procedimentalista» de la jurisdicción constitucional, función que no se contradice en absoluto con el principio democrático (60).

Con anterioridad al Tribunal Burger, esta concepción de la justicia constitucional había sido aplicada en distintos sectores, principalmente en el del principio de igualdad de la enmienda número 14, pero no había sido expresamente admitida como mecanismo de aplicación de preceptos constitucionales dirigidos a otros órganos (de ahí la «pirueta» de *Baker v. Carr*).

(60) Recientemente esta concepción de la justicia constitucional ha sido expuesta sistemáticamente por ELY, *Democracy and Distrust* (1980), libro que refunde tres artículos de imprescindible lectura para el moderno estudio del constitucionalismo norteamericano: «Constitutional Interpretivism, its Allure and Impossibility», 53 *Ind. L. J.* 399 (1978); «On Discovering Fundamental Values», 92 *Harv. L. Rev.* 5 (1978), y «Towards a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review», 37 *Md. L. Rev.* 451 (1978).

La obra de Ely ha sido, sin embargo, atacada desde distintos puntos de vista. Los dos autores más conocidos que se han distinguido por la defensa de una concepción de la justicia constitucional, cuya función consiste en la apreciación de valores comunitarios de carácter sustantivo, han sido TRIBE, *American Constitutional Law* (1978) y *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 *Yale L. J.* 1083 (1980), y PERRY, *Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process*, 23 *UCLA L. Rev.* 889 (1976).

.

o

CRONICA PARLAMENTARIA

