

LA (R)EVOLUCIÓN CONSERVADORA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO (*)

MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Al hilo de tres libros publicados por el Prof. de Georgetown Mark Tushnet, el artículo hace un repaso de las principales y más recientes tendencias doctrinales, legislativas y jurisprudenciales en el Derecho constitucional de los Estados Unidos de América. Se analizan particularmente los efectos que sobre los derechos fundamentales ha tenido la legislación antiterrorista (*USA Patriot Act*), así como, más en general, la orientación conservadora seguida por el Tribunal Supremo en la última etapa de la presidencia de Rehnquist. El artículo intenta dar algunas de las claves que van a presidir el próximo relevo de algunos de los jueces de dicho Tribunal.

Palabras clave: Constitución, Estados Unidos de América, Neoconservadurismo, Mark Tushnet, Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.

(*) He escrito estas páginas como parte de una investigación financiada por el MEC (n.º PR 2004 - 0463). Agradezco a MICHAEL SEIDMAN, de la Universidad de Georgetown, haber tenido la amabilidad de leer fragmentos del texto y haberme sugerido algunas mejoras.

ABSTRACT

The article is a comment on three books published by Georgetown Professor Mark Tushnet, and also an intent to describe the main contemporary issues on American constitutional law (among the authors, in the Supreme Court and in the Congress-made law). It focuses on the effects of the anti-terrorism acts passed by the Congress since 2001 (particularly the *USA Patriot Act*). The conservative shift in the Supreme Court (the Rehnquist Court) is also analyzed. Finally, the author tries to clarify some of the aspects related with the next vacancies in the Supreme Court.

Key Words: Constitution, United States of America, Neoconservatism, Mark Tushnet, Supreme Court of the United States of America.

1. Al lector de esta Revista le es familiar lo que pasa en el mundo político-institucional norteamericano. Con cierta frecuencia se publican artículos y crónicas relativas a los Estados Unidos de América (a sentencias del Tribunal Supremo, a leyes federales o estatales, a los llamados derechos civiles, al sistema constitucional en su conjunto, a los partidos políticos, a la sociología electoral, etc.). Pero a lo mejor el lector no conoce con tanta profundidad a los autores del Derecho constitucional. Ni, en general, las principales tendencias doctrinales. Las páginas que siguen pretenden ser una aproximación al pensamiento (reciente) de Mark Tushnet. También, pero con menor ambición, pretenden decir algo acerca de algunas de las cosas que están pasando en el panorama constitucional norteamericano y que, según la mayoría de los autores, representan un cambio sustancial respecto a la situación existente desde los años cincuenta del pasado siglo (1). Muy sumariamente descrito, el cambio vendría a suponer una reinterpretación en clave conservadora, incluso ultraconservadora, de los principales mecanismos y principios constitucionales que se daban más o menos por asentados.

2. Mark Tushnet (1945) es uno de los grandes constitucionalistas norteamericanos y enseña Derecho constitucional en la Universidad de Georgetown, en Washington DC (2). Para quien no lo conozca, diré que es lo que en los Estados Unidos se considera un liberal y que, simplificando mucho, en

(1) De manera que este trabajo no es un estudio en profundidad del derecho constitucional norteamericano. Por ello, no he manejado más que la bibliografía que me ha parecido indispensable para explicar el actual panorama político y constitucional. Aparece relacionada al final.

(2) Es titular de la cátedra Carmack Waterhouse.

España sería un socialdemócrata, un progresista o un izquierdista (táchese lo que no proceda). Pero es un liberal muy poco ortodoxo, como veremos luego. De hecho en su primer libro (*Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard, 1988) criticó duramente la filosofía jurídico-constitucional de los liberales tradicionales (3). Tushnet estudió en Yale y en Harvard (en el semestre de primavera del curso 2004-2005 ha dado clase en Harvard como profesor visitante). En su juventud trabajó en el Tribunal Supremo (fue letrado —*law clerk*— del juez Thurgood Marshall). Miembro fundador en 1977 del grupo *Critical Legal Studies* [de ahí su pensamiento en absoluto convencional y heterodoxo (4)], es autor del recién citado *Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law* (Harvard, 1988), de *Remnants of Belief. Contemporary Constitutional Issues* (escrito con Michael Seidman: Oxford University Press, 1996), y de *Taking the Constitution Away From the Courts* (Princeton, 1999) (5). También tiene escritos libros sobre la personalidad y la filosofía jurídica de Thurgood Marshall (6), un par de manuales (7), y una selección de textos (un *reader*; como dicen los norteamericanos) (8). Entre 2003 y 2005 ha publicado cuatro libros, tres de los cuales son los que voy a comentar en estas páginas (9).

3. Creo que a lo mejor hace falta decir también que la Facultad de Derecho de Georgetown donde trabaja Mark Tushnet (*Georgetown University Law Center*) no tiene las connotaciones que posiblemente ahora le atribuya

(3) Sobre el pensamiento izquierdista o radical de Tushnet pueden verse las muchas menciones que LAURA KALMAN le dedica en *The Strange Career of Legal Liberalism*, Yale University Press, 1996. Tushnet es el autor más citado (junto a Michelman, Rorty, Horowitz y Fiss).

(4) Quien quiera introducirse en el particular mundo de la escuela crítica norteamericana puede empezar por el libro de MARK KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, 1987.

(5) Véase una reseña de MARIAN AHUMADA en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 2 (1999), págs. 313 a 316.

(6) *Making Civil Rights Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961* (Oxford University Press, 1994) y *Making Constitutional Law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991* (Oxford University Press, 1997). Ha compilado asimismo artículos y trabajos de Marshall (*Thurgood Marshall: His Speeches, Writings, Arguments, Opinions, and Reminiscences*, Lawrence Hill, 2001).

(7) TUSHNET es autor, junto con VICKI JACKSON (también profesora en Georgetown), de un *Comparative Constitutional Law* (Foundation Press, 1999), y junto a CASS SUNSTEIN, MICHAEL SEIDMAN y GEOFFREY R. STONE, de un *Constitutional Law* (Little, Brown & Co., 5.^a ed. 2005).

(8) VV.AA. *Constitutional Law*, New York University Press, 1992.

(9) El otro libro de TUSHNET, del cual no voy a hablar aquí, es *Slave Law in the American South: State v. Mann in History and Literature*, University Press of Kansas, 2003.

una gran mayoría del público no especializado. Los aficionados al baloncesto universitario recordarán a Georgetown como uno de los equipos grandes, hoy venido a menos (10). A mucha gente le sonará la Universidad de Georgetown porque Felipe de Borbón hace algunos años estuvo allá estudiando. Y, yendo a lo que ahora me interesa, últimamente Georgetown es conocida por haber contratado como conferenciante invitado al anterior Presidente del Gobierno español (11). Si a ello se añade que cuando se hizo pública dicha contratación los medios de comunicación españoles pusieron énfasis en el carácter jesuita de la Universidad, no es de extrañar que bastante gente piense que Georgetown es una Universidad conservadora, o en todo caso religiosa.

4. Pues nada de eso (12). Por lo menos en lo que a la Facultad de Derecho se refiere. Durante años fue, y aún es, la mayor Facultad de Derecho de la nación (en número de estudiantes, posiblemente no en prestigio), y se ha caracterizado siempre por estar abierto a todas las sensibilidades jurídicas, ideológicas y políticas. Es más: en ella, por lo menos en lo que al Derecho público se refiere, predominan los liberales (en el sentido norteamericano de la palabra) y los *left liberals*. Tal y como dijo Pablo García Molina, replicando a una descalificación de la Universidad por haber contratado a José María Aznar, «Georgetown es una institución librepensadora y pluralista» (13).

5. Dicho todo esto sobre Mark Tushnet y sobre la Facultad en donde trabaja, paso a enunciar los tres libros suyos en torno a los que voy a centrar estas páginas. Por orden cronológico, el primero es *The New Constitutional Order* (Princeton University Press, 2003). Se trata de un libro a caballo entre el Derecho constitucional y la ciencia política. Bueno, en España diríamos que es más lo segundo que lo primero. Posteriormente hablaré de *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency* (Duke University Press, 2005). Debo decir que no es un libro escrito en su totalidad por Tush-

(10) Lleva algún tiempo sin clasificarse entre los 64 equipos que juegan la fase final de la NCAA.

(11) Las dos primeras de sus conferencias (según la web de la Universidad de Georgetown, están previstas cuatro sesiones entre septiembre de 2004 y abril de 2005), pueden localizarse en <http://www3.georgetown.edu/president/aznar/inauguraladdress.html> y en <http://www3.georgetown.edu/president/aznar/1104.html>

(12) Sin embargo, el lector estará en lo cierto si piensa que Georgetown es elitista, pues al igual que Yale, Harvard, Cornell, Chicago, Princeton, Stanford, etc., concentra a las élites económicas e intelectuales del alumnado y del profesorado universitario de los Estados Unidos.

(13) «La Universidad de Georgetown», Cartas al Director, *El País*, 11 de mayo de 2004, pág. 12. GARCÍA MOLINA es *Chief Information Officer* (algo así como Gerente de Sistemas) del *Georgetown University Law Center*.

net, sino un libro colectivo coordinado por él. Y el tercero, también aparecido a comienzos de 2005, es *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law* (W.W. Norton & Co., 2005). Hace bien el lector en sorprenderse: no es nada frecuente que un académico consagrado publique tanto. En realidad la estricta cantidad en sí misma no debe(ría) ser indicio de nada, ni demasiado bueno ni demasiado malo. En el caso de Tushnet lo llamativo no es sólo que siga escribiendo y publicando como un joven meritorio, sino la originalidad y frescura de su pensamiento.

6. En el primero de los libros de los que quiero hablar, *The New Constitutional Order*, Tushnet analiza los cambios que vienen produciéndose desde hace unos veinte años en la vida política norteamericana —cambios que derivan de la predominancia del partido republicano en los poderes ejecutivo, legislativo (14) y judicial, en los medios de comunicación y acaso también en la sociedad en general—. A su juicio, no se trata sólo de cambios políticos coyunturales sino de algo más profundo y más estructurado. Es lo que él llama un «nuevo orden constitucional», o sea: «un conjunto razonablemente estable de instituciones a través de las cuales la nación toma sus decisiones fundamentales a lo largo de un período duradero en el tiempo, así como los principios que guían tales decisiones» (pág. 1). Y se esmera por aclarar a renglón seguido que su «orden constitucional» no es sólo la Constitución escrita tal y como la interpretan los tribunales —singularmente el Tribunal Supremo: «Es más parecido a la constitución británica, con c minúscula, que al documento que conocemos como la Constitución de los Estados Unidos [...] e incluye consensos políticos estables y a largo plazo así como los principios en que se fundamentan» (pág. 1) (15).

(14) En las legislativas de 1994 los republicanos consiguieron los que no habían tenido nunca desde cuarenta años antes: mayoría en ambas cámaras. En la Cámara de Representantes dicha mayoría se ha mantenido desde entonces, mientras que el Senado ha ido oscilando, pero con dominio republicano (sólo entre 2000 y 2002 estuvo en manos de los demócratas, habiendo los republicanos consolidado su mayoría en 2004).

(15) No es la primera vez que TUSHNET establece distinciones constitucionales. En línea con una tradición muy conocida en el constitucionalismo norteamericano (por ejemplo CHRISTOPHER G. TIEDEMANN, *The Unwritten Constitution of the United States*, Putnam's, New York, 1890, reimpresión en *Classics of Legal History*, vol. 27, Hein & Co., Buffalo, 1975), en *Taking the Constitution Away from the Courts* Tushnet diferenciaba entre una Constitución «gruesa» («*thick*»), compuesta por reglas organizativas, competenciales, etc. y una Constitución «delgada» («*thin*»), que contendría los derechos y libertades, la igualdad, el estatus de ciudadanía. Tampoco es el único autor que hace semejantes distinciones. En sentido lejanamente similar Richard Fallon habla de un concepto amplio de Constitución y de una noción más estricta: esta sería el mero texto, y lo que él llama la «*legitimate constitution*» está compuesta, además, por los precedentes del Tribunal Supremo (aun erróneos o derogados), los votos par-

7. Para situar su tesis, Tushnet trae a colación a otros autores que, como él, han teorizado acerca de los cambios político-institucionales. Ackerman sostiene que la historia constitucional es una sucesión de «momentos constitucionales» o «fundacionales», de ruptura con lo anterior. Balkin y Levinson discrepan por cuanto dicen que no hay «momentos» de ruptura sino transformaciones más graduales y complejas, y afirman que los cambios constitucionales se producen cuando un partido o una ideología se radicaliza y obtiene mayor cuota de poder, hasta llegar casi a monopolizarlo (lo que denominan «*partisan entrenchment*») (16). Tushnet, situándose más con éstos que con Ackerman, cree sin embargo que la monopolización de todo el poder no es característica del nuevo modelo, pues a su juicio la nota principal de la revolución constitucional es más bien una situación de enfrentamiento ideológico o de modelo social pero sin monopolización del poder (lo que él denomina «*divided government*»).

8. Acaso muchos lectores españoles, de natural escépticos, piensen que para ese viaje no hacían falta alforjas (o tantas alforjas). No hay sistema político-constitucional que no evolucione, y siempre es posible teorizar acerca de sus dinámicas y tensiones. Es evidente que en Norteamérica las cosas no son ya como lo fueron en el *New Deal* de Roosevelt (o como lo fueron en la Gran Sociedad —la *Great Society* de Kennedy y Johnson—). Puede ser que en realidad lo que pase es que Tushnet, como otros muchos constitucionalistas norteamericanos, se mete en espacios que en España son poco familiares para los juristas, pues suelen ocuparlos los politólogos o sociólogos. Es justamente esta combinación de análisis jurídico con el enfoque político lo que, a mi juicio, hace muy destacable este *The New Constitutional Order*. Tal vez desde el punto de vista estrictamente jurídico tienda a pensarse que su anterior libro de 1999 —el ya mencionado *Taking the Constitution Away from the Courts*— tiene más interés, pues construye una teoría alternativa (sin duda poco «jurídica», de ahí su heterodoxia) nada menos que sobre el control de constitucionalidad. Los aficionados a la ciencia política apreciarán más *The New Constitutional Order* por las consideraciones que en él hace Tushnet sobre los cambios políticos —y, si se me apura, puede que también culturales— que están pasando en los Estados Unidos.

ticulares, la praxis constitucional y los juicios sobre valores (*Implementing the Constitution*, Harvard University Press, 2001).

(16) El «*entrenchment*» parece estar siendo una constante en los análisis constitucionales de los últimos años: véase también MICHAEL J. KARMAN, «Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem», 85 *The Georgetown Law Review* 491 (1997).

9. No me interesa ahora entrar en la mayor o menor «juridicidad» de uno y otro libro, ni tampoco en disquisiciones acerca de los cambios constitucionales. Sí creo interesante destacar la relativa unanimidad que se aprecia entre los autores al decir que en los Estados Unidos se ha producido o se está produciendo un cambio social, institucional, cultural (y hasta constitucional) de profundo calado. Es decir, lo que cada uno con sus matices afirman Tushnet, Ackerman, Balkin y Levinson lo dicen también otros muchos. Por ejemplo Owen Fiss, o Herman Schwartz. Aquél afirma que «No hay nada extraño en la sentencia *Bush v. Gore*. Es simplemente la culminación de 25 años de trayectoria del Tribunal Supremo en los que ha pretendido repudiar el legado del Tribunal Warren y bloquear el cumplimiento y desarrollo de la Constitución» (17). Y Herman Schwartz, activo liberal que da clase en la American University de Washington DC, parte de que hay revoluciones sociales que se plasman en el Derecho (el *New Deal*, convirtiendo al Gobierno Federal en responsable del bienestar de todos los ciudadanos, y luego los derechos civiles y la emergencia social y política de los negros y de las mujeres). A su juicio,

«muchos republicanos, y más gente, nunca ha aceptado estos cambios. No sólo se opusieron en su momento al *New Deal* sino que décadas después han seguido intentando anular las medidas que de él derivaron [...] Los primeros signos de que esta contrarrevolución se estaba organizando se atisbaron en los discursos de Goldwater y de Reagan en la Convención Demócrata de 1964. Pero el cambio importante fue cuando la derecha llegó al poder con Reagan en 1980, y comenzó a deshacer el camino andado. El ascenso del portavoz republicano Newt Gingrich en 1994, la victoria de Bush hijo en las presidenciales de 2000 y la figura del líder republicano en el Congreso Tom Delay ponen de manifiesto que el ala más derechista controla ahora todo el partido republicano. Hoy en día, con todos los centros de poder en manos de los republicanos, la contrarrevolución está en marcha. Y tiene como objetivo seguir conquistando poder, controlando el poder judicial» (18).

La tesis de Herman Schwartz es que los republicanos (en el poder, con interrupciones, en la década de 1980 y desde 2000), muy influidos por la derecha más radical, pretenden una regresión en el ordenamiento: «dar marcha atrás en el avance del Derecho» («*turn back the legal clock*»). Y también —pero sobre ello volveré más adelante— hacerse con el poder judicial, nombrando o promoviendo a la judicatura a los juristas más conservadores (19).

(17) OWEN FISS, *The Law as it Could Be*, New York University Press, 2003, pág. IX.

(18) HERMAN SCHWARTZ, *Right Wing Justice. The Conservative Campaign to Take Over the Courts*, Nation Books, New York, 2004, págs. 1 y 2.

(19) SCHWARTZ lleva años denunciando lo que a su juicio es un asalto del poder judicial por la derecha: véase su libro *Packing the Courts: The Conservative Campaign to Rewrite the*

10. Tushnet es muy cauteloso a la hora de analizar esta contrarrevolución conservadora. No se deja llevar por la fácil y simplista crítica liberal conforme a la cual lo que está en marcha es una vuelta a la situación anterior al *New Deal* rooseveltiano. Matiza mucho su argumentación en el sentido de que no se trata de eso: un cambio tan brusco sin duda no obtendría un consenso tan generalizado (si bien es evidente de que la derecha política y económica más radical sí preconiza algo parecido a eso). Lo que dice Tushnet es que «los principios que inspiran este nuevo orden constitucional implican esencialmente que la aspiración de justicia por medio de las leyes y del Derecho casi ha desaparecido. La responsabilidad de cada individuo y las reglas del mercado (y no la legislación federal o estatal que identifique la justicia y establezca medios para promoverla) se han convertido en los medios que conducirán a aquella aspiración» (pág. 2). Vamos, que desaparece la justicia (una determinada idea de justicia) como noción definida y perseguida por las políticas públicas: «La idea de justicia de este nuevo orden se basa en que los poderes públicos suministran a los ciudadanos los medios para que avancen en sus propias nociones de la justicia» (pág. 2). En palabras de Norman Birnbaum, «ya no se cree en las tareas del Gobierno, al servicio de la nación entendida como una comunidad solidaria: han sido sustituidas por la fe en la eficiencia y por la justicia del mercado en una sociedad de individuos responsables» (20).

11. Tushnet nos advierte a lo largo del libro de que el «nuevo orden constitucional» no consiste exactamente en el «menos Estado» propio de los neoconservadores. Es algo un poco distinto, porque cuando interesa los neoconservadores sí recurren a un Estado fuerte (por ejemplo la *USA Patriot Act* fruto de la paranoia por la seguridad derivada de los atentados del 11 de septiembre de 2001). Se mantiene un Estado relativamente fuerte que, haciendo más o menos lo mismo que antes, deje sin embargo a los ciudadanos las iniciativas respecto de su bienestar. Es el caso de la educación (con el llamado cheque escolar —*vouchers*) o en pensiones (se pretende retener menos parte del salario para que, en un modelo del que se dice que está o estará «privatizado», cada ciudadano decida como lo quiere invertir o ahorrar para su futuro). Se trata del bizarramente llamado «conservadurismo compasivo», con el cual la derecha intenta demostrar que ella también tiene política social —ba-

Constitution, New York, Scribner's, 1988. Más recientemente puede consultarse, del mismo autor, VV.AA. *The Rehnquist Court. Judicial Activism on the Right*, Herman Schwartz, ed, Hill and Wang, New York, 2002.

(20) NORMAN BIRNBAUM, *Missing in Action: The New Deal Legacy in American Politics*, 2004, pág. 16, inédito.

sada, claro, no en los derechos sociales frente a los poderes públicos sino en la acción de las organizaciones caritativas religiosas, y en la autorresponsabilización de cada cual por su propio futuro (21). En resumen, la tesis de Tushnet es que, contrariamente a alarmismos más o menos interesados, la deriva neoconservadora no quiere volver al Estado mínimo de antes del *New Deal* sino que, manteniendo un nivel similar de políticas públicas, quiere reorientarlas y que el Estado no asuma más compromisos sobre el bienestar de los ciudadanos, dejando en sus manos las decisiones sobre su futuro. Muy gráficamente, dice que el nuevo orden constitucional no parte de la premisa de que el Gobierno no puede solucionar *los* problemas de la gente, sino que no puede solucionar *más* problemas de la gente (22). E insiste en que estos nuevos métodos de regulación no son fruto de las políticas de la derecha: en los Estados Unidos los implantó Clinton, y en el Reino Unido están siendo aplicados por los seguidores de la llamada Tercera Vía.

12. Sin embargo Tushnet reconoce que la deriva conservadora puede cambiar, y estar radicalizándose. En la página 111 dice que «la posibilidad de que a la vuelta de la esquina esté esperando un orden constitucional muy diferente es sustancialmente mayor ahora que al inicio del primer mandato de Bush hijo». Y en la página anterior, situándose en un escenario muy determinado, el autor escribe que «un Presidente que triunfe con su programa y su retórica estará en situación de presentarse a las presidenciales de 2004 como el líder de un partido ideológicamente unido y de hacer que su partido obtenga una sólida mayoría en el Congreso. En ese caso, puede que sí se repudien en su totalidad los principios del *New Deal* y de la Gran Sociedad, plasmándose en una sustancial privatización del sistema de pensiones». De modo que, por una parte, el propio Tushnet prevé la posibilidad de un cambio mucho más radical del aquél del cual está hablando. Y, por otra, el esce-

(21) Sobre el «conservadurismo compasivo» puede verse un documento de la Casa Blanca del año 2002 (www.whitehouse.gov/news/releases/2002/04/print/20020430.html), así como un artículo de uno de los principales juristas que apoya al Gobierno: J. HARVIE WILKINSON III, «Why Conservative Jurisprudence is Compassionate», 89 *Virginia Law Review* 753 (2003).

(22) Al final del libro, en las páginas 166 a 171, Tushnet pone un ejemplo muy claro de cómo el «nuevo orden constitucional» ha adoptado propias y específicas técnicas de regulación. Las agencias federales ya no practican el «orden y control» («*command and control*») sino que tienden a ejecutar sus políticas mediante algo parecido a la concertación o a la flexibilización de objetivos a instrumentos. El «experimentalismo democrático» —en palabras de científicos sociales como Sable— limita los objetivos de la Administración (que ahora hace política a muy pequeña escala), así como sus métodos, y deja en buena medida la iniciativa a los actores económicos, con los que se ha negociado previamente un programa de actuación. Según cuenta Tushnet, no se trata tanto de desregular como de regular de otra manera.

nario de futuro aludido se ha materializado, al ganar Bush hijo las presidenciales de 2004. Es más: lo primero que ha hecho el Presidente, además de algunas iniciativas legales a las que luego me referiré, ha sido exactamente lo pronosticado por Tushnet, o sea, una propuesta de reforma de la sanidad y las pensiones orientada a recortar prestaciones y a dejar buena parte de las pensiones en manos de instituciones crediticias y aseguradoras (23).

13. El segundo de los libros al que me quiero referir es VV.AA. *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency* (Duke University Press, 2005), compilado por Tushnet y con trabajos de Brandon, E. Posner y Vermeule, Graber, Treanor, Issacharoff y Pildes, Spiro, Luban, S. Barber y Fleming, y tres del propio Tushnet. Como el título indica, se trata de un libro sobre la supuesta «guerra» que los Estados Unidos emprendieron contra el terrorismo a raíz de los atentados de septiembre de 2001, plasmada esencialmente en la *USA Patriot Act* (24).

14. Lo primero que me interesa destacar es que en la presentación (págs. 1 a 7) Tushnet pretende apartarse de los demás libros similares. Lo que viene a decir es, en línea con el subtítulo del libro («Más allá del alarmismo y de la complacencia»), que se necesita equidistancia entre quienes han denunciado las restricciones de derechos y libertades adoptadas con el pretexto de la lucha antiterrorista y quienes han apoyado sin fisuras las medidas de excepción de la Administración Bush. Y afirma que el libro, escrito cuando ya habían pasado tres años desde los atentados de septiembre de 2001, tiene, o pretende tener, ese carácter equilibrado o equidistante, analizando aspectos constitucionales con desapasionamiento y desde perspectivas más amplias que la protesta partidista o el apoyo igualmente politizado o partidista.

15. En parte, Tushnet tiene razón. El libro contiene trabajos sobre la división de poderes o sobre la actitud de los tribunales frente a la legislación antiterrorista que, por lo general, no aparecen en otras publicaciones sobre la *USA Patriot Act*, que él parece considerar más sesgadas o partidistas. En ese sentido, su enfoque resulta distinto de otros autores o comentaristas, por ser más general, más ambicioso, menos apasionado. Pero discrepo de su planteamiento «equidistante». Sin duda la equidistancia, en el sentido de objeti-

(23) Sobre el debate en relación con la privatización de la sanidad puede verse VV.AA. *The Privatization of Health Care Reform. Legal and Regulatory Perspectives*, M. Gregg Roche (ed.), Oxford University Press, 2003.

(24) Si bien en realidad las medidas contra el terrorismo empezaron antes: ya en 1996 un Congreso dominado por los Republicanos aprobó (y el Presidente Clinton firmó) una ley antiterrorista, la *Anti-Terrorism Act*.

vidad, equilibrio y buen juicio, es una virtud. Pero tal y como la emplea Tushnet no me parece del todo adecuada. Explicaré por qué.

16. Además de la obviedad de reconocerle a los gobernantes legitimidad para adoptar medidas de defensa colectiva (digo que es una obviedad, y que en mi opinión ni da ni quita equidistancia ni buen juicio), dos son mis reparos a la postura de Tushnet. Primero, que a la vista del contenido y de la aplicación concreta de la *USA Patriot Act*, no creo que se pueda pasar por alto, o desdeñar como «alarmismo», la crítica de autores como Cole, Dash, Chang, Mell, y otros, a las medidas de excepción de la Administración Bush y del Congreso. ¿Hace falta recordar que la *USA Patriot Act* altera el equilibrio de poderes (*checks and balances*) otorgando a la Administración facultades exorbitantes, desmesuradas y sin apenas control jurisdiccional, que permite registros y grabaciones sin autorización judicial previa, que tipifica amplísimamente delitos y faltas, que permite expresamente intromisiones en las actividades ordinarias de los ciudadanos, que atribuye por vez primera a la policía el poder de detener a alguien de forma preventiva (antes de la comisión de ningún delito o falta y, naturalmente, sin acusación ninguna), que eleva la sospecha administrativa a la categoría de amenaza contra la nación, etcétera? ¿Hace falta decir que los abusos no son infrecuentes? Igual sí hace falta recordar, como hace David Cole, que entre finales de 2001 y mediados de 2004 se produjeron, expresa y personalmente impulsadas por el *Attorney General* Ashcroft, unas 500 «detenciones preventivas» en territorio norteamericano —casi todas ellas de extranjeros— de las cuales el resultado fue el siguiente: a ninguno de los detenidos se le pudo relacionar con Al Qaeda o con los atentados de septiembre de 2001, y sólo tres fueron formalmente acusados de terrorismo (dos de ellos fueron finalmente absueltos) (25).

17. Mi segunda crítica a la equidistancia de Tushnet es a la selección que hace de los sectores «alarmistas» y «complacientes» de los que pretende apartarse. No se puede, de ninguna manera, poner como ejemplos y comparar, en el bando de los «alarmistas», un libro coordinado por Leone y Anrig (Presidente y Vicepresidente de la Century Foundation) y en el que escriben iuspublicistas de prestigio como Sullivan y Edley, procesal-penalistas como Schulhofer, Ann Beeson (directora jurídica de la ACLU), el Rector de Columbia (Brinkley), el Presidente del *Center for American Progress* (John Podesta, antiguo jefe de Gabinete de Clinton y profesor en Georgetown), y

(25) DAVID COLE, «The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot», 113, *The Yale Law Journal*, 1753 (2004), págs. 1753-1754. También su libro *Enemy Aliens. Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, The New Press, New York, 2003, págs. 72 y 73.

Anthony Lewis, editorialista de *The New York Times* y autor de libros importantísimos sobre la pena de muerte como *Gideon's Trumpet* y sobre la libertad de expresión (*Make no law: the Sullivan case and the First Amendment*), y en el lado de los «complacientes» un libro-panfleto de una seudocomentarista política ultraconservadora como Mona Charen (26), que en su libro escribe, entre otros disparates, que los activistas de derechos humanos de los años sesenta estaban pagados por el KGB y que su contribución a la patria fue nefasta (27). Sólo se puede y debe comparar cosas comparables, y sólo se puede y se debe establecer polos de referencia si son equiparables.

18. Puede que a Tushnet le interese poco o nada el ángulo crítico (yo creo que tiende a confundirlo con el «alarmismo», como él lo llama). Y seguramente puede que, si las leyera, considerase estas páginas como «alarmistas». Puede también pensarse, por ejemplo, que los excesos antes reseñados son sólo eso, excesos, una mera aplicación no querida o excepcional, una mácula en un sistema represivo democrático, adecuado, y necesario (28). Es una vi-

(26) MONA CHAREN, *Useful Idiots: How Liberals Got It Wrong in the Cold War and Still Blame America First*, Harper, New York, 2003 (en sentido similar, de la misma autora, *Do-Gooders: How Liberals Hurt Those They Claim to Help (and the Rest of Us)*, Harper, New York, 2004).

(27) La misma comparación —o mención— difícilmente aceptable la hace Tushnet entre un libro coordinado por CYNTHIA BROWN, en el que están DAVID COLE (profesor, como él, en Georgetown), o ARYEH NEIER y KENNETH ROTH (fundador y director general de HUMAN RIGHTS WATCH), y otro panfleto destinado a denigrar a los liberales, acusándoles de cobardes y de apoyar a terroristas (el de ANN COULTER, *Treason: Liberal Treachery from the Cold War to the War on Terrorism*, Crown Forum, New York, 2003 - y también de la misma autora *Slander: Liberal Lies about the American Right*, Three Rivers Press, New York, 2002). A lo mejor como representativo del alarmismo no demasiado documentado (o no escrito por juristas) podría haber elegido el libro coordinado por VICTOR GOLDBERG, DANNY GOLDBERG y ROBERT GREENWALD, *It's a Free Country: Personal Freedom in America After September 11*, Nation Books, New York, 2003. En cualquier caso, después del libro que ahora comento (*The Constitution in Wartime*) se ha publicado un libro que a lo mejor sí es ejemplo de análisis más desapasionado: el que hace, desde el comunitarismo más radical, AMITAI ETZIONI en *How Patriotic is the Patriot Act?: Freedom Versus Security in the Age of Terrorism*, Routledge, New York, 2004 (pero no exento de críticas: véase las que le dirige, por excesiva condescendencia con las restricciones de derechos, NEAL KATYAL —profesor en Georgetown— en *The Washington Post*, *Book World*, 20 de febrero de 2005, pág. 5).

(28) De todos modos, esta posible interpretación benigna de semejantes «desviaciones» queda desmentida por las declaraciones de los dirigentes republicanos. En general, o bien no han reconocido los abusos, o los han disculpado diciendo que el país necesita firmeza contra el terrorismo, y otras aberraciones por el estilo. Luego no serían «desviaciones» o «excepciones», y como tales condenables, sino todo lo contrario, representarían una aplicación de las leyes más o menos deliberada, o por lo menos ante la que no se reacciona o se piden disculpas. Bueno, si se esta juzgando a los militares que torturaron a los prisioneros en Abu Ghraib

sión legítima, claro, pero puestos a examinar jurídicamente los argumentos de quienes se oponen a «la Constitución de la guerra» no creo que uno pueda despacharlos sin más como «alarmismo» —máxime si se apoyan en datos y en resultados, y no en la ideología o prejuicios de cada cual. En cualquier caso: *The Constitution in Wartime* es un libro importante, que aspira a —y en gran medida lo consigue— situar en un contexto constitucional y desapasionado las medidas antiterroristas posteriores a los atentados de septiembre de 2001. Sólo por ello el libro merece ser destacado - y al margen de la posición que uno tenga acerca de la utilidad, moralidad y constitucionalidad de dichas medidas.

19. Yendo ya al contenido del libro —o por lo menos de lo que en él escribe Tushnet—, creo que vale la pena mencionar el valioso enfoque consistente en relacionar las medidas antiterroristas con las situaciones de guerra (previstas o no en la Constitución). Digo que es un enfoque valioso porque permite elevarse más allá del análisis jurídico-penal, que ha sido el más frecuente en España, para situar la legislación derivada de la *USA Patriot Act* en un contexto general y constitucional. Es más: lo que se plantea Tushnet en su trabajo «Emergencies and the Idea of Constitutionalism» (págs. 39 y ss.) es el tratamiento constitucional de la guerra y su consideración, o no, como situación excepcional que justifica, o no, medidas que en tiempos «de paz» no serían admisibles. Lo más destacable de su trabajo es la advertencia que hace respecto de la tesis schmittiana de la suspensión de la legalidad constitucional (29).

20. La otra contribución de Tushnet al libro es su análisis de uno de los más conocidos precedentes jurisprudenciales de la actual restricción de derechos. En efecto, en «Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime» (págs. 124 a 140), Tushnet sostiene una tesis bastante curiosa, y, como casi siempre, contra corriente. En 1944, en la sentencia *Korematsu* (30), el Tribunal Supremo avaló la constitucionalidad de la deportación masiva de

(Irak), pero eso es otra historia: porque no está relacionada con la legislación antiterrorista derivada de la *USA Patriot Act* y porque —de momento— sólo se está castigando a los ejecutores materiales de las torturas, no a quienes —como el actual *Attorney General* ALBERTO GONZÁLEZ— las justificaron desde puestos políticos. Justo lo contrario a Nuremberg (donde no se juzgó a los verdugos sino a quienes les mandaban).

(29) TUSHNET no dice que sea esta la postura que estén asumiendo los actuales dirigentes, pero sí dice que «los constitucionalistas norteamericanos deben tomársela en serio [...] para así evitar justificar medidas que atenten contra los valores tradicionales del Estado de Derecho («the rule of law tradition»)» (*The Constitution in Wartime*, pág. 40).

(30) *Korematsu* está traducida y comentada en MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE; JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC-BOE, 2005, págs. 262 y ss.

personas (con nacionalidad norteamericana o no) de origen japonés que vivían en la costa oeste. Inmediatamente comenzaron las críticas: el juez Jackson firmó un voto particular que hoy es considerado un admirable defensa de los derechos fundamentales (31); en 1945 el profesor de Yale —luego Decano durante muchos años— Eugene Rostow escribió un artículo en *The Yale Law Journal* en el que decía que la medida no estaba justificada y que fue el mayor atentado contra las libertades en muchos años. Hoy en día *Korematsu*, y la deportación masiva, se consideran una vergüenza nacional, hasta el punto de que la sentencia fue anulada (en 1983) y después el Congreso acordó otorgar indemnizaciones a quienes fueron víctimas de una medida ilegal, injusta y abusiva. Pues bien, Tushnet dice que la cosa no es para tanto, pero no por justificar la deportación ni la sentencia del Tribunal Supremo, que no lo hace, sino porque considera que la sociedad norteamericana aprendió la lección, se hizo más crítica, y por tanto en adelante las autoridades ya no tomarían medidas tan desproporcionadas. O sea: las lecciones más importantes se aprenden de los errores más graves. Y estas lecciones, parece sugerir Tushnet, pueden conducir a que los excesos no se repitan, o por lo menos a un mayor control de las autoridades. En cualquier caso, vale la pena leer el trabajo, no sólo porque, al fijarse en pautas de comportamiento social, se sale del tono técnico-jurídico al que en España solemos estar acostumbrados, sino por lo llamativo y original de alguno de sus argumentos.

21. Casi al mismo tiempo que se escribía y publicaba *The Constitution in Wartime* se ha producido un debate en *The Yale Law Journal* acerca, justamente, de las implicaciones constitucionales de esta presunta guerra. Primero Bruce Ackerman, desde un planteamiento en general crítico con las medidas de la Administración Bush, defendió la necesidad de un marco legal para este estado de excepción (32). En seguida le han objetado, por una parte, David Cole, y por otra Lawrence Tribe y Patrick O. Gudridge (33), dando lugar

(31) Al respecto puede verse DENNIS J. HUTCHINSON, «The “Achilles Heel” of the Constitution: Justice Jackson and the Japanese Exclusion Cases», *The Supreme Court Review* 2002, págs. 455 y ss., haciendo hincapié en la ambivalencia del voto particular del juez Jackson, que a su juicio no era todo lo avanzado ni todo lo discrepante que luego se ha dicho.

(32) BRUCE ACKERMAN, «The Emergency Constitution», 113, *The Yale Law Journal*, 1029 (2004). Ackerman sostiene que la regulación legal de la emergencia permitiría por un lado evitar que se hable de «guerra» y que se apliquen las leyes de la guerra —mucho más restrictivas—, y por otro establecer estándares claros sobre las políticas públicas que deben considerarse legítimas y admisibles en la lucha antiterrorista.

(33) DAVID COLE, «The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot», 113, *The Yale Law Journal*, 1753 (2004), LAWRENCE TRIBE; PATRICK O. GUDRIDGE, «The Anti-Emergency Constitution», 113, *The Yale Law Journal*, 1801 (2004).

a un nueva réplica de Ackerman (34). Lo destacable de los argumentos que ahí se manejan es sobre todo el tono del debate: se trata, si no me equivoco, del tono que Tushnet ha pretendido dar al libro que comento, o sea, un tratamiento de las medidas antiterroristas desapasionado, jurídico-constitucional y con perspectiva histórica. Quien tenga interés en leer los cuatro artículos sacará las consecuencias que desee, pero creo que la tesis más acertada es la de Tribe y Gudridge, opuesta a la «normalización» de la excepción —del «agujero negro», como ellos dicen— que a su juicio representa la propuesta de Ackerman. Entre este debate, y lo expuesto (por Tushnet y por otros autores) en *The Constitution in Wartime* hay más de un punto de conexión. Por ejemplo este: posiblemente Tushnet suscribiría la crítica de Tribe y Gudridge a Ackerman en el sentido de no creer en la efectividad de la ley como mecanismo de control de las situaciones de excepción. Es más: siguiendo a Michael Seidman, como él profesor en Georgetown, no cree que el Derecho sea capaz de establecer reglas para excepcionar las leyes (35).

22. A lo mejor sí se puede decir algo sobre la consideración de la lucha antiterrorista como una «guerra» (*«the war on terrorism»*). La guerra, desde el punto de vista del Derecho, prácticamente ha dejado de existir como tal, pues no hay declaraciones de guerra, ni armisticios, ni capitulaciones, ni nada por el estilo. Ni parece ya ser la tarea central de los militares, ahora más bien dedicados, según parece, a «misiones humanitarias» o «de interposición». Y la guerra, como palabra, se emplea mucho en inglés para referirse a lo que en España llamamos «lucha» (la lucha contra el cáncer, contra la pobreza, contra el fracaso escolar). Este uso por lo menos discutible de la palabra «guerra» no parece estorbarle demasiado a Tushnet, que lo despacha diciendo que la «guerra» contra el terrorismo no es una guerra en el sentido tradicional de la palabra sino de una situación ordinaria o normal, permanente y no excepcional. A otros sí les estorba. En el mismo libro que ahora comento David Luban, profesor de filosofía del Derecho en Georgetown, analiza como las medidas antiterroristas posteriores a 2001 han tomado trozos de lo que denomina el modelo de la guerra y de lo que denomina el modelo del derecho, y dice que

«El modelo del derecho y el modelo de la guerra, conceptualmente, forman bloques homogéneos e indisolubles. Por ello, no tiene fundamento ni justificación trocearlos y recombinarlos sólo porque a los Estados Unidos les interesa y conviene hacerlo [...] La combinación de ambos, aprobando el

(34) BRUCE ACKERMAN, «This is Not a War», 113, *The Yale Law Journal*, 1871 (2004).

(35) «One cannot use law to determine when legality should be suspended» («No se puede usar el Derecho para determinar cuando debe suspenderse la legalidad»): «Emergencies and Constitutionalism», en *The Constitution in Wartime*, pág. 47.

Congreso leyes que permitan encarcelar a los sospechosos de terrorismo aunque no hayan hecho nada concreto, o que rebajen el estándar probatorio, o que permitan el uso de fuerza letal de modo preventivo, o que exoneren a las autoridades frente a las responsabilidades que les exijan las víctimas de daños colaterales. Tales leyes serían inconstitucionales, claro, pero la Constitución se puede enmendar [...] Semejante legislación incorporaría la guerra al Derecho, pero sólo haciendo que el Derecho se parezca más a la guerra. Y no se parecería a lo que el pueblo estadounidense entiende por Derecho» (36).

23. La conclusión de Luban es que «La “guerra” contra el terrorismo no es una operación que los Estados Unidos hayan emprendido de manera esporádica y limitada en el tiempo. Se ha convertido en una forma de hacer política, con principios y consecuencias de alcance mundial. Incluye un nuevo modelo de acción de los poderes públicos, híbrido entre el modelo del Derecho y el modelo de la guerra, que rebaja los derechos fundamentales del nivel de la paz al nivel de la guerra, y aun más allá. Si continúa, la “guerra” contra el terrorismo significa el fin de los derechos humanos, por lo menos respecto de quienes estén lo bastante cerca para resultar implicados en la batalla» (pág. 229). También Philip B. Heymann, Antigo *Deputy Attorney General* de Clinton y Profesor en Harvard, critica el abuso de la palabra y de los métodos de la guerra (37). Heymann dice que no puede haber guerra contra el mundo entero, contra países, contra religiones, contra bandas armadas: a su juicio es inútil desde el punto de vista de la consecución de los objetivos, y muy peligroso para las libertades (para las libertades de todos, no sólo de aquellos a los que se califica de enemigos). Lo mismo sostiene, con argumentos a mi juicio intachables, Bruce Ackerman, en el trabajo al cual me he referido al hablar del debate con Cole, Tribe y Gudridge (38).

24. Hay otros argumentos para criticar la supuesta guerra contra el terrorismo. En otro lugar he escrito acerca del cinismo y la inmoralidad de emprender una supuesta guerra contra el terrorismo y luego no querer someterse a las leyes de la guerra (por ejemplo a las Convenciones de Ginebra) (39).

(36) DAVID LUBAN, «The War on Terrorism and the End of Human Rights», *The Constitution in Wartime*, págs. 225-226.

(37) PHILIP B. HEYMANN, *Terrorism and America*, MIT Press, Cambridge, 1998 y *Terrorism, Freedom, and Security: Winning Without War*, MIT Press Cambridge, 2003.

(38) BRUCE ACKERMAN, «This is Not a War», 113, *Yale Law Journal*, 1871 (2004).

(39) MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE; JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, 2005, «Epílogo» titulado «Las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2004 sobre los presos de Guantánamo. Reflexiones sobre la restricción de derechos y la legalización de la tortura en nombre de la “guerra” contra el terrorismo», págs. 655 y ss.

Y no se pierda de vista la situación en España, donde algo sabemos de terrorismo: para referirse al terrorismo casi nunca se emplea la palabra, o el concepto, de «guerra», porque se considera, yo creo que acertadamente, que la guerra la llevan a cabo Estados, o redes organizadas con una ideología determinada, y a las bandas terroristas se les aplica casi siempre el calificativo de «banda de delincuentes», «banda criminal» o «pandilla de asesinos». En ese sentido, hablar una vez más de «guerra» no sólo contribuye —bien es verdad que indirecta e involuntariamente— a consolidar el grave equívoco de considerar la reacción de las democracias contra el terrorismo como una «guerra» sino que dignifica al terrorista (40). Creo que no se trata de un mero nominalismo sino de algo más serio, y de ahí otro reparo a un libro valiente y oportuno como es *The Constitution in Wartime*.

25. Hasta aquí lo referente al segundo de los libros objeto de este artículo. El tercero, publicado en enero de 2005 (*A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Co., 2005), es un repaso al Tribunal Supremo en la etapa en la que lo ha presidido William Rehnquist (desde 1986). Digo «ha presidido», porque en el momento de escribir estas líneas (julio de 2005) no sólo se acaba de retirar la juez O'Connor, que era más o menos el centro ideológico del Tribunal Supremo, sino que se da por seguro que el *Chief Justice* Rehnquist va a abandonar el cargo en breve. Tiene 82 años, y lleva algún tiempo con cáncer de tiroides. Se sometió a una traqueotomía en octubre de 2004 (al darle posesión al Presidente Bush hijo, en enero de 2005, se le vio extremadamente débil), y no ha asistido a las vistas entre octubre y marzo de 2005. Si a ello se suma que el juez Stevens tiene 85 años, y no tardará mucho en retirarse (41), se entiende que desde hace muchos meses circulen listas de nombres. Los grupos de presión más conservadores tienen a sus candidatos ya preparados. Y, naturalmente, la Administración Bush también los tiene. Todo el tiempo transcurrido desde la última vacante en 1994, así como la presión de los ultraconservadores (y de la derecha religiosa), hace que no es previsible que vaya a repetirse la situación descrita por Seidman y Tushnet, quienes cuentan que para las vacantes de los jueces White (1993) —cubierta por Ginsburg— y de Blackmun (1994) —cubierta por Breyer— el Presidente Clinton se encontró con que sus candidatos iniciales no aceptaron la propuesta (42).

(40) No me detengo ahora en si este tratamiento conceptual y semántico del terrorismo como simple delincuencia cualificada encaja con medidas más generales y fuera del código penal (ilegalización de partidos, por ejemplo).

(41) Sólo otros cuatro jueces en la historia del Tribunal Supremo han estado en activo hasta los 85 años o más: cronológicamente, Taney, Holmes, Black y Blackmun.

(42) MICHAEL SEIDMAN; MARK TUSHNET, *Remnants of Belief. Contemporary Constitutional Issues*, Oxford University Press, 1996, pág. 190. En la negativa de estos candidatos sin

26. Esta circunstancia temporal o vital es una constante a lo largo del libro: contrariamente a lo que pudiera pensarse, el libro no es un réquiem por una etapa finalizada, sino más bien de un análisis de cómo la deriva conservadora del Tribunal Rehnquist va a condicionar «el futuro del Derecho constitucional». Efectivamente, tal es el subtítulo del libro («*The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*»), y Tushnet se esmera por dejar claro que lo que pretende no es tanto hablar del Tribunal Rehnquist —que lo hace— sino de cuál puede ser la herencia que este deje al futuro Tribunal, y a la sociedad norteamericana en general.

27. Continuando con la presentación de *A Court Divided*, diré que responde a una pretensión hasta cierto punto similar a *The Constitution in Wartime*. Desde las primeras páginas Tushnet deja claro su punto de partida:

«Una de las razones para escribir este libro es mi frustración respecto de cuanto los constitucionalistas han dicho o escrito para el lector no especializado. Acaso azuzados por los periodistas que les invitan a sus programas, la mayoría de los profesores al final se suelen limitar a ovacionar o a abuchear las sentencias del Tribunal Supremo. Creo que el público debe estar informado acerca de lo que sucede en el Tribunal, pero no creo que ponerse sin más de parte de uno u otro bando contribuya a mejorar el conocimiento de los ciudadanos» (43).

De nuevo tenemos aquí al Tushnet que se reclama objetivo, o por lo menos alejado de análisis partidistas o interesados. Yo creo que en *A Court Divided* el propósito está más logrado que en *The Constitution in Wartime*. Adelantando desde ahora mismo mi apreciación final, diré por qué. Es un libro lleno de matices, y con opiniones hasta cierto punto poco convencionales. Y contra lo que pudiera parecer, *A Court Divided* no es un (uno más) de los tantísimos libros que en los Estados Unidos se publican sobre el Tribunal Supremo. No siendo un libro de teoría constitucional, o de creación (*Taking the Constitution Away from the Courts* sí lo era), es sin embargo un libro entrecerado de análisis constitucional y de reflexiones sobre los derechos fundamentales. En ese sentido, el libro no es lo que parece: no creo que sea un libro escrito para el público no especializado, como con exceso de modestia parece sugerir Tushnet en el párrafo recién transcrito.

28. *A Court Divided* está escrito en un momento político y constitucional muy importante. Hay varias circunstancias que así lo indican. En primer

duda influyó lo ocurrido en las anteriores vacantes: ROBERT BORK, finalmente derrotado en el Senado tras una durísima polémica de alcance nacional, y CLARENCE THOMAS, acusado de acoso sexual y confirmado, tras un enorme escándalo, por la más estrecha mayoría en la historia de los nombramientos al Tribunal (52 a 48).

(43) MARK TUSHNET, *A Court Divided*, págs. 10-11.

lugar, la composición del Tribunal Supremo lleva inalterada desde el nombramiento del juez Breyer en 1994, siendo, junto al período 1812-1823, el momento de mayor estabilidad de la historia (44). En segundo lugar, la excepcionalidad de que la derecha tiene, además de la presidencia de la nación, mayoría en ambas cámaras del Congreso, y en muchos de los Estados domina el ejecutivo o el legislativo, o ambos. Parece que buena parte de la prensa —puede que la menos seria— también apoya en general a los republicanos. Luego hablaré del poder judicial. En tercer lugar, el episodio del pleito con el que el Tribunal Supremo otorgó a Bush hijo las presidenciales de 2000 ha creado un ambiente enrarecido, hasta el punto de que Ackerman escribió que el Senado, en caso de haberse producido en el Tribunal Supremo alguna vacante entre 2000 y 2004, hubiese estado legitimado para negarse a confirmar a algún juez que el Presidente quisiera nombrar. A su juicio, un Presidente elegido no por el pueblo sino por el Tribunal Supremo no debe poder «devolverle el favor» al Tribunal nombrando a algún juez (45). En sentido similar véase lo que sostienen Balkin y Levinson:

«The procedural irregularities of the 2000 election and of the Supreme Court's decision in *Bush v. Gore* seriously undermine the legitimacy of the current constitutional revolution. The same five Justice majority that decided the key cases producing the current constitutional revolution used the power of judicial review to install a President who would be most likely to make judicial appointments to further that revolution without sustained support from the American electorate. The decision, therefore, represents an illegitimate attempt by the five Justice majority to secure its own preferred successors» (46).

Finalmente, el discurrir de las cosas no permitió comprobar si los Senadores demócratas hubiesen seguido o no la tesis de Ackerman (como ya he dicho, entre 2000 y 2004 no se produjo ninguna vacante).

(44) De hecho, si el Presidente Bush hijo no hubiese ganado las presidenciales de 2004 hubiese sido, junto con el Presidente Carter, el único en la historia que, habiendo agotado su mandato, no hubiese podido nombrar a ningún juez, por no haberse producido vacantes durante sus cuatro años de mandato.

(45) BRUCE ACKERMAN, «Anatomy of a Constitutional Coup», en VV.AA. *The Longest Night: Polemics and Perspectives on Election 2000*, ARTHUR J. JACOBSON y MICHEL ROSENFELD, eds., University of Berkeley Press, 2002, págs. 227 y ss. También, del mismo autor, «Introduction: The Question of Legitimacy» y «Off Balance», en VV.AA. *Bush v. Gore: The Question of Legitimacy*, B. Ackerman ed., Yale University Press, 2002, págs. 3 y 192 respectivamente.

(46) JACK M. BALKIN; SANFORD LEVINSON, «Understanding the Constitutional Revolution», 87 *Virginia Law Review*, 1045 (2001), pág. 1052 [he dejado la cita en inglés para respetar el tono duro de los autores]. Finalmente, el discurrir de las cosas no permitió comprobar si los demócratas hubiesen seguido o no la tesis de Ackerman: como ya he dicho, entre 2000 y 2004 no hubo ninguna vacante.

29. Con todo, la circunstancia más importante es que los equilibrios de poder en la judicatura, y en particular dentro del Tribunal Supremo, están a punto de cambiar de manera casi definitiva en un sentido muy conservador. Respecto del Tribunal Supremo, la vacante de la juez O'Connor y las demás vacantes próximas o inminentes (Rehnquist y Stevens) pueden significar, dependiendo de cómo y por quién sean cubiertas, una alteración radical en los equilibrios del Tribunal.

30. *A Court Divided* tiene nueve capítulos (47), pero puede dividirse en tres partes. Una primera (capítulos 1 y 2) explica por qué el Tribunal Rehnquist en su actual composición, pese a estar compuesto por una mayoría de jueces nombrados por Presidentes republicanos —siete—, no está siendo tan conservador como se preveía. La segunda (capítulos 3 a 6) habla de los jueces, de su vida, de su trayectoria, de su pensamiento, de su actitud dentro y fuera del Tribunal, de sus votos particulares, de su posición en el equilibrio del Tribunal, etc. La tercera (capítulos 7 a 9) se refiere a algunas de las cuestiones más debatidas en la agenda del Tribunal.

31. De la primera parte diré que pese a ser la que más ha llamado la atención de los primeros comentaristas del libro (48), no creo que sea lo más destacable. La tesis de Tushnet es que el Tribunal no ha seguido el programa de los republicanos de dar marcha atrás por completo a la jurisprudencia del Tribunal Warren (y en menor medida del Tribunal Burger), y que ello obedece a una división interna de los siete jueces nombrados por Presidentes repu-

(47) Tras un capítulo introductorio sobre el Tribunal Rehnquist, y sobre la personalidad del propio *Chief Justice*, viene otro que explica la principal tesis de TUSHNET («*Two kinds of republicans*») y luego cuatro dedicados a otros tantos jueces (Thomas, Ginsburg, Scalia y Kennedy), seguidos de tres relativos a los grandes temas que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido configurando en los últimos años (aborto, libertad religiosa, discriminación positiva, federalismo). En el ya citado libro VV.AA. *Rehnquist Justice. Understanding the Court Dynamic*, EARL M. MALTZ ed., University Press of Kansas, 2003, pueden encontrarse capítulos dedicados a cada uno de los jueces del Tribunal Rehnquist. Sobre el Tribunal Rehnquist hay bastante bibliografía. Puede verse DAVID B. F. TUCKER, *The Rehnquist Constitution and Civil Rights* (Aldershot, 1995); TINSLEY E. YARBROUGH, *The Rehnquist Court and the Constitution* (Oxford University Press, 2000); DAVID SAVAGE, *Turning Right: The Making of the Rehnquist Supreme Court* (Wiley, 1992); VV.AA. *The Rehnquist Court. A Retrospective*, MARTIN H. BELSKY ed. (Oxford University Press, 2002); VV.AA. *The Rehnquist Court. Judicial Activism on the Right*, Herman Schwartz, ed. (Hill and Wang, 2002); THOMAS M. KECK, *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism* (University of Chicago Press, 2004); CHRISTOPHER WOLFE, «The Rehnquist Court and “Conservative Judicial Activism”», VV.AA. *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, CHRISTOPHER WOLFE, ed. (Princeton, 2004).

(48) Por ejemplo DAHLIA LITHWICK, «The Revolution That Wasn't», *The Washington Post, Book World*, 20 de febrero de 2005, pág. 3.

blicanos. Estarían por un lado jueces republicanos radicales, o ultraconservadores, o que comulgan con la derechización de la política y del gobierno defendida en los sesenta y setenta por Goldwater y Nixon, y más recientemente por Reagan y Bush hijo. Se trata del *Chief Justice* Rehnquist, de Scalia y de Thomas. Y por otro lado estarían jueces republicanos moderados, apegados a la tradición más o menos centrista del partido republicano, con cierta sensibilidad social y para con los derechos fundamentales, y no deseosos de introducir en la jurisprudencia factores de tensión social (49). Son O'Connor, Souter y Kennedy. La división en tres del actual Tribunal se completa el tercio liberal-progresista, compuesto por Stevens (que pese a ser nombrado por Ford en 1975 se alinea desde hace ya tiempo con los liberales) y con los dos jueces nombrados por Clinton hace más de una década (Ginsburg y Breyer). Hay quien como Wolfe sitúa a Souter no en el centro sino en el grupo de los liberal-progresistas, y creo que tiene razón (50).

32. En los primeros capítulos, dedicados a cada uno de los nueve jueces, Tushnet desmenuza con lucidez y claridad la personalidad de éstos. Los defensores del realismo jurídico, y los hinchas de Alejandro Nieto, dirían que la psicología de los jueces (o si se prefiere su ideología, o su actitud, o su filosofía, o su predisposición hacia el resultado del pleito que enjuician) es lo único determinante en el proceso argumentativo y, sobre todo, en el sentido de las sentencias. En ocasiones Tushnet se refiere a los jueces con cierta mordacidad, como cuando duda de la brillantez e inteligencia de la que Scalia hace alarde cada vez que puede. En la página 147 enumera a los jueces que tienen mejor cabeza o inteligencia («*sheer brainpower*») que Scalia: Rehnquist, Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer. También dice que en las vistas le gusta ridiculizar a los abogados, y en *The New Constitutional Order* (pág. 126) Tushnet escribe que Scalia es el «*entertaining justice*» [algo así como «el juez que da espectáculo»], refiriéndose a su afición por las citas ampulosas y a presentar los casos de manera demagógica, simplista y radical (51). En alguna ocasión Scalia ha tenido que abstenerse en un plei-

(49) TUSHNET dice (*A Court Divided*, págs. 62 y 70) que este tipo de juez conservador es partidario de limitar las competencias del gobierno federal (en relación sobre todo con la regulación económica y comercial), pero no comulga con el programa del partido republicano, cada vez más radical, de restricción de derechos en relación con el aborto, la educación, la discriminación racial o sexual. Son pues jueces conservadores en lo económico, pero más abiertos en las cuestiones sociales.

(50) CHRISTOPHER WOLFE, «The Rehnquist Court and “Conservative Judicial Activism”», VV.AA. *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, CHRISTOPHER WOLFE, ed., Princeton, 2004, pág. 167.

(51) TUSHNET asocia a Scalia con la cadena sensacionalista Fox, mientras que a los de-

to, por haber con anterioridad opinado en público, de forma muy crítica, con la sentencia que luego llegó al Tribunal Supremo: puede verse la sentencia *Elk Grove Unified School District v. Newdow* (2004), relativa al rezo (en realidad frase patriótica —«pledge of allegiance» en las escuelas públicas (52). Scalia no sólo firma duros votos particulares, rayando en la descalificación de la sentencia de la que discrepa: los redacta, a veces, con trazos deliberadamente gruesos, como cuando en *Brown v. Legal Foundation of Washington* (2003) dijo que una medida destinada a crear un fondo para los litigantes sin recursos equivalía a que el Gobierno actuaba como Robin Hood, haciendo beneficencia delictiva («larcenous beneficence»). En la misma línea de denuncia (en este caso muy honesta, por no ocultar una crítica antigua bastante radical), Tushnet recuerda que en 1995 escribió que durante el proceso de confirmación en el Senado Thomas mintió en lo referente a su relación con Anita Hill, la mujer que le acusaba de acoso sexual.

33. Todo ello no es nuevo: en los Estados Unidos, al contrario que en España, la vida y la trayectoria de los jueces (de los jueces del Tribunal Supremo y en general de todos) es conocida por el gran público. Desde ese punto de vista, la información que da Tushnet no difiere demasiado de la que han dado otros. Lo que sí es hasta cierto punto original, y muy meritorio, es el tratamiento que el autor da a estos datos personales sobre los jueces. Quiero decir que Tushnet vincula el pasado, orígenes y avatares profesionales de los jueces con su actitud y orientación actual ante las cuestiones constitucionales. Por ejemplo, la obsesión permanente de Thomas por demostrar que su ascendente carrera profesional no ha obedecido a facilidades (cuotas raciales, etc.) derivadas del color de su piel estaría claramente en el origen de su aversión a las medidas de discriminación positiva —las considera racistas—. También las seculas del fallido nombramiento de Robert Bork, que hicieron que los siguientes nombramientos (Kennedy y Souter) tuviesen precisamente un perfil moderado y opuesto a la estridencia radical de aquél (53).

más jueces, más ortodoxos, los compara con la más seria y convencional National Public Radio. Los votos particulares de Scalia han sido recopilados en *Scalia's Dissents: Writings of the Supreme Court's Most Wittiest, Most Outspoken Justice*, KEVIN A. RING ed., Regnery, 2004. La más refinada teoría constitucional de Scalia (en la que pule los aspectos más toscos del originalismo/textualismo) puede verse en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law: An Essay*, AMY GUTTMAN ed., Princeton, 1997 (con réplicas, alguna muy dura, a cargo de Wood, Tribe, Glendon y Dworkin).

(52) Como se sabe, algún Presidente del Tribunal Constitucional español no lo consideraba así, y no se abstuvo en un pleito relativo a una sentencia o ley de la cual había opinado previamente en público de forma muy rotunda y polémica —y desde luego imprudente.

(53) Los más escépticos dirán que fijarse tanto en la personalidad y en el pasado de los jueces se aproxima mucho a un análisis freudiano (o casi behaviorista). Algo de eso hay, cla-

34. No se piense que el izquierdista Tushnet es crítico con todo lo que huele a conservador-radical. Le reconoce al anciano *Chief Justice* un gran mérito como jurista de derechas, así como haber sabido organizar la enorme sobrecarga de trabajo del Tribunal. Respecto de lo primero, Tushnet trae a colación un polémico informe escrito por Rehnquist cuando en 1952 trabajaba en el Tribunal Supremo como letrado (*law clerk*) del juez Jackson. El informe salió a la luz tanto con ocasión de su nombramiento para el Tribunal Supremo en 1971 como en su ascenso a *Chief Justice* en 1986. Se trataba de un informe titulado «Reflexiones dispersas sobre los casos de segregación racial», escrito a propósito de los casos que estaban admitidos a trámite sobre la discriminación racial en las escuelas y que luego darían lugar a la célebre sentencia *Brown* de 1954. Pues bien, entonces Rehnquist escribió que el Tribunal no está capacitado para imponer a la nación su propia valoración moral de la Constitución y de la sociedad: acabar por decreto con una discriminación socialmente admitida (y normativamente reflejada) sería salirse del papel que institucionalmente le corresponde. El informe finalizaba con esta frase «Asumo que es una posición impopular y nada humanitaria, y por ella me han vilipendiado mis colegas “liberales”, pero creo que *Plessy v. Ferguson* [la sentencia de 1896 que consagró la discriminación racial, basándose en la teoría “separados, pero iguales”] era correcta, y debería ser confirmada» (54). En la misma línea, Tushnet recuerda la posterior trayectoria de Rehnquist como jurista al servicio de los intereses de la (extrema) derecha (55). Pues bien, pese a todo ello Tushnet no ahorra datos relativamente elogiosos sobre su capacidad de trabajo, su solidez como jurista y su formación. De hecho, el primer capítulo (titulado «*William Rehnquist's Court*») es algo así como un epitafio para una etapa a punto de terminar. Y, como diré enseguida, Tushnet no comparte la opinión de otros constitucionalistas de

ro, pero explicar los pronunciamientos jurisdiccionales en función de las preferencias y orientaciones sociales, morales, filosóficas, políticas etc. de los jueces suele dar buen resultado.

(54) Pese a ello, Tushnet no tilda a Rehnquist de racista sino de «indiferente para con los negros» (*A Court Divided*, pág. 31).

(55) En los años sesenta fue consejero jurídico de Barry Goldwater, el más radical de los políticos republicanos de entonces. Se pronunció duramente contra los Gobiernos demócratas (dijo que las leyes de derechos civiles eran intromisiones en los derechos históricos de los propietarios, dijo —bien es verdad que en un discurso escrito para Goldwater— que la lucha contra la discriminación racial de Kennedy y Jonson era un atentado contra la libertad, la libertad de los blancos de no juntarse con los negros), intimidó a votantes hispanos, y criticó duramente al Tribunal Supremo diciendo que estaba dominado por los *law clerks* (letrados) liberales que manipulaban a los jueces, haciéndoles tomar posturas favorables a los comunistas, a los delincuentes, y a la expansión del poder federal en detrimento del poder de los Estados (*A Court Divided*, págs. 22-23).

que la etapa ha representado una involución radical, o que sido nefasta para los derechos fundamentales. Y respecto del *Chief Justice* Rehnquist dice que contrariamente a la «ineptitud» (pág. 26) de su predecesor Burger para administrar el Tribunal (gestión de las admisiones - *certiorari*, dirección de las deliberaciones), Rehnquist sí tenía muy clara la política a seguir. En este sentido —y sólo en éste— su gestión habría sido muy positiva (56).

35. Además de en las cuestiones clásicas (plegarias en las escuelas, símbolos religiosos, potestades de expropiación de la propiedad privada, etcétera), Tushnet pone especial énfasis en uno de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo: el llamado «cheque escolar» («*voucher*»), del que es buen conocedor (57). Y en cuanto al derecho al aborto, se ha contado muchas veces la frustración y la ira de los republicanos, y de los tres jueces ultraconservadores (Rehnquist, Scalia y posteriormente Thomas), por no poder desconstitucionalizar el derecho al aborto. En efecto, en 1989 todo parecía indicar que había mayoría de cinco jueces para anular la doctrina de *Roe v. Wade*, la sentencia que en 1973 estableció el derecho al aborto. Pero la cosa no salió bien para ellos, pues la sentencia *Webster (1989)* mantuvo *Roe*. Lo mismo, pero aun con mayor frustración (porque durante el mandato de Bush padre se habían retirado dos jueces, y los nuevos presumiblemente votarían contra el derecho al aborto), se reprodujo en 1992, con la sentencia *Casey*. En ella los tres jueces republicanos-centristas (O'Connor, Souter y Kennedy) redactaron una muy meditada sentencia que, refirmando el principio *stare decisis*, no derogó la doctrina de *Roe*. Desde entonces —en realidad desde 1973— la derecha se ha conjurado para acabar con el derecho al aborto.

36. En 1999 el profesor de Chicago Cass Sunstein publicó un importante libro que, en una opinión generalizada —y que comparte Tushnet— re-

(56) Hasta el punto de que Rehnquist recibe elogios de colegas con ideologías y sensibilidades por completo opuestas: Thurgood Marshall dice de él que fue «un gran Presidente», y William Brennan que fue «sin lugar a dudas el mejor que he tenido» (incluyendo, por tanto, a WARREN): *A Court Divided*, pág. 33. Sobre la trayectoria de Rehnquist antes de ser nombrado *Chief Justice* pueden verse DONALD E. BOLES, *Mr. Justice Rehnquist, Judicial Activist*, Iowa State University Press, 1987 y SUE DAVIS, *Justice Rehnquist and the Constitution*, Princeton, 1989. Parece que el resultado de la gestión de Rehnquist ha sido muy exitoso en cuanto a la reducción de la sobrecarga de trabajo del Tribunal (a costa de ser aun más restrictivo en la admisión de demandas). Sobre el procedimiento de *certiorari* puede verse MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ, «El “certiorari”. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *REDC* núm. 41 (1994), págs. 89 y ss.

(57) MARK TUSHNET, «Vouchers after Zelman», *The Supreme Court Review* 2002, págs. 1 y ss., comentando la sentencia del Tribunal Supremo *Zelman v. Simmons-Harris* (2002).

presenta una descripción bastante exacta de la técnica argumentativa del Tribunal Rehnquist (58). Muy resumidamente expuesto, lo que sostiene Sunstein es que ante un problema jurídico-constitucional sobre el que no hay consenso social (que, dicho sea de paso, yo creo que son casi todos), no es deseable una sentencia de amplio alcance y basada en principios generales o terminantes. Para ello distingue entre razonamientos «amplios» («*broad*») y razonamientos limitados o estrechos («*narrow*»). Si los jueces perciben división o controversia social, deben abstenerse de adoptar soluciones o fundamentaciones «amplias», optando por ceñirse sólo y exclusivamente al caso de que se trata, analizado y resuelto de manera que a) no se tome partido claro y terminante por ninguna de las dos partes (particularmente no haciendo razonamientos principales) y b) ello no vincule ni prejuzgue otros supuestos semejantes, de manera que «se dejen las cosas sin resolver» («*leaving things undecided*»). El minimalismo, representado por O'Connor o por Kennedy, implica, desde el punto de vista argumentativo, el rechazo a los principios o valores sustantivos (o de justicia). Citando a Michelman (uno de los constitucionalistas más progresistas), Tushnet escribe que «los Tribunales intentan que sus sentencias obtengan mayor grado de consenso no invocando criterios sustantivos sino recurriendo a lo que Charles Fried llamó «las razones artificiales del Derecho» (59). Y, a juicio de Sunstein, el minimalismo tiene varias ventajas: además de la prudencia que debe exigírsele a todo órgano jurisdiccional, reduce el riesgo de rechazo del público, permite el diálogo social e institucional, y no limita las opciones argumentativas a que en el futuro el Tribunal pueda acogerse. En definitiva: acaso como respuesta a las grandes controversias de un Tribunal activista como el Tribunal Warren, ahora «la modestia, y no la revolución, es lo que impera» (60).

37. Del segundo de los dos temas me interesa hablar un poco más (si bien ya quedó apuntado al hablar de *The New Constitutional Order*). Recuérdese que Tushnet sostiene que desde hace unos veinte años lleva en marcha un cambio constitucional, fruto del cual ha emergido (y sigue emergiendo) un nuevo orden de cosas. Respecto del Tribunal Supremo, la pre-

(58) CASS SUNSTEIN, *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*, Harvard, 1999. Sobre el minimalismo, y las reacciones al libro de Sunstein, puede verse JONATHAN T. MOLOT, «Principled Minimalism: Restriking the Balance Between Judicial Minimalism and Neutral Principles», 90 *Virginia Law Review* 1753 (2004). Traigo a colación el minimalismo porque en *The New Constitutional Order* Tushnet le dedica algunas páginas, en sentido bastante crítico, y porque el minimalismo o eclecticismo argumentativo está cada vez más presente en órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional español.

(59) MARK TUSHNET, *The New Constitutional Order*, pág. 126.

(60) MARK TUSHNET, *The New Constitutional Order*, pág. 164.

gunta es si este nuevo orden, y el predominio de jueces conservadores, han supuesto una marcha atrás en la obra jurídica del Tribunal Warren (1953-1969). Como era de esperar, Tushnet responde a esto de forma muy matizada y hasta cierto punto contra corriente: fruto de la división en dos de los jueces republicanos, el Tribunal Burger (1969-1986) y luego, sobre todo, el Tribunal Rehnquist (desde 1986) no han sido todo lo conservadores que hubiese podido preverse. Y, por consiguiente, a juicio de Tushnet ninguno de los dos ha dado abierta marcha atrás en el legado del Tribunal Warren (que a su vez arranca del *New Deal*) (61).

38. No todo el mundo está de acuerdo con ello. En aspectos como la discriminación escolar (remediada desde hace décadas mediante un sistema de transporte —*busing*) el juez federal David S. Tatel (62) sostiene que las sentencias *Dowell* (1991) y *Jenkins* (1995) han supuesto una clara marcha atrás, al ir directamente en contra de lo establecido en *Green* (1968) y en *Swann* (1971) por un Tribunal Burger que aun tenía como objetivo hacer realidad la igualdad escolar proclamada en *Brown* (1954). Y Owen Fiss sí cree que la jurisprudencia del «nuevo federalismo», a la que luego me voy a referir en seguida y que llevó a la anulación de importantísimas leyes estatales, «pone en cuestión *Brown* y muchos de los logros obtenidos en la época de los derechos civiles» (63). Es una cuestión de matiz, como casi siempre. Ciertamente, el Tribunal Rehnquist no ha desmantelado frontalmente las principales metas de los derechos o de los principios aquilatadas desde la década de 1930. A lo mejor no por falta de ganas sino por que es consciente de que en algunas cosas no hay marcha atrás posible. Es más: en ciertas ocasiones no sólo ha mantenido la jurisprudencia de los Tribunales Warren y Burger (aborto, discriminación positiva) sino que ha sido más avanzado, con gran enfado de la derecha civil o religiosa (64).

(61) MARK TUSHNET, *A Court Divided*, pág. 328. También *The New Constitutional Order*, pág. 165 (limitando su reflexión a los asuntos de regulación económica).

(62) DAVID S. TATEL, «Judicial Methodology, Southern School Desegregation, and the Rule of Law», *79 New York University Law Review*, 1071 (2004).

(63) OWEN FISS, *The Law as it Could Be*, New York University Press, 2003, pág. 248.

(64) El ejemplo más claro es *Lawrence v. Texas* (2003), cuando el Tribunal anuló la doctrina, perversa e inmoral, de *Bowers v. Hardwick* (1986) que criminalizaba las relaciones carnales homosexuales. Más recientemente ha declarado inconstitucional la pena de muerte para los menores de edad (*Roper v. Simmons*, 2005), y en la última sentencia dictada en el año judicial 2004-2005 ha declarado inconstitucional la exhibición en público —avalada por las autoridades de un Condado de Kentucky— de los diez mandamientos (sentencia *McCreary County*). Otros aspectos sí han sido más matizados: pudiendo haber limitado mucho más las garantías que para los detenidos se originan en la jurisprudencia *Miranda* (1966), el Tribunal Supremo, por boca incluso del *Chief Justice*, ha declarado que no tiene intención de anular

39. Pero a falta de ataque frontal contra el legado del Tribunal Warren, el Tribunal Rehnquist sí ha encontrado cierta unanimidad entre los jueces conservadores y los ultraconservadores a la hora de cuestionar las competencias del Congreso. Como es conocido, hace no muchos años, el Tribunal se propuso «redimensionar» los papeles respectivos de los Estados y de la Federación, restándole competencias a esta. En esta tarea se ha servido de una visión competencial —y no sustantiva— de la Constitución. Quiero decir que apenas se han anulado leyes federales por consideraciones sustantivas o de fondo, sino que el argumento solía ser competencial, normalmente interpretando en sentido restrictivo la cláusula de comercio. Waxman da una cifra muy significativa: en los seis años que van de 1995 a 2001 el Tribunal Supremo ha anulado 26 leyes y regulaciones federales, lo cual contrasta muchísimo con el hecho de que en los primeros dos siglos de Constitución (1787-1987) sólo anuló 127 (65). Los ejemplos más conocidos de leyes federales importantes anuladas son la *Gun-Free School Zones Act (United States v. López, 1995)*, la *Religious Freedom Restoration Act (City of Boerne v. Flores, 1997)*, la *Brady Handgun Violence Prevention Act (Printz v. United States, 1997)*, la *Trademark Remedy Clarification Act (Coll. Sav. Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board, 1999)*, la *Age Discrimination in Employment Act (Kimel v. Florida Board of Regents, 2000)*, la *Violence Against Women Act (United States v. Morrison, 2000)* y la *Americans with Disabilities Act (Trustees of University of Alabama v. Garrett, 2001)* (66).

40. De este modo parecería que el Tribunal Rehnquist no ha tenido como objetivo acabar con la política social (o con la política a secas) del Congreso, ni con las medidas sociales, originadas en la filosofía del *New Deal* y refrendadas por el Tribunal Warren. La marcha atrás ha sido indirecta, y por ello, como dice Tushnet, ha pasado bastante desapercibida para la

Miranda (sentencia *Dickerson, 2000*). Sin embargo, y pese al mantenimiento —más o menos retórico— de *Miranda*, poco a poco se han ido erosionando o excepcionando las garantías que de ella derivan (sentencia *Chávez, 2003*).

(65) SETH P. WAXMAN, «Defending Congress», *79 North Carolina Law Review*, 1073 (2001). De todos modos las estadísticas pueden ser engañosas: ahora el Congreso legisla mucho más que hace 200 años.

(66) Algunas de estas sentencias han sido comentadas en España: puede verse, por ejemplo, MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ, «*City of Boerne v. Flores*: la importancia del “candor” judicial», *REDC*, núm. 54 (1998), págs. 311 y ss.; FERNANDO REY MARTÍNEZ, «*United States v. López* y el “nuevo federalismo” norteamericano», *REDC* núm. 51 (1997), págs. 273 y ss.; así como, más en general, MANUEL BALLBÉ; ROSER MARTÍNEZ, *Soberanía dual y Constitución integradora*, Ariel, Barcelona, 2003, págs. 83 y ss.

mayoría de los ciudadanos (67). Pero no por ello Tushnet deja de admitir abiertamente que ha habido una «revolución federalista». En este sentido sí hay una evidente marcha atrás: el *New Deal*, y la *Great Society* de Kennedy-Johnson, parten de que el Gobierno Federal y el Congreso están constitucional y políticamente habilitados para dirigir la nación en casi todos sus aspectos. Ahora ya no.

41. No me interesa demasiado entrar en si el Tribunal Rehnquist ha cuestionado en todo o en parte, o nada en absoluto, la herencia constitucional recibida. Posiblemente la respuesta más adecuada haya de ser muy matizada, como la de Tushnet. Lo que sí me interesa es hacer hincapié en uno de los argumentos de los conservadores para restarle poder al Congreso y para declarar inconstitucionales algunas de sus leyes. Cada vez más, la derecha le niega no ya legitimidad constitucional en términos competenciales, sino legitimidad y capacidad política para regular gran parte de los asuntos de interés nacional. Richard Posner, uno de los principales juristas conservadores escribe que el Congreso es un «mero instrumento de poder político descarnado», caracterizándolo como «un cuerpo gigantesco, sin instrumentos apropiados, indisciplinado, y por su estructura, composición y procedimientos, inadecuado para resolver o establecer cuestiones jurídicas» (68). En efecto, la derecha tiende a ver al Congreso como un obstáculo al buen gobierno (el buen y legítimo Gobierno, a su juicio, es el Gobierno estatal), como algo malo y opresor en sí mismo, y, desde el punto de vista constitucional, como un poder cuyas atribuciones no han parado de crecer desde finales del siglo 19, contrariamente a las previsiones constitucionales que estaban pensando en un poder federal muy limitado.

42. Esta desconfianza, o enfrentamiento frontal, de algunos conservadores y en particular del Tribunal Supremo para con el Congreso ha tenido como consecuencia explícita que aquél se ha proclamado intérprete no ya *supremo* sino *único* de la Constitución. Éste es un aspecto que Tushnet no aborda con excesivo detalle en *A Court Divided*, pero que otros autores sí han tratado, de manera muy crítica. Según ha relatado Marian Ahumada, en la sentencia *Boerne (1997)* el Tribunal Supremo anuló una ley del Congreso (la *Religious Freedom Restoration Act*) que había sido aprobada en 1993 con el objetivo declarado de contrarrestar la doctrina restrictiva que el Tribu-

(67) «A nadie le ha importado la revolución federalista. A la gente le importa lo que el Gobierno pueda o no pueda hacer, pero el federalismo alude a cuál de los Gobiernos lo haga o deje de hacer»: MARK TUSHNET, *A Court Divided*, pág. 249.

(68) La cita es de RICHARD POSNER, y la tomo de OWEN FISS, *The Law as it Could Be*, New York University Press, 2003, pág. 249.

nal Supremo había establecido previamente en la sentencia *Smith (1990)* (69). Con ello, y con otras sentencias igualmente radicales, el Tribunal Supremo dejó claro que iba a dar una vuelta de tuerca a la tradicional *supremacía* judicial, pasando a declararse *único* y *exclusivo* intérprete, desautorizando al Congreso como co-partícipe de la tarea de interpretar la Constitución. Así lo explica Owen Fiss:

«En las sentencias *Morrison, Kilmer* y *Garrett*, el Tribunal ha transformado su autoridad última [*«final»*] respecto de la articulación de los derechos e instituciones constitucionales en una autoridad exclusiva. El principio, habitualmente reconocido y aceptado, de la supremacía judicial se ha convertido en exclusividad judicial [...] La teoría constitucional que está detrás de estas sentencias [así como de *Bush v. Gore*] atenta contra nuestra estructura constitucional. Del mismo modo, vulnera el principio de coordinación y equilibrio de poderes y ofende el más elemental de los entendimientos acerca de cómo, en nuestra República, el Derecho se hace y se defiende mejor» (70).

43. La Senadora Rodham Clinton y Goodwin Liu (71) escriben que la exclusión del Congreso en la interpretación constitucional —que califican de «tendencia imperialista»— no sólo no tiene fundamento histórico ni doctrinal sino que parte de una defensa de las competencias estatales y locales que, al no basarse en principio alguno, es sospechosamente selectiva, cuando no arbitraria (a su juicio, el Tribunal Supremo se muestra deferente con el Congreso respecto de las medidas relativas a las libertades económicas, pero muy severo cuando se trata de intervenciones públicas en defensa de derechos fundamentales o de intervenciones prestacionales). Esta opinión muy crítica es compartida por otros muchos autores (72).

(69) A raíz de *Boerne*, la Cámara intentó volver a la carga con la *Religious Liberty Protection Act*, que no fue aprobada por el Senado, y finalmente en 2000 el Congreso sí aprobó la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA)*, de alcance más limitado. Al respecto puede consultarse el artículo de MICHAEL PAISNER «*Boerne* Supremacy: Congressional Responses to *City of Boerne v. Flores* and the Scope of Congress's Article I Powers», 105 *Columbia Law Review* 537 (2005). La batalla que tenían abierta el Congreso y el Tribunal Supremo parece haberse cerrado con la sentencia *Cutter v. Wilkinson*, de 31 de mayo de 2005, que ha declarado constitucional la RLUIPA.

(70) OWEN FISS, *The Law as it Could Be*, New York University Press, 2003, pág. 249.

(71) «Separation Anxiety: Congress, the Courts, and the Constitution», 91 *The Georgetown Law Journal* 439 (2003).

(72) LARRY D. KRAMER, «The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We, The Court», 115 *Harvard Law Review* 4 (2001); MICHAEL C. DORF; BARRY FRIEDMAN, «Shared Constitutional Interpretation», *The Supreme Court Review* 2000, págs. 61 y ss. (fijándose específicamente en la jurisprudencia *Miranda* sobre los derechos de los detenidos); RUTH COLKER; JAMES J. BRUDNEY, «Dissing Congress», 100 *Michigan Law Review*, 80 (2001); RUTH

44. De modo que no se trata ya sólo de si hay o no marcha atrás en el legado legislativo del *New Deal* o del Tribunal Warren. Lo que está en marcha es algo de menor calado social, pero de mucho mayor interés para la doctrina constitucionalista, y que posiblemente ya atisbase Tushnet en 1999 al escribir *Taking the Constitution Away from the Courts* (73): la autoatribución por parte del Tribunal Supremo de la facultad de ser el *único* intérprete constitucional.

45. Esta deriva «imperialista» del Tribunal Supremo explica que en la actualidad haya muchas más voces críticas que, por ejemplo, en la etapa más activista del Tribunal Warren. Según señala Michael Seidman, ahora coinciden críticas de los conservadores y de los liberales: importantes voces de uno y de otro campo se muestran del todo de acuerdo en que el Tribunal ha ido demasiado lejos, y por ello proponen un cambio de rumbo más o menos drástico (74). Si medimos el activismo en función del número de leyes (federales o estatales, sobre todo aquellas) que el Tribunal Supremo anula, y así es como cuantifican el activismo los norteamericanos, entonces el Tribunal Supremo es ahora más activista de lo que lo era el Tribunal Warren en su apogeo, cuando elaboraba reglas para los derechos de los detenidos o cuando anulaba la distribución de distritos electorales hecha por los Parlamentos estatales. Así lo reconocen muchos autores: el propio Tushnet escribe que «en el Tribunal Rehnquist *todos* son activistas [...] y por ello es un Tribunal político» (75). Lo mismo afirma Seidman (76).

COLKER; KEVIN M. SCOTT, «Dissenting States? Invalidation of State Action During the Rehnquist Era», 88 *Virginia Law Review*, 1301 (2002); WILLIAM P. MARSHALL, «Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism», 73 *University of Colorado Law Review* 1217 (2002); DAVID S. TATEL, «Judicial Methodology, Southern School Desegregation and the Rule of Law», 79 *New York University Law Review* 1071 (2004); JEB RUBENFELD, «The Anti-Discrimination Agenda», 111, *The Yale Law Journal*, 1141 (2002), denunciando que esta jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo no está basada en ninguna teoría del federalismo sino en el mero afán de desmontar la legislación social y antidiscriminatoria.

(73) Esa puede ser la razón, me parece, de que en 1999 TUSHNET comenzase *Taking the Constitution Away from the Courts* (págs. 3 a 5) hablando, precisamente, de la sentencia *Boerne*.

(74) MICHAEL SEIDMAN, *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*, Yale University Press, 2001, pág. 2 (señalando como en este punto se muestran de acuerdo personas tan dispares como ROBERT BORK y MARK TUSHNET: aquél propone que el Congreso pueda anular sentencias constitucionales, y este, en *Taking the Constitution Away from the Courts*, proponía una interpretación constitucional «populista», para quitarle al Tribunal Supremo el monopolio decisorio). Desde 1999 se han publicado varios libros importantes —uno de ellos, el recién citado del propio Tushnet— encaminados a reivindicar una menor preponderancia del Tribunal Supremo en los problemas constitucionales.

(75) MARK TUSHNET, *A Court Divided*, pág. 11. El subrayado en el original.

(76) «El Tribunal Supremo es más activista que nunca»: MICHAEL SEIDMAN, *Our Unsett-*

46. El activismo del Tribunal Rehnquist es acaso más llamativo que el del Tribunal Warren. Porque lo están practicando jueces como Scalia, Rehnquist o Thomas, que habían dicho —y siguen diciendo y escribiendo— que son jueces no activistas y que respetan la voluntad de los ciudadanos manifestada en las leyes. Pero cuando conviene, abandonan su postura favorable a los Estados para defender la intervención del Congreso, como ocurrió en *Bush v. Gore* (2000), o como pretendía la mayoría discrepante en *Newdow* (2004), sobre el rezo en las escuelas. Incluso hay quien, para justificar un mayor activismo en sentido conservador, ha defendido expresamente que el Tribunal Supremo no debe estar vinculado por la regla del *stare decisis* (77). Así que a la derecha judicial norteamericana no parece estorbarle mucho haber traicionado sus principios de *judicial restraint* y de moderación: se ha quitado la careta, y prácticamente nadie ve ya ninguna diferencia apreciable, desde el punto de vista del «activismo», entre un tribunal conservador y un tribunal progresista como era el Tribunal Warren.

47. Luego si no hay que preocuparse demasiado por el activismo en sí, a lo mejor sí hay que preocuparse por el «imperialismo» o «exclusivismo», y de hecho algunos como Tushnet lo han hecho, reivindicando la tradición de que el Congreso (¿o el pueblo?) y el Tribunal Supremo compartan la tarea de decidir los asuntos constitucionales o colectivos, y actúen de contrapeso uno respecto del otro. Hay quien también muestra su preocupación por el hecho de que los republicanos, que entre 1980 y 2008 habrán estado en el Gobierno federal de forma continuada salvo los dos mandatos de Clinton (1992-2000), habrían copado el poder judicial de jueces muy conservadores. La cosa empezó con Reagan, que se propuso pararle los pies no sólo al Tribunal Supre-

led Constitution, pág. 3. También, muy destacadamente, THOMAS M. KECK, *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism*, University of Chicago Press, 2004. Es posible que esta opinión esté hoy bastante generalizada: Peter Edelman (como Tushnet y Seidman, profesor en Georgetown) explica que a nadie asusta ya un Tribunal «activista»: «En realidad, dicho calificativo es más bien un eufemismo inventado y usado tanto por los conservadores como por los liberales cuando discrepan de una sentencia»: *Reconciling the Common Good with the Rights of Minorities: How Much Should do the Constitution Do?*, GULC, inédito, 2005, pág. 2. DAVID S. TATEL también opina que «el término “activista” lo usan habitualmente los políticos o los comentaristas que, descontentos con el sentido de una determinada sentencia, acusa al juez o tribunal que la dictó de actuar movido por objetivos políticos o de hacer política, añadiendo con frecuencia —como si ello demostrase la veracidad de la acusación— que al juez o jueces lo nombró tal o cual Presidente»: «Judicial Methodology, Southern School Desegregation, and the Rule of Law», 79, *New York University Law Review*, 1071 (2004).

(77) MICHAEL S. PAULSEN, «Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?», 108, *The Yale Law Journal*, 1535 (2000).

mo, sino en general a una judicatura que, según decía, actuaba de forma anti-democrática y le imponía al pueblo y a los demás poderes una determinada visión de la Constitución contraria a la intención de los constituyentes y a la voluntad del pueblo expresada en leyes estatales o federales. A resultas de ello, los sucesivos Presidentes republicanos (los dos Bush) se propusieron controlar el poder judicial, y a resultas de ello, como señala Herman Schwartz, a primeros de 2003 de los 13 Circuitos ocho tenían sólidas mayorías republicanas, dos tenían mayoría demócrata, y tres estaban más o menos empatados (78). Los nombramientos de Bush hijo al final de su primer mandato, y los que acaba de proponer nada más salir reelegido, han alterado o van a alterar profundamente este equilibrio, consolidando mayorías republicanas en prácticamente todos los Circuitos (79). De manera que, aunque el Tribunal Supremo no esté siendo todo lo conservador que los Gobiernos republicanos querrían, sí lo están siendo o lo van a ser los demás tribunales federales.

48. Voy terminando. Ya he dicho que *A Court Divided* es un libro muy matizado. No sólo por el análisis de detalle que hace Tushnet de la trayectoria y personalidad de los jueces, dividiéndolos por un lado en conservadores de adhesión inquebrantable al programa del actual partido republicano y por otro en conservadores moderados o tradicionales, sino por su afirmación de que el legado político y jurídico del Tribunal Warren en buena medida aun sigue en pie. Sobre lo primero apenas hay discusión posible. Sobre lo segundo, la ideología y la sensibilidad de cada cual a buen seguro le conducirán a una opinión posiblemente discrepante (de hecho, como hemos visto, autores como Fiss sí creen que las cosas han cambiado sustancialmente desde los años cincuenta y sesenta del pasado siglo). En cualquier caso, importa señalar que Tushnet escribió el libro a mediados de 2004, cuando no se conocía el resultado de las elecciones presidenciales de noviembre de ese año. Dicho

(78) HERMAN SCHWARTZ, *Right Wing Justice. The Conservative Campaign to Take Over the Courts*, Nation Books, New York, 2004, pág. 239. En sentido similar véase el libro que he citado en la nota anterior (THOMAS M. KECK, *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism*, University of Chicago Press, 2004, págs. 156 y ss.). Naturalmente, un Presidente demócrata hubiese hecho lo mismo, es decir, seleccionar para la judicatura federal a juristas de su misma sensibilidad (sí bien Clinton no estaba particularmente interesado en controlar al poder judicial, y de hecho —como ocurrió en 1995 con el intento de nombramiento como juez federal de Peter Edelman— en alguna ocasión retiró a sus candidatos cuando encontraba oposición frontal en el Senado, o en general en el Partido Republicano).

(79) Con los nombramientos de esta primavera de 2005, hoy son diez de trece los Tribunales de Circuito o de Apelación de tendencia conservadora.

resultado, y las primeras propuestas políticas del Gobierno de Bush, acaso confirmen la impresión de que aquél legado histórico sí esté en peligro (80). No se piense que Tushnet no había tenido presente esta circunstancia: en más de una ocasión a lo largo del libro advierte que las vacantes inminentes en el Tribunal Supremo (y en otros Tribunales federales) pueden hacer variar su actual delicadísimo equilibrio. Pero creo que tal vez Tushnet, en su afán matizador y hasta cierto punto contracorriente, no ha tenido suficientemente en cuenta que los neoconservadores, ultraconservadores o como se les quiera llamar, podían salir reforzados de las elecciones de 2004, revitalizando así la política de dar marcha atrás en gran parte de los ámbitos en los que aún perviven la legislación y los principios del Tribunal Warren.

49. Como dije al principio, estas páginas no han pretendido ser sino una aproximación al pensamiento de Mark Tushnet, enmarcándolo junto a otros autores del mejor constitucionalismo norteamericano, y abordando algunas de las grandes cuestiones que ahora se plantean en ese país. Espero haber dejado claro que el de Tushnet es un pensamiento prolífico, complejo, y que, siendo de izquierdas, casi siempre sorprende por lo original de sus planteamientos (aunque sólo sea porque, en algunos casos, estos se sitúan en planos cercanos al de la ciencia política a los que en España no estamos los juristas demasiado acostumbrados). De todo cuanto he dicho el lector puede sacar muchas conclusiones (81). Por ejemplo: que hay que leer a Tushnet, una referencia esencial en el constitucionalismo moderno; o que en el Derecho constitucional norteamericano están pasando cosas muy importantes que

(80) La primera ley que el reelegido Presidente ha firmado, en febrero de 2005, ha sido la *Class Action Fairness Act* (destinada a limitar las posibilidades de los ciudadanos de demandar a las empresas) y está en discusión parlamentaria la *Bankruptcy Act* (también protectora de los intereses de las grandes corporaciones). Además, tal y como acabo de mencionar, ha enviado al Senado los nombramientos de unos cuantos jueces federales, siete de los cuales habían sido vetados (en realidad filibusterados) en su primera legislatura. Varios de los candidatos (WILLIAM G. MYERS, TERRENCE W. BOYLE, WILLIAM J., HAYNES, THOMAS GRIFFITH, PRISCILLA OWEN, JANICE R. BROWN) son juristas de derechas —algunos como Brown o Pryor son muy muy radicales—, dispuestos a seguir con la tarea de desmontar las leyes de derechos civiles, la legislación social, las medidas de discriminación positiva, etc. Tras una durísima batalla política, en la que los más duros de entre los parlamentarios republicanos (Bill Frist, líder en el Senado) amenazaron con privar a la oposición de su derecho al filibusterismo, en mayo de 2005 se llegó a un acuerdo de dar el visto bueno por lo menos a tres de ellos (OWEN, BROWN y PRYOR, que fueron confirmados por el Senado junto a otros como GRIFFITH, MCKEAGUE, GRIFFIN).

(81) Naturalmente, las mías (bastante más sombrías que las de TUSHNET ante un presente y un futuro de paranoia antiterrorista y de regresión de algunos derechos fundamentales) no son las importantes.

vale la pena seguir de cerca. Queda por ver si los pronósticos (o las descripciones del presente, como su teoría del «nuevo orden constitucional») que Mark Tushnet hace son o no certeros. Él mismo avisa de que «*Prediction is hazardous, particularly about the future*» (82).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACKERMAN, BRUCE (2004a): «The Emergency Constitution», 113 *The Yale Law Journal*, 1029.
- ACKERMAN, BRUCE (2004b): «This is Not a War», 113 *The Yale Law Journal*, 1871.
- AHUMADA RUIZ, MARÍA ÁNGELES (1994): «El “certiorari”. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, págs. 89 y ss.
- AHUMADA RUIZ, MARÍA ÁNGELES (1998): «City of Boerne v. Flores: la importancia del “candor” judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, págs. 311 y ss.
- AHUMADA RUIZ, MARÍA ÁNGELES (1999): «Recensión» a Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, 1999, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 2, págs. 313 a 316.
- BALKIN, JACK M.; LEVINSON, SANFORD (2001): «Understanding the Constitutional Revolution», 87 *Virginia Law Review*, 1045.
- BALLBÉ, MANUEL; MARTÍNEZ, ROSER (2003): *Soberanía dual y Constitución integradora*, Ariel.
- BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL; GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. (2005): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC-BOE.
- BIRD, R. KENTON; BRANDT, ELIZABETH B. (2002): «Academic Freedom and 9/11: How the War on Terrorism Threatens Academia Freedom on Campus», 7 *Communication Law and Policy*, 43.
- BIRNBAUM, NORMAN (2004): *Missing in Action: The New Deal Legacy in American Politics*, inédito.
- BOLES, DONALD E. (1987): *Mr. Justice Rehnquist, Judicial Activist*, Iowa State University Press.
- CASSEL, ELAINE (2004): *The War on Civil Liberties. How Bush and Ashcroft Have Dismantled the Bill of Rights*, Lawrence Hill.
- CHANG, NANCY (2002): *Silencing Political Dissent. How Post-September 11 Anti-Terrorism Measures Threaten Our Civil Liberties*, Seven Stories.
- COLE, DAVID; DEMPSEY, JAMES X. (2002): *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties for National Security*, New Press.
- COLE, DAVID (1999): «Hanging with the Wrong Crowd: Of Gangs, Terrorists, and the Right of Association», *The Supreme Court Review*, 205 y ss.

(82) MARK TUSHNET, *The New Constitutional Order*, pág. 7.

- COLE, DAVID (2003): *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New Press.
- COLE, DAVID (2004): «The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot», 113 *The Yale Law Journal*, 1753.
- DAVIS, SUE (1989): *Justice Rehnquist and the Constitution*, Princeton University Press.
- DORADO PORRAS, JAVIER (1997): *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson.
- DORF, MICHAEL C.; FRIEDMAN, BARRY (2000): «Shared Constitutional Interpretation», *The Supreme Court Review*, págs. 61 y ss.
- DWORKIN, RONALD (2004): «What the Court Really Said», *The New York Review of Books*, vol. 51, núm. 13, 12 de agosto [una versión parcial, titulada «Guantánamo y la Corte Suprema de los EE.UU.» está publicada en *Claves de Razón Práctica*, núm. 146 (octubre 2004), págs. 9 y ss.]
- EDELMAN, PETER (2005): *Reconciling the Common Good with the Rights of Minorities: How Much Should do the Constitution Do?*, inédito.
- ETZIONI, AMITAI (2004): *How Patriotic is the Patriot Act?: Freedom Versus Security in the Age of Terrorism*, Routledge.
- FALLON, RICHARD (2001): *Implementing the Constitution*, Harvard University Press.
- FISS, OWEN (2003): *The Law as it Could Be*, New York University Press.
- GINSBURG, DOUGLAS H. (2003): «On Constitutionalism», *Cato Supreme Court Review*, págs. 7 y ss.
- KARMAN, MICHAEL J. (1997): «Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem», 85 *The Georgetown Law Review* 491.
- KECK, THOMAS M. (2004): *The Most Activist Supreme Court in History. The Road to Modern Judicial Conservatism*, University of Chicago Press.
- LEVINSON, SANFORD (2001): «The Return of Legal Realism», *The Nation*, 8 de enero, pág. 8.
- MELL, PATRICIA (2002): «Big Brother at the Door: Balancing National Security with Privacy under the USA Patriot Act», 80 *Denver University Law Review* 375.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO (1997): «United States v. López y el "nuevo federalismo" norteamericano», *REDC*, núm. 51, págs. 273 y ss.
- RODHAM CLINTON, HILLARY, LIU, GOODWIN (2003): «Separation Anxiety: Congress, the Courts, and the Constitution», 91 *The Georgetown Law Journal*, 439.
- SAVAGE, DAVID (1992): *Turning Right: The Making of the Rehnquist Supreme Court*, Wiley.
- SCALIA, ANTONIN (1997): *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law: An Essay*, Amy Guttman ed., Princeton University Press.
- SCALIA, ANTONIN (2004): *Scalia's Dissents: Writings of the Supreme Court's Most Wittiest, Most Outspoken Justice*, Kevin A. Ring ed., Regnery.
- SCHWARTZ, HERMAN (1988): *Packing the Courts: The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution*, Scribner's.

- SCHWARTZ, HERMAN (2004): *Right Wing Justice. The Conservative Campaign to Take Over the Courts*, Nation Books.
- SEIDMAN, LOUIS M.; TUSHNET, MARK (1996): *Remnants of Belief. Contemporary Constitutional Issues*, Oxford University Press.
- SEIDMAN, LOUIS M. (2001): *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*, Yale University Press.
- SUNSTEIN, CASS (1999): *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*, Harvard.
- TRIBE, LAWRENCE; GUDRIDGE, PATRICK O. (2004): «The Anti-Emergency Constitution», 113, *The Yale Law Journal*, 1801.
- TUCKER, DAVID B. F. (1995): *The Rehnquist Constitution and Civil Rights*, Aldershot.
- TUSHNET, MARK (1999): *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press.
- TUSHNET, MARK (2003): *The New Constitutional Order*, Princeton University Press.
- TUSHNET, MARK (2005): *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Co.
- VV.AA. (2002a): *The Rehnquist Court. Judicial Activism on the Right*, Herman Schwartz, ed., Hill and Wang.
- VV.AA. (2002b): *The Rehnquist Court. A Retrospective*, Martin H. Belsky ed., Oxford University Press.
- VV.AA. (2003): *Rehnquist Justice. Understanding the Court Dynamic*, Earl M. Maltz ed., University Press of Kansas.
- VV.AA. (2004): *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Christopher Wolfe, ed., Princeton, 2004.
- VV.AA. (2005): *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Mark Tushnet ed., Duke University Press.
- YARBROUGH, TINSLEY E. (2000): *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford University Press.

ADDENDA

En el momento de corregir pruebas (primera semana de septiembre de 2005) se ha producido una importante novedad relacionada con la composición del Tribunal Supremo, a la que aludo en los párrafos 25 a 29. El sábado 3 de septiembre de 2005 falleció el *Chief Justice* William Rehnquist. Ello, sumado a la retirada de la juez O'Connor en julio de 2005, da al Presidente Bush dos posibilidades casi simultáneas para dejar su impronta ultraconservadora en el Tribunal Supremo.

El juez Roberts, candidato para sustituir a la juez O'Connor, fue inmediatamente propuesto por Bush como sucesor de Rehnquist en la Presidencia del Tribunal Supremo o *Chief Justice* (lo cual es verdaderamente singular,

porque aun no habían comenzado las audiencias en el Senado para su confirmación como *Associate Justice*).

De manera que, después de muchos años de espera, la derecha norteamericana tiene el premio que tanto anhelaba: dos vacantes en el Tribunal Supremo. En función de cómo se desarrollen las audiencias para confirmar al juez Roberts, y de quien sea designado para la nueva vacante, podrá o no decirse que el Tribunal Supremo da un brusco giro a la derecha.