

PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y LOS VALORES DEL FEDERALISMO: LA EXPERIENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Richard B. Stewart

Byrne Professor de Derecho Administrativo
Universidad de Harvard

I. LA CENTRALIZACION Y SUS INCONVENIENTES

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha abandonado durante los últimos cincuenta años principios estructurales de derecho constitucional que tradicionalmente venía reconociendo. Estos principios incluían una limitada interpretación de los poderes legislativos del Congreso; la protección de la autonomía de los Estados contra el poder nacional; el rango constitucional de derechos y libertades económicas del *common law*; la prohibición de la delegación de poderes legislativos a las agencias administrativas; y la prohibición de la transferencia del poder de enjuiciar de los tribunales a las agencias administrativas. Estos principios estructurales servían para limitar la autoridad del poder público, restringir el desplazamiento o la regulación de la economía de mercado por el poder público central y alimentar los valores del federalismo.

Hay cuatro valores del federalismo que han influenciado fuertemente el debate constitucional y político desde la fundación de la nación: capacidad de respuesta a las demandas sociales, libertad, ciudadanía y diversidad. La capacidad de respuesta mide hasta qué punto el poder público adopta y efectivamente aplica políticas que atienden a las preferencias de los ciudadanos. La libertad evita la usurpación del poder público por facciones partidistas privadas u oficiales. La ciudadanía se promueve fomentando la oportunidad para tomar parte en las deliberaciones colectivas y en las elecciones entre distintas políticas públicas. La diversidad se asegura cuando comunidades y asociaciones políticas y culturalmente diferentes pueden dar y son animadas a desarrollar y perseguir diferentes concepciones del bien público.

El Tribunal Supremo ha abandonado principios estructurales de derecho constitucional en favor de una jurisprudencia que da rienda suelta a las políticas de la mayoría, si bien somete a la protección

judicial ciertos derechos individuales y de las minorías. Este cambio ha permitido —y ha ido acompañado por el aumento de— un estado de bienestar reglamentista a escala nacional dirigido a promover el bienestar económico y social de todos los ciudadanos. El Tribunal Supremo ha confiado en las salvaguardias políticas del federalismo para evitar una descentralización excesiva, pero estas salvaguardias se han debilitado en gran medida en las dos últimas décadas. El resultado, la concentración de la autoridad a tomar las decisiones en Washington, ha minado los valores del federalismo que habían venido siendo asegurados por las fuerzas económicas privadas, las laborales y las organizaciones sin ánimo de lucro, así como por poderes públicos estatales y locales independientes.

El problema básico del federalismo en los Estados Unidos durante estos últimos cincuenta años ha consistido en atender a las responsabilidades de regulación y bienestar asumidas por un gobierno moderno sin sacrificar los valores de diversidad, capacidad de respuesta y autodeterminación descentralizada. La premisa que prevalecía ha consistido en que la justicia social y económica sólo puede alcanzarse mediante una expansión del poder público nacional para dirigir la vida social y económica. En consecuencia, los poderes públicos locales o estatales han sido desplazados, cooptados u obligados por medidas nacionales o programas de gasto público de ámbito nacional. El poder público central también ha extendido su control mediante la regulación al sector financiero y comercial, los sindicatos, las universidades, hospitales y otras instituciones. Cada vez más, la autoridad nacional ha sido ejercida a través de reglamentos administrativos y órdenes judiciales dirigidas a estas instituciones. Esta técnica legalista de «orden y control» es especialmente destructiva de los valores del federalismo. Tiende a generar medidas uniformes y rígidas que estrangulan la diversidad y la innovación. Estas órdenes son emitidas por jueces federales y burócratas que no están sometidos a una adecuada responsabilidad política por sus decisiones.

Recientemente los Estados Unidos han sido testigos de una aguda contrarreacción a este crecimiento del Estado del Bienestar centralizado, reglamentista, burocrático y legalista. La Administración Reagan, invocando la retórica del Nuevo Federalismo, ha utilizado como bandera la desregulación de la actividad económica y la devolución de las responsabilidades sociales a los Estados¹. También ha defendido que el poder judicial diera nuevo vigor a los principios estructurales del derecho constitucional a los efectos de restringir el aumento de la autoridad central burocratizada.

Los defensores del Nuevo Federalismo afirman que los valores del federalismo se aseguran mejor por la vía de localizar la autoridad de decisión en los poderes públicos estatal y local y en los actores económicos privados. Pero esta descentralización puede ser incapaz

¹ Véase Presidente Ronald REAGAN, *State of the Union Message* (1982); G. EADS y M. FIX, *Relief or Reform?: Reagan's Regulatory Dilemma* (1983).

de asegurar la justicia social y económica². Nos encontramos ante el aparente dilema de sacrificar o bien los valores del federalismo o bien la justicia social y económica. Lo que se requiere es una estructura jurídica y política que asegure los valores del federalismo localizando la autoridad de decisión de forma que se combinen las ventajas de la centralización y descentralización mientras se minimizan sus respectivas desventajas. Esta fue la ambición de los padres constituyentes. Su realización trata hoy de escapárenos.

II. INTEGRACION, INDUSTRIALIZACION Y LA REVOLUCION CONSTITUCIONAL DEL «NEW DEAL»

Nuestro dilema actual ha demostrado que es falso el relato optimista de la autoridad centralizada ofrecido por Madison en *El Federalista*, número 10. Madison identificaba la dominación por fracciones económicas e ideológicas como el problema central de una comunidad política liberal. Argumentaba que tal tipo de dominación probablemente tendría lugar más fácilmente en unidades de gobierno más pequeñas, territorialmente limitadas. Una república extensa tendría que abarcar tal cantidad de facciones partidistas dispersas y diversas que ningún grupo de interés individualizado podría obtener el dominio ni mantener coaliciones permanentes. Liberados de la necesidad de servir a intereses partidistas, los funcionarios federales podrían renunciar por adelantado a las lealtades partidistas y locales y adoptar medidas en favor del bien común. La separación de poderes a nivel del Estado central aportaría una salvaguarda adicional contra la dominación partidista y prevendría la extensión de un poder central excesivo e irresponsable.

Madison y, especialmente, Hamilton previeron que las medidas del legislador nacional promoverían la integración económica y el desarrollo de los Estados Unidos por la vía de animar la inversión y el comercio. Por ironías de la historia, la responsabilidad para llevar a cabo este programa recayó inicialmente en manos del poder judicial federal. Las decisiones de los tribunales federales a lo largo del siglo XIX proporcionaron seguridad para los contratos e inversiones interestatales, fomentaron el aumento de las sociedades de negocios multiestatales, coartaron el proteccionismo estatal y fomentaron el desarrollo de un derecho mercantil común. Estas medidas, junto con la creación por el Congreso de una moneda nacional y su inversión (junto con la de los Estados) en infraestructura del transporte, promovieron el crecimiento económico y el aumento de los mercados regionales y nacionales. Otros aspectos de la política económica y la casi totalidad de la vida social se dejaron a los Estados y las corporaciones locales. Hasta este punto, los hechos justificaron ampliamente el optimismo de Madison.

² Véase S. TOLCHIN y M. TOLCHIN, *Dismantling America* (1983).

A finales del siglo XIX, sin embargo, el crecimiento económico había producido una industrialización a gran escala y dado lugar a gigantes sociedades de negocios multiestatales³. Estos hechos generaron una demanda de control político de estos nuevos Leviathanes. Esta demanda no sólo provenía de los consumidores y trabajadores, sino también de los propios empresarios. Las pequeñas empresas buscaron protección contra la competencia de las grandes empresas, las cuales, a su vez, buscaron medidas gubernamentales para estabilizar las vicisitudes del mercado⁴. Los tribunales no podrían otorgar o no otorgarían tal protección. El enjuiciamiento ante los tribunales de controversias privadas por su propia naturaleza resulta poco adecuado para tratar con las consecuencias colectivas de la industrialización. Es más, los jueces estaban firmemente comprometidos con la competencia de mercado como el sistema preferido para la organización de la actividad económica. Los parlamentos generalmente rechazaban la propiedad pública de las empresas industriales como solución a la demanda de control público. A esta demanda se respondió, en su lugar, por medio de la regulación en primer lugar por los Estados y eventualmente por el Estado central.

La efectividad de la regulación descentralizada en un sistema federal que contiene gran número de Estados depende en cuanto a su eficacia de diversos factores. La movilidad a través de los Estados de las mercancías y el capital, que los tribunales federales habían promovido con tanto celo, mina la voluntad de los Estados de imponer fuertes regulaciones a la actividad económica privada; los Estados temen que tales medidas coarten la actividad de sus propias industrias en competencia con aquellas de otros Estados y que se canalice fuera del Estado la inversión. Muchos de los Estados más pequeños tienen mucha menor fuerza administrativa que las sociedades que pretenden regular. Finalmente, problemas de coordinación hacen del sistema de regulación administrativa descentralizada algo mal adecuado para el control del sistema de transporte nacional y de los mercados de productos. Fue en estas áreas donde en primer lugar se promulgó la regulación federal⁵.

Los tribunales federales invocaron principios constitucionales de federalismo dual para arbitrar entre los Estados y el Gobierno central ante las afirmaciones mutuas de la potestad de regulación de la actividad económica privada multiestatal. A través de una serie de decisiones basadas en primer lugar en la cláusula de comercio, el Tribunal Supremo invalidó medidas estatales que discriminaban contra el comercio interestatal o suponían una carga indebida a empresas que operaban en multitud de Estados. La regulación de los Estados

³ Véase A. CHANDLER, *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business* (1977).

⁴ Véase G. KOLKO, *Railroads and Regulation* (1967).

⁵ Véase, en general, E. REHBINDER y R. STEWART, *Integration Through Law: Environmental Protection Policy*, cap. 1 (1985).

también se vio limitada por la extensión dada por el Tribunal Supremo a la protección constitucional de los derechos y libertades del *common law* que servían como fundamento jurídico de la economía de mercado. Al mismo tiempo declaró inconstitucionales leyes del Congreso Federal que habían intentado regular «actividades locales» tales como la producción y el empleo⁶. Pero el significado práctico de estas últimas decisiones fue minimizado por el hecho de que el Congreso mostró poco interés político en la regulación de tales actividades. El control sobre la agricultura, la producción, el empleo y los servicios financieros se dejó en gran parte a los Estados.

La Gran Depresión destruyó el federalismo dual y los restantes principios estructurales de derecho constitucional que habían servido para limitar la autoridad central y la regulación nacional de la economía de mercado, incluyendo la protección constitucional de los derechos y libertades económicos del *common law*, la limitada elaboración de poderes del Congreso y los principios de separación de poderes dentro del nivel federal de gobierno. La depresión, lección viva de interdependencia económica, creó demandas políticas de nuevos y ambiciosos programas reguladores federales para estabilizar la economía nacional. En una serie de decisiones que comenzaron a partir de 1937, el Tribunal Supremo interpretó la cláusula de comercio como otorgadora al Congreso esencialmente de plena autoridad regulatoria de la actividad económica. La culminación fue la sentencia, de 1942, *Wickard v. Filburn*, sosteniendo la constitucionalidad de una regulación nacional de la cantidad del trigo producida para el consumo propio en la granja en la que crecía⁷.

El *New Deal* también produjo la primera oleada de programas de asistencia social y bienestar a escala nacional, incluyendo todos los sistemas de seguridad social y cobertura de desempleo. La constitucionalidad de estos programas fue declarada por decisión del Tribunal Supremo, que interpretó el poder de gasto del Congreso en sentido pleno⁸. Tanto estos como posteriores programas nacionales obedecieron a la incapacidad de los Estados para responder a una demanda creciente de prestación pública de servicios y asistencia social. Como han demostrado los teóricos del federalismo fiscal, hay profundos impedimentos estructurales para prestar tales beneficios a través de un sistema descentralizado de gobierno. La movilidad interestatal del capital y de las mercancías desaconseja que los Estados recauden tributos para crear fondos de atención generosa a los programas sociales; los Estados temen sobrecargar su propia economía privada generando un éxodo de la riqueza. Una falta de incentivo adicional es la constituida por la movilidad de las personas a través de

⁶ Véase J. SCHMIDHAUSER, *The Supreme Court as Final Arbiter in Federal-State Relations 1789-1957* (1958).

⁷ 317 U. S. 135 (1942).

⁸ Véanse *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 v. s. 548 (1937); *Helvering v. Davis*, 301 U. S. 619 (1937).

los Estados; esta movilidad fue garantizada jurídicamente por los tribunales federales. Los Estados tenían miedo de que, si adoptaban programas sociales generosos, atraerían a los necesitados, con lo cual sería necesario volver a aumentar los impuestos. Por otro lado, muchos enfermos, pobres, ancianos u otro tipo de indigentes no pueden moverse con facilidad y pueden permanecer atrapados en los Estados más pobres o localidades que carecen de recursos fiscales para proveer adecuadamente a su cuidado⁹.

Las medidas a nivel nacional promulgadas por el Congreso para tratar con estos problemas de federalismo fiscal fueron de dos tipos. El primero consistía en una concesión de beneficios por el gobierno federal a los individuos en forma de dinero (jubilaciones de la seguridad social o pagas por invalidez) o casi dinero (*foodstamps*, pago de los costos médicos de la asistencia sanitaria). El otro consiste en la entrega de fondos federales a los Estados y corporaciones locales para que puedan mantener diversos servicios sociales locales y estatales (educación, vivienda, protección de la salud, rehabilitación, transporte) que de otra forma podrían carecer de financiación adecuada debido a los factores indicados anteriormente. Estas fuentes financieras vienen acompañadas generalmente de condiciones exigiendo que los Estados y corporaciones locales que las reciban los gasten en atenciones específicas, aporten financiación complementaria y se ajusten a otros varios requisitos. Otra técnica, adoptada por el Congreso en los años treinta para tratar con la compensación por desempleo, consistía en establecer un impuesto federal a la actividad económica particular reconociendo simultáneamente un crédito compensatorio si un Estado establecía un impuesto similar y hacía uso de las ganancias en la forma especificada por el Congreso.

Para sostener la constitucionalidad de estos o similares programas reguladores tendentes al bienestar social, el Tribunal Supremo no sólo tuvo que interpretar muy ampliamente la potestad tributaria, de gasto y de regulación del comercio del Congreso, sino que también rechazó las pretensiones de que este ejercicio de la autoridad nacional violaba los principios estructurales del federalismo que protegían la autonomía de los Estados. Es más, estos nuevos programas federales requerían el desarrollo de nuevas y vastas burocracias generales para aplicarlos. Para poder sostener la validez de esas nuevas burocracias, el Tribunal Supremo permitió al Congreso delegar amplios poderes de normación a las agencias administrativas, investirles con poderes de enjuiciamiento que tradicionalmente habrían sido ejercidos por los tribunales y limitar el poder presidencial para remover, y por tanto controlar, a sus directores. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo abandonó la protección constitucional de los derechos y libertades económicos del *common law*. En esto consistió la revolución

⁹ W. OATES, *Fiscal Federalism* (1972): STEWART, «Federalism and Rights», 196 *A. L. Rev.* 917 (1985).

constitucional del *New Deal*¹⁰. El resultado de esta revolución llevó a permitir que la política mayoritaria determinara la política social y económica y a crear un sistema de federalismo en competencia en que bien el gobierno federal o los Estados pudieran adoptar o aplicar tales políticas. Tal modelo competitivo parece más fiel que el federalismo dual a la Constitución de los Estados Unidos, que difiere de otras muchas constituciones federales en que no reserva poderes o competencias específicas a los Estados. Bajo este modelo de política mayoritaria y federalismo competitivo, el poder y la responsabilidad vienen a estar en manos del nivel del gobierno que políticamente tiene más éxito al responder a la demanda de estabilización y crecimiento económico y de justicia social. Cada vez más fue el gobierno nacional el más capaz de dar respuesta a esas demandas. La relajación de los tribunales en su apreciación de las limitaciones tradicionales de la separación de poderes a nivel de gobierno federal le permitió responder a esas demandas, creando los programas de regulación y bienestar social del *New Deal* y la *Great Society*, y le permitió en gran medida extender sus poderes y responsabilidades.

III. LA CAIDA DE LAS SALVAGUARDIAS POLITICAS DEL FEDERALISMO: LA PESADILLA DE MADISON

El abandono por parte del Tribunal Supremo del federalismo dual y otros principios estructurales del derecho constitucional fue poco llorado¹¹. Después de la revolución constitucional del *New Deal*, la preocupación de la jurisprudencia se dirigió hacia la protección judicial de minorías impopulares y políticamente débiles. Los tribunales federales declararon ilegal la segregación racial, crearon un nuevo sistema de protección para la libertad de expresión, la libertad religiosa y otras libertades civiles, intentaron mejorar el sistema de enjuiciamiento criminal, impusieron el sistema de «un hombre, un voto» para corregir las delimitaciones incorrectas de distritos electorales y extendieron las prohibiciones de discriminación a las mujeres, los asiáticos y otros grupos. Casi todas estas decisiones se basaban en la decimocuarta enmienda de la Constitución y se dirigían contra los gobiernos estatales o locales, que fueron vistos como mucho menos progresistas y capaces de aportar la respuesta adecuada que el gobierno central.

Pese a que preocupaba la dominación nacional, no se estimaba peligrosa por los teóricos jurídicos y políticos de los años cincuenta a acentuar éstos las salvaguardias políticas del federalismo inherentes a

¹⁰ Véase ACKERMAN, «The Storrs Lectures: Discovering The Constitution», 93 *Yale L. J.* 1013 (1984).

¹¹ Véase CORWIN, «The Passing of Dual Federalism», 36 *Va. L. Rev.* 1 (1950).

la estructura política de los Estados Unidos¹². La Constitución prevé la representación basada en el territorio tanto para el Congreso como para el Colegio Electoral del Presidente. Todos los Estados están igualmente representados en el Senado. Los partidos políticos de ámbito nacional tienen una estructura descentralizada basada primariamente en los Estados y en las grandes ciudades. Este sistema —se afirmaba— asegura que los intereses estatales y locales estén efectivamente representados en el Congreso. El Congreso será, de acuerdo con ello, sensible a los valores del federalismo y no promulgará nuevos programas nacionales, salvo que lo estime necesario para atender a necesidades nacionales imperiosas.

El poder de regulación federal y los programas de bienestar social se expandieron desde el *New Deal* hasta 1980. El crecimiento fue especialmente rápido durante el período 1965-1980. El Congreso adoptó nuevas leyes que regulaban el medio ambiente, la salud, la seguridad y prohibían la discriminación, abarcándolo todo. Dramáticamente aumentó la financiación para la seguridad social federal directa y programas de asistencia, y también aumentaron considerablemente los programas federales de ayudas condicionadas a los Estados y corporaciones locales. En la actualidad hay unos 60 programas principales de regulación federal de la economía privada y organizaciones sin ánimo de lucro. Muchos de estos requisitos regulados también se aplican a los gobiernos locales y estatales. Los programas de ayudas generales condicionadas también han proliferado. Ahora imponen cerca de unos mil juegos de condiciones y requisitos diferentes a los poderes públicos estatales y locales. Las organizaciones sin ánimo de lucro, tales como las universidades o instituciones de protección de la salud, que reciben subvenciones federales también están sometidas a esas condiciones. En muchos casos la organización de los subvencionados, sus prácticas de empleo y sus procedimientos para la toma de decisiones están reguladas tanto como la sustancia misma de las políticas a adoptar por los mismos. Los gobiernos estatales y locales se ajustan a estos requisitos debido a las presiones irresistibles de los grupos de interés locales para que acepten ayudas federales para programas que benefician a sus grupos de interés¹³.

Si las salvaguardias políticas de la teoría del federalismo son correctas, el crecimiento de estos programas federales debería ser bienvenido como una expresión auténtica del interés público y una recompensa apropiada para el papel superior del gobierno central en la realización de la promoción de ese interés. Los padres constituyentes claramente pretendieron que las políticas del bien público nacional prevalecerían sobre las medidas estatales y locales. El poder de regulación nacional y los programas sociales pueden entenderse como

¹² Véanse M. GRIDZINS, *The American System: New View of Government in the United States* (D. Elazar ed., 1966); WECHSLER, «The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government», en *Federalism Mature and Emergent* (A. MacMahon ed., 1955).

¹³ R. CAPPALLI, *Federal Grants and Cooperative Agreements* (1982).

correctivos a la incompetencia estatal o local fomentada por la indiferencia, la salvaguardia de los privilegios, o los impedimentos estructurales para una regulación descentralizada y una redistribución en un sistema federal. El aumento de los poderes y programas federales puede ser visto, en consecuencia, como un cumplimiento de la promesa de *El Federalista* «de un sistema mejorado de gobierno republicano en el que una mayoría más sabia y más equilibrada a nivel nacional... controlan las acciones arbitrarias de las mayorías locales...».

Parece claro ahora, sin embargo, que las salvaguardias políticas del federalismo son en realidad bastante débiles. Las medidas nacionales se adoptan y aplican a través de procesos muy diferentes de aquellos que tuvo *in mente* Madison. Estos procesos ya no aseguran que el afianzamiento del poder nacional cumpla el interés general. En su lugar, invitan a la dominación por facciones partidistas para cuya prevención puso tanto celo Madison.

Las salvaguardias políticas del federalismo han resultado erosionadas debido a tres líneas de desarrollo. En primer lugar, la fuerza de los tradicionales partidos políticos con base territorial se ha debilitado por el surgimiento de un nuevo sistema político que se basa en los medios nacionales, correo masivo, y contribuciones políticas tendentes a la realización de un solo interés. Este sistema está dominado por grupos de interés económicos o ideológicos organizados a nivel nacional en defensa de un interés singular más que en la de la política mayoritaria.

En segundo lugar, los programas federales de subvenciones condicionadas, algunas veces celebrados como una forma de «federalismo cooperativo»¹⁴, se usan para cooptar a los grupos de interés estatales y locales (incluidos los funcionarios y directores de la administración estatal y local). Ello se logra asegurando la dependencia de tales grupos de la financiación federal para hacerlos defensores de las medidas federales más que defensores de la independencia estatal y local.

En tercer lugar, la confianza dominante en la estrategia legalista del «orden y control» para alcanzar metas nacionales inevitablemente supone un cambio sustancial del poder de toma de decisiones hacia las burocracias federales y los tribunales, dejando de lado las ya debilitadas salvaguardias del federalismo en el Congreso.

Estas estrategias de regulación de «orden y control» intentan alcanzar los fines nacionales requiriendo o proscribiendo conductas específicas por parte de aquellos que son regulados. El rápido crecimiento de los controles federales ha sobrepasado la capacidad del Congreso o del Presidente para tomar responsablemente las miles de decisiones que requiere el ordenar las conductas en una nación tan vasta, diversa y dinámica. Tales decisiones son subdelegadas dentro

¹⁴ Véase M. GRODZINS, *The American System: A New View of Governments in the United States* (D. Elazar ed., 1966).

del Congreso a subcomités que sólo están sujetos a una débil responsabilidad política o delegadas a las burocracias federales y tribunales cuya responsabilidad política es todavía más débil o simplemente no existe.

El Congreso generalmente atribuye responsabilidad en primera instancia para aplicar los programas de regulación federales a las agencias administrativas federales. Estas delegaciones frecuentemente se hacen en términos amplios, otorgando a los administradores generales una enorme discreción en el poder de decisión de las políticas concretas. Tales delegaciones no sólo puentean las salvaguardias políticas del federalismo en el Congreso, sino también la salvaguardia del principio de separación de poderes, en el que confiaban los padres constituyentes para prevenir la explotación de la autoridad pública por facciones partidistas privadas.

El ejercicio de la discrecionalidad administrativa está gravemente influenciado por grupos de interés económicos e ideológicos. Estos grupos influyen las decisiones de la agencia administrativa por la vía de proporcionarles información, ofertarles apoyo político, amenazarles con la oposición política y utilizar mecanismos jurídicos para bloquear o retrasar las acciones administrativas. Desde los años sesenta es de conocimiento público que las agencias que se ocupan de aplicar la legislación reguladora de la economía privada son típicamente «capturadas» por las industrias que supuestamente van a regular, un punto de vista que se refuerza por el hecho de que los altos administradores y funcionarios sirven típicamente en el gobierno sólo por unos cuantos años y frecuentemente vienen y vuelven bien de y a la industria que regulan, bien de y a los bufetes de abogados que representan a tales industrias¹⁵. Los intereses económicos distintos de los de las empresas reguladas, incluyéndose los laborales, los de contratistas públicos, los intereses de agricultores u otros grupos de clientela, también han jugado un papel muy importante. En los últimos años una variedad de nuevos grupos de interés ideológicos, incluyendo los relacionados con el medio ambiente, consumidores, religiosos, deficientes psíquicos o físicos, las mujeres y organizaciones antiabortistas, han surgido para unirse al «juego de la regulación»¹⁶.

En vez de compensarse unos con otros por medio de mecanismos de contrapeso, tal y como previó Madison, estos grupos se han dividido el poder entre ellos. Esta parcelación del poder se ha logrado a través de las delegaciones de la autoridad del Congreso a burocracias funcionalmente especializadas. Cada uno de estos nuevos centros de poder está dominado por los directores de la agencia administrativa en cuestión y el pequeño número de parlamentarios y grupos privados interesados en la decisión de la agencia.

¹⁵ Véase P. QUIRK, *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies* (1981).

¹⁶ Véase B. OWEN y R. BRAUETIGAN, *The Regulation Game. Strategic Uses of the Administrative Process* (1978). Se exploran varias teorías sobre el proceso regulador en B. MITNICK, *The Political Economy of Regulation* (1980).

Madison identificaba el problema de la dominación de facciones partidistas con el gobierno limitado territorialmente. El crecimiento del Estado de Bienestar de ámbito nacional, sin embargo, ha puesto en marcha una nueva forma de dominación partidista. Ha tenido lugar, por inversión, la ironía de que la solución de Madison al problema del partidismo mediante la centralización le ha producido su pesadilla: un conjunto partidistamente dominado de micropolíticas fragmentadas y frecuentemente irresponsables dentro del poder público¹⁷. La jurisprudencia constitucional posterior al *New Deal*, favorecedora de la política de la mayoría, ha producido este resultado porque la demanda de programas de regulación y de gasto a nivel nacional ha acabado con la capacidad del proceso legislativo de ámbito nacional para tomar decisiones responsables políticamente ante el interés general, subvirtiendo las premisas de la política mayoritaria. El esfuerzo de los tribunales federales para utilizar la decimocuarta enmienda para suprimir la dominación partidista y la corrupción política a los niveles estatales y locales no ha alcanzado a prevenir este aumento de nuevas formas de dominación y corrupción a nivel del Estado central.

IV. INTENTANDO CURAR LA PESADILLA DE MADISON A TRAVÉS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los programas reguladores del «orden y control» centralizado no sólo han minado los valores del federalismo y creado la pesadilla de Madison, sino que también han generado otro tipo de problemas. Los mandatos jurídicos adoptados por las agencias centrales son necesariamente rudos, disfuncionales en muchas de sus aplicaciones y devienen rápidamente obsoletos. Estas características, que han recibido mucha publicidad en los Estados Unidos en años recientes y han ayudado a alimentar el movimiento político en favor de la desregulación, son una consecuencia ineludible de la centralización. Los burócratas en Washington simplemente no pueden reunir y procesar la vasta información necesaria para regular de forma ajustada las muchas variaciones de circunstancias y cambios constantes en las condiciones relevantes de una gran nación. Para reducir los costos de la toma de decisiones, los directores de ámbito nacional adoptan regulaciones uniformes que son inevitablemente de aplicación «procustea»¹⁸. Los mismos problemas en los que se ha visto envuelto el esfuerzo soviético de administración centralizada de la economía constituyen una plaga para los esfuerzos del gobierno de los Estados Unidos en su planificación centralizada para la selección de aspectos de su economía a través de regulaciones del Estado central.

Las disfunciones de la centralización producen regulaciones que

¹⁷ Véase T. LOWI, *The End of Liberalism* (2.ª ed., 1978).

¹⁸ Véase E. BARDACH y R. KAGAN, *Going by the Book* (1981).

no sólo sobrecargan a aquellas empresas o actividades reguladas con anterioridad, sino que tampoco consiguen sus metas preestablecidas. Los documentos legales producidos en Washington inevitablemente fallan en alcanzar el resultado previsto y producen efectos colaterales no intencionados cuando los funcionarios intentan aplicarlas a condiciones no previstas o alteradas por el tiempo.

El problema de los «saltos en el vacío en la aplicación» se exagera por la dependencia del gobierno federal que tienen los Estados para aplicar las medidas federales. El problema de aplicación es amplio. Hay cerca de 200.000 fuentes industriales de polución atmosférica sujetas a la regulación nacional, 200.000 fuentes de polución del agua y cerca de un millón de generadores de residuos peligrosos. Dado que los Estados y las corporaciones locales poseen ya una potestad de regulación establecida en estos campos y están mejor equipados para inspeccionar y forzar la aplicación, los programas a nivel nacional en el área del medio ambiente, así como en otras muchas materias, dependen en gran medida en su aplicación por parte de los Estados. Esta dependencia es también inherente a los programas de ayudas condicionadas. Los Estados, sin embargo, rehúyen, por las razones antes expuestas, aplicar las regulaciones de ámbito nacional contra sus propias industrias, así como establecer tributos para ajustarse a las costosas condiciones de la ayuda federal. Para prevenir esta resistencia pasiva de los Estados, los funcionarios federales han recurrido a los tribunales federales, así como a otro tipo de medidas coercitivas, para buscar la sujeción al derecho federal. Esta coacción cortacircuito directamente los procesos políticos estatales y locales. Los tribunales federales han intervenido haciendo un esfuerzo para intentar remediar algunos de los problemas generados por los programas de «orden y control» centralizado. Lo han hecho recurriendo a la fórmula de no revivir principios estructurales de derecho constitucional que pudieran limitar sustancialmente la autoridad del Estado central. En su lugar, han recurrido a técnicas constitucionales de derecho administrativo, esencialmente procedimentales en cuanto a su naturaleza, que buscan liberar a las agencias administrativas federales de la «captura» de las mismas por parte de facciones partidistas, haciéndolas más permeables a intereses de alcance más amplio y moderando las disfunciones de los mandatos centralizados.

Las agencias administrativas en los Estados Unidos desde hace tiempo han sido obligadas a seguir procedimientos de audiencia similares a los de enjuiciamiento a la hora de la toma de decisiones, y éstas han sido sujetas a control judicial ante los tribunales ordinarios. Pero esta revisión judicial estaba tradicionalmente limitada a los actores regulados sujetos a órdenes coercitivas. Como reacción a la percepción naciente de «captura» de las agencias reguladoras por parte de los entes regulados, los tribunales federales empezaron a mediados de los años sesenta a extender los derechos de acceso a los tribunales y la participación en las audiencias ante las agencias administrativas tanto a los representantes de los consumidores como a los

de las asociaciones relacionadas con la protección del medio ambiente y los grupos pro derechos civiles, así como otros intereses colectivos afectados por las decisiones de las agencias. El resultado es un nuevo modelo de derecho administrativo de «representación de intereses», en el que todos los intereses afectados tienen el derecho a participar en el proceso de la toma de decisiones de la agencia administrativa y a obtener la revisión judicial a los efectos de asegurar que la agencia ha considerado adecuadamente sus intereses¹⁹.

Este modelo de representación de intereses intenta curar la pesadilla de Madison mediante el procedimiento de reconocer francamente la delegación de discrecionalidad legislativa en los administradores y de crear un foro jurídico en el que todos los intereses pueden expresar su punto de vista. Se espera que las decisiones a favor del interés público emerjan por sí solas a partir del choque de facciones partidistas supervisado por los jueces.

Los tribunales han intentado otorgar su amparo a los entes que son objeto de regulación, requiriendo a las agencias administrativas a que presten más atención a la carga que supone el cumplimiento de los reglamentos y a mejorar las consecuencias arbitrarias de las normas uniformes. También han intentado curar «los saltos en el vacío en la aplicación», creando nuevos remedios jurídicos para los consumidores, ecologistas y otros grupos «de interés público». Los tribunales han otorgado a estos grupos potestades para poner en marcha mecanismos directos de control federal de las sociedades y los gobiernos estatales y locales regulados. Alternativamente, tales grupos pueden demandar ante los tribunales para forzar a las agencias administrativas que regulan la actividad a nivel nacional para aplicar dicha legislación.

Este intento de curar la pesadilla de Madison por medio de procedimientos contradictorios y remedios judiciales ha producido mejoras, pero podría al fin y al cabo conseguir sólo empeorar la pesadilla. El modelo de representación de intereses premia a quien cuenta con fuentes tanto jurídicas como de organización. Estas fuentes están distribuidas desigualitariamente. Una vez que el modelo tradicional de enjuiciamiento se abandona en favor de un modelo de representación de intereses, no hay medios adecuados para asegurar que todos los intereses afectados están representados o que los litigantes realmente representan a la amplia gama de representados que dicen representar. Una combinación de audiencia burocrática y control por jueces no elegidos no es un procedimiento adecuado para seleccionar y aplicar las medidas en favor del interés general. Los tribunales y agencias quedan encerrados en largos procesos contradictorios que frecuentemente implican muchos años en su resolución. Los valores del federalismo son minados severamente porque los grupos de interés pueden puentear los procesos políticos estatales y locales recurriendo

¹⁹ Véase STEWARD, «Reformation of American Administrative Law», 88 *Harvard L. Rev.* 1966 (1975).

a los tribunales federales para obligar a los funcionarios locales y estatales a aplicar las directivas nacionales. A nadie le es atribuible claramente la responsabilidad de las decisiones. La ya grave fragmentación de la autoridad central se exagera por el tratamiento de cada decisión de cada agencia como un hecho aislado a los efectos de su control judicial sobre la base de su expediente también aislado. El resultado es un intento autocontradictorio de «planificación central por medio de los pleitos»²⁰.

V. EL NUEVO FEDERALISMO DE REAGAN Y LA RESURRECCION PROPUESTA DE LOS TRADICIONALES PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

¿Existe alguna cura mejor para la pesadilla de Madison? El programa del Nuevo Federalismo de la Administración Reagan propuso que se dismantelara gran parte del Estado de Bienestar reglamentista a nivel nacional a través de una combinación de la desregulación y devolución de responsabilidades de bienestar social a los poderes públicos locales y estatales. Muchas formas de desregulación económica no están, desde luego, justificadas. Una mayor confianza en la competencia del mercado en muchas áreas aumentará el bienestar de los consumidores²¹. Gran parte de la desregulación llevada a cabo por los Estados Unidos en años recientes en campos tales como la energía, transporte, comunicaciones y servicios financieros ha constituido un éxito. Pero no se puede confiar en el mercado para resolver muchos de los problemas que afectan al medio ambiente, la protección de la salud, la seguridad o los consumidores, problemas creados por la industrialización y el mercado de masas. Los gobiernos estatales y locales no pueden tratar adecuadamente estos problemas de cara a un mercado nacional económicamente integrado, ante la movilidad de productos y capitales y el aumento de la actividad económica privada multiestatal a gran escala. La libertad de movimiento de mercancías, capitales y personas, así como las disparidades de las fuentes, también evitan que los Estados y las corporaciones locales puedan atender adecuadamente a las necesidades de bienestar social. Las medidas de ámbito nacional son necesarias para poder tratar los problemas generados por una economía nacional.

La Administración Reagan ha defendido también el resurgimiento judicial de principios estructurales de derecho constitucional. Los jueces federales podrían, por ejemplo, intentar revivir una forma de federalismo dual reservando ciertas funciones o campos a los Estados y limitando los poderes del gobierno federal para proteger el autogo-

²⁰ Véase STEWARD, «The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation», *Wis. L. Rev.* 655 (1985).

²¹ Véase S. BREYER, *Regulation and Its Reform* (1980).

bierno estatal y local. El Tribunal Supremo intentó este resurgimiento en 1978, cuando decidió *National League of Cities v. Usery*, declarando inconstitucional una invasión de la autonomía de los Estados debido a la aplicación de leyes de ámbito nacional de salarios mínimos (aprobadas por el Congreso en el ejercicio de su poder de regulación del comercio) para los empleados municipales²². Esta decisión, sin embargo, produjo pocos frutos y en 1985 el Tribunal Supremo cambió de doctrina²³. Las propuestas para hacer resurgir los principios constitucionales prohibiendo la delegación de poder legislativo de las agencias y limitando la transferencia de responsabilidades de enjuiciamiento de los tribunales a las agencias federales también han sido inútiles. Cualquier resurgimiento de primer orden de tales principios estructurales podría suponer serios límites a la extensión de las potestades del Estado central. Cualquier tipo de intento judicial de anular la revolución constitucional que supuso el *New Deal* sumergiría a los tribunales en una controversia política aguda y peligrosa. Por otro lado, esfuerzos más modestos para usar el enjuiciamiento constitucional para limitar los poderes federales en último extremo, como ha ocurrido con el ejemplo de *National League of Cities*, parecen inevitablemente arbitrarios.

Cualquier esfuerzo judicial de reservar algunas funciones o campos de fijación de políticas concretas a los Estados se opone a la necesidad de medidas de ámbito nacional para tratar con las consecuencias de la integración de un sistema federal, al menos de un sistema que consiste en 50 Estados²⁴. Los jueces podrían prohibir al gobierno federal usar algunos instrumentos para la fijación de políticas concretas tales como el condicionamiento de las ayudas federales a los gobiernos estatales o locales, que son especialmente destructivos de los valores del federalismo. Pero tales instrumentos podrían en algunos casos constituir medios necesarios para alcanzar metas comunes. E incluso, aunque se prohibieran tales medidas, el Congreso se vería inevitablemente forzado a adoptar otro tipo de medidas alternativas (tales como la *preemption* federal total) que son casi tan destructivas. El contrapeso judicial, caso por caso, de los intereses nacional y estatal constituye a los más importantes programas de ámbito nacional en presa adecuada de las opiniones subjetivas y cambiantes de jueces no elegidos. El cambio de doctrina derogando la fijada en *National League of Cities* refleja la voluntad del Tribunal Supremo de no asumir en estos riesgos.

Otro método de protección de los valores del federalismo a través del enjuiciamiento constitucional consistiría en invalidar las amplias

²² 426 U. S. 833 (1976).

²³ *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 105 S. Ct. 1005 (1985).

²⁴ La experiencia en Canadá y la R. F. de Alemania sugiere que en un sistema federal que tiene un reducido número de Estados, a los que reservan competencias o poderes específicos, los Estados que tienen poderes y competencias reservados constitucionalmente pueden llegar a un acuerdo de tomar medidas comunes para tratar de forma efectiva los efectos de la integración económica.

delegaciones del Congreso a las agencias administrativas federales a los efectos de la elaboración de la regulación²⁵. Tales delegaciones son, desde luego, una de las mayores causas de la pesadilla de Madison. Forzar al Congreso a hacer decisiones detalladas de políticas concretas probablemente restauraría las salvaguardias políticas del federalismo y aseguraría decisiones más responsables en búsqueda del interés general. Pero este paso también llevaría a una contrarrevolución constitucional. El Tribunal Supremo sólo ha invalidado dos veces leyes de ámbito nacional como delegaciones inconstitucionales de poder legislativo. Estas decisiones, hechas en los orígenes del periodo del *New Deal*, fueron pronto abandonadas. El Tribunal concluyó que no debía, salvo en el caso de circunstancias extremas y poco probables, sobreponer su juicio al del Congreso en el sentido de que amplias delegaciones constituyen un medio adecuado y necesario para llevar a cabo las metas de regulación y de consecución del bienestar²⁶. Si se resucitara la doctrina contra la delegación de poderes legislativos se forzaría a los jueces a hacer juicios esencialmente subjetivos y sin parámetro alguno acerca de qué delegaciones serían constitucionalmente permisibles y cuáles no. Los esfuerzos judiciales para imponer límites estrictos en la transferencia por el Congreso a las agencias administrativas de poderes de enjuiciamiento encontrarían dificultades semejantes.

Incluso si el Tribunal Supremo aplicara rigurosamente la doctrina de la delegación y, al hacerlo, declarara nulos muchos programas federales hoy en día en vigor, parece probable que el Congreso reaccionaría subdelegando la articulación de las medidas detalladas en sus propios subcomités legislativos. La experiencia con el uso por parte del Congreso del veto legislativo para las reglamentaciones de las agencias administrativas sugiere los riesgos de este enfoque²⁷. Los subcomités están sujetos al mismo tipo de influencias de grupos de interés que las agencias administrativas. Las salvaguardias que suponen vistas públicas y el acceso al control judicial que se aplican a las agencias administrativas federales no se aplicarían, sin embargo, al Congreso o sus subcomités. El resultado, consistente en mayores delegaciones internas del Congreso, podría suponer un renacimiento de la pesadilla de Madison en una forma nueva y más virulenta.

²⁵ Se menciona este remedio en T. LOWI, *The End of Liberalism* (2.ª ed., 1978), que documenta la aparición de micropolíticas partidistas dentro del Estado, regulador del bienestar nacional.

²⁶ Véase S. BREYER y R. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy*, pp. 68-95 (2.ª ed., 1985).

²⁷ Véase BRUFF y GELLHORN, «Congressional Control of Administrative Regulation: A Study of Legislative Vetoes», 90 *Harv. L. Rev.* 7 (1977).

VI. DERECHO DE LA RECONSTITUCION: LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES RECONSIDERADOS

La solución más prometedora de la pesadilla de Madison no consiste en una devolución y desregulación indiscriminada. Tampoco en una contrarrevolución constitucional por los tribunales. Consiste en adoptar nuevas estrategias para alcanzar metas nacionales en lugar de técnicas de «orden y control» centralizado, de las que tan en gran medida se ha dependido en las décadas recientes. El fin último de las medidas nacionales consiste en asegurar que las decisiones por los gobiernos estatales y locales, el sector económico privado y organizaciones sin ánimo de lucro promueven normas y metas de ámbito nacional. La regulación del «orden y control» intenta alcanzar esta armonización estableciendo el resultado preciso de las decisiones específicas dentro de estos variados sistemas institucionales. En vez de establecer la conducta a seguir dentro de otras instituciones, el gobierno nacional podría, en cambio, usar métodos más indirectos para alcanzar «el acoplamiento estratégico» de sus decisiones con las normas y metas nacionales²⁸. Las leyes de esas instituciones pueden ser reconstituidas a los efectos de dirigir la tendencia generalizada de sus decisiones en la dirección deseada sin intentar establecer los resultados particulares para toda situación. El derecho de la reconstitución puede en muchas áreas sustituir al derecho de orden directa como un medio de promoción de las metas nacionales²⁹. Esta reconstitución puede alcanzarse cambiando los procedimientos de tomas de decisiones o las dotaciones dentro de los subsistemas institucionales o aumentando o contrayendo su competencia jurisdiccional. La reconstitución de la competencia del mercado a través de la ley de defensa de la competencia, de los mercados financieros a través de las leyes de activos financieros y acciones, y de las relaciones de empleo a través de la ley federal de contratación colectiva, son ejemplos del uso con éxito de esta estrategia en los Estados Unidos. Los recientes casos, también con éxito, de iniciativas de desregulación en el transporte, comunicaciones y banca constituyen también ejemplos de estrategia reconstitutiva: alteran las competencias jurisdiccionales al sustituir las órdenes administrativas por la ley de mercado.

Las metas de regulación y de bienestar pueden también promoverse a través de medidas de reconstitución. Por ejemplo, el complicado sistema vigente de controles centrales de la regulación a efectos de la polución atmosférica y del agua en los Estados Unidos podría sustituirse por un sistema de permisos transferibles de polución que simultáneamente limitaría la cantidad total de polución permitida y

²⁸ El concepto de «acoplamiento estratégico» se desarrolla en G. TEUBNER, *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law* (European University Institute, Working Paper No. 100, 1984).

²⁹ La noción de «derecho de la reconstitución» se explica en STEWART, «Reconstitutive Law», 46 *Md. L. Rev.* 86 (1986).

autorizaría que el derecho a polucionar se comprase y vendiese entre los polucionadores. El gobierno inspeccionaría las emisiones para asegurarse que ninguna fuente poluciona más allá de sus derechos permitidos. Pero el gobierno nacional no intentaría más determinar por medio de regulaciones uniformes cuánta más polución podría cada planta emitir. Los costes totales del control de la polución —ordinariamente sesenta billones de dólares anualmente en los Estados Unidos— se reducirían en un 50 por 100 o más porque cada planta podría adoptar el sistema de control más efectivo en cuanto al costo, y las fábricas que pudieran controlar de una forma más barata asumirían una mayor carga de limpieza y tendrían menos permisos. Habría una fuerte incentivación económica en todas las empresas para polucionar menos y vender derechos de exceso. Podría atribuirse a las autoridades estatales y locales un papel mayor en la distribución territorial inicial de los derechos y en la gestión consiguiente del mercado de derechos de polución³⁰.

Pueden utilizarse también otras estrategias reconstitutivas en otras áreas de regulación federal. Por ejemplo, la confianza actual en las órdenes administrativas centrales para promover la seguridad y salud ocupacional en los Estados Unidos podría reducirse en gran medida si se adoptaran medidas para promover mayores esfuerzos por los empresarios y empleados para tratar con los problemas de seguridad y salud. Tales medidas incluirían la revelación de la información acerca de los peligros de los puestos de trabajo, selección conjunta empleador-empleado de los directivos encargados del riesgo ocupacional, y la promoción de las cuestiones relativas a la seguridad e higiene a través de la contratación colectiva. Este enfoque introduciría flexibilidad e innovación en el actual sistema de órdenes centrales rígidas y relativamente ineficaces³¹.

El problema de asegurar una prestación adecuada de servicios sociales a los pobres y necesitados por los Estados y corporaciones locales podría resolverse adoptando un sistema general de transferencia horizontal de ingresos entre los Estados y localidades en lugar del sistema existente, sobredimensionado y fragmentado, de ayudas federales condicionadas. El sistema fiscal general se usaría para transferir fuentes de ingreso de Estados con fuertes bases imponibles a los efectos del ingreso o pocas personas necesitadas, a los Estados y localidades con menos bases de ingreso y muchas personas necesitadas. Los Estados y corporaciones locales que recibieron esas transferencias gozarían de una amplia discrecionalidad acerca de cómo gastar el dinero. Este sistema reduciría las disparidades de los Estados y corporaciones locales en la disponibilidad de fuentes financieras para atender a necesidades sociales. También proporcionaría un seguro contra el peligro de que si un Estado elevara sus propios

³⁰ Véase ACKERMAN y STEWART, «Reforming Environmental Law», 37 *Stan. L. Rev.* 1333 (1985).

³¹ Véase K. VISCUSI, *Risk by Choice* (1983).

impuestos para conceder beneficios más generosos la riqueza huiría a otros ámbitos territoriales y los necesitados acudirían a ese Estado³².

Una adopción más amplia de este tipo de estrategias reconstitutivas podría ir lo suficientemente lejos como para curar la pesadilla de Madison. La renuncia al esfuerzo de dictar desde el centro las decisiones de los Estados y corporaciones locales, del sector económico privado y de las organizaciones sin ánimo de lucro promovería los valores del federalismo restableciendo la responsabilidad y flexibilidad de la toma de decisiones en favor de estas instituciones. La sobrecarga de operatividad impuesta en todos los poderes constitucionales del Estado central por la vigente estrategia del «orden y control» se haría más eficaz. El gobierno nacional se fijaría sólo en el plan general de la reconstitución, renunciando a la planificación detallada y central de la vida económica y social. La eliminación de la carga centralista también restablecería la responsabilidad política del centro. Las metas y medidas principales de la reconstitución podrían ser debatidas y resueltas por el Congreso y el Presidente, reduciendo la delegación de extensas responsabilidades de toma de decisiones que actualmente tienen los jueces y los burócratas no elegidos. Las salvaguardias políticas del federalismo y los principios de separación de poderes volverían a cobrar vigor. El actual sistema de micropolítica dominada por la visión partidista y jurídico-burocrática sería transformado gradualmente a uno que se acercara más a la visión de Madison acerca de las políticas en pro del bien común nacional. Este cambio no puede ser llevado a cabo a través del enjuiciamiento constitucional por los jueces. En un sistema federal integrado de muchos Estados, no es posible alcanzar la justicia social y económica, restaurar los valores del federalismo y promover una política más responsable hacia el bien común nacional limitándose a recortar el papel del gobierno central introduciendo otros límites estructurales de la autoridad nacional. Lo que se necesita no es una reducción de la autoridad nacional, sino su ejercicio afirmativo por caminos nuevos. Lo que se necesita no son limitaciones judiciales a la autoridad nacional, sino una sustitución del sistema jurídico de la orden directa por un sistema jurídico reconstitutivo. Los tribunales carecen de poder para ordenar este tipo de cambio al Congreso y al Presidente. Este cambio sólo puede ser llevado a cabo a través de iniciativas políticas.

Pero ¿qué razón existe para esperar que surja una nueva política, una más favorable a las estrategias de la reconstitución? Difícilmente puede esperarse que las facciones partidistas que se han atrincherado en los sistemas del Congreso y de la burocracia del poder centralizado puedan ceder su lugar sin fuerte oposición.

Las condiciones actuales, sin embargo, parecen favorables para ese surgimiento de la nueva política. El público no ha abandonado su

³² Véase STEWART, «Federalism and Rights», 196 *A. L. Rev.* 917 (1985), para un desarrollo más amplio de esta pregunta.

aversión a los controles centralizados, una aversión que llevó a Ronald Reagan a la Casa Blanca. Las iniciativas descentralizadoras y de desregulación de la presidencia de Reagan supusieron un control saludable y necesario al crecimiento de la pesadilla de Madison. Estas iniciativas que tuvieron éxito siguen teniendo apoyo continuado y no es probable que se dé marcha atrás a gran escala. Pero el público, al mismo tiempo, está comprometido con las metas nacionales de justicia económica y social. Las estrategias de la reconstitución pueden responder a ambos sentimientos públicos constituyendo una tercera vía entre la desregulación indiscriminada y la devolución, por un lado, y el intento de gobernar por decretos centralizados, por otro.

Los tribunales pueden adoptar algunas medidas para animar al desarrollo de una política de interés general que favorezca las estrategias de reconstitución. Por ejemplo, los tribunales pueden limitar el crecimiento ulterior de la pesadilla de Madison usando técnicas constitucionales de interpretación legal y rehusar a interpretar extensivamente la legislación del Congreso en el sentido de permitir la expansión del poder de regulación o limitando la independencia de las corporaciones locales y los Estados, a menos que el Congreso haya pretendido claramente afirmarlo así. Tales técnicas de afirmación clara servirían para fortalecer las salvaguardias políticas del federalismo y reducir el problema de la delegación por el Congreso de poderes legislativos en las burocracias administrativas.

Los tribunales también pueden ayudar por la vía de promover un equilibrio adecuado de autoridad entre los dos poderes políticos del Estado nacional. El Congreso es el centro de las políticas partidistas, mientras que el Presidente tiene un potencial institucional mayor para adoptar iniciativas favorables al interés nacional a largo plazo, así como un mayor potencial de abuso de poder. La limitación de la autoridad del Presidente por parte del Congreso empeoraría la pesadilla de Madison y minaría el potencial para corregirla. El Tribunal Supremo ha apreciado cierta sensibilidad hacia este problema. En estos últimos años ha invalidado, sobre la base del principio de separación de poderes, el veto legislativo (que permite al Senado y a la Cámara de Representantes, o, en algún caso, a una sola de las Cámaras, anular el ejercicio ejecutivo que la autoridad haya delegado) y la retención del control legislativo sobre los altos funcionarios a los que se han delegado poderes administrativos³³.

Los tribunales también pueden tributar una recepción agradable a los esfuerzos presidenciales para construir nuevas formas de actuación administrativa dentro del poder ejecutivo a los efectos de inspeccionar y controlar el cada vez más extendido sistema feudal de organización administrativa creado por el Congreso y promover alternativas al uso continuado de la regulación del «orden y control». El Presidente Reagan, utilizando iniciativas de sus predecesores, ha establecido este tipo de actividad en las primeras Oficinas de Gestión

³³ *INS v. Chada*, 462 v. s. 919 (1983); *Bowsher v. Synar*, 106 S. Ct. 3181 (1986).

y Presupuesto creadas por la *Executive Order* 12, 291. Estas fórmulas, que constituyen un ejemplo de cómo los aumentos de la autoridad central pueden ser necesarios para curar la pesadilla de Madison, deberían verse fortalecidas y ser declarada su validez constitucional.

Los actuales sistemas de financiación de campañas, cuya fórmula actual ha sido dibujada en parte por sentencias constitucionales de los tribunales federales, han animado el aumento de políticas partidistas tendentes a la protección de un solo interés a costa de las políticas mayoritarias en pro del interés general. No siendo fácil un remedio adecuado para este problema, los tribunales deberían fortalecer los esfuerzos responsables que se hagan para tratar de arreglarlo, incluidos los frenos legislativos a la acción política de los comités.

Estos y otros esfuerzos para promover la política nacional del bien común y restaurar la visión original de Madison pueden ser entendidos como los comienzos de un nuevo juego de principios estructurales en Derecho. Más que intentar revivir la estructura constitucional que fue abandonada a mediados de los años treinta, deberíamos reconocer que las circunstancias actuales requieren nuevos principios constitutivos para ayudar a promover la justicia social y económica a la vez que se alimentan los valores del federalismo.

(Traducción: Ana RECARTE VICENTE-ARCHE.)

