

CAPÍTULO 2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Sergio García Rodríguez

Síntesis curricular del autor	83
Nota introductoria al capítulo	85
<i>Boris Kozolchyk y John Molloy</i>	
I. Introducción	87
II. Niveles múltiples de soberanía y reglamentos correspondientes	89
1. El gobierno estadounidense cuenta con soberanías múltiples	89
2. La cláusula de supremacía está relacionada con la décima enmienda a la Constitución de los Estados Unidos	89
3. Los tratados forman parte de la “ley suprema del territorio”	90
a) Dos tercios del senado deben concurrir	90
b) Los acuerdos del Ejecutivo tienen propósitos similares a los tratados, aunque no se consideren como tratados propiamente	90
c) El procedimiento abreviado (“ <i>fast track</i> ”) se concede algunas veces a los acuerdos comerciales internacionales	90
d) Algunos acuerdos comerciales son susceptibles de formalizarse en tratados	91
4. La presunción de validez de la ley federal	91
a) La cláusula de lo “necesario y apropiado” incrementa de forma significativa el poder del gobierno federal	91
b) La cláusula de comercio interestatal ha demostrado ser, por lo menos, tan comprensiva como la cláusula de lo necesario y apropiado	92
5. La primacía	92
6. Es posible que exista un control estatal y uno federal complementarios	93
7. La reglamentación federal del comercio prevalece en Estados Unidos	93
8. Una decisión reciente de la Suprema Corte sugiere una tendencia limitante	94
9. La décima enmienda se había convertido en la enmienda “olvidada”, pero en tiempos recientes comienza a ser nuevamente considerada	94
10. El Poder Judicial: la multiplicidad de soberanías en Estados Unidos genera sistemas judiciales múltiples	94
11. La elección de tribunales, ya sean estatales o federales	95
12. A pesar de las soberanías múltiples, la Constitución ordena la cohesión entre los estados	95
a) La cláusula de plena fe y crédito	95
b) Por lo general, la cláusula de derechos y privilegios suele prohibir a los estados discriminar a los ciudadanos de otros estados, pero no protege a los individuos no ciudadanos	96

III. Garantías individuales	96
A. La amplia gama de garantías individuales	96
13. Los derechos individuales son la base del sistema esta- dounidense de gobierno	96
14. La decimocuarta enmienda está dirigida a los estados	96
15. Civil Rights Act	97
16. Los derechos de los extranjeros, en el sentido más amplio	97
17. Además de la Constitución de los Estados Unidos, cada estado tiene su propia Constitución que garantiza los derechos individuales	98
B. El debido proceso	98
18. La garantía más amplia	98
a) El debido proceso en materia procesal	98
i) En asuntos penales	98
ii) El derecho a la notificación y derecho a ser oído en un juicio	99
b) El debido proceso sustantivo es más controvertido	99
c) Surgen los derechos a la intimidad y desde entonces se protegen	99
d) Se prohíben las prácticas “esencialmente injustas”	100
19. La protección otorgada por la cláusula de debido pro- ceso también se aplica a los extranjeros y a las personas morales	100
20. El debido proceso en materia procesal varía según la naturaleza del procedimiento	100
21. Las asociaciones debidamente registradas conforme a las leyes de un estado son “personas” para propósitos de debido proceso	101
C. La igual protección	101
22. Desde el punto de vista de la protección constitu- cional, “igual” no significa que todos deban ser tratados de la misma manera, sino que debe haber razones váli- das para hacer una distinción	101
23. La igual protección se aplica tanto a los extranjeros como a los ciudadanos estadounidenses	101
24. La igualdad requiere que las distinciones se basen en “diferencias relevantes”	102
a) Escrutinio estricto	102
b) Escrutinio intermedio	102
c) El fundamento sobre una base racional	103
25. La intención de negar igual protección es clave para la infracción	103
26. Las personas morales quedan plenamente protegidas por la cláusula de igual protección	103

27. Las distinciones basadas en la no ciudadanía se abordan de diversas maneras	103
a) Los extranjeros pueden tener más derechos en el campo de la educación de los jóvenes	104
b) Los extranjeros cuentan con los derechos básicos	104
28. Ataques políticos recientes a los derechos de los no ciudadanos	105
D. La libertad de palabra y de prensa	105
29. Los derechos de libertad de palabra y de prensa son uno de los fundamentos del sistema estadounidense de gobierno	105
a) El control del contenido de lo expresado o de lo publicado es muy limitado	106
b) Por lo general, la conducta no queda protegida por esta cláusula	107
30. La libertad de asociación	107
31. Las sociedades tienen derechos conforme a la primera enmienda, pero la “expresión comercial” está menos protegida	107
32. Los extranjeros cuentan con pleno derecho de libertad de palabra	108
33. La libertad de prensa se relaciona con una forma específica de libertad de palabra	108
E. Cateos, decomisos y detenciones	109
34. Los cateos, decomisos y detenciones arbitrarios están prohibidos; la regla de exclusión	109
a) ¿Qué es un cateo, decomiso o detención?	109
b) ¿Qué se considera como “razonable”?	110
c) ¿Cuándo es innecesaria una orden judicial?	110
d) La causa probable implica que hay una sospecha razonable e individualizada de que se comete un delito	110
e) Algunas circunstancias permiten realizar cateos sin causa probable	111
i) Se aplican normas menos estrictas a los “cateos administrativos” que a otro tipo de registros	111
ii) Los registros en cumplimiento de leyes arancelarias o migratorias son tolerados sin causa probable	111
F. La cláusula de expropiación	111
35. La “expropiación” de propiedades requiere plena indemnización	111
36. La guerra entre Estados Unidos y el país de origen de un extranjero constituye una excepción	112
G. El derecho a tener y portar armas	112
37. El derecho a portar armas se limita al derecho de los estados a tener una milicia	112
a) La garantía de posesión y portación de armas corresponde a los estados	112
b) Esta garantía no es un derecho personal para los ciudadanos y tampoco para los no ciudadanos	112
IV. Conclusión	113

CAPÍTULO 2

EL DERECHO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

SERGIO GARCÍA RODRÍGUEZ

En 1983 recibió el BA en relaciones internacionales en la Universidad de Stanford, y el JD en la Boalt Hall School of Law en 1986, donde trabajó como profesor adjunto en resolución de controversias comerciales y en derecho procesal civil. Estando ahí, fue editor de *La Raza Law Journal*. En 1986 se unió a Heller, Ehrman, White & McAuliffe de San Francisco y ascendió como socio en 1993. Posteriormente, durante su año sabático, tuvo la beca Fulbright para enseñar derecho corporativo comparado en cuestiones del TLCAN en México. En noviembre de 1996 asumió el cargo de abogado general asistente de la Chrysler y actualmente es el consejero legal de operaciones en Latinoamérica, África y el Medio Oriente. También es asesor sobre asuntos corporativos de distribución, arreglos, *joint ventures* y litigios. Es autor de varios artículos en periódicos legales, incluyendo “Mexico’s New Institutional Framework for Antitrust Enforcement” (*DePaul Law Review*, vol. 44, 1995, p. 1149). Asimismo, trabajó como presidente regional en la Hispanic National Bar Association por la región de California en el periodo 1995-1996.

NOTA INTRODUCTORIA AL CAPÍTULO

BORIS KOZOLCHYK
JOHN MOLLOY

El derecho constitucional estadounidense es principalmente un derecho elaborado por los tribunales, en especial por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Parte de esta capacidad se manifiesta en la facultad que tiene un tribunal de primera instancia, estatal o federal, de declarar como inconstitucional una ley o acto administrativo (véase §8).

En materia de inversiones, es importante destacar cuán significativas son las competencias retenidas por los estados como entidades soberanas o cuasi-soberanas (véanse §§8, 9 y 10). También es importante hacer notar que, desde muy temprano en la interpretación constitucional, se evitó discriminar entre ciudadanos y no ciudadanos por lo que se refiere a ciertas áreas fundamentales de protección contra los actos arbitrarios del gobierno. Entre ellas se encontraba la protección del derecho de propiedad del extranjero contra la expropiación sin debido proceso legal (due process of law) (Véanse §§18-21, 34 y 35).

Sin embargo, existen algunos campos en los cuales la interpretación constitucional ha establecido una distinción entre la protección igualitaria (equal protection) entre extranjeros y ciudadanos. Entre otras, se incluye el derecho a ocupar puestos públicos o electivos.

Por lo que se refiere a ciertos derechos fundamentales, a pesar de algunos matices establecidos por la interpretación, prevalece la protección igualitaria. Entre estos derechos se encuentran el de no ser discriminados respecto de la obtención o mantenimiento de un trabajo remunerado o el de gozar de oportunidades de acceso a la educación (véanse §§22-28). En cuanto a la libertad de expresión y la protección contra cateos ilícitos, los extranjeros gozan de una protección constitucional igual a la de los ciudadanos estadounidenses, con la excepción de la ejecución de las leyes de aduanas y de inmigración (véanse §§29-33).

Finalmente, vale la pena destacar que muy pocos estados, en Estados Unidos, impiden el ejercicio de las profesiones liberales a extranjeros que cumplan con los requisitos de capacitación.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

SERGIO GARCÍA RODRÍGUEZ

I. INTRODUCCIÓN

Aproximadamente hace 175 años, el juez de la Suprema Corte, John Marshall, declaró que la Constitución de los Estados Unidos no era un “código legal”, sino una “Constitución [...] con el propósito de perdurar por los próximos siglos”, refiriéndose a la vaguedad y la flexibilidad intencionales de este documento, tan sorprendentemente exiguo. La Constitución de los Estados Unidos estructura un gobierno, garantiza los derechos individuales y esboza un marco de infraestructura económica, todo ello en términos generales e incluso vagos. Si consideramos su aparente insustancialidad, podría sorprender la frecuencia con la que ha sido utilizada para resolver asuntos sociales, económicos y políticos de primera importancia, así como la amplitud de sus interpretaciones y su eficacia para adaptarse a una sociedad estadounidense en constante transformación.

Dada la brevedad y generalidad de esta Constitución, podría pensarse que un gobierno electo tendría pocos obstáculos para decidir cómo gobernar. Sin embargo, esto no sucede; un Poder Judicial federal dinámico y fuertemente independiente ha transformado frases como el “debido proceso legal”, la “igual protección”, el “cateo, decomiso y detención arbitrarios”, y “plena fe y crédito” en doctrinas que han derivado en tratados de varios tomos y en una infinidad de casos. Debido al largo y difícil proceso de enmienda constitucional (la Constitución ha sido enmendada sólo 27 veces desde su redacción, y sólo doce desde 1868), el papel del Poder Judicial federal en el gobierno de Estados Unidos no tiene parangón a nivel mundial.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sido el principal creador e intérprete de los amplios mandatos que contiene dicho documento. Para bien o para mal, ella ha dado sentido y vitalidad a la Constitución; al hacerlo, pre-

capitó la Guerra Civil,¹ aceleró la abolición de la segregación racial con amparo oficial,² anuló leyes que prohibían cierto tipo de aborto,³ prohibió ciertos tipos de discriminación contra extranjeros,⁴ ayudó a garantizar la unidad económica de la nación,⁵ y dispuso reglas uniformes de procedimientos penales para los estados.⁶ Aunque muchos cuestionen la sensatez de algunos o todos estos precedentes, nadie puede negar que la Suprema Corte ha sido el instrumento para preservar la importancia y el lugar central que ocupa la Constitución en la vida cotidiana de Estados Unidos.

Es importante considerar también que el Poder Judicial no se ha encargado solamente de definir las frases constitucionales, sino también de emitir resoluciones de alcance mucho más amplio que los casos que las preceden. Dado que en Estados Unidos se utiliza el sistema de *common law* para dirimir controversias, los precedentes rigen los juicios posteriores. Esto permite al Poder Judicial “crear” derecho, además de interpretarlo caso por caso. Por ejemplo, si un tribunal, y sobre todo la Suprema Corte, declara como inconstitucional un reglamento o una ley, ésta queda invalidada y ya no podrá aplicarse en lo sucesivo; esto es así sin que haya necesidad de que los poderes Legislativo o Ejecutivo aprueben la resolución del tribunal.

A pesar de que este importante documento también incluye derechos y garantías correspondientes tanto a los extranjeros como a los ciudadanos estadounidenses, esto no siempre es positivo para quien ingresa al país con la intención de hacer negocios, pues sus singulares características pueden confundir al incauto que proviene de un sistema constitucional completamente distinto. Este capítulo se referirá específicamente a las disposiciones constitucionales con mayores posibilidades de afectar a los inversionistas o empresarios extranjeros con intereses en Estados Unidos.⁷

1 Véase *Dred Scott vs. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857).

2 Véase *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

3 Véase *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

4 Véase *Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

5 Véase *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

6 Véase *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) y *Gideon vs. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

7 La historia de la Constitución y de la organización del gobierno de Estados Unidos se analizan en el primer capítulo de este volumen. Véase John S. Baker, “La libertad del comercio y el derecho constitucional de Estados Unidos”.

II. NIVELES MÚLTIPLES DE SOBERANÍA Y REGLAMENTOS CORRESPONDIENTES

1. *El gobierno estadounidense cuenta con soberanías múltiples.* Aquellos que no están familiarizados con el derecho estadounidense deben entender que el mero cumplimiento del derecho y los reglamentos federales puede resultar insuficiente. Quien llega a Estados Unidos con intenciones de participar en el comercio local o internacional, o para invertir en ese país, debe entender que existe una compleja interrelación de gobiernos derivados del desarrollo histórico particular. Antes de que surgiera un gobierno nacional, propiamente existían trece estados independientes, y en el momento de amalgamarse estas soberanías individuales bajo un gobierno único, se decidió que los estados conservarían ciertos poderes soberanos. Conforme Estados Unidos se expandía y se sumaban nuevos estados al país, cada uno de ellos recibía, en el momento de su admisión, los mismos poderes reconocidos para las trece colonias originales, perpetuándose de esta manera el doble sistema de soberanía en cada uno de los cincuenta estados.⁸ Asimismo, hacer negocios en una reservación india exige saber que se aplican diferentes leyes y reglamentos, pues en el transcurso de su expansión Estados Unidos asimiló a varias tribus indígenas, donde cada una tiene derechos de soberanía.⁹ Por lo tanto, el derecho local debe ser examinado cuidadosamente antes de invertir o empezar un negocio.

2. *La cláusula de supremacía está relacionada con la décima enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.* El artículo VI, secc. 2 declara que la Constitución de los Estados Unidos y todas las leyes y tratados derivados de la misma son la “ley suprema del territorio”, que prevalece sobre cualquier ley estatal inconsistente. La décima enmienda declara que cualquier facultad no delegada al gobierno federal queda en manos de los estados y del pueblo. En apariencia, estas disposiciones parecerían contradecirse mutuamente, pues la primera dispone la supremacía del gobierno federal, mientras que la otra dispone la reserva de poderes por los estados. En realidad, tanto la cláusula de supremacía como la décima enmienda están de acuerdo con el concepto original del papel correspondiente al gobierno federal. Puesto que en teoría el gobierno federal cuenta con poderes limitados, ambas disposiciones establecen que éste sólo puede intervenir en los ámbitos autorizados por la Constitu-

⁸ Véase *Dick vs. United States*, 208 U.S. 340 (1908).

⁹ Véase el trabajo de Robert Hershey, “El derecho de la propiedad indígena”, cap. 38, que será publicado posteriormente en el cuarto volumen de esta obra.

ción, y que él cuenta con la supremacía en los ámbitos en los que está autorizado a intervenir. Por lo tanto, cualquier ley o tratado federal *válido*, deja sin efecto cualquier disposición, ley o práctica constitucional estatal inconsistente.

3. *Los tratados forman parte de la "ley suprema del territorio"*. El poder de los tratados federales dispone un amplio margen para la reglamentación del comercio local, del internacional y de la inversión realizados por los extranjeros en todos los estados. Conforme a la facultad que tiene el Ejecutivo sobre la política exterior, el presidente tiene la capacidad de negociar "tratados" en nombre de Estados Unidos. La Suprema Corte ha interpretado en sentido amplio esta facultad del presidente: la ha descrito como "plena y exclusiva".

a) *Dos tercios del senado deben concurrir*. A pesar de la característica anterior (plena y exclusiva), la facultad del presidente no es ilimitada. Contando con el asesoramiento y consentimiento previos del senado, el presidente tendrá la facultad de concertar tratados, siempre y cuando convengan en ellos las dos terceras partes del senado.¹⁰

b) *Los acuerdos del Ejecutivo tienen propósitos similares a los tratados, aunque no se consideren como tratados propiamente*. En muchos casos, el presidente elige evitar el procedimiento formal para la ratificación de tratados y, en su lugar, puede optar por negociar acuerdos internacionales de carácter "ejecutivo y parlamentario". El presidente Clinton, por ejemplo, negoció e instrumentó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte como un acuerdo de este tipo. A pesar de que el TLCAN se denomina comúnmente como un tratado, Clinton se apoyó en las facultades del Congreso contenidas en la Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988, la cual requiere la sucesiva aprobación de ambas cámaras, antes de que pueda entrar en vigor.¹¹

c) *El procedimiento abreviado ("fast track") se concede algunas veces a los acuerdos comerciales internacionales*. Además de lo anterior, el Congreso autorizó el procedimiento abreviado para la aprobación del TLCAN, asegurando al presidente una votación económica sobre la instrumentación de la legislación del acuerdo comercial.¹² Además del TLCAN, otros acuerdos comerciales importantes como la instrumentación de la legislación de la Organización Mundial de Comercio y la propuesta para que Chile ingresara al TLCAN, se

10 Constitución de los Estados Unidos, art. II, secc. 2, cl. 2.

11 19 USC 1903(a)(1)(c). Aparentemente la Casa Blanca nunca consideró utilizar las facultades exclusivas del presidente para celebrar tratados, en el caso de la negociación del TLCAN. Véase 8 *Temp. Intl. & Comp. L.J.* 257, 288 (1994).

12 Véase David Gantz, "La regulación de la exportación e importación", cap. 18, §16, que será publicado en el segundo volumen de esta obra.

han negociado, propuesto e instrumentado como acuerdos ejecutivos sujetos únicamente a la aprobación de ambas cámaras conforme al procedimiento abreviado.¹³

d) *Algunos acuerdos comerciales son susceptibles de formalizarse en tratados.* Si el presidente utiliza el procedimiento formal para la celebración de tratados para instrumentar un acuerdo internacional con el asesoramiento y consentimiento del senado, el tratado se convierte en “ley suprema del territorio”. De esta manera, la ratificación de un tratado invalida las disposiciones o leyes *constitucionales* de todos y cada uno de los estados cuando ellas sean inconsistentes. Por ejemplo, en *Hauenstein vs. Lynham*,¹⁴ la Suprema Corte resolvió que un tratado entre Estados Unidos y Suiza (que disponía derechos de herencia para extranjeros) tenía mayor jerarquía sobre una ley estatal que impedía a los extranjeros heredar alguna propiedad en ese estado.

4. *La presunción de validez de la ley federal.* Los poderes delegados al gobierno de Estados Unidos son suficientemente amplios para que se dé por hecho que cualquier ley o reglamento federal son válidos. El artículo primero de la Constitución explícitamente otorga al Congreso diversas facultades significativas: cobrar impuestos, contraer empréstitos, reglamentar el comercio, establecer reglas de inmigración, naturalización y quiebra, emitir moneda, establecer oficinas postales, otorgar patentes y reconocer derechos de autor, crear tribunales federales inferiores, sancionar ciertos delitos federales, mantener fuerzas armadas, establecer una capital federal, y crear todas las leyes “necesarias y apropiadas” para la ejecución de las facultades antes mencionadas.

a) *La cláusula de lo “necesario y apropiado” incrementa de forma significativa el poder del gobierno federal.* En *McCulloch vs. Maryland*,¹⁵ la Suprema Corte confirmó que la cláusula de lo necesario y apropiado autoriza al Congreso a aprobar cualquier propuesta legislativa que tenga una relación razonable con un fin legítimo, por lo cual el Congreso está facultado para establecer un Banco Nacional, aunque la Constitución no mencione el tema. La autoridad general para crear empresas ha recaído incluso hasta nuestros días en el go-

13 Debe mencionarse que el presidente también tiene facultades para negociar acuerdos internacionales como “acuerdos sólo del Ejecutivo”. A este respecto, el presidente ejerce su autoridad constitucional sobre las relaciones exteriores y no requiere aprobación alguna del Congreso. Los presidentes de Estados Unidos han utilizado este tipo de acuerdos a lo largo de la historia del país, principalmente en materia de acuerdos militares bilaterales y política exterior. Véase 8 *Temp. Intl. L.J.* (1994), p. 295.

14 100 U.S. 483, 25 Law Ed 628 (1880).

15 17 U.S. 316 (1819).

bierno estatal.¹⁶ Sin embargo, como quedó claro en *McCulloch*, el gobierno federal puede crear una empresa que quede bajo sus órdenes y que funcione como medio para ejercer otras facultades, tales como la recaudación fiscal o para gastar dinero que claramente ha sido otorgado por la Constitución. Es decir, una propuesta legislativa es constitucional en la medida en que pueda ser razonablemente considerada como un medio para que el Congreso logre alguno de los fines señalados en la Constitución. Por lo tanto, éste cuenta con una amplia flexibilidad para diseñar programas legislativos encaminados a lograr los fines permitidos por la Constitución. Esta flexibilidad es, en gran medida, responsable de la gran expansión de las áreas sometidas a la legislación del Congreso.

b) *La cláusula de comercio interestatal ha demostrado ser, por lo menos, tan comprensiva como la cláusula de lo necesario y apropiado.* La cláusula de comercio interestatal ha sido interpretada con el propósito de otorgar al Congreso la facultad de reglamentar todas y cada una de las actividades comerciales que no se consideren estatales. Por ejemplo, en *Gibbons vs. Ogden* (1824)¹⁷ la Suprema Corte confirmó que el Congreso contaba con poderes plenarios para reglamentar el transporte entre los estados. Si el Congreso decide no reglamentar la actividad en cuestión, los estados podrán hacerlo en lo concierne a sus aspectos internos.

5. *La primacía.* El derecho legislado federal puede tener primacía sobre un área, desplazando las leyes estatales que serían adecuadas. Con frecuencia, la estructura de soberanías múltiples permite que dos soberanías distintas legislen sobre el mismo asunto, aunque con riesgo de confusión. A veces las reglamentaciones federales y estatales en una misma área pueden ser adecuadas; aunque en otras, la ley federal puede tener precedencia sobre una ley estatal válida en un principio. Si el Congreso decide legislar sobre un área previamente reglamentada por un estado, las leyes estatales preexistentes se someten a la primacía del derecho federal en la medida de la controversia. La doctrina de la primacía suele combinar las facultades de la cláusula de comercio interestatal, que delega al Congreso la facultad de reglamentar, y la cláusula de supremacía, que establece la supremacía del derecho federal sobre el derecho estatal inconsistente. La primacía puede ser activada cuando 1) el Congreso la dispone específicamente en su legislación, y por lo tanto se ex-

16 Véase John Kozyris, “El derecho de las sociedades mercantiles”, cap 10, §3, que será publicado en el segundo volumen de esta obra.

17 Véase la discusión de este caso en Baker, *op. cit.*, §41(a).

cluye expresamente la reglamentación estatal en un área determinada; 2) el Congreso adopta para un área un conjunto de reglamentos tan detallados que no permiten algún tipo de regulación hecha por los estados, y 3) la legislación estatal, en caso de ser permisible, frustraría los objetivos federales perseguidos al adoptar la nueva legislación.¹⁸

6. *Es posible que exista un control estatal y uno federal complementarios.* En ocasiones, los reglamentos tanto federales como estatales abordan diversos aspectos de una misma área. Por ejemplo, en el caso *Pacific Gas & Electric Co.*, la Suprema Corte confirmó que, si bien el gobierno federal había “ocupado el campo de los esfuerzos de seguridad nuclear” por medio de la Atomic Power Act,¹⁹ una ley californiana que reglamentaba la construcción de una planta de energía nuclear no estaba comprendida dentro de la categoría de los reglamentos de seguridad, ya que correspondía a las facultades del estado reglamentar los aspectos *económicos* (tarifas, etc.) de dichas plantas y, por lo mismo, dicha ley era válida.

7. *La reglamentación federal del comercio prevalece en Estados Unidos.* La cláusula de comercio interestatal ha servido de base para un gran número de leyes federales, por lo que cualquier empresario extranjero que llegue a Estados Unidos probablemente enfrentará las consecuencias de alguna de ellas. En un principio, la Suprema Corte limitaba estrictamente las facultades del Congreso para legislar conforme a dicha cláusula. Sin embargo, a finales de la década de los treinta, la Corte acabó aceptando una interpretación amplia del término “comercio interestatal”, y empezó a respaldar casi todas las decisiones del Congreso respecto a los límites de la misma. En *Wickard vs. Filburn*²⁰ la Corte confirmó la reglamentación federal sobre el porcentaje de la producción de trigo que un campesino podía destinar para autoconsumo, debido a que el efecto acumulativo del autoconsumo podía presumiblemente afectar las relaciones de oferta y demanda de los mercados interestatales. Esta deferencia aceleró la transición de la supremacía estatal sobre reglamentación a la supremacía federal. Con la venia de la Suprema Corte, el Congreso empezó a reglamentar múltiples facetas de la vida económica y social de Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso *Heart of Atlanta Motel, Inc. vs. United States*²¹ la Corte decidió que la Civil Rights Act de 1964 podía, de acuerdo con la Constitu-

18 Véase *Pacific Gas & Electric Co. vs. State Energy Resources Conservation & Development Commission*, 461 U.S. 190 (1983).

19 42 USCA §20 *et seq.*

20 317 U.S. 111 (1942).

21 379 U.S. 241 (1964).

ción, prohibir a un motel la discriminación contra personas afroamericanas, ya que el comercio interestatal incluye el tránsito de personas entre un estado y otro. La prohibición contenida en la ley puede aplicarse a los afroamericanos que se desplazan en el estado domicilio del motel, ya que dicha conducta tiene “consecuencias sustanciales y nocivas” para el comercio interestatal.

8. *Una decisión reciente de la Suprema Corte sugiere una tendencia limitante.* Durante varias décadas, los estudiosos de la Constitución dieron por hecho que la cláusula de comercio interestatal otorgaba al Congreso facultades prácticamente ilimitadas para reglamentar asuntos en apariencia locales. Sin embargo, en un caso reciente²² la Suprema Corte intentó establecer un límite al anular una ley federal que prohibía la posesión de armas de fuego en un perímetro determinado alrededor de las escuelas públicas, ya que no parecía guardar relación alguna con el comercio interestatal. Ésta fue la primera vez, en casi sesenta años, que la Corte anuló una ley federal basada en dicha cláusula. Si bien el caso puede resultar una excepción sin consecuencias, es probable que la Corte pueda realizar un esfuerzo conjunto para revitalizar la exigencia de que el Congreso sólo reglamente las áreas no enlistadas, que estén auténticamente relacionadas con el comercio interestatal.

9. *La décima enmienda se había convertido en la enmienda “olvidada”, pero en tiempos recientes comienza a ser nuevamente considerada.* Al mismo tiempo que hacía hincapié en la cláusula de comercio interestatal (en los años treinta y cuarenta), la Suprema Corte restó importancia a la décima enmienda, incluso hasta el punto de declarar que la enmienda era una “trivialidad” (“*truism*”) que no imponía al gobierno federal alguna restricción jurídicamente aplicable.²³ Sin embargo, a principios de los setenta, la Corte empezó a cambiar de opinión. Desde entonces, ha decidido que el Congreso no podrá interferir indebidamente con los poderes soberanos de los estados. Por ejemplo, resolvió recientemente que el Congreso no podrá obligar a los estados a reglamentar el desecho de los desperdicios tóxicos.²⁴ Al igual que en la jurisprudencia en torno al comercio interestatal, no es seguro que la Corte siga utilizando la décima enmienda para restringir la reglamentación del Congreso respecto a los estados.

10. *El Poder Judicial: la multiplicidad de soberanías en Estados Unidos genera sistemas judiciales múltiples.* Así como en Estados Unidos hay dos nive-

22 Véase *United States vs. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

23 Véase *United States vs. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

24 Véase *New York vs. United States*, 112 S.Ct. 2408 (1992).

les de gobierno reconocidos constitucionalmente, también hay dos niveles de sistemas judiciales constitucionales: el federal y el estatal.²⁵ Además, las tribus indígenas cuentan con un sistema de tribunales para resolver ciertos asuntos civiles y penales específicos.²⁶

11. *La elección de tribunales, ya sean estatales o federales.* La creciente importancia de los tribunales estatales en cuestiones constitucionales tiene implicaciones inciertas. Por una parte, los jueces estatales suelen acceder a su cargo por medio de elecciones y, por lo tanto, no se puede esperar de ellos demasiado rigor en la aplicación de normas constitucionales, sobre todo si la pretensión no es popular. Por la otra, algunos tribunales estatales han aplicado la Constitución de manera extralimitada, llegando aún más lejos que la judicatura federal. Por ejemplo, en *People vs. Anderson*²⁷ la Suprema Corte de California anuló la ley de pena de muerte en el estado, antes de que la Suprema Corte de los Estados Unidos hiciera lo mismo para la nación entera (a menos de que se reúnan ciertos requisitos mínimos). Por lo tanto, siempre deberán evaluarse las opciones de foro disponibles para cada acción legal.²⁸

12. *A pesar de las soberanías múltiples, la Constitución ordena la cohesión entre los estados.* La cláusula de plena fe y crédito y la cláusula de derechos y privilegios del artículo cuarto constitucional son dos doctrinas más que impiden la fragmentación del país.

a) *La cláusula de plena fe y crédito.* Ésta requiere a cada estado dar “plena fe y crédito” a los “actos públicos, documentos y procedimientos judiciales de otros estados”. Ésta es un área sumamente compleja del derecho, pero en esencia significa que los estados deberán reconocer los decretos judiciales y, en menor grado, las disposiciones legisladas de otros estados. Por ejemplo, si *A* gana una demanda contra *B* en un tribunal neoyorquino, pero todas las propiedades de *B* se encuentran en California, *A* podrá presentar la sentencia del tribunal neoyorquino en uno californiano, y este segundo está obligado por la Constitución a ejecutar la sentencia del primero como si fuese suya, con la condición de que se cumplan los requisitos procesales para presentar sentencias extra-estatales. Los tribunales estatales también deberán reconocer las sen-

25 Véanse Baker, *op. cit.*, §36, y John Molloy, cap. 7, “El proceso civil”, §§13 y 14 en este volumen.

26 Para mayores detalles sobre el tema, véase Robert Hershey, *op. cit.*

27 6 Cal.3d 628 (1972).

28 Para una discusión más amplia sobre la estrategia de selección de un tribunal, véase Molloy, *op. cit.*, §§28 y 29.

tencias de divorcio de otros estados.²⁹ Si bien Estados Unidos puede negociar tratados con otros países, que requieran el reconocimiento de ciertas sentencias judiciales, la Constitución no lo requiere. Sin embargo, una vez firmado, dicho tratado pasa a formar parte de la “ley suprema del país”.

b) *Por lo general, la cláusula de derechos y privilegios suele prohibir a los estados discriminar a los ciudadanos de otros estados, pero no protege a los individuos no ciudadanos.* Esta cláusula no se aplica a los no ciudadanos. Ella permite discriminar, en cierta medida, a los ciudadanos de otros estados. Por ejemplo, un estado podrá cobrar colegiaturas reducidas a los residentes matriculados en su universidad. Es importante destacar que la cláusula de derechos e inmunidades no se aplica a los extranjeros, si bien éstos podrán recurrir a la cláusula de igual protección para hacer un reclamo por discriminación.³⁰

III. GARANTÍAS INDIVIDUALES

A. *La amplia gama de garantías individuales*

13. *Los derechos individuales son la base del sistema estadounidense de gobierno.* El propósito esencial de la Constitución de los Estados Unidos es proteger a los individuos y a las agrupaciones de individuos contra la invasión de los poderes gubernamentales, tanto federales como estatales. Esto puede no ser evidente en la Constitución original, que se refiere sobre todo a la estructura del gobierno federal y de sus poderes respecto a los estados. Sin embargo, es suficiente revisar las diez primeras enmiendas a la Constitución, conjunto conocido también como Declaración de Derechos Fundamentales (Bill of Rights), cuyo propósito es restringir al gobierno federal, así como la decimocuarta enmienda que se aplica a los estados, y a la que se ha incorporado la mayoría de las garantías de las diez primeras enmiendas, para darse cuenta de que las garantías individuales son parte fundamental del marco constitucional estadounidense.

14. *La decimocuarta enmienda está dirigida a los estados.* Esta enmienda contiene dos garantías esenciales de los derechos individuales: que ningún estado privará a “persona alguna” de su vida, su libertad o su propiedad sin “debido proceso” legal, y que ningún estado podrá negar a “persona alguna”

²⁹ Véanse en este volumen el capítulo de Friedrich Juenger, “Conflicto de leyes”, cap. 6, §77 y 78, y Molloy, *op. cit.*, §73.

³⁰ Véase *Plyler vs. Doe* (1982).

la “igual protección” de las leyes. La Suprema Corte ha interpretado la cláusula de debido proceso para lograr que la mayor parte de la Declaración de Derechos Fundamentales (es decir, las primeras diez enmiendas) sea aplicable a los estados (este proceso es conocido como “incorporación”). Además, la Corte ha interpretado que la cláusula de igual protección prohíbe ciertas formas de discriminación aprobadas por los estados. Asimismo, estas cláusulas también han impulsado el desarrollo del derecho constitucional estadounidense en el presente siglo.

15. *Civil Rights Act*. Con el fin de proteger los derechos individuales contra alguna violación hecha por funcionarios estatales, el Congreso dispuso la acción para obtener una indemnización por daños o por orden judicial contra los funcionarios estatales que violen dichos derechos. Esta ley otorga las mismas acciones a ciudadanos y extranjeros. El derecho legislado³¹ otorga a los tribunales federales competencia de amplio alcance para resolver demandas de ciudadanos contra funcionarios estatales que hayan violado sus derechos constitucionales. Esta ley se conoce comúnmente como Civil Rights Act³² y se aplica expresamente no sólo a “cualquier ciudadano”, sino a “[cualquier] otra persona dentro de la jurisdicción” de un estado. Esta ley, que otorga a los individuos un medio sumamente directo para presentar reclamaciones constitucionales, ha demostrado ser uno de los principales factores que han impulsado el desarrollo del derecho constitucional estadounidense moderno.

16. *Los derechos de los extranjeros, en el sentido más amplio*. Las garantías de derechos individuales incluidas en la Constitución no sólo se aplican a los ciudadanos estadounidenses; prácticamente todas contemplan tanto a los extranjeros como a las personas morales. Las únicas excepciones verdaderamente notables consisten en que las personas morales no pueden ejercer la inmunidad en los casos de confesiones contra interés propio,³³ y que los extranjeros no están protegidos por la cláusula de derechos y privilegios, la cual prohíbe ciertas formas de discriminación que algunos estados hacen contra los ciudadanos de otro estado. De hecho, diversos avances importantes en la jurisprudencia constitucional estadounidense son resultado de demandas interpuestas por extranjeros y por personas morales.³⁴

31 Respecto a la “tiranía de las mayorías”, véase Baker, *op. cit.*, §12.

32 42 USC 1983.

33 Véase *Hale vs. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

34 Véanse, por ejemplo, *Plyler vs. Doe* (1982); *International Shoe Corporation vs. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

17. *Además de la Constitución de los Estados Unidos, cada estado tiene su propia Constitución que garantiza los derechos individuales.* La mayoría de las constituciones estatales dispone las mismas garantías para los individuos que las otorgadas por la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, es cada vez más frecuente que los tribunales estatales, al interpretar sus constituciones, establezcan *mayor* protección para los individuos que la contenida en la Constitución federal.³⁵

B. *El debido proceso*

18. *La garantía más amplia.* La garantía de que no podrá privarse a persona alguna de vida, libertad y propiedad sin “debido proceso legal” es la más amplia, y probablemente la más problemática, que otorga la Constitución. De alguna manera el debido proceso define la relación entre el gobierno y los ciudadanos individuales. Impone un límite a lo que el gobierno puede hacer para interferir en la vida de los individuos, así como la manera en que realiza esta interferencia. La cláusula de debido proceso se aplica al gobierno federal por medio de la quinta enmienda y a los gobiernos de los estados por medio de la decimocuarta. La cláusula de debido proceso puede separarse en dos garantías independientes: una de derechos procesales y otra de derechos sustantivos.

a) *El debido proceso en materia procesal.* El debido proceso, en cuanto al procedimiento, establece que el gobierno deberá otorgar a un individuo cierto grado de protección procesal antes de privarlo de vida, libertad o propiedad. Por ejemplo, antes de encarcelar a un individuo o confiscar su propiedad, el gobierno deberá otorgarle un procedimiento establecido con el fin de cumplir dos objetivos: dar al individuo la oportunidad de audiencia, y obligar al gobierno a probar que la privación es justificada y legal. La cuestión jurídica conforme a la cláusula de debido proceso radica en establecer qué proporción de un proceso se contempla para considerarlo como “debido” en una situación determinada.

i) *En asuntos penales.* La Declaración de Derechos Fundamentales otorga varias garantías procesales específicas a un acusado por asuntos penales (*i.e.*, el requisito de que el gobierno obtenga una orden judicial antes de realizar la mayoría de los cateos, decomisos y detenciones; el derecho a ser representado

³⁵ Véanse *Hope vs. Perales*, 571 NYS 2d 972, aff'd 595 NYS 2d 948; y “Expanding Medically Necessary Abortion Rights of Pregnant Indigent Women under New York and Nebraska Constitutional Due Process Clauses”, *Nebraska Law Review*, vol. 72, 1993, p. 586.

por un abogado en la mayoría de los procedimientos penales; el derecho a un juicio por jurado en casos penales; el derecho a no declarar en contra de sí mismo, etcétera).

ii) *El derecho a la notificación y derecho a ser oído en un juicio.* Sin embargo, la Suprema Corte ha ampliado el debido proceso en materia procesal para incluir derechos de alcance general en contextos civiles y penales, tales como ser notificado por adelantado sobre una privación inminente, o bien tener la oportunidad de ser escuchado en un juicio, antes de que suceda esta privación. Por ejemplo, la Corte ha resuelto que una persona tiene derecho a notificación y audiencia antes de darse por terminado su seguro de desempleo,³⁶ o que el gobierno debe dar notificación y audiencia antes de confiscar propiedad relacionada con el narcotráfico.³⁷ La Corte también ha resuelto que el debido proceso en materia procesal debe incluir el derecho a un juzgador imparcial en cualquier procedimiento judicial.

b) *El debido proceso sustantivo es más controvertido.* El alcance del debido proceso sustantivo es mucho más polémico y problemático que el debido proceso en materia procesal. El debido proceso sustantivo dispone fundamentalmente que existen ciertos “intereses de libertad” y derechos de propiedad que el gobierno no puede infringir sin importar qué tanto proceso otorgue al individuo afectado. A principios del siglo XX, la Corte utilizó el debido proceso sustantivo para proteger derechos contractuales y de propiedad. Por ejemplo, en *Lochner vs. New York*³⁸ y en *Adkins vs. Children’s Hospital*,³⁹ se confirmó que los estados no podían implementar leyes de salario mínimo y máximo. Aunque la Corte más tarde rechazó este tipo de debido proceso sustantivo, la doctrina se popularizó nuevamente durante los años sesenta y setenta.

c) *Surgen los derechos a la intimidad y desde entonces se protegen.* En el resurgimiento mencionado anteriormente, la Corte resolvió que la cláusula de debido proceso impide al gobierno prohibir el uso de anticonceptivos,⁴⁰ o prohibir ciertos tipos de aborto.⁴¹ La Corte también ha permitido demandas por debido proceso sustantivo fundamentadas en actos del gobierno que “cimbran la conciencia”, tales como efectuar un lavado de estómago a la fuer-

36 Véase *Goldberg vs. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

37 Véase *U.S. vs. James Daniel Good Realty Company*, 510 U.S. 43 (1993).

38 198 U.S. 45 (1905).

39 261 U.S. 525 (1923).

40 Véase *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

41 Véase *Roe vs. Wade* (1973).

za para obtener la prueba en un juicio,⁴² o autorizar a la policía a utilizar violencia excesiva contra cualquier delincuente que intente evadir el arresto.⁴³

d) *Se prohíben las prácticas “esencialmente injustas”*. La cláusula de debido proceso también impide al gobierno incurrir en prácticas “fundamentalmente injustas”. Dichas prácticas incluyen: leyes tan vagas que nadie sabe a ciencia cierta cómo respetarlas, leyes secretas, juicios ficticios, y algunas otras leyes o prácticas que hacen difícil para la gente respetar la ley y vivir sin el temor constante de una acción gubernamental arbitraria.

19. *La protección otorgada por la cláusula de debido proceso también se aplica a los extranjeros y a las personas morales*. Los extranjeros físicamente presentes en Estados Unidos disponen de toda la gama de derechos de debido proceso.⁴⁴ Después de todo, la cláusula de debido proceso señala que “ninguna persona” podrá ser privada de vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal; en ninguna parte se circunscribe esta garantía a los ciudadanos. Así, por ejemplo, un extranjero tiene derecho a un juicio por jurado y a ser representado por un abogado antes de ser encarcelado, e igualmente tiene derecho a notificación y a ser escuchado en un juicio antes de que se confisque su propiedad. Sin embargo, existe una excepción en caso de guerra, derivada del derecho internacional, que ha sido admitida por la Suprema Corte: los extranjeros de un país enemigo podrán ser encarcelados, en tiempo de guerra, sin que ello constituya una violación al debido proceso.⁴⁵

20. *El debido proceso en materia procesal varía según la naturaleza del procedimiento*. Estas garantías procesales se aplican de modo más limitado a las audiencias de asilo y deportación.⁴⁶ El Congreso incurriría indudablemente en una violación del debido proceso si autorizara al Servicio de Inmigración y Naturalización a efectuar deportaciones sumarias. Surge entonces la pregunta sobre qué tipo de debido proceso corresponde a los extranjeros que dicha agencia intenta deportar. El Congreso ha establecido que antes de ser deportado, el extranjero tiene la oportunidad de presentar su caso a un juez de inmigración, que es un agente administrativo, y a apelar la decisión del juez ante el Consejo de Apelaciones de Inmigración (Board of Immigration Appeals). Éste es un órgano administrativo cuyas decisiones pueden ser apeladas ante la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos y, en última instan-

42 Véase *Rochin vs. California*, 342 U.S. 165 (1952).

43 Véase *Tennessee vs. Garner*, 471 U.S. 1 (1985).

44 Véase *Kwong Hai Chew vs. Colding*, 344 U.S. 590 (1953).

45 Véase *Ludecke vs. Watkins*, 335 U.S. 160 (1948); y §36, *infra*.

46 Véase *Wong Yang Sung vs. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950).

cia, ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.⁴⁷ Más aún, en caso de ser detenido por el gobierno para su deportación, el extranjero podrá presentar una solicitud de *habeas corpus* (una declaración de que él está ilegalmente detenido) ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos. Así, aunque no está claro el alcance preciso del debido proceso constitucional que debe otorgar el gobierno a los extranjeros antes de deportarlos, el Congreso ha considerado apropiado otorgarles algunos mecanismos procesales.

21. *Las asociaciones debidamente registradas conforme a las leyes de un estado son "personas" para propósitos de debido proceso.* Por lo tanto, las personas morales suelen tener los mismos derechos de debido proceso que las personas físicas.⁴⁸ La única excepción notable consiste en que las primeras no pueden ejercer la inmunidad en los casos de confesiones contra interés propio. Esta inmunidad es uno de los elementos clave del debido proceso del que disponen los individuos, tanto ciudadanos como extranjeros.

C. La igual protección

22. *Desde el punto de vista de la protección constitucional, "igual" no significa que todos deban ser tratados de la misma manera, sino que debe haber razones válidas para hacer una distinción.* En tanto que el debido proceso reglamenta el tratamiento que el gobierno da a los individuos, la igual protección aplicable a los estados por medio de la decimocuarta enmienda, y al gobierno federal por medio de la quinta, reglamenta la manera en que el gobierno puede clasificar a los individuos y a los grupos de individuos. En cierto modo, la igual protección está subordinada al debido proceso, ya que impide al gobierno realizar distinciones irracionales y arbitrarias que impidan a la gente vivir su vida de manera libre y productiva.

23. *La igual protección se aplica tanto a los extranjeros como a los ciudadanos estadounidenses.* Por ejemplo, un sistema de impuestos progresivos trata a la gente rica y pobre de maneras distintas, y una agencia gubernamental que contrata a un matemático trata a los individuos expertos en matemáticas de forma diferente a aquellos que no saben sumar o restar. Pocas personas podrían afirmar que el gobierno no debería tener la posibilidad de hacer estas distinciones. El problema surge cuando el gobierno hace otro tipo de distin-

47 Véase el trabajo de Edith Z. Friedler, "Inmigración y naturalización", cap. 33, que será publicado posteriormente en el cuarto volumen de esta obra.

48 Véase *International Shoe Co. vs. Washington* (1945).

ciones. Por ejemplo, podría prohibir a las personas afroamericanas detentar propiedad, o negarse a contratar individuos que no sean ciudadanos estadounidenses. Para que tenga algún sentido el concepto de igual protección, es imperativo decidir cuáles son los tipos de distinciones y clasificaciones que puede realizar el gobierno.

24. *La igualdad requiere que las distinciones se basen en “diferencias relevantes”*. Si la diferencia es relevante (*i.e.*, en el caso del matemático), el gobierno está facultado para distinguir; si es irrelevante (*i.e.*, la distinción entre blancos y negros para la posesión de bienes) el gobierno no podrá distinguir, pues dicha distinción sería “arbitraria” (“*invidious*”). Por lo tanto, la cuestión en los casos de igual protección es saber si las diferencias son relevantes o no. La Suprema Corte ha agrupado las clases en tres categorías. Según la categoría en la que se sitúa la clase gubernamental, la Corte aplica un criterio distinto (“nivel de escrutinio”) con el fin de decidir si dicha clase es permisible. Los tres niveles son: escrutinio estricto, escrutinio intermedio y revisión basada en un fundamento.

a) *Escrutinio estricto*. Éste se aplica a lo que la Corte denomina “clases sospechosas”. Si bien ésta ha favorecido la noción para definir diversas clases como inherentemente sospechosas (*i.e.*, la basada en la extranjería o la ilegitimidad), la única clase que ha sido clasificada regularmente como sospechosa es aquella basada en motivos raciales. Cuando el gobierno realiza una clasificación de este tipo, la Corte trata a la clase como sospechosa y la somete a escrutinio estricto. Esto quiere decir que el gobierno debe probar lo siguiente para que la clase sea válida: 1) que la clasificación del gobierno obedece a un “interés público apremiante” y 2) que este interés no podría llevarse a cabo por “medios menos drásticos”. El escrutinio estricto ha sido casi siempre fatal para las clasificaciones gubernamentales. A lo largo del tiempo, los defensores de las garantías individuales han alegado que debería haber más clases sospechosas, incluyendo el género, la extranjería y la preferencia sexual, entre otras. Por lo general, la Corte ha prestado oídos sordos a estos argumentos, sobre todo a partir de finales de los años setenta.⁴⁹

b) *Escrutinio intermedio*. El escrutinio intermedio, también conocido como “escrutinio elevado”, se aplica a diversas clases que la Corte preferiría no definir como “sospechosas”, pero que siguen siendo problemáticas y que acaban siendo “cuasi-sospechosas”. El sexo y la residencia y a veces la extranjería y la ilegitimidad son ejemplos de clasificaciones cuasi-sospechosas. Para que una clasificación de este tipo pase el escrutinio intermedio, el gobierno

49 Véase *Foley vs. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978).

tiene que comprobar que: 1) tiene un “importante interés gubernamental” en la clasificación y 2) que los medios empleados están “sustancialmente relacionados” con dicho interés.⁵⁰ A diferencia del escrutinio estricto, las clases gubernamentales pueden sobrevivir al escrutinio intermedio, lo cual es un caso frecuente. Por ejemplo, el gobierno puede alegar motivos para excluir a las mujeres del combate armado y negar ciertos cargos públicos a extranjeros.

c) *El fundamento sobre una base racional.* La revisión basada en el fundamento racional se aplica a todas las clasificaciones a las que no se aplican las dos categorías anteriores. Al aplicarse el escrutinio de la base racional, la Corte pregunta si hay alguna base racional concebible para la clase gubernamental. Por ejemplo, si el gobierno necesita contratar a un abogado, y para ello hace una distinción entre los abogados admitidos a la práctica y los que no lo han sido, existe una clara base o fundamento racional para la misma.

25. *La intención de negar igual protección es clave para la infracción.* Para constatar que se ha infringido la garantía de igual protección es importante probar que la clasificación gubernamental es intencional. Por ejemplo, si el gobierno decide que no va a contratar policías afroamericanos, la clasificación da lugar al escrutinio estricto porque se ha creado una clase inherentemente sospechosa. Pero si el gobierno utiliza un examen de admisión y la gran mayoría de los candidatos afroamericanos no lo pasa y, por lo tanto, no son contratados, es probable que ello no regule el escrutinio estricto, pues fue resultado de un “impacto desproporcionado” antes que de una clasificación intencional.⁵¹

26. *Las personas morales quedan plenamente protegidas por la cláusula de igual protección.* Sin embargo, las personas morales no constituyen una clase sospechosa o cuasi-sospechosa, por lo que las clasificaciones basadas en diferentes tipos de asociaciones sólo pueden ser revisadas con fundamento racional. Las distinciones entre asociaciones creadas en distintos estados pueden recibir un escrutinio intermedio, gracias a la cláusula de derechos y privilegios, pero no conforme a la cláusula de igual protección.⁵²

27. *Las distinciones basadas en la no ciudadanía se abordan de diversas maneras.* La Suprema Corte ha variado el nivel de escrutinio aplicado a las clasificaciones gubernamentales basadas en la extranjería. A principios de los años setenta, la Corte parecía estar aplicando el escrutinio estricto a clasificaciones basadas en la extranjería. Por ejemplo, en *Graham vs. Richardson*⁵³ confirmó

50 Véase *Craig vs. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

51 *Washington vs. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

52 Véase *Why, Inc. vs. Borough of Glassboro*, 393 U.S. 117, 89 S.Ct. 286 (1968).

53 403 U.S. 365 (1971).

que los estados no pueden negar el seguro de desempleo a extranjeros residentes de forma legal, y en *Sugarman vs. Dougall*⁵⁴ confirmó que los estados no pueden excluir *a priori* a los extranjeros de cargos de servicio civil. Sin embargo, hacia finales de los setenta la Corte dejó de aplicar el escrutinio estricto a las clasificaciones por extranjería. Por ejemplo, en *Foley vs. Connelie* (1978) decidió que los estados sí podían excluir a los extranjeros de las fuerzas policíacas; en *Ambach vs. Norwick*⁵⁵ resolvió que los estados pueden excluir a extranjeros de la enseñanza pública; y en *Cabell vs. Chavez-Salido*⁵⁶ decidió que los estados pueden excluir a extranjeros de cargos gubernamentales por elección o, si son de alto nivel, de cargos no electivos.

a) *Los extranjeros pueden tener más derechos en el campo de la educación de los jóvenes.* Aunque la Corte ha otorgado al gobierno mayor flexibilidad en las clasificaciones basadas en la extranjería, ha seguido imponiéndole límites al respecto. Por ejemplo, en *Toll vs. Moreno*⁵⁷ se decidió que los estados no podrán negar educación pública dentro del estado a aquellos extranjeros que han recibido la residencia por parte del gobierno (por considerarse una violación de la cláusula de supremacía, que otorga al gobierno federal control exclusivo sobre asuntos migratorios). Por otra parte, en *Plyler vs. Doe* (1982) se decidió que los estados no pueden negar la educación pública a los niños que son inmigrantes ilegales, porque ellos son “personas” con derecho a igual protección.

b) *Los extranjeros cuentan con los derechos básicos.* La jurisprudencia en esta área es muy confusa, pero en general la Corte ha señalado que el escrutinio estricto se aplica a las clasificaciones basadas en la extranjería, siempre y cuando la clasificación “[atente] contra la capacidad de los no ciudadanos de formar parte de la comunidad” al negarles importantes beneficios, o el derecho de participar en profesiones o actividades comunes. Por lo tanto, el gobierno no podrá negar a los extranjeros la educación pública, cargos públicos menores, seguro de desempleo u oportunidades de participar en una profesión,⁵⁸ pero sí puede negarles labores gubernamentales de mayor rango. Más aún, puede prohibir a extranjeros poseer propiedad inmueble,⁵⁹ pero no pue-

54 413 U.S. 634 (1973).

55 441 U.S. 68 (1979).

56 454 U.S. 432 (1982).

57 458 U.S. 1 (1982).

58 *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973), establece que impedir a los no ciudadanos calificados practicar el derecho es una infracción a la igual protección.

59 Véase *Cockrill vs. California*, 268 U.S. 258 (1925).

de impedir a una padre extranjero no elegible para la ciudadanía (por ser japonés) registrar el título de propiedad inmueble a nombre de su hijo menor de edad (de 6 años) y ciudadano estadounidense (por haber nacido en Estados Unidos),⁶⁰ u obtener la mayoría de las autorizaciones y permisos necesarios “para ganarse el sustento”.⁶¹

28. *Ataques políticos recientes a los derechos de los no ciudadanos.* En la actualidad existen propuestas que sin duda afectarán gravemente la jurisprudencia en esta área. En 1994, California aprobó la propuesta 187 (una enmienda a la Constitución del estado) que, entre otras cosas, niega servicios públicos como educación y atención médica a los inmigrantes ilegales. Algunos tribunales californianos han decidido que la propuesta 187 es *parcialmente* inconstitucional,⁶² pero aún falta mucho para resolver definitivamente las cuestiones jurídicas derivadas de este hecho. De manera similar, desde hace poco se han presentado propuestas legislativas federales, con el propósito de prohibir el otorgamiento de beneficios públicos tales como el seguro social a todos los no ciudadanos, tanto legales como ilegales.

D. La libertad de palabra y de prensa

29. *Los derechos de libertad de palabra y de prensa son uno de los fundamentos del sistema estadounidense de gobierno.* La primera enmienda a la Constitución

⁶⁰ Véase *Oyama vs. California*, 332 U.S. 633 (1948). Ésta fue una opinión fraccionada y de aplicación incierta, correspondiente a la Alien Land Law de California, que prohibía la propiedad de tierras agrícolas en manos de extranjeros no elegibles para la ciudadanía. La impugnación se amparaba en la cláusula de igual protección de la decimocuarta enmienda. Cuatro de los nueve jueces confirmaron la inconstitucionalidad de la ley. Con el fin de lograr la mayoría de cinco jueces, la opinión mayoritaria asumió la constitucionalidad de la ley, con la salvedad de que su aplicación a este demandante en particular, un ciudadano cuyo padre había registrado tierra agrícola a su nombre cuando él tenía seis años, era inconstitucional. Tres jueces redactaron opiniones en contra, favoreciendo a la ley y a su aplicación al demandante.

⁶¹ Véase *Takahashi vs. Fish and Game Commission*, 334 U.S. 410 (1948). Para mayores detalles sobre el asunto, véase el trabajo de John E. Blyth, “La adquisición de propiedad por extranjeros”, cap. 39, que será publicado en el cuarto volumen de esta obra.

⁶² En *League of Latin American Citizens (LULAC) vs. Pete Wilson*, 908 F. Supp. 755 (1995), un tribunal federal de primera instancia emitió, en noviembre de 1995, una opinión de 98 páginas declarando inconstitucionales diversas partes de la iniciativa, por atentar contra el derecho exclusivo del gobierno federal para controlar asuntos migratorios, de acuerdo con el art. I, secc. 8, cl. 4. Se confirmó la denegación de servicios financiados únicamente con dinero estatal.

dispone, entre otras cosas, que “el Congreso no aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de prensa [...]”. Estas garantías se fundamentan en la creencia de que el gobierno no debe decidir lo que los individuos puedan decir, escribir, expresar y pensar, y que tampoco debe interferir con la difusión de dichas palabras, escritos, expresiones y pensamientos. Claro está, ni la libertad de palabra ni la de prensa son absolutas. Como cualquier otro derecho, deben ser equilibradas con intereses gubernamentales y sociales contrarios. La jurisprudencia de libertad de palabra se concentra en las dos distinciones siguientes:

a) *El control del contenido de lo expresado o de lo publicado es muy limitado.*

Los gobiernos tanto federal como estatal no podrán reglamentar lo expresado por motivo del *contenido* de la expresión misma (excepto al prohibir expresiones peligrosas, como sería gritar “¡Fuego!” en un teatro lleno), pero sí por motivos *neutrales respecto al contenido*. Por ejemplo, si un gobierno prohíbe todo discurso favorable al Partido Demócrata, mientras permite ese tipo de discurso en favor de los demás partidos, ello constituiría una reglamentación de contenido porque la discriminación se basaría en la afiliación política. Sin embargo, si el gobierno prohíbe a alguien que quiera hablar bien del Partido Demócrata o de cualquier otro partido, hacerlo en un transitado cruce de calles, ello constituye una reglamentación neutral respecto al contenido, pues parecería ser una reglamentación razonable del lugar del discurso, encaminada a evitar accidentes de tránsito. Por lo general, el gobierno está facultado para imponer este tipo de restricciones razonables de “tiempo”, “lugar”, y “modo” en el discurso.

La prohibición de reglamentación del contenido ha obligado a la Suprema Corte a proteger diversos tipos de pronunciamientos “ofensivos”. Por ejemplo, el gobierno no puede prohibir las marchas de neo-nazis o miembros de otros grupos que propagan el odio, ni en general sancionar la “expresión de odio”.⁶³ Los estados *tampoco* pueden permitir demandas por difamación si la acción se refiere a un personaje público o a un asunto público, a menos de que se cometa con “dolo”, es decir, con conocimiento de su falsedad o con desconocimiento temerario del hecho de que sea verdadero o falso.⁶⁴ Sin embargo, la Corte sí ha permitido al gobierno reglamentar ciertos tipos de expresión “obscena”, como la pornografía.⁶⁵

63 Véase *R.A.V. vs. City of St. Paul, Minnesota*, 505 U.S. 377 (1992).

64 Véase *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254, 263 (1964).

65 Véase *Paris Adult Theatre I vs. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

b) *Por lo general, la conducta no queda protegida por esta cláusula.* La segunda distinción se hace entre la palabra y la conducta. Mientras que la palabra está protegida por la primera enmienda, no sucede lo mismo para la conducta cuyo significado rebasa la comunicación. Así, en tanto que dicha enmienda protege la expresión que critica al gobierno, no protege los intentos de matar al presidente, aunque también pudieran expresar una crítica al gobierno. Por ejemplo, la Corte ha resuelto que el gobierno sí puede prohibir a los individuos quemar sus cartillas de reclutamiento, por ser ésta una conducta y no una expresión, y por interferir hasta cierto punto con el orden en el proceso de reclutamiento (por supuesto, el gobierno no puede prohibir el discurso en contra del reclutamiento).⁶⁶ En cambio, la quema de la bandera de Estados Unidos como gesto de desafío y descontento ha sido declarada como protegida.⁶⁷ Luego de esta resolución, el Congreso intentó sancionar la mutilación pública de la bandera nacional por medio de la Flag Protection Act de 1989, revocada a su vez por la Suprema Corte por violar la primera enmienda.⁶⁸

30. *La libertad de asociación.* Además de proteger la palabra en sí, la primera enmienda también protege la asociación. Por lo tanto, el gobierno no puede prohibir a la gente agruparse para desfiles, en organizaciones, etc. Sin embargo, el gobierno está facultado, en ciertas circunstancias, para reglamentar organizaciones “subversivas” que amenazan con infringir la ley. Por ejemplo, aunque uno tiene el derecho de unirse a una pandilla, si ésta exhorta y comete actos violentos, el gobierno no viola la primera enmienda por acusar a los miembros de la pandilla de propugnar tal conducta. Por supuesto, el gobierno debe comprobar que estos exhortos a la violencia podrían causar un daño significativo.⁶⁹ Más aún, por lo general el gobierno no podrá basar su enjuiciamiento en el solo hecho de que el acusado sea miembro de una organización. Sin embargo, el derecho del gobierno estadounidense de excluir del país a los no ciudadanos es tan amplio, que se ha declarado constitucional la deportación de un no ciudadano por su mera afiliación al Partido Comunista.⁷⁰

31. *Las sociedades tienen derechos conforme a la primera enmienda, pero la “expresión comercial” está menos protegida.* Las garantías de libertad de palabra

66 Véase *U.S. vs. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

67 Véase *Texas vs Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

68 Véase *U.S. vs Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

69 *Dennis vs. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

70 Véase *Harisiades vs. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952).

se aplican por igual a sociedades y a individuos.⁷¹ Sin embargo, y a diferencia de otros tipos de expresión, la expresión comercial (tal y como aparece en los anuncios o en la información contenida en los productos) está menos protegida. Mientras que es presumiblemente ilegal reglamentar el contenido de otras expresiones, la regulación de contenido de la expresión comercial está expuesta a un escrutinio de nivel intermedio. Si bien la expresión comercial está protegida por la Constitución, dicha garantía tiene que estar equilibrada con el interés del gobierno en reglamentar la actividad comercial y asegurar a los consumidores que la información que reciben no sea engañosa o ilegal.⁷²

32. *Los extranjeros cuentan con pleno derecho de libertad de palabra.* Los extranjeros están incluidos en la definición de “personas” para fines de la decimocuarta y decimoquinta enmiendas a la Constitución, y gozan, por lo tanto, de las mismas garantías de libertad de palabra que los ciudadanos estadounidenses protegidos por la primera enmienda.⁷³

33. *La libertad de prensa se relaciona con una forma específica de libertad de palabra.* Las cuestiones fundamentales en esta área del derecho se refieren a saber si la prensa debe recibir una protección especial, y si tiene algún tipo de obligación especial para con el público. Muchos opinan que la prensa es esencial para el funcionamiento de una sociedad libre, ya que es uno de los pocos medios existentes para difundir información a grandes grupos humanos. Otros argumentan que, dado que la prensa es propiedad de grandes corporaciones en deuda con el *status quo*, y que por lo mismo muchas veces omiten cubrir información importante, no merecen ninguna protección especial. Si bien es frecuente que las leyes y constituciones de los estados establezcan garantías y privilegios especiales para la prensa, la Constitución federal ofrece mayor protección que aquella que los individuos reciben. Por ejemplo, conforme a la Constitución federal, los miembros de la prensa no pueden negarse a declarar sobre fuentes confidenciales.⁷⁴ Por otra parte, la Constitución no exige a la prensa cumplir ninguna obligación especial, es decir, el gobierno no podrá, por lo general, exigir a la prensa dar a los individuos que ataca la oportunidad de responder a la crítica.⁷⁵

71 *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

72 *Village of Hoffman Estates vs. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982).

73 *Véase Bridges vs California*, 314 U.S. 252, 62 S.Ct. 190 (1941).

74 *Branzburg vs. Hayes*, 408 U.S. 665, 695 (1972).

75 *Miami Herald Pub. Co. vs. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

E. Cateos, decomisos y detenciones

34. *Los cateos, decomisos y detenciones arbitrarios están prohibidos; la regla de exclusión.* La cuarta enmienda dispone que los individuos no podrán ser sometidos a “cateos, decomisos y detenciones arbitrarios”, además de que no se podrá obtener una orden judicial si no existe una “causa probable”. La cuarta enmienda, un importante elemento del debido proceso en materia procesal, es una sólida garantía contra la invasión gubernamental arbitraria e ilegal del “espacio personal” de una persona. Por lo general, las pruebas obtenidas por medio de infracciones a la cuarta enmienda no podrán admitirse como tales en el juicio.⁷⁶ A este hecho se le conoce como la “regla de exclusión” y ha generado gran polémica. La cuarta enmienda da lugar a las siguientes preguntas: ¿Qué es un cateo, decomiso o detención? ¿En qué consiste un cateo, decomiso, o detención razonables? ¿Cuándo hace falta una orden judicial? ¿Qué es una causa probable?

a) *¿Qué es un cateo, decomiso o detención?* Se requiere la invasión de lo que se considera como “expectativa razonable de intimidad”. La Suprema Corte ha resuelto que no se puede interponer la cuarta enmienda si la acción gubernamental del caso no es un “cateo, decomiso, o detención”. La acción no es un registro si el individuo afectado no cuenta con una “expectativa razonable de privacidad”.⁷⁷ Por ejemplo, se puede hablar de cateo si la policía busca en los bolsillos de alguien, entra en su casa, o extrae su sangre para realizar una prueba, pues uno tiene una expectativa razonable de intimidad en sus bolsillos, su casa y su cuerpo. Sin embargo, si uno carga abiertamente un objeto sospechoso en la calle y la policía lo examina, esto no constituye un “cateo”, ya que la persona que lleva ese objeto no cuenta con una expectativa razonable de privacidad. El “decomiso o detención” sucede cuando la policía decomisa o detiene físicamente un objeto o una persona, respectivamente. Estos hechos pueden llevarse a cabo sin necesidad de un cateo previo. Por ejemplo, en el caso antes citado, si el objeto que se porta abiertamente por la calle es decomisado por la policía, existe un decomiso que debe cumplir con la cuarta enmienda, aun si no hay registro. Asimismo, si la policía detiene o arresta a alguien durante cierto lapso, se dice que ella ha “detenido” a una persona para fines de la cuarta enmienda, y por lo tanto deberá cumplir con los requisitos procesales de la enmienda.

76 *Weeks vs. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

77 Véase *Katz vs. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

b) *¿Qué se considera como “razonable”?* Se supone que una orden judicial es necesaria para efectuar un cateo, decomiso o detención, aunque hay excepciones a esta regla. Si está involucrada la cuarta enmienda (*i.e.*, si hay registro, decomiso o detención), surge la pregunta de si el registro o el decomiso/detención son razonables. Por lo general, la Corte ha resuelto que una orden con aprobación de la autoridad judicial es presumiblemente necesaria para que un cateo, decomiso o detención sea razonable.⁷⁸ La orden debe describir específicamente a la persona o el inmueble a ser registrado, la persona a ser detenida o el objeto a ser decomisado, así como el fundamento de la causa probable. El requisito de la orden judicial es un elemento importante del debido proceso, ya que permite a un observador más imparcial evaluar el motivo, al requerir que la policía obtenga la aprobación de un agente judicial antes de efectuar el cateo, decomiso o detención.

c) *¿Cuándo es innecesaria una orden judicial?* Existen muchas situaciones, sin embargo, en las que la orden judicial es innecesaria para constituir un cateo, decomiso o detención razonables. En tales circunstancias, la Corte equilibra el interés que tiene la mayoría en lograr la aplicación eficiente de la ley, frente al interés del individuo en su intimidad, con el fin de determinar si el acto era o no razonable. Por ejemplo, la Corte ha decidido que una orden es innecesaria cuando existen “circunstancias urgentes” (*i.e.*, si la policía escucha un disparo de arma de fuego en un casa), de manera que sería poco razonable esperar que la policía obtenga la orden antes de efectuar un cateo, decomiso o detención; sin embargo, sigue siendo indispensable la presencia de una causa probable.⁷⁹ Asimismo, si la policía cree que existe causa probable de que un delito haya sido o esté siendo cometido, y tiene la creencia razonable de que el sospechoso puede huir, puede entonces arrestar a la persona (es decir, “detenerlo”) sin necesidad de una orden de arresto.

d) *La causa probable implica que hay una sospecha razonable e individualizada de que se comete un delito.* Si la orden judicial es necesaria, la policía debe, en general, tener una causa probable antes de efectuar un cateo, decomiso o detención. Aun cuando la orden fuera innecesaria, la presencia de una causa probable suele ser necesaria. La causa probable existe cuando hay una sospecha *individualizada* de que un crimen ha sido o está siendo cometido, o cuando existe la sospecha *individualizada* de que una cierta persona o una prueba es relevante para el caso penal.

78 Véase *Payton vs. New York*, 445 U.S. 573 (1980).

79 Véase *Warden vs. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

e) *Algunas circunstancias permiten realizar cateos sin causa probable.* A pesar de lo que hemos visto anteriormente, no todos los cateos, decomisos y detenciones requieren una orden judicial, y no todos requieren una causa probable. De hecho, conforme a ciertas circunstancias la policía puede catear, decomisar y detener sin sospecha individualizada. Por ejemplo, la Suprema Corte decidió hace poco que es razonable que una preparatoria realice pruebas al azar entre sus atletas para determinar el uso de drogas.⁸⁰ Si bien la Corte reconoció que la prueba de sangre constituye un registro, se decidió que las pruebas al azar eran razonables en esas circunstancias, debido al interés de la escuela en prevenir el uso de drogas entre los atletas.

i) *Se aplican normas menos estrictas a los "cateos administrativos" que a otro tipo de registros.* En este caso, el gobierno inspecciona ciertos tipos de empresas (i.e., productores de alimentos, transportistas, etc.) para asegurarse de que cumplen con los reglamentos gubernamentales. Tanto la sospecha individualizada como las órdenes judiciales periódicas son innecesarias; en su lugar, el inspector sólo necesita obtener una "orden judicial administrativa" que lo autoriza para registrar el inmueble en busca de infracciones.

ii) *Los registros en cumplimiento de leyes arancelarias o migratorias son tolerados sin causa probable.* Sin embargo, al entrar a Estados Unidos, uno puede ser cateado con muy pocas limitaciones. La Suprema Corte se ha mostrado renuente a limitar la capacidad del gobierno federal para controlar las fronteras y evitar el ingreso de contrabando.⁸¹

F. La cláusula de expropiación

35. *La "expropiación" de propiedades requiere plena indemnización.*⁸² La quinta enmienda dispone que la propiedad privada no podrá ser expropiada para "uso público" a menos de que el propietario reciba "debida indemnización". La cláusula de expropiación es otro elemento muy importante del debido proceso. Además de disponer los procedimientos adecuados que deben seguirse antes de que el gobierno pueda confiscar propiedades, la Constitución prohíbe dicha expropiación a menos de que: 1) sea de utilidad pública y 2) a cambio de una "indemnización justa". La cláusula de expropiación

⁸⁰ Véase *Vernonia School District 47J vs. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

⁸¹ Véase *United States vs. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977).

⁸² Para una discusión más amplia sobre este tema, véase Sidney Z. Searles, "La expropiación", cap. 36, que será publicado en el cuarto volumen de esta obra.

protege a sociedades⁸³ y extranjeros en la misma medida que protege a los ciudadanos.⁸⁴

36. *La guerra entre Estados Unidos y el país de origen de un extranjero constituye una excepción.* Uno de los aspectos más severos del derecho internacional se revela cuando estalla una guerra entre Estados Unidos y el país de un extranjero que tiene propiedades en el primero. En ese caso, la propiedad del extranjero puede ser confiscada por el gobierno de Estados Unidos, si éste así lo decide, sin violar la cláusula de debido proceso.⁸⁵

G. *El derecho a tener y portar armas*

37. *El derecho a portar armas se limita al derecho de los estados a tener una milicia.* La segunda enmienda dispone que “[una] milicia disciplinada es necesaria para la seguridad de un estado libre, por lo cual no se restringirá el derecho del pueblo a tener y portar armas”. Si bien hay organizaciones como la National Rifle Association (NRA) que han argumentado que dicha enmienda crea un derecho personal a poseer armas, ésta es una interpretación errónea tanto del texto como de la historia de la misma. El juez retirado de la Suprema Corte, Warren Burger, ha calificado la afirmación de la NRA acerca de que la Constitución otorga a todo individuo estadounidense el derecho de portar armas, como un “fraude al público”.⁸⁶

a) *La garantía de posesión y portación de armas corresponde a los estados.* El texto de la enmienda sitúa la posesión de armas en un contexto de pertenencia a una “milicia disciplinada”, y no en uno de derechos individuales. La historia de la adopción de la enmienda indica que su propósito era asegurar a los estados el derecho a mantener siempre sus propias milicias, y que éstas no fueran absorbidas por la fuerza armada nacional. Por lo tanto, cada estado cuenta con una unidad de la Guardia Nacional controlada conjuntamente por el presidente y el gobernador de cada estado.

b) *Esta garantía no es un derecho personal para los ciudadanos y tampoco para los no ciudadanos.* Aunque es poco frecuente que los tribunales interpre-

83 Véase *Press Enterprise Co. vs. Superior Court*, 478 U.S. 1 (1986).

84 Para entender lo que significa una “expropiación”, “utilidad pública” e “indemnización justa”, véase Searles, *op. cit.*

85 Véase *Guessefeldt vs. McGrath*, 342 U.S. 308 (1952).

86 “Conceptual Foundations of Anglo-American Jurisprudence in Religion and Reason”, *Tennessee Law Review*, vol. 62, 1995, pp. 759 y 812.

ten la segunda enmienda, al hacerlo siempre han decidido que ella no crea un derecho personal. Antes bien, la han interpretado correctamente como el otorgamiento a los estados del derecho a mantener una milicia.⁸⁷ Por el mismo motivo, la segunda enmienda no ha sido “incorporada” para su aplicación a los estados. Los tribunales también han confirmado sistemáticamente las leyes estatales de control de armas.⁸⁸

IV. CONCLUSIÓN

Lo anterior constituye sólo una breve introducción a algunos axiomas del derecho constitucional estadounidense que pueden afectar al empresario o inversionista provenientes de un régimen de derecho romanista. Es esencial para ellos saber que las leyes y reglamentos en Estados Unidos provienen de los gobiernos tanto estatales como el federal, e incluso de las tribus indígenas. Si bien el total acumulado de esta reglamentación es enorme, debe sin embargo ser probado constitucionalmente.

No hemos pretendido detallar en modo alguno las diversas leyes y reglamentos, o cómo o dónde obtener los permisos y autorizaciones, o cómo y dónde registrarse.⁸⁹

Cada uno de estos capítulos se referirá de modo particular al derecho constitucional correspondiente a su área. Este capítulo es una herramienta para entender lo que viene después.

⁸⁷ *U.S. vs. Warin*, 530 F.2d 103 (CA Ohio 1976), cert. denied 96 S.Ct. 3168, 426 U.S. 948.

⁸⁸ Véase *Burton vs. Sills*, 240 A.2d 432 (N.J. 1968), appeal dismissed 89 S.Ct. 1486, 394 U.S. 812.

⁸⁹ Otros capítulos de este libro pueden ser de gran ayuda para ello, particularmente Frederick W. Huszagh, “La regulación administrativa del comercio” (cap. 11, vol. 2); Geoffrey P. Miller y Michael Klausner, “La regulación de la actividad bancaria” (cap. 32, vol. 4); Egon Guttman, “La venta pública de valores bursátiles” (cap. 28, vol. 3); Lester. M. Bliwise, “Los bienes raíces” (cap. 40, vol. 4); John E. Blyth, *op. cit.*, y Kozyris, *op. cit.*