

LA INTERPRETACIÓ DE LA CLÀUSULA DE COMERÇ I L'INCREMENT DEL PODER DEL GOVERN NACIONAL EN EL FEDERALISME NORD-AMERICÀ*

Antoni Monreal

1. La clàusula de comerç

Comunament és admès que la tendència intrínseca d'ampliar el marge de capacitat de decisió política dels diversos centres territorials de poder de qualsevol model d'estructura de l'estat políticament descentralitzat s'ha resolt als Estats Units a favor del govern de Washington, perquè els governs estatals han cedit poders i funcions en àmbits materials significatius.

Tècnicament, el procés d'augment de la capacitat de decisió política del govern de la nació en esguard del govern dels estats ha tingut lloc a través de la interpretació judicial de diversos preceptes constitucionals: la desena esmena que estableix el poder residual a favor dels estats; la secció vuitena de l'article primer que estableix els poders del Congrés i que configura l'esmentat òrgan com a detentor, solament, de poders atorgats constitucionalment; l'apartat divuit del mateix article que fonamenta l'atribució al Congrés de poders implícits en relació amb la posada en pràctica d'aquells delegats expressament; l'apartat tres del mateix article que faculta el Congrés per regular el comerç interestatal; i finalment la clàusula de supremacia de l'article sisè.

La interacció del conjunt de preceptes mencionats ha donat com a resultat, jurídicament, la creixent centralització política en el govern federal i ha alterat les relacions originals de poder entre la federació i els estats; ha jugat un paper important la interpretació judicial de la desena esmena i de la clàusula de supremacia que a través de la doctrina de la *preemption* permet la impugnació de la legislació estatal en matèries sobre les quals el Congrés exerceix un poder delegat constitucionalment.

Ara bé, ha estat la interpretació judicial de la clàusula de comerç, que atorga al Congrés el poder de regular el comerç interestatal, la que ha resultat ser la via principal a través de la qual el govern federal ha anat detraient progressivament poders i funcions dels estats en la mesura en què ha estat el terreny elegit per tots dos centres de poder per resoldre la pugna per conservar i ampliar les seves competències respectives. Significativament, la clàusula de comerç va ser argüida per les parts litigants en una proporció de casos molt més gran que la dels poders implícits,¹ de manera que s'ha pogut parlar de la clàusula de comerç com de la «font directa dels poders més importants que exerceix el govern federal. L'autoritat del Congrés per apro-

* Aquest article és part d'un treball d'investigació fet amb l'ajut d'una beca de la Fundació March per a estudis d'autonomies territorials a l'estranger.

1. Pot veure's a *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*, Congressional Research Services, US Government Printing Office, Washington, 1973, pàg. 230 i ss.

var normes reguladores procedeix gairebé completament de la clàusula de comerç». ² La interpretació de la clàusula de comerç ha afectat la regulació d'un camp amplíssim de matèries que inclou, per mencionar-ne dues de significatives i diferents temàticament, l'atribució de la capacitat per establir impostos dels diferents centres territorials de poder i la protecció dels drets individuals. ³

Des d'un altre punt de vista, la clàusula de comerç ⁴ no solament ha estat interpretada en sentits molt diversos, sinó que certs moments històrics, i certes decisions del Tribunal Suprem, adoptades per raó de criteris determinats, poden ser aïllades i presentades com els moments d'inflexió o canvi d'interpretació que afecten la distribució de poders entre la federació i els estats: pocs dubtes hi pot haver que la primerenca interpretació de Marshall que va obrir la via de l'assumpció per la federació d'amplis poders en la regulació del comerç interestatal; que l'orientació restrictiva adoptada a partir de l'última dècada del segle passat; que la interpretació adoptada entre 1937 y 1941 que finalment va aixecar els obstacles a l'aplicació del New Deal; i que la *National League of Cities* en la meitat de la dècada dels setanta pugin ser jutjats com a moments en què el Tribunal es va apartar del precedent establert i va adoptar un nou enfocament d'interpretació constitucional. Tot sembla indicar que en la meitat de la dècada dels vuitanta, amb *Joe Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit*

2. Bernard Schwartz, *American Constitutional Law*, McMillan, London, 1979, pàg. 105.

3. En establir la *Civil Rights Act* de 1964 sancions per a qui privi de gaudi igual dels llocs públics per raó de raça, color, religió o nacionalitat, la llei es refereix explícitament a aquells centres públics que utilitzin productes que hagin estat objecte de comerç interestatal, o l'ús dels quals hagués afectat el comerç. El Congrés, a través d'aquesta norma, es va atribuir competència per establir mesures contra la discriminació racial a través de l'al·legació que la seva competència per regular el comerç interestatal el facultava per fer-ho. La interpretació establerta pel Tribunal Suprem en aplicació de la *Civil Rights Act* es pot veure a *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States* 379 US 241 (1964) i a *Katzenbach v. McClung* 379 US 294 (1964).

4. Com se sap la clàusula de comerç es converteix en una *dormant clause* quan una regulació estatal és impugnada sobre la base que la regulació de les matèries de referència és competència del Congrés, en tenir-la atribuïda aquest pel que fa el comerç interestatal. Usualment el Tribunal Suprem rebutja la regulació estatal quan entén que no s'adequa a un interès local legítim o que és discriminatòria o que afecta negativament el comerç nacional. L'equilibri entre l'interès estatal i nacional sol ser el punt de referència de la decisió, de manera que és adoptat en funció d'un rest que suposa, primer, determinar si hi ha interès local legítim; segon, determinar el perjudici possible al comerç interestatal; tercer, determinar si és possible perseguir amb altres mesures l'interès local i causar un menor perjudici a l'interès interestatal. Per a l'esmentat test es pot veure *Pike v. Bruce Church, Inc.* 397 US 137 (1970); per a un tractament general del tema, es pot veure Jame M. O'Fallon, *The commerce clause: a theoretical comment*, 61, *Oregon Law Review*, Sum. 1982, especialment pàgs. 403 i 404; també a J.N. Eule, *Laying the dormant Commerce Clause to rest*, 91 *Yale Law*, January 1982, pàgs. 472 i ss.; per al tractament de la *dormant clause* darrera *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, que es mencionarà a continuació, es pot veure Stephanie Landry, *State immunity from the dormant Commerce Clause*, 25 *Nat. Res. Journal*, April 1985, pàgs. 515 i ss.; per a la interpretació del silenci legislatiu es pot veure recentment Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, pàgs. 29 i ss. Gairebé cap d'ells no pot evitar de citar Powell (a *Business taxes and Interstate Commerce*) quan, referint-se a la *dormant clause*, deia: «The Constitution (...) does not forbid the states to regulate interstate commerce. It merely permits Congress to do so and declares that Congressional regulations are superior to state regulations. So a state regulation is not good if Congress has already regulated what the State tries to regulate. Now Congress has a wonderful power that only judges and lawyers know about. Congress has a power to keep silent. Congress can regulate interstate commerce just by not doing anything about it. Of course when Congress keeps silent, it takes an expert to know what it means. But the judges are experts. They say that Congress by keeping silent sometimes means that it is keeping silent and sometimes means that it is speaking. If Congress keeps silent about the interstate commerce that is not national in character and that may just as well be regulated by the states, then Congress is silently silent, and the state may regulate. But if Congress keeps silent about the kind of commerce that is national in character and ought to be regulated only by Congress, then Congress is silently vocal and says that the commerce must be free from state regulation», citat per O'Fallon, op. cit. 398, 399.

Authority,⁵ s'ha adoptat un nou criteri en la interpretació de la clàusula de comerç, assentat en fonaments qualitativament diferents de tots els utilitzats pel Tribunal Suprem fins ara, alhora que la *National League of Cities* ha estat invalidada.

Resulta inevitable referir-se a aquesta darrera decisió en primer lloc.

2. Els límits al poder del Congrés són establerts pel judicial

El 1976, a la *National League of Cities v. Usery*⁶ (NLC), el Tribunal Suprem va invalidar per primer cop en els darrers quaranta anys una norma del Congrés adoptada per raó de la competència de l'esmentat òrgan per regular el comerç interestatal.

Es tractava de decidir si la reforma de 1974 de la *Fair Labor Standards Act*, que estenia l'obligatorietat de salaris mínims i d'horaris als empleats dels estats, comtats i municipis, era o no era constitucional.

La decisió del Tribunal va distingir l'exercici de l'autoritat del Congrés quant als individus privats i quant als estats, de manera que, en el segon pas, el Congrés no podia actuar perjudicant «els atributs de sobirania propis del govern dels estats», i, en la mesura en què establir les retribucions i els horaris del empleats era un «indubtable atribut de sobirania de l'estat», representant «una funció essencial per a la separada i independent existència de l'Estat»,⁷ va declarar inconstitucional la mesura del Congrés. La decisió emfasitzava que l'aplicació de la mesura havia significat canvis substancials en els pressupostos, impostos, programes i serveis dels estats, de manera que, en termes pràctics, s'argumentava que les opcions del Congrés desplaçarien les dels estats en àrees corresponents a «decisions governamentals essencials». La protecció de la policia, el tenir cura de la salut pública, la prevenció del foc, el tenir cura dels parcs públics es consideraven «funcions operades tradicionalment pels estats», i el Congrés no podia perjudicar la llibertat dels estats per «estructurar operacions integrals en àrees de funcions governamentals tradicionals».

Tot i que el Tribunal va acceptar la interpretació adoptada després de 1938 d'acord amb la qual la clàusula de comerç era una atribució d'autoritat plenària al Congrés, i va fer seva la interpretació de Marshall el 1824 que el contingut de la dita autoritat consistia en «el poder de regular, o sigui, de prescriure la norma per la qual és regit el comerç», va establir significativament que «mai no ha dubtat que hi ha límits sobre el poder del Congrés per invalidar la sobirania de l'estat fins i tot quan exerceix els seus poders plenaris per (...) regular el comerç»,⁸ recordant que els estats han estat considerats en la interpretació del Tribunal Suprem com a entitats polítiques «sobiranes» i afirmant que la desena esmena s'havia d'interpretar en el sentit que «el Congrés no pot exercir poder de manera que perjudiqui la integritat dels estats o la seva capacitat per funcionar efectivament en un sistema federal»⁹; la lectura que a la dita sentència es feia de decisions anteriors del Tribunal tendia a destacar la identitat dels estats com a tals, la seva pròpia sobirania i l'existència d'un àmbit de matèries on podien exercir la seva autoritat sense cap interferència.

5. *Joe Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 53 USLW núm. 32, 4135.

6. *National League of Cities v. Usery*, 426 US 824.

7. *Ibidem*, 845.

8. *Ibidem*; 824.

9. *Ibidem*, 830.

En realitat NLC afirmava tres nous elements en la interpretació de la clàusula de comerç: en primer lloc sostenia que el poder del Congrés regulant el comerç interestatal estava sotmès a límit, la qual cosa significava una nova interpretació de la desena esmena; en segon lloc sostenia que els estats i els individus privats estaven situats en una posició diferent quant al poder del Congrés per regular el comerç; i en tercer lloc establí un test d'immunitat de l'estat quant al poder del Congrés: quan una disposició d'aquest darrer òrgan tractava de regular l'estat com a estat, en matèries atribuïdes indiscutiblement a la sobirania de l'estat, perjudicant directament la seva capacitat per estructurar operacions integrals en àrees de funcions governamentals tradicionals, incorria en inconstitucionalitat.

La decisió va ser adoptada només per cinc vots a quatre.

Al cap de poc temps, a *Hodel v. Virginia Surface Mining and Reclamation Ass.*¹⁰, on es debatia la constitucionalitat de la *Surface Mining Control and Reclamation Act*, promulgada el 1977, que establí un programa nacional de protecció del medi ambient dels efectes adversos de l'exploració de certes mines de carbó, el Tribunal va revalidar el test de NLC explicitant que la declaració d'inconstitucionalitat d'una norma requeria el compliment de tots els seus elements; en aquest cas, tot i que es podia discutir si la regulació de l'ús del sòl era una «funció governamental tradicional», el Tribunal no va considerar que els altres requisits del test fossin aconplastats. Però, significativament, es va incorporar un nou requisit per al test d'immunitat en una nota a peu de pàgina on s'afirmava que el complement dels requisits del test no bastava per establir la inconstitucionalitat d'una disposició del Congrés, ja que hi podia haver situacions en les quals «la naturalesa de l'interès federal en qüestió pugui ser tal que justifiqui la submissió de l'estat».¹¹ A partir de *Hodel*, el test d'immunitat, doncs, es va veure augmentat per un nou element. Tot i que la decisió va ser presa per unanimitat, Rehnquist, que havia estat ponent a NLC, va emetre un vot concurrent en el qual proposava significativament que el Congrés pogués regular una activitat o matèria només quan l'efecte sobre el comerç fos «substancial» (el president del Tribunal va subscriure aquest punt de vista) i manifestava la seva por a una centralització excessiva a través d'una interpretació tan àmplia de la clàusula de comerç per raó de la qual els poders reservats als estats podien ser absorbits, arribant a afirmar que «una de les més grans "ficcions" del nostre sistema federal és que el Congrés només exerceix aquells poders que li han estat delegats, mentre que els residuals estan reservats als estats o al poble. La manera com aquest Tribunal ha construït la clàusula de comerç il·lustra àmpliament l'extensió d'aquesta ficció (...) pot obtenir-se fàcilment la sensació, a partir de les opinions d'aquest Tribunal, que el sistema federal existeix només per a sofriment del Congrés».¹² Resultava clar que la utilització eventual d'una noció tan vaga com ara «substancial», aplicada als efectes sobre el comerç interestatal, hauria reforçat la protecció als estats més enllà del test d'immunitat de NLC, i es feia evident que, malgrat l'acord assolit en aquesta ocasió entre les dues parts del Tribunal, les seves concepcions sobre la interpretació de la clàusula de comerç eren difícilment integrables.

10. *Hodel, acting Secretary of the Interior v. Virginia Surface Mining Ass. Inc.*, 452 US 264.

11. *Ibidem*, 288.

12. *Ibidem*, 307, 308.

El 1982, a *United Transportation Union v. Long Island Rail Road Co.*,¹³ el Tribunal, per unanimitat, amb Burger com a ponent, explicava quin era el sentit de la decisió a NLC i posava de relleu que «el poder federal per regular el comerç no podia ser exercit de manera que soscavés el paper dels estats en el sistema federal. L'èmfasi d'aquest Tribunal sobre les funcions governamentals tradicionals i els aspectes tradicionals de sobirania estatal no significava imposar un punt de vista estàticament històric de les funcions estatals generalment immune a la regulació federal. Més aviat significava requerir esbrinar si la regulació federal afecta prerrogatives estatals bàsiques de manera que impedissin la capacitat dels governs estatals per complir el seu paper en la Unió i posessin en perill la seva existència separada i independent».¹⁴ NLC era, doncs, un punt de referència creat per decidir a continuació cas per cas sobre el supòsit que la inexistència de límits al poder federal en aplicació de la clàusula de comerç hauria menat a l'alteració de la pròpia existència del sistema federal.

Ara bé, a partir de 1982 aquesta posició és posada en minoria. A la *Federal Energy Regulatory Commission v. Mississippi*, amb motiu de jutjar la constitucionalitat de la *Public Utility Regulatory Act* de 1978, la minoria de NLC es va convertir en majoria quan es va veure engrossida per Blackmun, que va ser ponent en aquest cas, i que malgrat haver votat amb la majoria de NLC, ja havia emès aleshores un vot concurrent en el qual manifestava no deixar d'estar «torbat per certes implicacions de l'opinió del Tribunal».¹⁵ Ara es continuava admetent que hi podia haver un àmbit dins del qual la sobirania estatal protegís l'estat de les regulacions federals, es reconeixia que el poder de l'estat de prendre decisions fonamentals i d'establir la seva *policy* derivava de la seva sobirania, però es declarava d'acord amb la constitució la llei objecte de litigi i es recordava que el govern federal i els estats no havien de ser vistos com a *coequal* sobirans.¹⁶ O'Connor, en un vot particular (al qual es van unir Burger i Rohnquist), afirmava que els òrgans dels estats no eren oficines de la «burocràcia nacional» i sortia al pas de l'opinió de la majoria assenyalant que el poder de prendre decisions «engloba més que l'autoritat (...) per aprovar lleis; també inclou el de poder decidir quins objectius són més dignes de consideració, l'ordre en què han de ser adoptats i la forma precisa en què han de ser debatuts». Igualment citava White dient que «el federalisme no implica un sistema de col·laboració en el qual un dels col·laboradors és aniquilat per l'altre»¹⁸ i el vot de Black (1971) dient que el federalisme era un sistema en el qual «el govern federal, per ganes que pogués tenir de protegir els drets i els interessos federals, sempre s'ha d'esforçar a fer-ho de manera que no s'interfereixi indègudament amb les activitats legítimes dels estats»; en realitat tant la sentència com el vot particular no mostraven sinó dues concepcions diferents del funcionament del sistema federal.

A *Community Communications Co. Inc. v. Boulder*, tot i que es va admetre com a principi del federalisme l'existència d'una significativa mesura de sobirania estatal,¹⁹ l'exercici de certs aspectes de l'autonomia municipal emparada en la constitució esta-

13. *United Transportation Union v. Long Island Rail Co.*, 455 US 678.

14. *Ibidem*, 686, 687.

15. *856 National League...* 426 US 824, 856.

16. *Federal Energy Regulatory Commission v. Mississippi*, 456 US 742, 761.

17. *Ibidem*, 779.

18. A White, *The States and the Nation*, (1953).

19. *Community Communications Co. Inc. v. Boulder* 455 US 40, 53.

tal es va interpretar d'acord amb el criteri del Congrés, i van veure reduïda la seva capacitat de decisió les divisions polítiques territorials dels estats.

El 1983, a *Equal Employment Opportunity Commission v. Wyoming*, on es va establir que la *Age Discrimination in Employment Act* (1967) era aplicable als empleats estatals, la majoria i la minoria del Tribunal, tot i que encara tenien en comú sostenir NLC com a punt de referència per a l'adopció de decisions concernents la clàusula de comerç, interpretaven NLC de manera molt diferent. La majoria del Tribunal només contemplava el test d'immunitat de NLC com una doctrina funcional «l'últim propòsit de la qual no és crear una esfera separada d'autonomia estatal»,²⁰ de manera que la seva aproximació al tema era diferent de l'adoptada per Burge en el seu vot particular (amb Powell, Rehnquist i O'Connor), que declarava rotundament: «l'autoritat del Congrés sota la clàusula de comerç és restringida per la protecció proporcionada als estats per la desena esmena».²¹ Ja en aquest cas Stevens, en un vot concurrent, atacava directament el test d'immunitat de NLC i el marc en què se situava i proposava expressament anul·lar-lo, afirmant-ne que era «la moderna encarnació de l'esperit dels Articles de la Confederació».²² Era obvi que les dues interpretacions diferents de la desena esmena estaven connectades estretament amb dues concepcions diferents de la naturalesa del federalisme.

Al cap de dos anys, a *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* no solament s'ha produït l'anul·lació del test de NLC proposada per Stevens, sinó que s'ha establert la interpretació de la clàusula de comerç sobre un nou fonament.

3. El Congrés decideix sobre els límits del seu propi poder

En aquest cas la qüestió sotmesa al Tribunal era la determinació de la constitucionalitat de les esmenes incorporades a la, un cop més, *Federal Labor Standards Act* el 1974.²³

Fent un gir complet quant a la seva orientació anterior —per bé que apuntat pel vot particular de Brennan a NLC—, el Tribunal rebutja per impracticable el test d'immunitat de NLC. La consideració de la impracticabilitat la deriva de l'afirmació que no és possible determinar, d'acord amb una regla general, quines activitats estatals estan subjectes a l'autoritat del Congrés i quines disposen d'immunitat; aquesta convicció per al Tribunal es veu reforçada quan examina decisions del Tribunal preses en els darrers anys aplicant el test esmentat i diu comprovar l'heterogeneïtat dels resultats de manera que la resolució de cada cas no permet proporcionar certesa raonable pel que fa a la resolució de casos futurs. Es raona que la dificultat no radica prò-

20. *Equal Employment Opportunity Commission v. Wyoming* 103 S. Ct. 1054, 1060.

21. *Ibidem*, 1081.

22. *Ibidem*, 1067.

23. La FLSA va ser promulgada el 1938 i va constituir una de les més importants normes sorgides de la política del New Deal, ampliant i completant la *National Industry Recovery Act*. Estableix la regulació sobre horaris de treball, retribucions i condicions de treball. Quan va ser promulgada, els seus efectes no s'estenien als estats com a contractants de treball. El 1966 va ser esmenada i van ser considerades com a contractants de treball certes institucions estatals i, així, sotmeses a la regulació continguda a la llei. El 1974 va ser esmenada altra vegada regulant les condicions de la prestació de treball, ara ja de tots els empleats estatals. L'esmentada esmena va ser declarada inconstitucional per NLC, com s'ha indicat. El cas present, al seu torn, invalida NLC.

piament en el test sinó en l'intent de determinació basat en una regla general; aquesta regla, es diu, no es pot trobar ni usant un criteri històric ni a través de la identificació de les funcions específiques de l'estat, ni a través de determinar quins serveis serien prestats inadecuadament o no prestats, a menys que l'estat fos el seu prestatari; el que es rebutja és la possibilitat mateixa de trobar la citada regla general, atès que l'únic sistema per formular-la seria «identificar certs elements subjacents de sobirania política que es consideren essencials per a la separada i independent existència dels estats... (amb l'objecte de) identificar elements particulars del govern intern de l'estat que es jutja que són parts intrínseques de la sobirania estatal»²⁴ quan l'esmentada identificació no es pot fer sobre la base d'una definició apriorística de la sobirania estatal perquè —aquí es on sembla situar-se la inflexió decisiva— «la sobirania dels estats és limitada per la constitució», en el ben entès que —tret d'excepcions, com la garantia de la integritat territorial de l'estat— «la constitució no fixa elements expressos de sobirania estatal que el Congrés no pugui desplaçar a través de l'ús dels seus poders delegats».²⁵

Ara bé, per al Tribunal l'acció i el poder del Congrés estan sotmesos a límits. La qüestió està a determinar «la seva naturalesa i el seu contingut» a través d'una aproximació diferent d'intentar definir apriorísticament els termes de la sobirania estatal.

Aquesta aproximació, per al Tribunal, rau en la consideració de la pròpia estructura del govern federal, que va ser dissenyada «en gran part per protegir els estats de les extralimitacions del poder del Congrés, i hi destaca el paper atribuït per la constitució als estats en la selecció del legislatiu i l'executiu federals, en el control de la capacitat electoral i en la mateixa existència del Senat. La conclusió és clara: «els framers van elegir confiar en un sistema federal en què les restriccions especials del poder federal sobre els estats rauen principalment en el funcionament del *National Government*, més que no pas en limitacions discretes sobre els objectes de l'autoritat federal. Els interessos de l'estat sobirà, llavors, són més pròpiament protegits per garanties procedimentals inherents a l'estructura del sistema federal que no pas per limitacions al poder federal creades judicialment». Així, doncs, el procés polític mateix apareix com la garantia de l'«especial i específica posició (dels estats) en el nostre sistema constitucional»;²⁶ no ja el poder judicial a través de la *judicial review*, sinó el procés polític «assegura que les lleis que perjudiquin indègudament els estats no siguin promulgades»; el procés polític és el lloc on cal mirar quan s'afirma: «si hi ha d'haver límits sobre el poder del govern federal, com indubtablement n'hi ha, d'interferir les funcions estatals, hem de mirar a una altra banda (diferent del poder judicial i de la *judicial review*) per trobar-les».²⁷

Així, doncs, sembla clar que, a partir de *Garcia v. SAMTA*, la sobirania estatal no pot funcionar com a límit a l'autoritat del Congrés sota la clàusula de comerç, mancant, el reconeixement de la sobirania estatal, de conseqüències pràctiques, i estant subjacent una concepció del funcionament del sistema federal que permet assumir lliurement competències al Congrés. NLC és invalidada i la clàusula de comerç és interpretada de tal manera que exclou la intervenció dels tribunals a decidir quan les decisions del Congrés estan d'acord amb la Constitució i quan no. El procés polític apareix com el substitut de la *judicial review* en l'atorgament de la garantia pel que fa a

24. *Joe Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority et al.*, 53 USLW núm. 32, 4135, 4138.

25. *Ibidem*, 4138.

26. *Ibidem*, 4140.

27. *Ibidem*, 4140.

suposades extralimitacions del poder federal. En realitat, la noció mateixa d'extralimitació és exclosa a partir del moment en què es considera que lleis que perjudiquin indegudament els estats no poden ser promulgades.²⁸

La posició crítica de la decisió que sosté la minoria del Tribunal²⁹ s'assenta en quatre elements. Per una part s'admet que el test d'immunitat de NLC ofereix dificultats interpretatives, però no es veu, en l'existència de les esmentades dificultats, prou raó per abandonar-lo afirmant que «el luxe de definicions precises és fruit rarament quan s'interpreten i s'apliquen les disposicions generals de la nostra constitució».³⁰ D'altra banda, es posa de relleu com la decisió limita el paper de la *judicial review* en el Dret Constitucional dels Estats Units en reduir l'espectre dels actes del Congrés sobre els quals pot ser exercit de manera que l'efecte produït és reduir «la desena esmena a pura retòrica quan el Congrés actua invocant la clàusula de comerç».³¹ Igualment es manifesta que la protecció que el procés polític pot proporcionar als estats és irreal, donada la tendència mostrada pel Congrés, igual que per altres branques del govern, d'excedir-se en les seves atribucions, i donat que l'evolució del sistema polític ha reduït substancialment la participació dels estats com a tals en aquell procés polític. A més, s'argumenta que és el conjunt del sistema polític el que canvia a través de la decisió que es critica a partir del moment en què «usurpant funcions exercides tradicionalment (pels estats), l'extralimitació federal sota la clàusula de comerç socava el constitucionalment ordenat equilibri dissenyat per protegir les nostres llibertats fonamentals»³² i plantejant que «la qüestió central del federalisme és evidentment si algun àmbit és deixat obert als estats per la constitució, si queda alguna àrea en què un estat pugui actuar lliure d'interferència federal».³³

La voluntat de la minoria del Tribunal de tornar a una jurisprudència basada en el principi de la sobirania estatal, establint límits a l'acció del Congrés a través de la

28. «The principal and basic limit on the federal commerce power is that inherent in all congressional action —the built— in restraints that our system provides through state participation in federal government action. The political process ensures that laws that unduly burden the States will not be promulgated», *Ibidem*, 4142.

29. La decisió va ser adoptada per cinc vots a quatre.

Powell va emetre un vot particular subscrit per Burger, Rehnquist i O'Connor. Rehnquist va emetre al seu torn un vot particular. Finalment O'Connor va emetre un vot particular subscrit per Powell i Rehnquist.

Tot i que en termes generals tradicionalment el partit republicà s'ha inclinat per la preservació del poder de l'estat i el partit demòcrata per afavorir el del govern federal, la majoria del Tribunal que va decidir el cas estava composta per jutges nomenats per presidents demòcrates i republicans: Brennan va ser nomenat per Eisenhower el 1957, Blackmun per Nixon el 1970, White per Kennedy el 1962, Marshall per Johnson el 1967 i Stevens per Ford el 1975. En canvi, la minoria està formada per jutges nomenats per presidents republicans: Burger, Powell i Rehnquist ho van ser per Nixon el 1969, 1971 i 1971 respectivament, i O'Connor per Reagan el 1981.

Es pot veure una relació completa dels membres del Tribunal Suprem, dels presidents que van fer els nomenaments, del temps que els jutges van romandre en exercici, i també d'altres elements, a Laurence H. Tribe, *God save this honorable court*, Random House, New York, 1985, pàgs. 142 i ss.; el mateix autor argumenta que, tret d'excepcions, els membres del Tribunal són lleials al president que els va nomenar, referint-se a la idea del «president sorprès» per la decisió dels jutges nomenats per ells com a mítics, alhora que afirma que en la trajectòria jurídica dels jutges rarament es poden apreciar sorpreses en relació amb el seu passar, pàgs. 50 i ss. i 106 i ss.

Excepcionalment, algun autor, després de NLC, ha destacat el fet que tots els membres del Tribunal que sostenien l'existència d'un àmbit de capacitat de decisió estatal lliure d'interferència federal, havien estat nomenats per presidents republicans, es pot veure Nowak, Rotund, Young, *Constitutional Law*, WPC, Minnesota, 1983, pàg. 180.

30. Powell dissenting, *Garcia...*, 4144.

31. *Ibidem*, 4143.

32. *Ibidem*, 4147.

33. O'Connor dissenting, *Garcia...* 4149.

interpretació de la seva constitucionalitat pel poder judicial, és posada de manifest explícitament.³⁴

4. Fonaments de la posició del Tribunal

4.1. *Wechsler i uns quants temes d'interpretació constitucional*

La decisió del Tribunal Suprem recolza directament en Wechsler.³⁵ En l'opinió que aquest darrer havia construït el 1934 sostenia que el procés polític, i en particular el lloc que hi ocupen els estats, i la funció que hi exerceixen, havien de ser considerats pel poder judicial com els principals elements per a la interpretació de les clàusules constitucionals reguladores de la distribució de competències entre la federació i els estats. Wechsler, al cap de disset anys que el Tribunal hagués eliminat els obstacles a la intervenció del govern federal a través d'una interpretació de la clàusula de comerç que la facilitava, sostenia que l'acció del *National Government* tenia un caràcter molt específic: «(l'acció del govern de Washington) ha estat contemplada sempre com a excepcional en el nostre govern, una intrusió justificada per alguna necessitat, el cas especial més que no pas l'ordinari (...), aquells qui són partidaris (de l'exercici de l'autoritat nacional) han de contestar la qüestió preliminar de per què la matèria no ha de ser deixada a l'estat (...), la lògica política del federalisme (...) col·loca la càrrega de la prova sobre els qui insten l'acció nacional».³⁶ Jutjava a més que els estats jugaven un paper crucial en la composició de l'autoritat nacional, de manera que en la mesura en què existís la «sensibilitat local» no podia deixar de reflectir-se en el Congrés; específicament es referia al Senat com a aquella institució que funcionava com a guardià de l'interès de l'estat sempre que aquest interès fos prou real per trobar suport polític, estant la composició del Senat «calculada intrínscament per prevenir la intrusió des del centre en matèries que l'interès dominant de l'estat vulgui mantenir sota el seu control».³⁷ Es referia igualment a la funció atribuïda als estats de determinar indirectament l'electorat per a la Cambra de Representants, ja que la constitució estableix que en són electors els qui ho siguin per a la Cambra més nombrosa de la legislatura estatal, podent, l'estat, determinar els seus electors.³⁸ Afirmava com una important funció estatal la de la determinació dels districtes electorals per a les eleccions legislatives nacionals.³⁹ I finalment posava de relleu com en l'elecció presidencial els electors presidencials són nomenats pels estats i com en cas que cap candidat no obtingués la majoria era la Cambra de Representants la que, vorant per estats, resolvia la qüestió.⁴⁰ La conclusió era fàcil de preveure: «el procés polític nacio-

34. Rehnquist dissenting, *Garcia*... 4149.

La qual pot plantejar alguna qüestió amb el principi de *stare decisis*, com ho ha plantejat Garcia... en relació amb NLC, com ha assenyalat el vot particular de Powell mencionat més amunt. En sentit contrari, s'ha dit que «overruling National League of Cities would be principled and consistent with *stare decisis*». Philip P. Frickey, «*Stare decisis in constitutional cases*», *Constitutional Commentary*, vol. 2, núm. 1, winter 1985, pàg. 124.

35. I també a Choper i a La Pierre, al punt de vista dels quals s'al·ludirà immediatament.

36. Herbert Wechsler, «The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the National Government», *54 Columbia Law Review*, 1954, pàgs. 544 i 545.

37. Wechsler, *Ibidem*, pàg. 548.

38. US Const, art. I, 2.1.

39. US Const. art. I, 4.1.

40. US Const. art. II, 1,2.3.

nal als Estats Units (...) està intrínsecament ben adaptat per retardar o contenir noves intrusions del centre en el domini dels estats. Lluny d'una autoritat nacional que és expansiva per naturalesa, la tendència inherent en el nostre sistema és precisament la inversa, i es necessita el més ampli suport abans que les mesures intrusives d'importància puguin rebre consideració significativa (...) per a la contenció de l'autoritat nacional. Madison no va emfasitzar la funció del Tribunal Suprem (sinó que) va assenyalar la composició del Congrés i el procés polític (...). El Tribunal està situat sobre la base més feble quan oposa la seva interpretació de la constitució a la del Congrés en interès dels estats els representants dels quals controlen el procés legislatiu i que han consentit àmpliament a sancionar la decisió del Congrés qüestionada». ⁴¹ Al cap d'un quant temps posava de relleu la incapacitat del Tribunal Suprem per determinar l'àmbit de l'autoritat del govern federal —i consegüentment dels estats—, assenyalant que tot i que la dita incapacitat podia tenir relació amb els canvis econòmics i socials produïts descansava fonamentalment en la impossibilitat de fer una anàlisi articulada de les restriccions imposades al Congrés a favor dels estats sobre la base de sotmetre a *judicial review* les decisions que no haguessin pogut ser adoptades sense el concurs de la voluntat de la majoria dels representants dels estats en el Congrés. ⁴² En realitat el punt de vista de Wechsler d'atorgar la primacia al procés polític en la determinació de la distribució de competències era el resultat d'una reflexió sobre la *judicial review* i el caràcter del judici de constitucionalitat en el sistema nord-americà més que no pas d'una reflexió autònoma, l'objecte de la qual fos el federalisme americà i el seu desenvolupament.

4.2. Choper i la funció principal del Tribunal Suprem

Al cap de vint-i-sis anys, una proposta semblant ha rebut una fonamentació nova en part. ⁴³ El punt de partida de Choper no és sinó la constatació de la contradicció entre *majority rule* i *judicial review*, ja que a través d'aquesta darrera el Tribunal participa en el procés de presa de decisions polítiques sense ser responsable electoralment. Si a aquest punt de partida s'afegeix la consideració que la funció principal i legitimadora de la *judicial review* és la protecció i garantia dels drets individuals en el benentès que l'exercici de la regla de la majoria no garanteix la protecció dels esmentats drets, s'està en condicions d'afirmar que l'exercici d'aquella funció central, ja que comporta establir que els desigs de la majoria de la població exprtssats per representants elegits no han de ser tinguts en compte, fa del Tribunal un motiu permanent de controvèrsia, i de vegades és objecte d'hostilitat pública i el fa tornar notablement vulnerable, ⁴⁴ particularment tractant-se d'una institució que només pot fer la seva funció amb èxit si compta amb la cooperació d'altres branques del govern per posar en pràctica les seves decisions i si compta també amb la confiança de l'opinió pública; d'altra manera: donat que «el prestigi públic i el capital institucional (del Tribunal) es poden esgotar

41. Wechsler, «The political safeguards...», pàgs. 558 i 559.

42. Herbert Wechsler, «Toward neutral principles of Constitutional Law», 73 *Harvard Law Review*, 1959, pàg. 23.

43. Jesse Choper, *Judicial review and the national political process. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, 1980.

44. Choper, *Ibidem*, pàgs. 129 i 130.

(aquest) ha de racionar el seu poder d'invalidació», ja que «assegurar les llibertats personals en oposició a la majoria generarà inevitablement algun grau de desfavor públic (...) (i) una defensa judicial efectiva dels drets constitucionals exigeix com a mínim algun grau d'acceptació pública, la major tasca, i és responsabilitat del Tribunal negociar aquests estrets marges amb èxit».⁴⁵ Per a Choper un element clau de la negociació és no sotmetre a *judicial review* les matèries concernents a les relacions entre el govern federal i els governs estatals, i també aquelles concernents a les relacions entre els poders separats del govern federal, de manera que l'àmbit sobre el qual la *judicial review* continuaria operant exclusivament seria el dels drets individuals; això es podria fonamentar addicionalment en el fet que «quan un litigant sosté que el govern nacional (...) ha emprès una activitat més enllà de la seva autoritat delegada, o quan és al·legat que una regulació estatal afecta una àrea d'exclusiva competència nacional, la qüestió constitucional és completament diferent de la plantejada per una afirmació que certa acció governamental viola un dret individual assegurat per la constitució, l'essència d'aquesta última demanda és que cap òrgan ni nacional ni estatal no pot emprendre l'activitat qüestionada. En contrast, quan una persona al·lega que una de les previsions del federalisme de la constitució ha estat violada, accepta implícitament que un dels dos nivells del govern, nacional o estatal, té poder per adoptar la conducta qüestionada».⁴⁶ L'argument prossegueix, en un terreny més convencional, assenyalant que el procés polític a través del Senat, i també d'altres elements, garanteix la presència i la representació dels estats en la presa de decisions polítiques a nivell nacional, de tal manera que aquell procés és perfectament capaç de protegir l'interès dels estats fent innecessària l'acció de la *judicial review*, i encara més quan «els casos en què s'al·lega que un acte de govern federal excedeix l'àmbit de l'autoritat nacional en relació amb els estats són presentats al Tribunal Suprem només després que el procés polític federal hagi produït la legislació (que és impugnada)».⁴⁷

Igualment el fet que el Congrés sigui responsable políticament en el sentit que hi ha una manera viable a través de la qual els electors poden expressar desaprovació i produir canvis és el principal punt de suport en què La Pierre sosté un idèntic punt de vista sobre el procés polític —i no la *judicial review*— com a element protector del paper dels estats en el sistema federal nord-americà,⁴⁸ de manera que les decisions del govern federal poden afectar la regulació de la conducta privada del ciutadans que viuen al territori de l'estat, de la conducta del propi estat (regulant per exemple els salaris i els horaris de treball dels empleats de l'estat) i de la conducta dels estats com a unitats de presa de decisions polítiques, quan una regulació nacional exigeix l'exercici de l'autoritat de l'estat sobre activitats privades, essent en aquest cas, els estats, tractats com a agents de la nació.⁴⁹

45. Choper, *Ibidem*, pàgs. 128 i 156.

46. Choper, *Ibidem*, pàg. 175.

47. Choper, *Ibidem*, pàg. 187.

48. D. B. La Pierre, «The political safeguards of federalism redux: intergovernmental immunity and the states as agents of the nation», 60 *Washington University Law Quarterly*, 1982, pàgs. 980 i 981.

49. D. B. La Pierre, *Ibidem*, pel que fa als diversos àmbits susceptibles de regulació pel govern federal, l'autor segueix l'orientació assenyalada per Hart, «The relations between state and federal law», 5 *Columbia Law Review*, 1954, pàgs. 489-495.

4.3. *Uns quants precedents en la jurisprudència del Tribunal*

L'argumentació de fons exposada, que és compartida per altres autors en la seva conclusió⁵⁰ pot, d'altra banda, trobar-se present en unes quantes sentències anteriors del Tribunal Suprem. Així, el mateix Marshall, el 1824, subministrava elements que tendien a situar a primer pla el procés polític quan afirmava, referint-se a l'exercici de les competències del Congrés en la regulació del comerç interestatal: «la saviesa i la discreció del Congrés, la seva identificació amb el poble i la influència que els electors posseeixen a través de les consultes electorals són, en això, com en moltes altres instàncies, (...) les úniques limitacions en què han confiat els electors per assegurar-se contra els abusos. Aquestes són les limitacions sobre les quals, sovint, el poble ha de confiar exclusivament en tots els governs representatius»;⁵¹ aquest punt de vista que, per bé que en connexió directa amb el poder regulatori del Congrés sobre el comerç interestatal no deixa de ser una consideració general, va servir el 1942 perquè Jackson, amb la unanimitat del Tribunal, recordés que ja Marshall «havia emfatitzat l'àmplia i penetrant naturalesa (del poder federal concernent el comerç interestatal) advertint que les limitacions efectives en el seu exercici han de procedir més del procés polític que no pas del judicial»;⁵² i uns quants anys abans, el 1937, Stone, en una sentència igualment unànime, havia apuntat que la distribució del poder regulatori del comerç interestatal entre la nació i els estats era una «funció legislativa i no judicial per ser executada a la llum del judici del Congrés sobre el que és una regulació apropiada del comerç interestatal i el grau en què el poder de l'estat i l'interès local han de cedir a l'interès i a l'autoritat nacionals».⁵³ Sí s'afegeix a això dit el vot particular de Brennan el 1976,⁵⁴ proposant ja directament abandonar la distribució de competències al procés polític sense interferència judicial i el vot concurrent de Black el 1946 proposant idèntica solució sobre la base que el judicial no podia decidir competentment en matèries d'una gran complexitat econòmica,⁵⁵ es disposa de les ocasions en què l'esmentada línia argumental ha estat present en les sentències del Tribunal Suprem.⁵⁶

5. Qüestions plantejades

5.1. *Funcions exercides pels estats en el procés polític nacional que ja no ho són actualment*

Resulta evident que tant la interpretació de la clàusula de comerç adoptada com la fonamentació en què recolza expressament susciten alguns problemes.

50. E. Nowak, «reviewing Choper», 68 *California Law Review*, 1980, pàg. 1223. Es pot veure igualment E. Nowak, R. D. Rotunda, J. N. Young, *Constitutional Law*, WPC, Minnesota, 1983, pàg. 181.

51. *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 197.

52. *Wickard v. Filburn*, 317 US 111, 120.

53. *South Carolina State Highway Department et al. v. Barnwell Brothers Inc. et al.*, 303 US 177, 190.

54. Brennan, dissenting *National League of Cities v. Usery*, 426 US 824, 866.

55. Black, concurring, *Morgan v. Virginia*, 328 US 373, 386.

56. Òbviament, a més de la fonamentació precisa en els autors assenyalats fins ara, *Garcia v. SAMTA*, des d'un punt de vista més general d'interpretació constitucional, se situa en el context del punt de vista d'Ely sobre la *judicial review*, John H. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980, especialment el punt de vista indicat, capítols 4 i 5.

Ni Marshall, Jackson, Stone o Blanck no són adduïts per fonamentar el judici de la majoria a *Garcia v. SAMTA*. Evidentment s'ha de distingir entre considerar el procés polític com el principal element en la decisió del Tribunal en exercici de la *judicial review* i la decisió de no exercir la *judicial review* per raó que el procés polític ofereix protecció suficient als estats.

Quant al paper jugat pels estats en el procés polític nacional, tot i que és cert, com va posar de relleu Wechsler, que els estats dererminaven indirectament l'electorat de la Cambra de Representants, no ho és menys que la dita funció està subjecta a unes determinacions constitucionals que, en termes pràctics, fan que aquella facultat no pugui ser considerada realment un poder: la vint-i-sisena esmena (1971), la quinzena (1870) i la dinovena (1920), que estableixen el dret de vot als divuit anys i la inconstitucionalitat de mesures discriminatòries per raó de raça, sexe o color en la regulació d'eleccions nacionals o estatals, atorguen al Congrés el poder d'aplicar directament les esmentades prescripcions; a més, la *Voting Rights Act* (1965) acaba amb la capacitat de decisió de l'estat en matèria electoral; d'altra banda, l'article I, 4, 1 de la constitució ja la circumscriu a límits molt precisos.

La capacitat dels estats d'establir els districtes electorals, que era destacada també per l'autor mencionat, està sotmesa igualment al Congrés a través de l'article indicat en darrer lloc i, des de 1964, és l'òrgan esmentat el que té atribuïda la determinació de les circumscripcions.⁵⁷

La capacitat de decisió que la constitució atribueix als estats en l'elecció presidencial⁵⁸ manca de cap rellevància avui dia.

5.2. La naturalesa de la representació nacional dels estats és problemàtica

Però no només es tracta del paper jugat pels estats en el procés polític nacional, sinó del propi caràcter de la representació dels estats en el Senat en el sentit en què ve especificada per alguns elements significatius: així resulta acceptat generalment el judici que, a partir de la segona guerra mundial, un canvi clau experimentat pel sistema de partits polítics als Estats Units ha estat la pèrdua d'importància de les organitzacions dels partits a nivell estatal, i han estat elements substancials de l'esmentada pèrdua d'importància el paper dels mitjans nacionals de comunicació en el procés de formació de l'opinió pública, el cada vegada més alt cost de les campanyes electorals, la decisió del Tribunal Suprem el 1976 d'acord amb la qual els fons que s'hi utilitzen no estan sotmesos constitucionalment a límit⁵⁹ i les noves formes de finançament de les campanyes electorals que afavoreixen l'autonomia financera i política dels candidats en esguard de les organitzacions estatals dels partits polítics.⁶⁰ Des d'un altre punt de vista no es pot deixar de considerar que, finalment, el Senat és un

57. *Wasberry v. Sanders*, 376 US 1; igualment *Kirkpatrick v. Preister*, 394 US 523 (1969).

58. US Const. II, 1.

59. *Buckley v. Valeo*, 424 US 1.

60. La participació dels *Political Action Committees* (PAC,s) en el finançament de les campanyes electorals al Congrés no ha fet sinó incrementar-se en els darrers anys. El 1984, la contribució total dels PAC,s, que funcionen com a organitzacions nacionals, a les campanyes electorals per al Senat i la Cambra de Representants, va ser de cent milions de dòlars enfront dels dotze milions i mig de 1974. El 1984 la mitjana del cost d'un escó al Senat va ser de tres milions de dòlars, cinc vegades més que el 1976. Òbiamment la conducta dels legisladors té relació amb el sistema de finançament de les seves campanyes electorals.

A fi de desenvolupar la Federal Election Campaign Act de 1971, mandatària de l'exposició pública de la procedència dels fons electorals i del seu ús, hi ha pendents de tramitació en el Senat proposicions de llei que busquen establir límits a les donacions que els candidats puguin rebre dels PAC,s, i també límits a les quantitats amb què cada PAC pugui finançar cada candidat. Proposicions semblants no van aconseguir ser aprovades en anteriors legislatures. Sobre l'organització i l'activitat dels PAC,s es pot veure Larry J. Sabato, *Political Action Committees Power*, W. Norton, New York, 1985 (1984), especialment els capítols 4 i 5.

òrgan federal i que funciona com a tal, i, en aquest sentit, el representant no atén els interessos de la seva representació en abstracte i separats de la resta d'interessos, sinó que possiblement ho hagi de fer en el marc del conjunt d'interessos en joc, vist que els grups d'interès que operen en el legislatiu nacional es troben organitzats nacionalment, de manera que s'ha pogut dir que, fins i tot quan un nou senador arriba a Washington procedent d'una cambra legislativa estatal, la seva sensibilitat sobre les intrusions nacionals en els assumptes estatals es pot veure temperada per la seva implicació preferent amb problemes de magnitud nacional com és ara energia, inflació o protecció del medi ambient, essent més probable que defensi l'interès estatal en el terreny de la distribució d'ajuda federal que determini les seves prioritats sobre la base de quines polítiques puguin lesionar l'autonomia estatal.⁶¹ Igualment resulta d'interès comprovar com la vida interna dels estats es veu afectada pel propi establiment de fórmules de cooperació entre els òrgans locals, estatals i nacionals en el sentit que «en el procés central d'adopció de decisions polítiques federals el punt de vista estatal està cada vegada més representat per funcionaris interessats directament a estendre encara més els programes nacionals, fins i tot si l'extensió implica major regulació i la imposició de càrregues més oneroses sobre l'estat»,⁶² i en el sentit també de producció de canvis en l'opinió, ja que «el públic (...) es veu privat d'un clar sentit de les persones a les quals pot exigir responsabilitat, els legisladors nacionals que van concebre i que van ordenar el programa o els funcionaris de l'estat encarregats de la seva implementació».⁶³ És a dir, es pot afirmar que per raons derivades de canvis experimentats en el sistema de partits polítics, del pas del federalisme dual al cooperatiu i de la consideració del Senat com a òrgan federal, la conceptualització de l'esmentada cambra com a òrgan exclusivament o predominantment representatiu dels interessos estatals és, si més no, problemàtica; en relació amb això s'ha pogut dir que «el Senat no funciona avui (...) com a guardià dels interessos estatals com a tals (...). Una desviació de les exigències de la política dels partits nacionals o altres grups nacionals d'interès pot costar als senadors ajudes crucials, assistència voluntària i suport financer. Corporacions empresarials i sindicats estan avui dia més ben representats al Congrés que cap estat, o fins i tot els interessos col·lectius dels estats com a estats (a més a més), hi ha molts altres grups d'interès (...), la hipòtesi de Wechsler del predomini de l'estat en el procés legislatiu nacional, aventurada fa trenta anys, és avui poca cosa més que una faula».⁶⁴

5.3. *Efectes sobre el federalisme de la primacia rebuda pels drets individuals en el Dret Constitucional dels Estats Units*

A més d'usar la noció de representació estatal com a clau argumental, resulta evident que Wechsler i Choper tenen alguna cosa en comú, ja que les seves propostes

61. Levis B. Kaden, *Politics, money and state sovereignty: the judicial role*, 79 *Columbia Law Review*, 1979, pàg. 865.

62. L. B. Kaden, *Ibidem*, pàg. 868. Essent esablertes les fonts de la cooperació mencionada o bé per regulacions federals directes adoptades normalment en aplicació de la clàusula de comerç o bé per les condicions vinculades a l'atorgament de subvencions federals.

63. L. B. Kaden, *Ibidem*, pàg. 869.

64. David E. Engdahl, «Sense and Nonsense about state immunity», *Constitutional Commentary*, vol. 2, núm. 1, winter 1985, pàg. 109.

en l'àmbit del federalisme són el resultat de la seva reflexió sobre altres temes; el primer, clarament, sobre la interpretació constitucional i l'ús de principis neutrals, i, el segon, també clarament, sobre la justícia constitucional i la protecció dels drets individuals. La preocupació del primer derivava, d'alguna manera, de l'«activisme» judicial del Tribunal Warren pel que fa als drets individuals, i la preocupació del segon deriva, paradoxalment, del desgast que pugui afectar el Tribunal en l'exercici de la *judicial review* a favor de la protecció dels drets individuals, és a dir, un clar reflex, justament, de l'època Warren.

El tractament dels drets individuals no solament és el tema preeminent en el Dret Constitucional nord-americà, sinó que l'afirmació de Perry d'acord amb la qual «la resolució de matèries concernents a drets humans és la funció constitucional més important del Tribunal (suprem) i del judicial en general en el període modern»,⁶⁵ és compartida àmpliament per autors sostenidors de punts de vista en altres àmbits tan diferents com Ely,⁶⁶ Monaghan o Tribe.⁶⁸ Aquesta posició específica del tractament dels drets individuals en el Dret Constitucional nord-americà i l'opinió generalitzada sobre la funció principal del poder judicial afecten, com ha posat de relleu Nagel,⁶⁹ el tractament judicial del federalisme i de la distribució de poders entre els òrgans del govern federal, i estableixen la primacia de la protecció dels drets individuals enfront del manteniment dels principis estructurals establerts a la constitució; això en gran part com a resultat del corrent general d'opinió entre els operadors del dret, d'acord amb el qual els valors constitucionals s'interpreten en termes de drets individuals; per a l'autor esmentat en últim lloc «contemplar els propòsits de la *judicial review* quasi enterament en termes d'assegurar els drets individuals és (...), en última instància, trivialitzar la constitució. La teoria política dels *framers* concernia directament l'organització. Les seves contribucions més importants van tenir a veure amb els principis de la divisió de poders (...) (la fixació de l'atenció en els drets individuals), és una forma d'instrumentalisme que és massa limitada per ser una via adequada per pensar sobre el Dret Constitucional».⁷⁰ Es pot afirmar, sense necessitat de compartir l'opinió que s'acaba d'exposar, que l'esmentada forma de pensar el Dret Constitucional té relació amb la proposta de sostreure a la *judicial review* la distribució de poders entre el govern federal i els estats i confiar-ne la decisió al procés polític.

5.4. Interacció entre protecció dels drets i divisió dels poders

La qüestió al·ludida en últim lloc ofereix un aspecte que es pot mencionar a part: juntament amb la idea que la funció principal de la *judicial review* és la preservació dels drets individuals, els constitucionalistes nord-americans acostumen a compartir un enfocament metodològic i una forma d'exposició que separa sistemàticament, en l'es-

65. Michael J. Perry, *The Constitution, the courts and human rights. An inquiry into the legitimate of constitutional policymaking by the judiciary*, Yale University Press, New Haven, 1982, pàg. 37.

66. J. H. Ely, *op. cit.*, especialment pàgs. 93 i ss.

67. Henry P. Monaghan, «Choper, Judicial Review...», 94 *Harvard Law Review*, 1980, pàg. 300.

68. Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press Inc. Mineola, N. Y. 1978, pàgs. 564-575.

69. Robert F. Nagel, «Federalism as a fundamental value», *Supreme Court Review*, 1981.

70. R.F. Nagel, *Ibidem*. pàg. 88, 83.

tudi del Dret Constitucional, el tractament dels drets individuals, el tractament de la divisió de poders entre el govern federal i els estats i el tractament de la divisió dels poders entre els òrgans del govern federal. Aquesta distinció que, a més d'útil, és possiblement inevitable, és, això no obstant, una pura distinció metodològica i expositiva que manca de cap més entitat que no sigui aquesta, i no és aplicable en termes pràctics, en el sentit que el grau i la forma de la divisió de la capacitat de decisió política entre els ens territorials, la relació entre els poders del govern federal i la regulació específica dels drets individuals estan relacionats de manera que, molt possiblement, qualsevol alteració significativa experimentada en qualsevol dels àmbits esmentats, afecta, en termes pràctics, els altres.

L'element d'interacció i d'influència recíproca és absent dels raonaments que arriben a la conclusió de la limitació de l'espectre sobre el qual exercir la *judicial review*, quan no sembla indiferent en absolut l'estat de la divisió de competències entre els ens territorials —i les relacions entre els poders del govern federal— per a la protecció dels drets individuals a partir del moment que, a la manera de la producció de les decisions polítiques, la de les diverses classes de normes que les contenen i la cooperació entre els diversos òrgans implicats en la regulació i el tractament d'una matèria afecti la determinació de quins són els drets individuals, qui són els seus titulars i quines són les formes d'exercici d'aquells drets. De manera que, fins i tot des de la idea que la funció principal de la *judicial review* és la protecció dels drets, els principis organitzatius continguts a la constitució poden adquirir una nova dimensió en la mesura que configuren la manera de producció de la llei que és difícilment dissociable dels drets regulats per ella. La *judicial review*, centrada exclusivament en els drets individuals, necessàriament s'ha de limitar a establir, quan entengui que una norma vulnera els reconeguts a la constitució, la seva inconstitucionalitat; en canvi, si l'exercici de la *judicial review* no se circumscriu exclusivament a l'àmbit dels drets individuals, pot incidir en la configuració del procés a través del qual es produeixen les normes que regulen els drets individuals, a més de jutjar la constitucionalitat de les normes mateixes.

5.5. Els mateixos fonaments de la *judicial review* resulten afectats

La decisió de no sotmetre a la *judicial review* els actes del Congrés determinants de la distribució de competències entre el govern federal i els estats a través de l'exercici dels poders conferits per la clàusula de comerç, en l'opinió de Schwartz, és «contrària als principis bàsics del nostre dret constitucional. Els esmentats principis descansen en la proposició fonamental que pertany al *judicial to say what the law is* quant a la constitucionalitat dels actes del Congrés (...), tota la història política ens mostra que una constitució és només paper mullat si no pot ser aplicada pels tribunals (...), no és consistent amb la realitat argüir (...) que el veritable sentit de la constitució és que cada branca (del govern) és l'interpret final dels seus propis poders constitucionals (l'esmentat enfocament) ignora els perills implicats a deixar a les branques polítiques del govern la darrera paraula sobre la legalitat dels seus propis actes»;⁷¹ el propi fonament de la *judicial review* apareix qüestionat en la mesura en què s'abandona la

71. Bernard Schwartz, *National League of Cities again, RIP or a ghost still walks?*, text mecanografiat. En el mateix sentit, Michael J. Perry, *op. cit.*, pàg. 46.

interpretació d'una part de la constitució i s'atribueix l'esmentada funció al Congrés, en permetre-li la darrera decisió sobre la matèria; la idea de la *superior obligation and validity* de la constitució respecte de les altres lleis, juntament amb la de la interpretació d'aquella atribuïda al poder judicial, presents en Hamilton, van ser a la base de l'argument de Marshall d'acord amb el qual era competència del judicial *to say what the law is* i, la *judicial review*, mitjà per fer-ho. Limitar l'àmbit de la *judicial review* específicament en el camp del federalisme per raó del principi de la representació estatal en els òrgans federals i en el procés polític nacional pressuposant la constitucionalitat de la decisió del Congrés, ja que tots els representants dels estats que són o poden ser afectats significativament per una decisió adoptada han disposat de l'oportunitat de pronunciar-se sobre aquesta decisió, pot menar a preguntar-se per què no aplicar un raonament idèntic a altres camps diferents del federalisme; al cap i a la fi tots els representants de tots els individus afectats per una decisió congressual han tingut també l'oportunitat de pronunciar-s'hi; fins i tot acceptant la teoria de la representació dels estats en el govern federal, quedaria un obstacle portat a aquest terreny des de la teoria de la protecció dels drets individuals. És Perry el qui ha assenyalat que «encara que les proteccions polítiques del federalisme ajudin a assegurar que rellevants interessos locals i estatals no seran deixats de tenir en compte, no en garanteixen una resolució satisfactòria»;⁷² en realitat, en reduir l'espectre de la *judicial review* i situar el Congrés com a òrgan decisor, són les pròpies fonts de Dret Constitucional americà les que resulten modificades.

5.6. Els drets dels estats i la desena esmena

El que roman subjacent en la present interpretació de la clàusula de comerç és la qüestió dels drets dels estats i la interpretació de la desena esmena. La noció de drets dels estats es va construir originàriament sobre la representació que fossin els estats els que van obtenir la independència de la metròpoli, que van ser aquests, igualment, els que van crear la Unió (i no la població), de manera que aquesta última —la Unió— seria solament un apoderat d'aquells sotmès al seu mandat, i que l'estat —i no un òrgan federal— decidia sobre els conflictes entre la federació i els estats membres, podent arribar a la separació a través de la teoria de l'*abrogation*; Jefferson va donar forma, en part, a aquesta posició.⁷³ El destí que històricament va córrer aquesta concepció és conegut de sobres, però independentment que com a teoria l'esmentada posició perdés tota consistència, la noció de drets dels estats i de la sobirania estatal va continuar present en el Dret Constitucional nord-americà, acceptada, la segona, per la jurisprudència del Tribunal Suprem. A la pràctica, els drets dels estats van ser una via per exercir oposició a polítiques dissenyades per la federació a escala nacional i van ser usats d'una manera que ha permès afirmar que «els drets dels estats, fins recentment, han estat freqüentment un vel per a l'oposició als drets civils de les minories racials»,⁷⁴ fins al punt de poder-se dir que «quan el dogma dels drets dels estats és usat per perpetuar injustícies públiques, ha arribat el moment de prendre una de-

72. M. J. Perry, *op. cit.*, pàg. 46.

73. Walter Berns, «The meaning of the tenth amendment», a Gary L. McDowell, *Taking the Constitution seriously. Essays on the constitution and constitutional law*, Kendall and Hunt Pblig., Iowa, 1981, pàg. 164.

74. D. B. La Pierre, *op. cit.*, pàg. 782.

cisió»;⁷⁵ possiblement per tot això, defensar el principi de la immunitat estatal a certes regulacions federals «és una solitària i d'alguna manera sospitosa tasca»;⁷⁶ actualment la noció dels drets dels estats és recolzada per sectors de l'opinió pública per als quals la regulació estatal seria més eficient que la federal i que se senten afectats pel creixement de l'administració federal; en general, l'opinió pública conservadora s'inclina pels drets dels estats i, la liberal, s'inclina per afavorir el poder federal.⁷⁷ Però, independentment de l'associació política que hagi pogut rebre successivament la noció de drets dels estats, independentment de l'augment o disminució de les competències del govern federal, la noció de drets dels estats no es va operar, com ha assenyalat Tribe, ni teòricament ni pràcticament d'una manera similar a la noció de drets dels individus, ja que aquests darrers operaven com a límits a l'exercici dels poders públics, mentre que els drets dels estats «eren més retòrica que no pas realitat (...)», eren allò que quedava després que fos determinat el contingut del poder nacional.⁷⁸ Tot i que per al Tribunal Suprem els Estats Units formen una unió indestructible composta per estats indestructibles, i aquests són comunitats polítiques, tenen dret a una existència separada i independent i disposen de sobirania,⁷⁹ la determinació de decisió política, a través de la distribució de competències entre la federació i els estats, ha tingut més relació amb la interpretació de la desena esmena que no pas amb la noció de la sobirania nacional.

Marshall, a *McCulloch*, ja havia afirmat, referint-se a la desena esmena, que amb ella «no es reservava més als estats d'allò que els havia estat reservat sense ella»; Story va sostenir que el seu únic sentit era excloure tota interpretació per la qual es poguessin assumir altres poders més enllà dels atorgats;⁸⁰ Stone la va considerar un mer truisme;⁸¹ pel que fa a la interpretació d'Story s'ha pogut dir: «The Amendment is a mere affirmation of necessary role of interpreting the Constitution. It is not a rule of the law of the Constitution, which is to say that no Court can base its holding in any case on the Amendment because it does not contain terms that can provide a rule of law»,⁸² de manera que, d'acord amb l'esmentat punt de vista, resulta ser merament declaratòria de la distribució de competències entre els diversos ens territorials feta a

75. Robert H. Harris, «States rights and vested interest», a Gary L. McDowell, *op. cit.*, pàg. 187.

76. D. E. Enghal, *op. cit.*, pàg. 93.

77. Martha A. Field, «Garcia v. SAMTA. The demise of a misguided doctrine», *Harvard Law Review*, Nov. 1985, pàg. 117.

78. Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, pàg. 121.

79. L'aproximació a la naturalesa dels estats usualment se sol fer en els termes de Chase el 1869, per a qui el terme estar «describes sometimes a people or community of individuals united more or less closely in political relation, inhabiting temporary or permanently the same country; often it denotes only the country or territorial region, inhabited by such a community; not infrequently it is applied the government under which the people live; at other times it represents the combined idea of people, territory and government (...). It is not difficult to see that in all these senses the primary conception is that of a people or community. The people in whatever territory dwelling, either temporarily or permanently, and whether organized under a regular government or united by looser or less definite relations, constitute the State», 74 US 700, 720.

80. *A Commentaries on the Constitution of the United States*, citat per McDowell, *op. cit.*, pàg. 187.

81. *United States v. Derby* 312 US 100 (1941): «The amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered. There is nothing in the history of its adaptation to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and state governments as it has been established by the Constitution before the amendment or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might seek to exercise powers not granted and that the states might not be able to exercise fully their reserved powers», a 124.

82. Walter Berns, *op. cit.*, pàg. 116.

la constitució. *National League of Cities* ha constituït l'única afirmació actual que la desena esmena estableix algun límit al poder del govern federal i preserva alguns àmbits per a la lliure determinació dels estats. El Tribunal Suprem, en invalidar NLC, no ha fet sinó atribuir altra vegada un mer valor declaratiu a la desena esmena i, en fer-ho, ha posat de relleu que afirmar que tot allò que no és atorgat és reservat no implica, aparentment, que alguna cosa estigui efectivament reservada.

5.7. *Concepcions diferents del federalisme s'oposen entre elles*

La qüestió que tot plegat suscita realment és una reinterpretació del federalisme com a model d'estructura de l'estat, de les raons de la seva implementació i dels efectes produïts per l'esmentada estructura de l'estat en el sistema polític americà en el seu conjunt. En aquest punt es pot sostenir amb fonament que el federalisme, resultat d'un compromís polític, a més de ser la via de formació de la Unió, va ser també la via de la preservació dels interessos locals, d'augmentar la responsabilitat política dels representants, d'establir diversos nivells de participació política, de manera que resultés un equilibri de poders a través de l'existència de diverses unitats territorials de poder polític; no va ser vist simplement com un mecanisme apte per a l'expressió de la diversitat, sinó que es va vincular directament a la idea de govern constitucional com a govern de poders limitats, no solament a través de la divisió funcional dels poders de la federació, sinó a través de l'establiment de diversos poders territorials que es contemplaven com a controls de poder d'aquella, i que, en funcionar com a tals, produïrien un equilibri polític que permetria la protecció dels drets individuals; és a dir, el federalisme, en la tradició americana, forma part de la implementació d'un sistema polític que pretén l'assegurament de la llibertat individual, no essent solament una instrumentació derivada de necessitats de l'exercici de l'administració nacional, ni solament un disseny polític de pretensió del qual, en integrar comunitats diverses, fos l'obtenció de legitimació política; el federalisme americà va ser elaborat en l'àmbit del que és teòric com un dispositiu d'assegurament de la llibertat individual pel que fa als poders públics, alhora que de millorament del procés de govern. Que aquest punt de vista està arrelat profundament en la tradició política nord-americana és admès tant per opinions que gaudeixen d'acceptació acadèmica general com per altres no tan ortodoxes. Així, Friedrich afirma que una constitució ha de ser entesa com «el procés a través del qual l'acció política és limitada (...) (i els) drets bàsics i la separació de poders, sigui funcional o especial, federalisme, han servit com a tals límits».^{82 bis} Dahl conceptua igualment el federalisme com un mecanisme que, juntament amb la divisió de poders, persegueix evitar la concentració del poder,⁸³ i, des d'una altra perspectiva metodològica, es constata que el federalisme, juntament amb l'associacionisme i l'heterogeneïtat religiosa i ètnica, són vistos en la tradició americana com els fonaments del pluralisme.⁸⁴ És en aquest marc on s'incriu la proposta de preservació dels estats, delimitant teòricament els atributs que ha de posseir

82 bis. Carl J. Friedrich, *The philosophy of law in historical perspective*, University of Chicago Press, Ch. 1963 (1958), pàgs. 220-221.

83. Robert A. Dahl, *Dilemmas of pluralistic democracy*, Yale Univ. Press, New Haven, 1982, pàgs. 65, 189.

84. Robert Wolff, Barrington Moore, Herbert Marcuse, *A critique of pure tolerance*, Beacon Press, Boston, 1969, pàgs. 8, 9.

un estat perquè continuï essent possible parlar de federalisme; així s'ha afirmat que, per funcionar com a estat, el cos polític ha de tenir almenys un mínim de poder protegit contra interferències exteriors a ell, incloent-hi el control sobre la seva estructura de govern, la distribució de responsabilitats administratives, el procés de selecció dels seus funcionaris i la capacitat d'establir impostos i el seu propi pressupost, «això és una manera de dir que la característica de la integral i separada identitat dels estats en termes actuals rau en el poder de prendre decisions (...), la sobirania (estatal) té una escassa significació (...), si no és que, dins del seu domini, un estat sigui lliure de preferir serveis de salut pública a autopistes, o escoles públiques a instal·lacions penitenciàries, i utilitzar el seu poder sobirà per efectuar les esmentades preferències»;⁸⁵ des d'aquesta perspectiva, l'existència d'un àmbit competencial propi de l'estat en el qual el poder federal no pugui interferir és vista com a requisit perquè l'estat pugui optar entre polítiques alternatives en sentit estricte; aquesta és, en última instància, la interpretació de l'actual minoria del Tribunal Suprem.

Hi ha unes quantes raons que poden contribuir a explicar per què, malgrat el seu arrelament en la tradició americana, aquesta interpretació és només minoritària.

En primer lloc, justament pel seu caràcter de compromís i perquè es tracta d'una noció que inclou identitats diferents, el federalisme, en relació als fins que el seu establiment pretenia, pot ser interpretat d'una manera diferent que, no perquè contradigui la versió més arrelada en la tradició americana, resulti inversemblant. Des d'aquest punt de vista, es pot argumentar en dues direccions: o la que adopta formalment la majoria del Tribunal, que no és altra que emfasitzar els elements organitzatius federals del procés polític nacional,⁸⁶ és a dir, descansar el seu raonament en el fet que finalment el Senat existeix, o bé aquella que sosté que el federalisme «no és un principi de govern sinó un instrument», i que la naturalesa del sistema federal va ser una matèria no resolta en el moment de la seva adopció i ho continua essent en l'actualitat;⁸⁷ en realitat, materialment la majoria del Tribunal inclou també la noció del federalisme com a tema no resolt, i remet, per al seu desenvolupament futur, a un òrgan polític.

85. L. B. Kaden, *op. cit.*, pàgs. 851, 852.

86. La representació dels estats federats en la federació a través d'un òrgan que intervé decisivament en el procés de presa de decisions polítiques a nivell nacional ha estat proposada com la característica pròpiament distintiva del federalisme. Preston King, *Federalism and Federation*, Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore, 1982, pàgs. 140, 141. Una reflexió recent sobre el tema del federalisme es pot veure a Michael Burgess ed. *Federalism and Federation in Western Europe*, Croom Helm, London, 1986, especialment pàgs. 15-34.

87. James M. O'Fallon, «The commerce clause: a theoretical comment», a *Oregon Law Review*, Sum. 1982, pàgs. 396-397. La naturalesa teòrica ambigua i irresolta del federalisme sostenint que *Garcia*... no contribueix a clarificar-la és destacada també a D. L. Boardman, «Supreme Court rejects then amendment as an affirmative limitation on Congress power under the commerce clause», *Florida State University Law Review*, núm. 2, Sum. 1985, pàg. 324.

Totes dues interpretacions del federalisme —la de la present minoria del tribunal que vincula el reconeixement i la protecció de les llibertats fonamentals amb l'existència de diversos centres territorials de poder polític, i la de la present majoria que no estableix aqueixa vinculació i, en canvi, emfasitza el paper del Senat com a òrgan de representació dels estats— busquen el fonament de la seva autoritat en el significat original que, per als fundadors de la Unió, va tenir la implementació del sistema federal, de manera que no solament el recurs a Madison y Hamilton és constant, sinó que la utilització que se'n fa resulta ser completament diferent. En general, sobre el paper de l'originalisme en la interpretació constitucional es pot veure recentment Michael J. Perry, «The authority of text, tradition and reason: a theory of constitutional interpretation», 58 *Southern California Law Review*, vol. 2, pàgs. 551-602; també Larry Simon, «The authority of the Constitution and its meaning: a preface to a theory of Constitutional interpretation», en el mateix volum, pàgs. 603-646.

En *segon* lloc, històricament i en termes pràctics, el reconeixement i la protecció dels drets individuals no han resultat tant de l'equilibri inicial de poders dissenyat a la constitució, sinó que han tingut lloc bàsicament a través de l'acció dels òrgans polítics federats i del judicial federal, de manera que l'augment dels poders de la federació respecte dels estats i l'augment dels poders del president respecte del Congrés han acompanyat històricament el reconeixement i la protecció dels drets individuals; la preservació d'un àmbit propi de decisió estatal com a element clau per produir un contrapès de poders que facilitava l'exercici de la llibertat individual ha aparegut solament com una possibilitat en el terreny de les idees polítiques, de manera que només es podria sostenir sobre una base axiomàtica quan la història política i constitucional sembla aportar elements sòlids sobre els quals elaborar una interpretació diferent. En realitat, entre la majoria i la minoria del Tribunal té lloc una discussió sobre mecanismes de garantia de les llibertats individuals, dues concepcions diferents, en darrer terme, del sistema polític democràtic: una que el relaciona amb la preservació de diverses unitats de decisió política i una altra que no estableix aquesta relació; com ha recordat Edelman, els jutges «mai no s'han posat d'acord sobre el significat de la democràcia (...) (i) han de tornar a considerar idees extraconstitucionals, especialment les seves concepcions de democràcia, quan interpreten (la constitució)». ⁸⁸

En *tercer* lloc, resulta clar que les oscil·lacions de la interpretació del Tribunal Suprem de la clàusula de comerç al llarg del present i del passat segle (que contemplen des de la primera aproximació oberta al poder federal fins a la fonamentada en la noció de federalisme dual, des de la distinció entre manufactura i comerç i efectes directes i indirectes del comerç fins a la retirada de tot límit al poder de la federació des de finals dels anys trenta, des de la revitalització de la noció de sobirania estatal i l'establiment de límits al poder federal preservant una esfera pròpia de decisió estatal fins a, finalment, declarar no justificable la interpretació pel Congrés de la clàusula de comerç), mostren no solament una adaptació, per bé que no sempre puntual, a les realitats de l'evolució econòmica dels Estats Units, sinó també la dificultat tècnica de delimitar un àmbit propi de capacitat de decisió estatal en coherència amb la interpretació més difosa del federalisme en el context d'una economia desenvolupada pròpiament a nivell nacional. De l'observació del conjunt d'elements i normes jurídiques usats pel Tribunal, particularment a partir de NLC, es desprèn que, malgrat l'abundant ús de termes com és ara «sobirania estatal», «límits a l'exercici del poder federal», «estats com a estats», o el conjunt del test d'immunitat estatal a la regulació federal de NLC, no és possible articular cap punt de vista que permeti delimitar amb certesa els límits de l'acció federal; resultava evident que el Tribunal sostenia l'existència de límits a l'exercici del poder federal, però no resultava clar en absolut quins eren aquests; de la mateixa manera que Sant Agustí manifestava no ser capaç d'explicar-se la noció del temps, però deia que era perfectament capaç de reconèixer-ne l'existència, ⁸⁹ el Tribunal no podia definir amb certesa l'àmbit de competències reservat als estats, però era perfectament capaç de reconèixer quan l'esmentat àmbit era envaït indegudament pel poder federal; afirmar l'existència d'àmbits reservats pròpiament a la decisió estatal

88. Martin Edelman, *Democratic theories and the constitution*, State University of New York Press, Albany, 1984, pàg. 111.

89. Citat per H. L. A. Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1978 (1961), pàg. 13.

permetia decidir cas per cas els límits del poder del Congrés. Potser per l'aplicació d'aquest model, quan s'estudia la jurisprudència del Tribunal Suprem en la interpretació de la clàusula de comerç, particularment en els deu darrers anys, resulta difícil evitar la sensació de trobar-se davant d'un entramat de nocions formades per addicions i combinacions de fragments de sentències anteriors unides arbitràriament sense atendre el context i l'època en què van ser dites, de manera que tot i que resulta possible conèixer quina és la qüestió plantejada, quina és la decisió presa, quins efectes pràctics té i quina és l'actitud del jutge davant del cas, resulta més difícil conèixer quina és la il·lació lògica del raonament i quina és la naturalesa dels conceptes que s'hi utilitzen. Però, malgrat que la utilització de conceptes que manquen de significació precisa sigui un aspecte de la qüestió, el fet és que conceptes que manquen igualment de significació precisa aplicats a altres camps de la interpretació constitucional, com ara el dels drets individuals, permeten extreure determinacions que menen, per exemple, a fixar el sistema de comunicació entre el detingut i el seu advocat, o a assenyalar regles antidiscriminatòries en la contractació de personal per part de les companyies que tenen establerts programes de col·laboració amb agències públiques, o a establir mesures antidiscriminatòries en el terreny de les preferències sexuals, pel que fa al lloguer d'habitatges. El que en realitat converteix en contradictòria alguna orientació jurisprudencial del Tribunal Suprem en l'àmbit del federalisme és que, a través de la utilització dels conceptes de la sobirania estatal i àmbit de decisió reservat als estats, no es pot determinar la fixació de cap mesura practicable des del moment en què «la tecnologia (ha) convertit (...) cada problema local en nacional».⁹⁰ És possible que no sigui aliè a aquesta qüestió el fet que «un remarcable aspecte de la reivindicació dels drets dels estats és que ni tan solament aquells que la sostenen no han estat capaços de posar-se d'acord sobre el *locus* constitucional de la seva doctrina».⁹¹

Una qüestió diferent és si tot això havia de conduir necessàriament a tractar com a no justificable la interpretació, pel Congrés, de la clàusula de comerç.

6. Consideració final

A partir del moment en què el Tribunal Suprem ha interpretat que l'interpret de la clàusula de comerç és el propi Congrés, s'ha adoptat una nova orientació jurisprudencial que fa que no resulti gaire arriscat predir que l'assumpció de nous poders pel govern federal es veurà afavorida.

Aquesta orientació s'assenta en el fet de la no operativitat tècnica de la noció de sobirania estatal per establir límits a l'acció del govern federal en el context d'un estadi de desenvolupament de l'economia que ha convertit «cada problema local en nacional». L'esmentada orientació s'assenta igualment en una concepció del federalisme d'acord amb la qual l'existència de diversos centres territorials de poder polític dins dels límits territorials nacionals no és requisit de la protecció de les llibertats individuals; aquest judici es fonamenta, des del punt de vista teòric, en la diversitat de nocions que integren la formulació del federalisme, i, des del punt de vista pràctic, en el fet que l'evolució del sistema polític nord-americà ha fet coincidir l'augment de

90. O'Connor dissenting *Garcia v. SAMTA*, 53 USLW núm. 32, 4135, 4149.

91. M. A. Field, *op. cit.*, pàg. 95.

la protecció i el reconeixement dels drets individuals amb el procés de centralització de poders en el govern federal.

En atribuir al procés polític i no a la *judicial review* la determinació dels límits dels poders del Congrés en exercici de la seva competència sobre la regulació del comerç interestatal, els propis fonaments de la *judicial review* poden resultar teòricament afectats. A més, la principal argumentació sobre la qual es basa la present orientació del Tribunal —que essent el concurs del Senat requisit per a l'aprovació de les lleis, i essent el Senat un òrgan representatiu dels estats, lleis que perjudiquin indègudament els estats no poden ser promulgades— ignora elements substancials del procés polític que han reduït el paper dels estats i que fan que el Senat funcioni com un òrgan federal que opera sobre la base de la creació i el desenvolupament de polítiques federals, més que no pas sobre la consideració de l'interès estatal.

Tot i que el Tribunal ha assenyalat que els estats ocupen una posició especial en el sistema constitucional nord-americà, i no ha exclòs formalment que el judicial pugui decidir quan la mencionada posició sigui posada en perill, el fet és que, en termes pràctics, ha establert com a no justificable la regulació pel Congrés de la clàusula de comerç, és a dir, del principal precepte constitucional que ha funcionat i que funciona com a distribuïdor de competències entre la federació i els estats. Malgrat que no es pugui afirmar tècnicament que la interpretació de la clàusula de comerç s'hagi fet d'acord amb la doctrina de les *political questions*, sí que es pot dir que el resultat de la present interpretació és idèntic substancialment al que s'hauria obtingut aplicant l'esmentada doctrina, ja que, en última instància, la conseqüència de l'aplicació de la doctrina de les *political questions* és la declaració de no justiciabilitat d'una matèria i l'atribució de la determinació sobre la mateixa matèria a un òrgan polític, fonamentant-ho tot en el fet que, per les raons que sigui, la matèria no és adequada per ser considerada pel judicial.⁹²

92. L'afirmació feta en últim lloc —que tot i que tècnicament la present interpretació de la clàusula de comerç no s'hagi fet a través de la doctrina de les *political questions* el resultat és substancialment idèntic al que s'haguera obtingut aplicant l'esmentada doctrina pot necessitar una matisació des del moment en què després de *Baker v. Carr* (369 US 186, 1982) s'ha pogut afirmar correntment que les relacions federals no poden constituir *political questions*. En realitat, *Baker* no va excloure el conjunt de les relacions federals de la caracterització del *political questions*, sinó que es va limitar a establir que «in the political question cases it is the relationship between the judiciary and the coordinate branches of the Federal Government, and not the federal judiciary's relationship to the States, which give rise to the political questions» (pàg. 210), és a dir, va fixar que no es podia argüir com a no justiciable cap decisió estatal, però no va fixar en absolut que les decisions nacionals, pel que fa a les relacions federals, estiguessin sotmeses al mateix règim; *Baker* va assenyalar significativament que no hi havia cap límit sobre «the federal courts power to inquire into matters of state governmental organization» (pàg. 231), i que «the presence of a matter affecting State government does not render the case nonjusticiable» (pàg. 232); en realitat, allà la doctrina de les *political questions* es va formular com una limitació a l'exercici de la *judicial review*, vist que, principalment la determinació sobre certes matèries, es considerava pròpia d'altres branques del govern federal (i solament del federal, no dels estatals). Amb una coherència perfecta, el mateix jutge que va ser ponent a *Baker* (Brennan) va poder sostenir en el seu vot particular a NLC (426 US 824, 1976) que era «inacceptable que el procés judicial hagi de ser superior al procés polític en la interpretació de la clàusula de comerç», i proposar en termes pràctics d'establir com a no justiciables les decisions del Congrés preses en exercici del seu poder regulador del comerç interestatal (pàgs. 876-877).

