

LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y EL INCREMENTO DEL PODER DEL GOBIERNO NACIONAL EN EL FEDERALISMO NORTEAMERICANO*

Antoni Monreal

1. La cláusula de comercio

Es comúnmente admitido que la intrínseca tendencia a ampliar el margen de capacidad de decisión política de los diversos centros territoriales de poder de cualquier modelo de estructura del Estado políticamente descentralizado se ha resuelto en los Estados Unidos en favor del gobierno de Washington, habiendo cedido los gobiernos estatales poderes y funciones en significativos ámbitos materiales.

Técnicamente el proceso de aumento de la capacidad de decisión política del gobierno de la nación respecto del gobierno de los Estados ha tenido lugar a través de la interpretación judicial de diversos preceptos constitucionales: la décima enmienda que establece el poder residual en favor de los Estados; la sección octava del artículo primero que establece los poderes del Congreso y que configura a dicho órgano como detentador solamente de poderes constitucionalmente otorgados; el apartado dieciocho del mismo artículo que fundamenta la atribución al Congreso de poderes implícitos en relación con la puesta en práctica de aquellos expresamente delegados; el apartado tres del mismo artículo que faculta al Congreso para regular el comercio interestatal; y finalmente la cláusula de supremacía del artículo sexto.

La interacción del conjunto de preceptos mencionados ha resultado jurídicamente en la creciente centralización política en el gobierno federal alterando las originales relaciones de poder entre la federación y los Estados, jugando un importante papel la interpretación judicial de la décima enmienda y de la cláusula de supremacía que a través de la doctrina de la *preemption* permite la impugnación de la legislación estatal en materias sobre las cuales el Congreso ejerce un poder constitucionalmente delegado.

Ahora bien, ha sido la interpretación judicial de la cláusula de comercio, que otorga al Congreso el poder de regular el comercio interestatal, la que ha resultado ser la vía principal a través de la cual el gobierno federal ha ido detrayendo progresivamente poderes y funciones de los Estados en la medida que ha sido el terreno elegido por ambos centros de poder para resolver la pugna por conservar y ampliar sus respectivas competencias. Significativamente la cláusula de comercio fue argüida por las partes litigantes en una proporción de casos mucho

* Este artículo es parte de un trabajo de investigación realizado con la ayuda de una beca de la Fundación Juan March para estudios de autonomías territoriales en el extranjero.

mayor que la de los poderes implícitos,¹ de modo que ha podido hablarse de la cláusula de comercio como de la «fuente directa de los más importantes poderes que el gobierno federal ejerce. La autoridad del Congreso para aprobar normas reguladoras procede casi enteramente de la cláusula de comercio.»² La interpretación de la cláusula de comercio ha afectado a la regulación de un amplísimo campo de materias que incluye por mencionar dos de significativos y temáticamente distintos, la atribución de la capacidad para establecer impuestos de los distintos centros territoriales de poder y la protección de los derechos individuales.³

Desde otro punto de vista, la cláusula de comercio⁴ no sólo ha sido interpretada en muy diversos sentidos, sino que ciertos momentos históricos y ciertas decisiones del Tribunal Supremo, adoptadas en virtud de criterios determinados, pueden ser aisladas y presentadas como los momentos de inflexión o cambio de

1. Puede verse en *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*, Congressional Research Services, US Government Printing Office, Washington, 1973, pág. 230 y ss.

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

3. Al establecer la *Civil Rights Act* de 1964 sanciones para quien prive del igual disfrute de los lugares públicos por razón de raza, color, religión o nacionalidad. La ley se refiere explícitamente a aquellos centros públicos que utilicen productos que hayan sido objeto de comercio interestatal o cuyo uso hubiera afectado al comercio. El Congreso, a través de dicha norma, se atribuyó competencia para establecer medidas contra la discriminación racial a través de la alegación de que su competencia para regular el comercio interestatal le facultaba para ello. La interpretación establecida por el Tribunal Supremo en aplicación de la *Civil Rights Act* puede verse en *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States* 379 US 241 (1964) y *Katzenbach v. McClung* 379 US 294 (1964).

4. Como es conocido, la cláusula de comercio se convierte en una *dormant clause* cuando una regulación estatal es impugnada sobre la base de que la regulación de las materias de referencia es competencia del Congreso al tenerla atribuida éste en lo concerniente al comercio interestatal. Usualmente, el Tribunal Supremo rechaza la regulación estatal cuando entiende que no se adecua a un interés local legítimo o que es discriminatoria o que afecta negativamente al comercio nacional. El equilibrio entre el interés estatal y nacional suele ser el punto de referencia de la decisión, de modo que se adopta en función de un test que supone, primero, determinar si existe interés local legítimo, segundo, determinar el posible perjuicio al comercio interestatal, tercero, determinar si es posible perseguir con otras medidas el interés local causando un menor perjuicio al interés interestatal. Para el referido test puede verse *Pike v. Bruce Church, Inc.* 397 US 137 (1970); para un tratamiento general del tema puede verse James M. O'Fallon, *The commerce clause: a theoretical comment*, 61, *Oregon Law Review*, Sum. 1982, especialmente pág. 403/404; también en J.N. Eule, *Laying the dormant Commerce Clause to rest*, 91 *Yale Law Journal* January 1982, pág. 472 y ss.; para el tratamiento de la *dormant clause* tras *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, que se mencionará a continuación, puede verse Estephanie Landry, *State immunity from the dormant Commerce Clause*, 25 *Nat. Res. Journal*, April 1985, pág. 515 y ss.; para la interpretación del silencio legislativo puede verse recientemente Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1985, pág. 29 y ss. Casi ninguno de ellos puede evitar citar a Powell (en *Business taxes and Interstate Commerce*) cuando, refiriéndose a la *dormant clause*, decía: «*The Constitution (...) does not forbid the states to regulate interstate commerce. It merely permits Congress to do so and declares that Congressional regulations are superiors 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 hat 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 silent vocal and says that the commerce must be free from state regulation*», citado por O'Fallon, op. cit. 398, 399.

interpretación que afectan a la distribución de poderes entre la federación y los Estados: pocas dudas pueden haber que la temprana interpretación de Marshall que abrió la vía de la asunción por la federación de amplios poderes en la regulación del comercio interestatal; que la orientación restrictiva adoptada a partir de la última década del pasado siglo; que la interpretación adoptada entre 1937 y 1941 que finalmente levantó los obstáculos a la aplicación del New Deal; y que *National League of Cities* en la mitad de la década de los setenta pueden ser juzgados como momentos en los que el Tribunal se apartó del precedente establecido y adoptó un nuevo enfoque de interpretación constitucional. Todo parece indicar que en la mitad de la década de los ochenta, con *Joe García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*,⁵ se ha adoptado un nuevo criterio en la interpretación de la cláusula de comercio asentada en fundamentos cualitativamente distintos de todos los utilizados por el Tribunal Supremo hasta el presente a la vez que *National League of Cities* ha sido invalidada.

Resulta inevitable referirse a esta última decisión en primer lugar.

2. Los límites al poder del Congreso son establecidos por el poder judicial

En 1976, en *National League of Cities v. Usery* (NLC),⁶ el Tribunal Supremo invalidó por primera vez en los últimos cuarenta años una norma del Congreso adoptada en virtud de la competencia de dicho órgano para regular el comercio interestatal.

Se trataba de decidir si la reforma de 1974 de la *Fair Labor Standards Act*, que extendía la obligatoriedad de salarios mínimos y horarios a los empleados de los Estados, condados y municipios, era o no constitucional.

La decisión del Tribunal distinguió el ejercicio de la autoridad del Congreso respecto de individuos privados y respecto de los Estados, de modo que, en el segundo caso, el Congreso no podía actuar perjudicando «los atributos de soberanía propios del gobierno de los Estados» y en la medida que establecer las retribuciones y horarios de los empleados era un «indudable atributo de soberanía del Estado», representando «una función esencial para la separada e independiente existencia del Estado»,⁷ declaró inconstitucional la medida del Congreso. La decisión enfatizaba que la aplicación de la medida hubiera significado cambios sustanciales en los presupuestos, impuestos, programas y servicios de los Estados de modo que, en términos prácticos, se argumentaba que las opciones del Congreso desplazarían a las de los Estados en áreas correspondientes a «esenciales decisiones gubernamentales». La protección de la policía y el cuidado de la salud pública, la prevención del fuego y el cuidado de parques públicos se consideraban «funciones tradicionalmente operadas por los Estados» y el Congreso no podía perjudicar la libertad de los Estados para «estructurar operaciones integrales en áreas de tradicionales funciones gubernamentales».

5. *Joe García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 53 USLW n° 32, 4135.

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

7. *Ibidem*, 845.

Aunque el Tribunal aceptó la interpretación adoptada tras 1938 conforme a la cual la cláusula de comercio era una atribución de plenaria autoridad al Congreso e hizo suya la interpretación de Marshall en 1824 de que el contenido de dicha autoridad consistía en «el poder de regular, esto es, prescribir la norma por la que el comercio es regido», estableció significativamente que «nunca ha dudado de que existen límites sobre el poder del Congreso para invalidar la soberanía del Estado incluso cuando ejerce sus plenarios poderes para (...) regular el comercio»,⁸ recordando que los Estados han sido considerados en la interpretación del Tribunal Supremo como entidades políticas «soberanas» y afirmando que la décima enmienda debía interpretarse en el sentido de que «el Congreso no puede ejercer poder de modo que perjudique la integridad de los Estados o su capacidad para funcionar efectivamente en un sistema federal»;⁹ la lectura que en dicha sentencia se hacía de anteriores decisiones del Tribunal tendía a destacar la identidad de los Estados como tales, su propia soberanía y la existencia de un ámbito de materias donde podían ejercer su autoridad sin interferencia alguna.

En realidad, NLC afirmaba tres nuevos elementos en la interpretación de la cláusula de comercio: en primer lugar, sostenía que el poder del Congreso regulando el comercio interestatal estaba sometido a límite, lo que significaba una nueva interpretación de la décima enmienda; en segundo lugar, sostenía que los Estados y los individuos privados estaban situados en una posición distinta en lo que se refería al poder del Congreso para regular el comercio; y, en tercer lugar, establecía un test de inmunidad del Estado respecto del poder del Congreso: cuando una disposición de este último órgano tratara de regular al Estado como Estado, en materias indiscutiblemente atribuidas a la soberanía del Estado, perjudicando directamente la capacidad de aquél para estructurar operaciones integrales en áreas de funciones gubernamentales tradicionales, incurría en inconstitucionalidad.

La decisión se adoptó solamente por cinco votos a cuatro.

Poco tiempo después, en *Hodel v. Virginia Surface Mining and Reclamation Ass.*,¹⁰ en donde se debatía la constitucionalidad de la *Surface Mining Control and Reclamation Act*, promulgada en 1977, que establecía un programa nacional de protección del medio ambiente de los efectos adversos de la explotación de ciertas minas de carbón, el Tribunal revalidó el test de NLC explicitando que la declaración de inconstitucionalidad de una norma requería el cumplimiento de todos los elementos del mismo; en este caso, aunque podía discutirse si la regulación del uso del suelo era una «tradicional función gubernamental,» el Tribunal no consideró que los otros requisitos del test fueran cumplidos. Pero significativamente se incorporó un nuevo requisito para el test de inmunidad en una nota a pie de página en la que afirmaba que el cumplimiento de los requisitos del test no bastaba para establecer la inconstitucionalidad de una disposición del Congreso, puesto que podían darse situaciones en las que «la naturaleza del interés

8. *Ibidem*, 824.

9. *Ibidem*, 830.

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

federal en cuestión pueda ser tal que justifique la sumisión del Estado». ¹¹ A partir de *Hodel*, el test de inmunidad se vio, pues, aumentado por un nuevo elemento. Aunque la decisión fue tomada por unanimidad, Rehnquist, que había sido ponente en NLC, emitió un voto concurrente en el que significativamente proponía que el Congreso pudiera regular una actividad o materia solamente cuando el efecto sobre el comercio fuera «sustancial» (el presidente del Tribunal suscribió este punto de vista) y manifestaba su temor a una centralización excesiva a través de una interpretación tan amplia de la cláusula de comercio en virtud de la cual los poderes reservados a los Estados podían ser absorbidos, llegando a afirmar que «una de las más grandes 'ficciones' de nuestro sistema federal es que el Congreso ejerce solamente aquellos poderes que le han sido delegados, mientras que los residuales están reservados a los Estados o al pueblo. La manera en que este Tribunal ha construido la cláusula de comercio ilustra ampliamente la extensión de esta ficción (...) puede fácilmente obtenerse la sensación a partir de las opiniones de este Tribunal que el sistema federal existe solamente para sufrimiento del Congreso». ¹² Resultaba claro que la eventual utilización de una noción tan vaga como «sustancial» aplicada a los efectos sobre el comercio interestatal hubiera reforzado la protección a los Estados más allá del test de inmunidad de NLC y se hacía evidente que, a pesar del acuerdo alcanzado en esta ocasión entre las dos partes del Tribunal, sus concepciones sobre la interpretación de la cláusula de comercio eran difícilmente integrables.

En 1982, en *United Transportation Union v. Long Island Rail Road Co.*, ¹³ el Tribunal, por unanimidad, con Burger como ponente, explicaba cuál era el sentido de la decisión en NLC poniendo de relieve que «el poder federal para regular el comercio no podía ser ejercido de tal manera que socavara el papel de los Estados en el sistema federal. El énfasis de este Tribunal sobre las tradicionales funciones gubernamentales y tradicionales aspectos de soberanía estatal no significaba imponer un punto de vista estáticamente histórico de las funciones estatales, generalmente inmune a la regulación federal. Más bien significaba requerir averiguar si la regulación federal afecta a básicas prerrogativas estatales de modo tal que impidieran la capacidad de los gobiernos estatales para cumplir su papel en la Unión y pusieran en peligro su separada e independiente existencia», ¹⁴ NLC era pues un punto de referencia creado para, a continuación, decidir caso por caso sobre el supuesto de que la inexistencia de límites al poder federal en aplicación de la cláusula de comercio habría conducido a la alteración de la propia sustancia del sistema federal.

Ahora bien, a partir de 1982 dicha posición es puesta en minoría. En *Federal Energy Regulatory Commission v. Mississippi*, a propósito de juzgar la constitucionalidad de la *Public Utility Regulatory Act* de 1978, la minoría de NLC se convirtió en mayoría cuando se vio engrosada por Blackmun, que fue ponente en este caso, y que a pesar de haber votado con la mayoría de NLC ya había emitido entonces un voto concurrente en el que manifestaba no dejar de estar «turbado

11. *Ibidem*, 288.

12. *Ibidem*, 307, 308.

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

14. *Ibidem*, 686, 687.

por ciertas implicaciones de la opinión del Tribunal». ¹⁵ Ahora se seguía admitiendo que podía existir un ámbito dentro del cual la soberanía estatal protegiera al Estado de las regulaciones federales, se reconocía que el poder del Estado de tomar decisiones fundamentales y establecer su *policy* derivaba de su soberanía pero se declaraba conforme a la constitución la ley objeto de litigio y se recordaba que el gobierno federal y los Estados no debían ser vistos como *coequal* soberanos. ¹⁶ O'Connor, en un voto particular (al que se unieron Burger y Rohnquist), afirmaba que los órganos de los Estados no eran oficinas de la «burocracia nacional» y salía al paso de la opinión de la mayoría señalando que el poder de tomar decisiones «abarca más que la autoridad (...) para aprobar leyes; incluye también el de poder decidir que objetivos son más dignos de consideración, el orden en el cual deben ser adoptados y la precisa forma en la que deben ser debatidos», igualmente citaba a White diciendo que «el federalismo no implica un sistema de colaboración en el que uno de los colaboradores es aniquilado por el otro» ¹⁸ y el voto de Black (1971) diciendo que el federalismo era un sistema en el cual «el gobierno federal, por ansioso que pueda estar de proteger los derechos e intereses federales, siempre debe esforzarse en hacerlo de modo que no interfiera indebidamente con las legítimas actividades de los Estados»; en realidad, tanto la sentencia como el voto particular no mostraban otra cosa que dos concepciones distintas del funcionamiento del sistema federal.

En *Community Communications Co. Inc. v. Boulder*, aunque se admitió como principio del federalismo la existencia de una significativa medida de soberanía estatal, ¹⁹ el ejercicio de ciertos aspectos de la autonomía municipal amparada en la constitución estatal se interpretaron conforme al criterio del Congreso, viéndose reducida su capacidad de decisión las divisiones políticas territoriales de los Estados.

En 1983, en *Equal Employment Opportunity Commission v. Wyoming*, donde se estableció que la *Age Discrimination in Employment Act* (1967) era aplicable a los empleados estatales, la mayoría y minoría del Tribunal, aunque aún tenían en común el sostener NLC como punto de referencia para la adopción de decisiones concernientes a la cláusula de comercio, interpretaban NLC de muy distinta forma. La mayoría del Tribunal sólo contemplaba el test de inmunidad de NLC como una doctrina funcional «cuyo último propósito no es crear una separada esfera de autonomía estatal» ²⁰ de modo que su aproximación al tema era diferente de la adoptada por Burger en su voto particular (con Powell, Rehnquist y O'Connor), que tajantemente declaraba: «La autoridad del Congreso bajo la cláusula de comercio está restringida por la protección proporcionada a los Estados por la décima enmienda». ²¹ Ya en este caso Stevens, en un voto concurrente, atacaba directamente el test de inmunidad de NLC y el marco en que se situaba

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

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

17. *Ibidem*, 779.

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

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

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

21. *Ibidem*, 1081.

y proponía expresamente anularlo afirmando de él que era «la moderna encarnación del espíritu de los Artículos de la Confederación».²² Era obvio que las dos interpretaciones distintas de la décima enmienda estaban estrechamente conectadas con dos concepciones distintas de la naturaleza del federalismo.

Dos años más tarde, en *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, no sólo se ha producido la anulación del test de NLC propuesta por Stevens sino que se ha establecido la interpretación de la cláusula de comercio sobre un nuevo fundamento.

3. El Congreso decide sobre los límites de su propio poder

En este caso, la cuestión sometida al Tribunal era la determinación de la constitucionalidad de las enmiendas incorporadas a la, una vez más, Federal Labor Standards Act en 1974.²³

Dando un giro completo respecto de su orientación anterior —aunque apuntado por el voto particular del Brennan en *NLC*— el Tribunal rechaza por impracticable el test de inmunidad de NLC. La consideración de la impracticabilidad la deriva de la afirmación de que no es posible determinar con arreglo a una regla general qué actividades estatales están sujetas a la autoridad del Congreso y cuáles disponen de inmunidad; dicha convicción para el Tribunal se ve reforzada cuando examina decisiones del Tribunal tomadas en los últimos años aplicando el test referido y dice comprobar la heterogeneidad de los resultados de modo que la resolución de cada caso no permite proporcionar certeza razonable respecto de la resolución de casos futuros. Se razona que la dificultad no radica propiamente en el test sino en el intento de determinación basado en una regla general; dicha regla, se dice, no puede hallarse ni usando un criterio histórico ni a través de la identificación de las específicas funciones del Estado, ni a través de determinar qué servicios serían prestados inadecuadamente o no prestados a menos que el Estado fuera el prestatario de los mismos; lo que se rechaza es la posibilidad misma de hallar dicha regla general dado que el único sistema para formularla sería «identificar ciertos subyacentes elementos de soberanía política que se juzgan esenciales para la separada e independiente existencia de los Estados... (con objeto de) identificar particulares elementos del gobierno interno del Estado que se juzga que son intrínsecas partes de la soberanía estatal»²⁴ cuando dicha identificación no puede hacerse sobre la base de una definición apriorística de la soberanía estatal porque —aquí es donde parece situarse la inflexión decisiva— «la

22. *Ibidem*, 1067.

23. La FLSA fue promulgada en 1938 y constituyó una de las más importantes normas surgidas de la política del New Deal, ampliando y completando la *National Industry Recovery Act*. Establece la regulación sobre horarios de trabajo, retribución y condiciones de trabajo. Cuando fue promulgada sus efectos no se extendían a los Estados como contratantes de trabajo. En 1966 fue enmendada y consideradas como empleadoras de trabajo ciertas instituciones estatales y así sometidas a la regulación contenida en la ley. En 1974 fue de nuevo enmendada regulando las condiciones de la prestación del trabajo ahora ya de todos los empleados estatales. Dicha enmienda fue declarada inconstitucional por *NLC*, como se ha indicado. El presente caso invalida a su vez *NLC*.

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

soberanía de los Estados está limitada por la constitución» en el bien entendido de que —salvo excepciones, como la garantía de la integridad territorial del Estado— «la constitución no fija expresos elementos de soberanía estatal que el Congreso no pueda desplazar a través del uso de sus poderes delegados».²⁵

Ahora bien, para el Tribunal, la acción y el poder del Congreso están sometidos a límites; la cuestión está en determinar su «naturaleza y contenido» a través de una aproximación distinta de tratar de definir apriorísticamente los términos de la soberanía estatal.

Dicha aproximación para el Tribunal radica en la consideración de la propia estructura del gobierno federal que fue «diseñada en gran parte para proteger a los Estados de las extralimitaciones del poder del Congreso», destacando el papel atribuido por la constitución a los Estados en la selección del legislativo y ejecutivo federales, en el control de la capacidad electoral y en la propia existencia del Senado; la conclusión es clara: «Los framers eligieron confiar en un sistema federal en el cual las especiales restricciones del poder federal sobre los Estados radican principalmente en el funcionamiento del *National Government*, más que en discretas limitaciones sobre los objetos de la autoridad federal. Los intereses del Estado soberano, entonces, están más propiamente protegidos por garantías procedimentales inherentes a la estructura del sistema federal que por limitaciones al poder federal creadas judicialmente»; así pues, el proceso político mismo aparece como la garantía de la «especial y específica posición (de los Estados) en nuestro sistema constitucional»;²⁶ no ya el poder judicial a través de la *judicial review*, sino el proceso político «asegura que las leyes que indebidamente perjudiquen a los Estados no sean promulgadas»; el proceso político es el lugar donde debe mirarse cuando se afirma: «Si debe haber límites sobre el poder del gobierno federal, como indudablemente los hay, de interferir las funciones estatales, debemos mirar a otra parte (distinta del poder judicial y de la *judicial review*) para encontrarlas».²⁷

Así pues, parece claro que, a partir de *García v. SAMTA*, la soberanía estatal no puede funcionar como límite a la autoridad del Congreso bajo la cláusula de comercio, careciendo el reconocimiento de la soberanía estatal de consecuencias prácticas y estando subyacente una concepción del funcionamiento del sistema federal que permite asumir libremente competencias al Congreso. NLC es invalidada y la cláusula de comercio es interpretada de tal modo que excluye la intervención de los tribunales en decidir cuando las decisiones del Congreso son acordes con la constitución y cuando no lo son. El proceso político aparece como el sustituto de la *judicial review* en el otorgamiento de la garantía respecto de supuestas extralimitaciones del poder federal. En realidad, la noción misma de extralimitación es excluida a partir del momento en que se juzga que leyes que perjudiquen indebidamente a los Estados no pueden ser promulgadas.²⁸

25. *Ibidem*, 4138.

26. *Ibidem*, 4140.

27. *Ibidem*, 4140.

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.

La posición crítica de la decisión que sostiene la minoría del Tribunal²⁹ se asienta en cuatro elementos. Por una parte se admite que el test de inmunidad de NLC ofrece dificultades interpretativas, pero no se ve en la existencia de dichas dificultades razón suficiente para abandonarlo afirmando que «el lujo de definiciones precisas es disfrutado raramente cuando se interpretan y aplican las disposiciones generales de nuestra constitución».³⁰ Por otra parte, se pone de relieve cómo la decisión limita el papel de la *judicial review* en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos al reducir el espectro de los actos del Congreso sobre los que puede ser ejercido de modo que el efecto producido es reducir «la décima enmienda a pura retórica cuando el Congreso actúa invocando la cláusula de comercio».³¹ Asimismo, se manifiesta que la protección que el proceso político puede proporcionar a los Estados es irreal dada la tendencia mostrada por el Congreso, al igual que otras ramas del gobierno, de excederse en sus atribuciones y dado que la evolución del sistema político ha reducido sustancialmente la participación de los Estados como tales en aquel proceso político. Además, se argumenta que es el conjunto del sistema político el que experimenta cambios a través de la decisión que se critica a partir del momento en que «usurpando funciones tradicionalmente ejercidas (por los Estados), la extralimitación federal bajo la cláusula de comercio socava el constitucionalmente ordenado equilibrio diseñado para proteger nuestras libertades fundamentales»³² y planteando que «la cuestión central del federalismo por supuesto es si algún ámbito es dejado abierto a los Estados por la constitución, si queda algún área en la cual un Estado pueda actuar libre de interferencia federal».³³

La voluntad de la minoría del Tribunal de volver a una jurisprudencia basada en el principio de la soberanía estatal estableciendo límites a la acción del Con-

29. La decisión se adoptó por cinco votos a cuatro.

Powell emitió un voto particular suscrito por Burger, Rehnquist y O'Connor. Rehnquist emitió a su vez un voto particular. Finalmente O'Connor emitió un voto particular suscrito por Powell y Rehnquist.

Aunque en términos generales tradicionalmente el partido republicano se ha inclinado por la preservación del poder del Estado y el partido demócrata para favorecer el del gobierno federal, la mayoría del Tribunal que decidió el caso estaba compuesta por jueces nombrados por presidentes demócratas y republicanos: Brennan fue nombrado por Eisenhower en 1957, Blackmun por Nixon en 1970, White por Kennedy en 1962, Marshall por Johnson en 1967 y Stevens por Ford en 1975. En cambio la minoría está formada por jueces nombrados por presidentes republicanos: Burger, Powell y Rehnquist lo fueron por Nixon en 1969, 1971 y 1971 respectivamente y O'Connor por Reagan en 1981.

Puede verse una completa relación de los miembros del Tribunal Supremo, de los presidentes que realizaron los nombramientos, del tiempo que los jueces permanecieron en ejercicio así como de otros elementos en Lawrence H. Tribe, *God save this honorable court*, Random House, New York, 1985, pág. 142 y ss.; el mismo autor argumenta que, salvo excepciones, los miembros del Tribunal son leales al presidente que los nombró refiriéndose a la idea del «presidente sorprendido» por la decisión de los jueces por él nombrados como mítica, a la vez que afirma que en la trayectoria jurídica de los jueces raramente pueden apreciarse sorpresas en relación con su pasado, pág. 50 y ss. y 106 y ss.

Excepcionalmente algún autor, tras NLC, destacó el hecho de que todos los miembros del Tribunal que sostenían la existencia de un ámbito de capacidad de decisión estatal libre de interferencia federal habían sido nombrados por presidentes republicanos; puede verse Nowak, Rotund, Young, *Constitutional Law*, WPC, Minnesota, 1983, pág. 180.

30. Powell dissenting, *García...*, 4144.

31. *Ibidem*, 4143.

32. *Ibidem*, 4147.

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

greso a través de la interpretación de su constitucionalidad por el poder judicial, es puesta explícitamente de manifiesto.³⁴

4. Fundamentos de la posición del Tribunal

4.1. *Wechsler y algunos temas de interpretación constitucional*

La decisión del Tribunal Supremo se apoya directamente en Wechsler.³⁵ En la opinión que éste último había construido en 1954 sostenía que el proceso político y en particular el lugar ocupado por los Estados en él y la función por ellos ejercida debían ser considerados por el poder judicial como los principales elementos para la interpretación de las cláusulas constitucionales reguladoras de la distribución de competencias entre la federación y los Estados. Wechsler, diecisiete años después de que el Tribunal hubiera eliminado los obstáculos a la intervención del gobierno federal a través de una interpretación de la cláusula de comercio que facilitaba aquélla, sostenía que la acción del *National Government* tenía un carácter muy específico: «(la acción del gobierno de Washington) ha sido contemplada siempre como excepcional en nuestro gobierno, una intrusión justificada por alguna necesidad, el caso especial más que el ordinario (...) aquéllos que son partidarios (del ejercicio de la autoridad nacional) deben contestar la cuestión preliminar de porqué la materia no debe ser dejada al Estado (...) la lógica política del federalismo (...) coloca la carga de la prueba sobre los que instan la acción nacional».³⁶ Juzgaba además que los Estados jugaban un papel crucial en la composición de la autoridad nacional de modo que, en la medida que la «sensibilidad local» existiera, no podía dejar de reflejarse en el Congreso; específicamente se refería al Senado como aquella institución que funcionaba como guardián del interés del Estado siempre que dicho interés fuera lo bastante real como para encontrar apoyo político, estando la composición del Senado «intrínsecamente calculada para prevenir la intrusión desde el centro en materias que el dominante interés del Estado quiera mantener bajo su control».³⁷ Se refería igualmente a la función atribuida a los Estados de determinar indirectamente al electorado para la Cámara de Representantes, puesto que la constitución establece que son electores para aquélla quienes lo sean para la Cámara más numerosa de la legislatura estatal, pudiendo el Estado determinar sus electores.³⁸ Afirmaba como una importante función estatal la de la determinación de los distritos

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

La cual puede plantear alguna cuestión con el principio de *stare decisis*, como lo ha planteado *Garcia*... en relación con *NLC*, como ha señalado el voto particular de Powell mencionado más arriba. En sentido contrario se ha dicho 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 n° 1, winter 1985, pág. 124.

35. Así como también en Choper y en La Pierre a cuyo punto de vista se aludirá inmediateamente.

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, pág. 544, 545.

37. Wechsler, *Ibidem*, pág. 548.

38. US Const. art. I, 2, 1.

electorales para las elecciones legislativas nacionales.³⁹ Y, finalmente, ponía de relieve cómo en la elección presidencial los electores presidenciales son nombrados por los Estados y cómo en caso de que ningún candidato obtuviera la mayoría era la Cámara de Representantes la que, votando por Estados, resolvía la cuestión.⁴⁰ La conclusión era fácil de prever: «El proceso político nacional en los Estados Unidos (...) está intrínsecamente bien adaptado para retardar o contener nuevas intrusiones del centro en el dominio de los Estados. Lejos de una autoridad nacional que es expansiva por naturaleza, la tendencia inherente a nuestro sistema es precisamente la inversa, necesitando el más amplio apoyo antes de que medidas intrusivas de importancia puedan recibir consideración significativa (...) para la contención de la autoridad nacional Madison no enfatizó la función del Tribunal Supremo (sino que) señaló la composición del Congreso y el proceso político (...) El Tribunal está situado sobre la más débil base cuando opone su interpretación de la Constitución a la del Congreso en interés de los Estados cuyos representantes controlan el proceso legislativo y que han consentido ampliamente en sancionar la decisión del Congreso cuestionada».⁴¹ Un tiempo después ponía de relieve la incapacidad del Tribunal Supremo para determinar el ámbito de la autoridad del gobierno federal —y consiguientemente de los Estados— señalando que, aunque dicha incapacidad podía guardar relación con los cambios económicos y sociales producidos, descansaba fundamentalmente en la imposibilidad de efectuar un análisis articulado de las restricciones impuestas al Congreso en favor de los Estados sobre la base de someter a *judicial review* las decisiones que no hubieran podido ser adoptadas sin el concurso de la voluntad de la mayoría de los representantes de los Estados en el Congreso.⁴² En realidad, el punto de vista de Wechsler de otorgar la primacía al proceso político en la determinación de la distribución de competencias era resultado de una reflexión sobre la *judicial review* y el carácter del juicio de constitucionalidad en el sistema norteamericano más que de una reflexión autónoma cuyo objeto fuera el federalismo americano y su desarrollo.

4.2. Choper y la función principal del Tribunal Supremo

Veintiséis años después, una propuesta semejante ha recibido una fundamentación en parte nueva.⁴³ El punto de partida de Choper no es otro que la constatación de la contradicción entre *majority rule* y *judicial review* ya que, a través de éste último, el Tribunal participa en el proceso de toma de decisiones políticas sin ser electoralmente responsable. Si a dicho punto de partida se le añade la consideración de que la función principal y legitimadora de la *judicial review* es la

39. US Const. art. I, 4, 1.

40. US Const. art II, 1, 2-3.

41. Wechsler, «The political safeguards...» pág. 558, 559.

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

protección y garantía de los derechos individuales en el bien entendido de que el ejercicio de la regla de la mayoría no garantiza la protección de dichos derechos, se está en condiciones de afirmar que el ejercicio de aquella función central, puesto que comporta establecer que los deseos de la mayoría de la población expresados por representantes elegidos no deben ser tenidos en cuenta, hace del Tribunal un permanente motivo de controversia siendo a veces objeto de pública hostilidad y lo vuelve notablemente vulnerable,⁴⁴ particularmente tratándose de una institución que sólo puede realizar su función con éxito si cuenta con la cooperación de otras ramas del gobierno para poner en práctica sus decisiones y si cuenta, asimismo, con la confianza de la opinión pública; de otro modo: dado que «el prestigio público y el capital institucional (del Tribunal) pueden agotarse, (éste) debe racionar su poder de invalidación,» ya que «asegurar las libertades personales en oposición a la mayoría inevitablemente generará algún grado de público desfavor (...) (y) una efectiva defensa judicial de los derechos constitucionales exige cuando menos algún grado de pública aceptación, la mayor tarea y responsabilidad del Tribunal es negociar estos estrechos márgenes con éxito».⁴⁵ Para Choper, un elemento clave de la negociación es no someter a *judicial review* las materias concernientes a las relaciones entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, así como aquéllas concernientes a las relaciones entre los poderes separados del gobierno federal, de modo que el ámbito sobre el que la *judicial review* continuaría operando exclusivamente sería el de los derechos individuales; ello podría adicionalmente fundamentarse en que «cuando un litigante sostiene que el gobierno nacional (...) ha emprendido una actividad más allá de su autoridad delegada, o cuando es alegado que una regulación estatal afecta a un área de exclusiva competencia nacional, la cuestión constitucional es completamente distinta de la planteada por una afirmación de que cierta acción gubernamental viola un derecho individual asegurado por la Constitución, la esencia de esta última demanda es que ningún órgano ni nacional ni estatal puede emprender la actividad cuestionada. En contraste, cuando una persona alega que una de las previsiones del federalismo de la Constitución ha sido violada implícitamente, acepta que uno de los dos niveles del gobierno, nacional o estatal, tiene poder para adoptar la conducta cuestionada».⁴⁶ El argumento prosigue, en un terreno más convencional, señalando que el proceso político a través del Senado, así como de otros elementos, garantiza la presencia y representación de los Estados en la toma de decisiones políticas a nivel nacional, de tal modo que aquel proceso es perfectamente capaz de proteger el interés de los Estados haciendo innecesaria la acción de la *judicial review*, tanto más cuando «los casos en los cuales se alega que un acto del gobierno federal excede el ámbito de la autoridad nacional vis a vis de los Estados son presentados al Tribunal Supremo solamente después de que al proceso político federal haya producido la legislación (que es impugnada)».⁴⁷

Igualmente, el hecho de que el Congreso sea políticamente responsable en el

44. Choper, *Ibidem*, pág. 129, 130.

45. Choper, *Ibidem*, pág. 128, 156.

46. Choper, *Ibidem*, pág. 175..

47. Choper, *Ibidem*, pág. 187.

sentido de que existe un modo viable a través del cual los electores pueden expresar desaprobación y producir cambios, es el principal punto de apoyo en el que La Pierre sostiene idéntico punto de vista sobre el proceso político —y no la *judicial review*— como elemento protector del papel de los Estados en el sistema federal norteamericano,⁴⁸ de modo que las decisiones del gobierno federal pueden afectar a la regulación de la conducta privada de los ciudadanos que habitan en el territorio del Estado, de la conducta del propio Estado (regulando, por ejemplo, los salarios y los horarios de trabajo de los empleados del Estado) y de la conducta de los Estados como unidades de toma de decisiones políticas, cuando una regulación nacional exige el ejercicio de la autoridad del Estado sobre actividades privadas, siendo en este caso los Estados tratados como agentes de la nación.⁴⁹

4.3. *Algunos precedentes en la jurisprudencia del Tribunal*

La argumentación de fondo expuesta, que es compartida en su conclusión por otros autores,⁵⁰ puede, por otra parte, encontrarse presente en algunas sentencias anteriores del Tribunal Supremo. Así, el propio Marshall, en 1824, suministraba elementos que tendían a situar en primer plano el proceso político cuando afirmaba, refiriéndose al ejercicio de las competencias del Congreso en la regulación del comercio interestatal: «La sabiduría y la discreción del Congreso, su identificación con el pueblo y la influencia que los electores poseen a través de las consultas electorales son, en esto, como en muchas otras instancias (...), las únicas limitaciones en las cuales los electores han confiado para asegurarse contra los abusos. Éstas son las limitaciones sobre las cuales el pueblo debe a menudo confiar exclusivamente en todos los gobiernos representativos»;⁵¹ dicho punto de vista que, aunque en directa conexión con el poder regulativo del Congreso sobre el comercio interestatal no deja de ser una consideración general, sirvió en 1942 para que Jackson, con la unanimidad del Tribunal, recordara que ya Marshall «había enfatizado la amplia y penetrante naturaleza (del poder federal concerniente al comercio interestatal) advirtiendo que las efectivas limitaciones en su ejercicio deben proceder más del proceso político que del judicial»;⁵² y unos años antes, en 1937, Stone, en una igualmente unánime sentencia, había apuntado que la distribución del poder regulativo del comercio interestatal entre la nación y los Estados era una «función legislativa y no judicial para ser ejecutada a la luz del juicio del Congreso sobre lo que es una apropiada regulación del comercio interestatal y el grado en que el poder del Estado y el interés local deben ceder al

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, pág. 980, 981.

49. D.B. La Pierre, *Ibidem*, por lo que se refiere a los diversos ámbitos susceptibles de regulación por el gobierno federal, el autor sigue la orientación señalada por Hart, «The relations between state and federal law», 5 *Columbia Law Review*, 1954, pág. 489-495.

50. E. Nowak, «reviewing Choper», 68 *California Law Review*, 1980, pág. 1223. Puede verse igualmente, E. Nowak, R.D. Rotunda, J.N. Young, *Constitutional Law*, WPC, Minnesota, 1983, pág. 181.

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

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

interés y a la autoridad nacionales». ⁵³ Si a lo dicho se añade el voto particular de Brennan en 1976, ⁵⁴ proponiendo ya directamente abandonar la distribución de competencias al proceso político sin interferencia judicial, y el voto concurrente de Black en 1946 proponiendo idéntica solución sobre la base de que el judicial no podía competentemente decidir en materias de gran complejidad económica, ⁵⁵ se disponen de las ocasiones que dicha línea argumental ha estado presente en las sentencias del Tribunal Supremo. ⁵⁶

5. Cuestiones planteadas

5.1. *Funciones ejercidas por los Estados en el proceso político nacional no lo son ya en la actualidad*

Resulta evidente que, tanto la interpretación de la cláusula de comercio adoptada como la fundamentación en que expresamente se apoya, suscitan algunos problemas.

En lo que se refiere al papel jugado por los Estados en el proceso político nacional, si bien es cierto, como puso de relieve Weschsler, que los Estados determinaban indirectamente el electorado de la Cámara de Representantes, no lo es menos que dicha función está sujeta a determinaciones constitucionales que, en términos prácticos, hacen que aquella facultad no pueda ser considerada realmente un poder: la veintiséis enmienda (1971), la quince (1870) y la diecinueve (1920), que establecen el derecho de voto a los dieciocho años y la inconstitucionalidad de medidas discriminatorias por razón de raza, sexo o color en la regulación de elecciones nacionales o estatales, otorgan al Congreso el poder de aplicar directamente dichas prescripciones; además, la *Voting Rights Act* (1965) acaba con la capacidad de decisión del Estado en materia electoral; por otra parte, el artículo I.4.1 de la constitución ya la circunscribía a límites muy precisos.

La capacidad de los Estados de establecer los distritos electorales, que era también destacada por el autor mencionado, está igualmente sometida al Congreso a través del artículo indicado en último lugar y, desde 1964, es dicho órgano quien tiene atribuida la determinación de las circunscripciones. ⁵⁷

La capacidad de decisión que la Constitución atribuye a los Estados en la elección presidencial ⁵⁸ carece de toda relevancia hoy en día.

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

54. Brennan, dissenting *National Leagues of Cities v. Utery*, 426 US 824, 866.

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

56. Obviamente, además de la fundamentación precisa en los autores hasta ahora señalados, *Garcia v. SAMTA* desde un punto de vista más general de interpretación constitucional se sitúa en el contexto del punto de vista de Ely sobre la *judicial review*. John H. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1980, especialmente el punto de vista indicado, capítulos 4 y 5.

Ni Marshall, Jackson, Stone o Black son aducidos para fundamentar el juicio de la mayoría en *Garcia v. SAMTA*. Evidentemente hay que distinguir entre considerar al proceso político como principal elemento en la decisión del Tribunal en ejercicio de la *judicial review* y la decisión de no ejercer la *judicial review* en virtud de que el proceso político ofrece protección suficiente a los Estados.

57. *Wesberry v. Sanders*, 376 US 1; igualmente *Kirkpatrick v. Preisler* 394 US 523 (1969).

58. US Const. II, 1.

5.2. *La naturaleza de la representación nacional de los Estados es problemática*

Pero no sólo se trata del papel jugado por los Estados en el proceso político nacional, sino del propio carácter de la representación de los Estados en el Senado en el sentido que viene especificada por algunos elementos significativos: así, resulta generalmente aceptado el juicio de que, a partir de la segunda guerra mundial, un cambio clave experimentado por el sistema de partidos políticos en los Estados Unidos ha sido la pérdida de importancia de las organizaciones de los partidos a nivel estatal, siendo elementos sustanciales de dicha pérdida de importancia el papel de los medios nacionales de comunicación en el proceso de formación de la opinión pública, el cada vez más elevado coste de las campañas electorales, la decisión del Tribunal Supremo en 1976 conforme a la cual los fondos en ellas empleados no están constitucionalmente sometidos a límite⁵⁹ y las nuevas formas de financiación de las campañas electorales, que favorecen la autonomía financiera y política de los candidatos respecto de las organizaciones estatales de los partidos políticos.⁶⁰ Desde otro punto de vista, no puede dejar de considerarse que, finalmente, el Senado es un órgano federal y que como tal funciona y en este sentido el representante no atiende los intereses de su representación en abstracto y separados del resto de intereses, sino que posiblemente deba hacerlo en el marco del conjunto de intereses en juego, dado que los grupos de interés que operan en el legislativo nacional se hallan nacionalmente organizados, de modo que ha podido decirse que, incluso cuando un nuevo senador llega a Washington procedente de una cámara legislativa estatal, su sensibilidad acerca de las intrusiones nacionales en los asuntos estatales puede verse atemperada por su preferente implicación con problemas de magnitud nacional como energía, inflación o protección del medio ambiente, siendo más probable que defienda el interés estatal en el terreno de la distribución de ayuda federal que determine sus prioridades sobre la base de qué políticas puedan lesionar la autonomía estatal.⁶¹ Igualmente resulta de interés comprobar como la vida interna de los Estados se ve afectada por el propio establecimiento de fórmulas de cooperación entre los órganos locales, estatales y nacionales en el sentido de que «en el proceso central

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

60. La participación de los *Political Action Committes* (PAC, s) en la financiación de las campañas electorales al Congreso no ha hecho sino incrementarse en los últimos años. En 1984, la contribución total de los PAC,s, que funcionan como organizaciones nacionales, a las campañas electorales para el Senado y la Cámara de Representantes fue de cien millones de dólares frente a los doce millones y medio de 1974. En 1984, el promedio del costo de un escaño en el Senado fue de tres millones de dólares, cinco veces más que en 1976. Obviamente, la conducta de los legisladores guarda relación con el sistema de financiación de sus campañas electorales.

Con objeto de desarrollar la Federal Election Campaign Act de 1971, mandata la exposición pública de la procedencia de los fondos electorales y de su uso, se hallan pendientes de tramitación en el Senado proposiciones de ley que persiguen establecer límites a las donaciones que los candidatos puedan recibir de los PAC,s, así como límites a las cantidades con que cada PAC pueda financiar a cada candidato. Proposiciones semejante no consiguieron ser aprobadas en anteriores legislaturas. Sobre la organización y actividad de los PAC,s, puede verse Larry J. Sabato, *Political Action Committes Power*, W Norton, New York, 1985 (1984), especialmente capítulos 4 y 5.

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

de adopción de decisiones políticas federales, el punto de vista estatal está cada vez más representado por funcionarios directamente interesados en extender más aún los programas nacionales, incluso si la extensión implica mayor regulación y la imposición de más onerosas cargas sobre el Estado»⁶² y en el sentido también de producción de cambios en la opinión, ya que «el público (...) se ve privado de un claro sentido de las personas a quienes puede exigir responsabilidad, los legisladores nacionales que concibieron y ordenaron el programa o los funcionarios del Estado encargados de su implementación». ⁶³ Es decir, puede afirmarse que, por razones derivadas de cambios experimentados en el sistema de partidos políticos, del paso del federalismo dual al cooperativo y de la consideración del Senado como órgano federal, la conceptualización de dicha cámara como órgano exclusivamente o predominantemente representativo de los intereses estatales es cuanto menos problemática; en relación con ello ha podido decirse que «el Senado hoy no funciona (...) como el guardián de los intereses estatales como tales (...) Una desviación de las exigencias de la política de los partidos nacionales u otros grupos de interés nacionales puede costar a los senadores cruciales ayudas, asistencia voluntaria y apoyo financiero. Corporaciones empresariales y sindicatos están hoy día mejor representados en el Congreso que ningún Estado o incluso los colectivos intereses de los Estados como Estados (además) hay multitud de otros grupos de interés (...) la hipótesis de Wechsler del predominio del Estado en el proceso legislativo nacional, aventurada treinta años atrás, es hoy poco más que una fábula». ⁶⁴

5.3. *Efectos sobre el federalismo de la primacía recibida por los derechos individuales en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*

Además de usar la noción de representación estatal como clave argumental, resulta evidente que Wechsler y Choper tienen algo en común, puesto que sus propuestas en el ámbito del federalismo son resultado de su reflexión sobre otros temas, el primero claramente sobre la interpretación constitucional y el uso de principios neutrales y el segundo también claramente sobre la justicia constitucional y la protección de los derechos individuales. La preocupación del primero derivaba del algún modo del «activismo» judicial del Tribunal Warren en lo concerniente a los derechos individuales y la preocupación del segundo deriva paradójicamente del desgaste que pueda afectar al Tribunal en el ejercicio de la *judicial review* en aras de la protección de los derechos individuales, es decir, un claro reflejo justamente de la época Warren.

El tratamiento de los derechos individuales no sólo es el tema preeminente en el Derecho Constitucional norteamericano, sino que la afirmación de Perry con-

62. L.B. Kaden, *Ibidem*, pág. 868. Siendo establecidas las fuentes de la cooperación mencionada, bien por regulaciones federales directas adoptadas normalmente en aplicación de la cláusula de comercio o por las condiciones vinculadas al otorgamiento de subvenciones federales.

63. L.B. Kaden, *Ibidem*, pág. 869.

64. David E. Engdahl, «Sense and nonsense about state immunity», *Constitutional Commentary*, vol. 2, nº 1, winter 1985, pág. 109.

forme a la cual «la resolución de materias concernientes a derechos humanos es la más importante función constitucional del Tribunal (Supremo) y del judicial en general en el período moderno»⁶⁵ es ampliamente compartida por autores sostenedores de puntos de vista en otros ámbitos tan distintos como Ely,⁶⁶ Monaghan⁶⁷ o Tribe.⁶⁸ Dicha específica posición del tratamiento de los derechos individuales en el Derecho Constitucional norteamericano y la opinión generalizada respecto de la principal función del poder judicial, afecta, como ha puesto de relieve Nagel,⁶⁹ al tratamiento judicial del federalismo y de la distribución de poderes entre los órganos del gobierno federal, estableciendo la primacía de la protección de los derechos individuales frente al mantenimiento de los principios estructurales establecidos en la Constitución, ello en gran parte resultado de la corriente general de opinión entre los operadores del derecho conforme a la cual los valores constitucionales se interpretan en términos de derechos individuales; para el autor mencionado en último lugar, «contemplar los propósitos de la *judicial review* casi enteramente en términos de asegurar los derechos individuales es (...) en última instancia trivializar la constitución. La teoría política de los *framers* estuvo directamente concernida como organización. Sus más importantes contribuciones tuvieron que ver con los principios de la división de poderes (...) (la fijación de la atención en los derechos individuales) es una forma de instrumentalismo que es demasiado limitada para ser una vía adecuada para pensar acerca del Derecho Constitucional».⁷⁰ Puede afirmarse, sin necesidad de compartir la opinión que acaba de exponerse, que dicha forma de pensar el Derecho Constitucional guarda relación con la propuesta de sustraer a la *judicial review* la distribución de poderes entre el gobierno federal y los Estados y confiar la decisión sobre ello al proceso político.

5.4. *Interacción entre protección de los derechos y división de los poderes*

La cuestión aludida en último lugar ofrece un aspecto que puede mencionarse aparte: junto a la idea de que la principal función de la *judicial review* es la preservación de los derechos individuales, los constitucionalistas norteamericanos acostumbran a compartir un enfoque metodológico y una forma de exposición que separa sistemáticamente en el estudio del Derecho Constitucional el tratamiento de los derechos individuales, el tratamiento de la división de poderes entre el gobierno federal y los Estados y el tratamiento de la división de los poderes entre los órganos del gobierno federal. Esta distinción, que además de útil es probablemente inevitable, es no obstante una pura distinción metodológica y expositiva

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, pág. 37.

66. J.H. Ely, *op. cit.* especialmente pág. 93 y ss.

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

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

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

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

que carece de otra entidad que no sea ésta y no es aplicable en términos prácticos en el sentido de que el grado y la forma de la división de la capacidad de decisión política entre los entes territoriales, la relación entre los poderes del gobierno federal y la regulación específica de los derechos individuales están relacionados de forma que muy posiblemente cualquier alteración significativa experimentada en cualquiera de dichos ámbitos afecta en términos prácticos a los demás.

El elemento de interacción e influencia recíproca está ausente de los razonamientos que concluyen en la limitación del espectro sobre el que ejercer la *judicial review*, cuando no parece indiferente en absoluto el estado de la división de competencias entre los entes territoriales —y las relaciones entre los poderes del gobierno federal— para la protección de los derechos individuales a partir del momento en que, al modo de producción de las decisiones políticas, el de las diversas clases de normas que las contienen y la cooperación entre los diversos órganos implicados en la regulación y tratamiento de una materia afecta a la determinación de cuáles son los derechos individuales, quienes son sus titulares y cuáles son las formas del ejercicio de aquellos derechos. De modo que, incluso desde la idea de que la función principal de la *judicial review* es la protección de los derechos, los principios organizativos contenidos en la constitución pueden adquirir una nueva dimensión en la medida que configuran el modo de producción de la ley que es difícilmente disociable de los derechos por ella regulados. La *judicial review*, centrada exclusivamente en los derechos individuales, debe limitarse necesariamente a establecer, cuando entienda que una norma vulnera los reconocidos en la constitución, la inconstitucionalidad de aquéllos; en cambio, si el ejercicio de la *judicial review* no se circunscribe exclusivamente al ámbito de los derechos individuales, puede incidir en la configuración del proceso a través del cual se producen las normas que regulan los derechos individuales además de juzgar la constitucionalidad de las normas mismas.

5.5. *Los propios fundamentos de la judicial review resultan afectados*

La decisión de no someter a la *judicial review* los actos del Congreso determinantes de la distribución de competencias entre el gobierno federal y los Estados a través del ejercicio de los poderes conferidos por la cláusula de comercio en opinión de Schwartz es «contrario a los principios básicos de nuestro derecho constitucional. Dichos principios descansan en la proposición fundamental de que pertenece al judicial *to say what the law is* con respecto a la constitucionalidad de los actos del Congreso (...) toda la historia política nos muestra que una constitución es solamente papel mojado si no puede ser aplicada por los tribunales (...) no es consistente con la realidad argüir (...) que el verdadero sentido de la constitución es que cada rama (del gobierno) es el intérprete final de sus propios poderes constitucionales, (dicho enfoque) ignora los peligros implicados en dejar a las ramas políticas del gobierno la última palabra sobre la legalidad de sus propios actos»;⁷¹ el propio fundamento de la *judicial review* aparece cues-

71. Bernard Schwartz, *National League of Cities again, RIP or a ghost that still walks?*, texto mecanografiado; en el mismo sentido Michael J. Perry, *op. cit.* pág. 46.

tionado en la medida que se abandona la interpretación de una parte de la constitución y se atribuye dicha función al Congreso al permitirle la última decisión sobre la materia; la idea de la *superior obligation and validity* de la Constitución respecto de las otras leyes junto con la de la interpretación de aquélla atribuida al poder judicial presentes en Hamilton, estuvieron en la base del argumento de Marshall conforme al cual era competencia del judicial *to say what the law is* y la *judicial review*, medio para ello. Limitar el ámbito de la *judicial review* específicamente en el campo del federalismo en virtud del principio de la representación estatal en los órganos federales y en el proceso político nacional presuponiendo la constitucionalidad de la decisión del Congreso, puesto que todos los representantes de los Estados que están o pueden estar significativamente afectados por una decisión adoptada han dispuesto de la oportunidad de pronunciarse sobre esta decisión, puede conducir a preguntarse porqué no aplicar idéntico razonamiento a otros campos distintos del federalismo; al fin y al cabo, todos los representantes de todos los individuos afectados por una decisión congresual han tenido también la oportunidad de pronunciarse sobre ella; incluso aceptando la teoría de la representación de los Estados en el gobierno federal, quedaría un obstáculo traído a este terreno desde la teoría de la protección de los derechos individuales. Es Perry quien ha señalado que «aunque las protecciones políticas del federalismo ayuden a asegurar que relevantes intereses locales y estatales no serán dejados de tener en cuenta, no garantizan una resolución satisfactoria para los mismos. Si el interés relevante afecta solamente a una pequeña minoría de Estados, la resolución es probable que sea insatisfactoria»;⁷² en realidad, al reducir el espectro de la *judicial review* y situar al Congreso como órgano decisorio, son las propias fuentes del Derecho Constitucional americano las que resultan modificadas.

5.6. *Los derechos de los Estados y la décima enmienda*

Lo que permanece subyacente en la presente interpretación de la cláusula de comercio es la cuestión de los derechos de los Estados y la interpretación de la décima enmienda. La noción de derechos de los Estados se construyó originariamente sobre la representación de que fueron los Estados quienes obtuvieron la independencia de la metrópoli, de que fueron éstos igualmente quienes crearon la Unión (y no la población), de modo que ésta última —la Unión— sería solamente un apoderado de aquéllos sometido a su mandato, y de que el Estado —y no un órgano federal— decidía sobre los conflictos entre la federación y los Estados miembros, pudiendo llegar a la separación a través de la teoría de la *abrogation*; Jefferson dió forma en parte a esta posición.⁷³ El destino que corrió históricamente dicha concepción es de sobra conocido, pero independientemente de que como teoría dicha posición perdiera toda consistencia, la noción de derechos de los Estados y de la soberanía estatal continuaron presentes en el Derecho Cons-

72. M.J. Perry, *op. cit.* pág. 46.

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

titucional norteamericano, aceptada la segunda por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la práctica, los derechos de los Estados fueron una vía para ejercer oposición a políticas diseñadas por la federación a escala nacional y fueron usados de un modo que ha permitido afirmar que «los derechos de los Estados hasta recientemente, han sido frecuentemente un velo para la oposición a los derechos civiles de las minorías raciales»⁷⁴ hasta el punto de poder decirse que «cuando el dogma de los derechos de los Estados es usado para perpetuar injusticias públicas, ha llegado el momento de tomar una decisión»;⁷⁵ posiblemente por todo ello, defender el principio de la inmunidad estatal a ciertas regulaciones federales «es una solitaria y de algún modo sospechosa tarea»;⁷⁶ en la actualidad, la noción de los derechos de los Estados es apoyada por sectores de la opinión pública para quienes la regulación estatal sería más eficiente que la federal y que se sienten concernidos por el crecimiento de la administración federal; en general, la opinión pública conservadora se inclina por los derechos de los Estados y la liberal se inclina por favorecer el poder federal.⁷⁷ Pero, independientemente de la asociación política que sucesivamente haya podido recibir la noción de derechos de los Estados, independientemente del aumento o disminución de las competencias del gobierno federal, la noción de derechos de los Estados nunca operó, como ha señalado Tribe, ni teórica ni prácticamente de un modo similar a la noción de derechos de los individuos, puesto que éstos últimos operaban como límites al ejercicio de los poderes públicos mientras que los derechos de los Estados «eran más retórica que realidad (...) eran aquello que quedaba después de que el contenido del poder nacional fuera determinado».⁷⁸ Aunque para el Tribunal Supremo los Estados Unidos forman una indestructible unión compuesta de indestructibles Estados y éstos son comunidades políticas, tienen derecho a una existencia separada e independiente y disponen de soberanía,⁷⁹ la determinación de la capacidad de decisión política, a través de la distribución de competencias entre la federación y los Estados, ha guardado más relación con la interpretación de la décima enmienda, que con la noción de la soberanía estatal.

Marshall, en *McCulloch*, ya había afirmado, refiriéndose a la décima enmienda, que con ella «no se reservaba más a los Estados de lo que les hubiera sido reservado sin ella»; Story sostuvo que su único sentido era excluir toda interpretación por la cual pudieran asumirse otros poderes más allá de los otorgados;⁸⁰ Stone

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

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

76. D.E. Engdhal, *op. cit.* pág. 93.

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

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

79. La aproximación a la naturaleza de los Estados suele hacerse usualmente en los términos de Chase en 1869, para quien el término Estado —describes sometimes a people or community of individuals united more or less closely in political relation, inhabiting temporarily or permanently the same country; often it denotes only the country or territorial region, inhabited by such a community; not infrequently it is applied to 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 wheter organized under a regular government or united by looser or less definitie relations, constitute the State» 74 US 700, 720.

80. En *Commentaires on the Constitution of the United States*, citado por McDowell, *op. cit.* pág. 187.

la consideró un mero truismo,⁸¹ con referencia a la interpretación de Story ha podido decirse: «*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 no contain terms that can provide a rule of law*»,⁸² de modo que, conforme a dicho punto de vista, resulta ser meramente declaratoria de la distribución de competencias entre los diversos entes territoriales hecha en la constitución. *National League of Cities* ha constituido la única afirmación actual de que la décima enmienda establece algún límite al poder del gobierno federal y preserva algunos ámbitos para la libre determinación de los Estados. El Tribunal Supremo, al invalidar NLC, no ha hecho otra cosa que atribuir otra vez a la décima enmienda mero valor declarativo y al hacerlo ha puesto de relieve que afirmar que todo aquello que no es otorgado es reservado, no implica aparentemente que algo esté efectivamente reservado.

5.7. *Concepciones distintas del federalismo se oponen entre sí*

La cuestión que todo ello realmente suscita es una reinterpretación del federalismo como modelo de estructura del Estado, de las razones de su implementación y de los efectos producidos por dicha estructura del Estado en el sistema político americano en su conjunto. En este punto puede sostenerse con fundamento que el federalismo, resultado de un compromiso político, además de ser la vía de formación de la Unión fue también la vía de la preservación de los intereses locales, de aumentar la responsabilidad política de los representantes, de establecer varios niveles de participación política, de modo que resultara un equilibrio de poderes a través de la existencia de varias unidades territoriales de poder político; no fue visto simplemente como un mecanismo apto para la expresión de la diversidad, sino que se vinculó directamente a la idea de gobierno constitucional como gobierno de poderes limitados, no sólo a través de la división funcional de los poderes de la federación, sino a través del establecimiento de diversos poderes territoriales que se contemplaban como controles de poder de aquélla y que al funcionar como tales producirían un equilibrio político que permitiría la protección de los derechos individuales; es decir, el federalismo en la tradición americana forma parte de la implementación de un sistema político que pretende el aseguramiento de la libertad individual, no siendo solamente una instrumentación derivada de necesidades del ejercicio de la administración nacional ni solamente un diseño político cuya pretensión, al integrar comunidades diversas,

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*», en 1924.

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

fuera la obtención de legitimación política; el federalismo americano fue elaborado en el ámbito de lo teórico como un dispositivo de aseguramiento de la libertad individual en relación con los poderes públicos, a la vez que de mejoramiento del proceso de gobierno. Que dicho punto de vista está profundamente enraizado en la tradición política norteamericana es admitido tanto por opiniones que gozan de general aceptación académica como por otras menos ortodoxas; así, Friedrich afirma que una constitución debe ser entendida como «el proceso a través del cual la acción política es limitada... (y los) derechos básicos y la separación de poderes, sea funcional o espacial, federalismo, han servido como tales límites». ^{82bis} Dahl conceptúa igualmente el federalismo como un mecanismo que, junto con la división de poderes, persigue evitar la concentración del poder ⁸³ y desde otra perspectiva metodológica se constata que el federalismo, junto con el asociacionismo y la heterogeneidad religiosa y étnica, son vistos en la tradición americana como los fundamentos del pluralismo. ⁸⁴ Es en este marco donde se inscribe la propuesta de preservación de los Estados como Estados, delimitando teóricamente los atributos que debe poseer un Estado para que siga siendo posible hablar de federalismo; así, se ha afirmado que para funcionar como Estado, el cuerpo político debe tener por lo menos un mínimo de poder protegido contra interferencias exteriores a él, incluyendo el control sobre su estructura de gobierno, la distribución de responsabilidades administrativas, el proceso de selección de sus funcionarios y la capacidad de establecer impuestos y su propio presupuesto, «ello es un modo de decir que la característica de la integral y separada identidad de los Estados en términos actuales está en el poder de tomar decisiones (...) la soberanía (estatal) tiene escaso significado (...) a menos que dentro de su dominio un Estado sea libre de preferir servicios de salud pública a autopistas o escuelas públicas, a instalaciones penitenciarias y usar su soberano poder para efectuar dichas preferencias»; ⁸⁵ desde esta perspectiva, la existencia de un ámbito competencial propio del Estado en el cual el poder federal no pueda interferir, es vista como requisito para que el Estado pueda optar entre políticas alternativas en sentido estricto; ésta es, en última instancia, la interpretación de la actual minoría del Tribunal Supremo.

Existen algunas razones que pueden contribuir a explicar porqué, no obstante su arraigo en la tradición americana, dicha interpretación es sólo minoritaria.

En primer lugar, justamente por su carácter de compromiso y por tratarse de una noción que incluye identidades distintas, el federalismo, en relación a los fines que pretendía su establecimiento, puede ser interpretado de un modo distinto que no por contradecir la más enraizada versión en la tradición americana resulte inverosímil. Desde este punto de vista, puede argumentarse en dos direcciones, o la que adopta formalmente la mayoría del Tribunal, que no es otra que enfa-

^{82 bis} Carl J. Friedrich,, *The philosophy of law in historical perspective*, University of Chicago Press, Chi. 1963 (1958) pág. 220-221.

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

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

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

tizar los elementos organizativos federales del proceso político nacional,⁸⁶ es decir, descansar su razonamiento en que finalmente el Senado existe, o bien aquélla que sostiene que el federalismo «no es un principio de gobierno sino un instrumento» y que la naturaleza del sistema federal fue una materia irresuelta en el momento de su adopción y lo sigue siendo en la actualidad;⁸⁷ en realidad, materialmente la mayoría del Tribunal incluye también la noción del federalismo como tema irresuelto y remite para su desarrollo futuro a un órgano político.

En segundo lugar, históricamente y en términos prácticos, el reconocimiento y protección de los derechos individuales no han resultado tanto del equilibrio inicial de poderes diseñado en la constitución, sino que ha tenido lugar básicamente a través de la acción de los órganos políticos federales y del judicial federal, de modo que el aumento de los poderes de la federación respecto de los Estados y el aumento de los poderes del presidente respecto del Congreso ha acompañado históricamente al reconocimiento y protección de los derechos individuales; la preservación de un ámbito propio de decisión estatal como elemento clave para producir un contrapeso de poderes que facilitaba el ejercicio de la libertad individual ha aparecido solamente como una posibilidad en el terreno de las ideas políticas, de modo que solamente podría sostenerse sobre una base axiomática cuando la historia política y constitucional parecen aportar sólidos elementos sobre los que elaborar una interpretación distinta. En realidad, entre la mayoría y minoría del Tribunal tiene lugar una discusión sobre mecanismos de garantía de las libertades individuales, dos concepciones distintas, en último término, del sistema político democrático, una que lo relaciona con la preservación de diversas unidades de decisión política y otra que no establece dicha relación; como Edelman ha recordado, los jueces «nunca se han puesto de acuerdo sobre el significado de la democracia (...) (y) deben volver sobre ideas extraconstitucionales,

86. La representación de los Estados federados en la federación a través de un órgano que interviene decisivamente en el proceso de toma de decisiones políticas a nivel nacional ha sido propuesta como la característica propiamente distintiva del federalismo. Preston King, *Federalism and Federation*, Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore, 1982, pág. 140, 141. Una reciente reflexión sobre el tema del federalismo puede verse en Michael Burgess ed. *Federalism and Federation in Western Europe*, Croom Helm, London 1986, especialmente pág. 15-34.

87. James M. O'Fallon. «The commerce clause: a theoretical comment», *Oregon Law Review*, Sum. 1982, pág. 396, 397. La naturaleza teórica ambigua e irresuelta del federalismo sosteniendo que *Garcia...* no contribuye a clarificarla es destacada también en D.L. Boardman, «Supreme Court rejects then amendment as an affirmative limitation on Congress power under the commerce clause», *Florida State University Law Review* n° 2, Sum. 1985, pág. 324.

Ambas interpretaciones del federalismo —la del presente minoría del tribunal que vincula el reconocimiento y protección de las libertades fundamentales con la existencia de varios centros territoriales de poder político y de la presente mayoría que no establece dicha vinculación y en cambio enfatiza el papel del Senado como órgano de representación de los Estados— buscan el fundamento de su autoridad en el significado original que para los fundadores de la Unión tuvo la implementación del sistema federal, de modo que no sólo el recurso a Madison y Hamilton es constante, sino que la utilización que de ellos se hace resulta ser completamente distinta. En general, sobre el papel del originalismo en la interpretación constitucional puede verse recientemente Michael J. Perry, «The authority of text, tradition, and reason: a theory of constitutional interpretation», 58 *Sothorn California Law Review* vol. 2, pág. 551-602; también L. Larry Simon, «The authority of the Constitution and its meaning: a preface to a theory of constitutional interpretation», en el mismo volumen, pág. 603-646.

especialmente sus concepciones de democracia, cuando interpretan (la constitución)».⁸⁸

En tercer lugar, resulta claro que las oscilaciones de la interpretación del Tribunal Supremo de la cláusula de comercio a lo largo del presente y del pasado siglo (que contemplan desde la primera aproximación abierta al poder federal a la fundamentada en la noción de federalismo dual, desde la distinción entre manufactura y comercio y efectos directos e indirectos del comercio a la retirada de todo límite al poder de la federación desde finales de los años treinta, de la revitalización de la noción de soberanía estatal y el establecimiento de límites al poder federal preservando una propia esfera de decisión estatal a finalmente declarar no justiciable la interpretación por el Congreso de la cláusula de comercio) muestran no sólo una adaptación, aunque no siempre puntual, a las realidades de la evolución económica de los Estados Unidos, sino también la dificultad técnica de delimitar un ámbito propio de capacidad de decisión estatal en coherencia con la más difundida interpretación del federalismo en el contexto de una economía desarrollada propiamente a nivel nacional. De la observación del conjunto de elementos y normas jurídicas usados por el Tribunal, particularmente a partir de NLC, se desprende que, a pesar del abundante empleo de términos tales como «soberanía estatal», «límites al ejercicio del poder federal», «Estados como Estados» o el conjunto del test de inmunidad estatal a la regulación federal de NLC, no es posible articular ningún punto de vista que permita delimitar con certeza los límites de la acción federal; resultaba evidente que el Tribunal sostenía la existencia de límites al ejercicio del poder federal, pero no resultaba en absoluto claro cuáles eran éstos; del mismo modo que San Agustín manifestaba no ser capaz de explicarse la noción del tiempo, pero decía ser perfectamente capaz de reconocer la existencia,⁸⁹ el Tribunal no podía definir certeramente el ámbito de competencias reservado a los Estados, pero era perfectamente capaz de reconocer cuándo dicho ámbito era indebidamente invadido por el poder federal; afirmar la existencia de ámbitos propiamente reservados a la decisión estatal permitía decidir caso por caso los límites del poder del Congreso. Tal vez por la aplicación de este modelo cuando se estudia la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación de la cláusula de comercio, particularmente en los diez últimos años, resulta difícil evitar la sensación de hallarse ante un entramado de nociones formadas por adiciones y combinaciones de fragmentos de anteriores sentencias arbitrariamente unidas sin atender al contexto y a la época en que fueron dichas, de modo que aunque resulta posible conocer cuál es la cuestión planteada, cuál es la decisión tomada, qué efectos prácticos tiene y cuál es la actitud del juez ante el caso, resulta más difícil conocer cuál es la hilación lógica del razonamiento y cuál es la naturaleza de los conceptos en él utilizados. Pero aunque la utilización de conceptos que carecen de significación precisa sea un aspecto de la cuestión, el hecho es que conceptos que carecen igualmente de significación precisa aplicados a otros campos de la interpretación constitucional, el de los derechos

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

89. Citado por H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1978 (1961), pág. 13.

individuales, permiten extraer determinaciones que conducen, por ejemplo, a fijar el sistema de comunicación entre el detenido y su abogado o a señalar reglas antidiscriminatorias en la contratación de personal por las compañías que tienen establecidos programas de colaboración con agencias públicas o a establecer medidas antidiscriminatorias en el terreno de las preferencias sexuales en lo que al alquiler de viviendas se refiere. Lo que en realidad convierte en contradictoria alguna orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo en el ámbito del federalismo es que, a través de la utilización de los conceptos de soberanía estatal y ámbito de decisión reservado a los Estados, no puede determinarse la fijación de ninguna medida practicable desde el momento que «la tecnología (ha) convertido (...) cada problema local en nacional»,⁹⁰ posiblemente no sea ajeno a esta cuestión que «un remarcable aspecto de la reivindicación de los derechos de los Estados es que ni siquiera aquéllos que la sostienen han sido capaces de ponerse de acuerdo sobre el *locus* constitucional de su doctrina».⁹¹

Una cuestión distinta es si todo ello debía necesariamente conducir a tratar como no justiciable la interpretación por el Congreso de la cláusula de comercio.

6. Consideración final

A partir del momento en que el Tribunal Supremo ha interpretado que el intérprete de la cláusula de comercio es el propio Congreso, se ha adoptado una nueva orientación jurisprudencial que hace que no resulte muy arriesgado predecir que la asunción de nuevos poderes por el gobierno federal se verá favorecida.

Dicha orientación se asienta en el hecho de la no operatividad técnica de la noción de soberanía estatal para establecer límites a la acción del gobierno federal en el contexto de un estadio de desarrollo de la economía que ha convertido «cada problema local en nacional». Dicha orientación se asienta igualmente en una concepción del federalismo conforme a la cual la existencia de varios centros territoriales de poder político dentro de los límites territoriales nacionales no es requisito de la protección de las libertades individuales; este juicio se fundamenta, desde el punto de vista teórico, en la diversidad de nociones que integran la formulación del federalismo y, desde el punto de vista práctico, en el hecho de que la evolución del sistema político norteamericano ha hecho coincidir el aumento de la protección y reconocimiento de los derechos individuales con el proceso de centralización de poderes en el gobierno federal.

Al atribuir al proceso político y no a la *judicial review* la determinación de los límites de los poderes del Congreso en ejercicio de su competencia sobre la regulación del comercio interestatal, los propios fundamentos de la *judicial review* pueden resultar teóricamente afectados. Además, la principal argumentación sobre la que se basa la presente orientación del Tribunal —que, siendo el concurso del Senado requisito para la aprobación de las leyes y siendo el Senado un órgano representativo de los Estados, leyes que indebidamente perjudiquen a los Estados no pueden ser promulgadas— ignora elementos sustanciales del proceso

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

91. M.A. Fiedl, *op. cit.* pág. 95.

político que han reducido el papel de los Estados y que hacen que el Senado funcione como un órgano federal que opera sobre la base de la creación y desarrollo de políticas federales más que sobre la consideración del interés estatal.

Aunque el Tribunal ha señalado que los Estados ocupan una posición especial en el sistema constitucional norteamericano y no ha excluido formalmente que el judicial pueda decidir cuando la mencionada posición sea puesta en peligro, el hecho es que en términos prácticos ha establecido como no justiciable la regulación por el Congreso de la cláusula de comercio, es decir, del principal precepto constitucional que ha funcionado y funciona como distribuidor de competencias entre la federación y los Estados. Aunque no pueda afirmarse técnicamente que la interpretación de la cláusula de comercio se haya realizado conforme a la doctrina de las *political questions*, sí que puede decirse que el resultado de la presente interpretación es sustancialmente idéntico al que se hubiera obtenido aplicando dicha doctrina, puesto que, en última instancia, la consecuencia de la aplicación de la doctrina de las *political questions* es la declaración de no justiciabilidad de una materia y la atribución de la determinación sobre la misma a un órgano político, fundamentando todo ello en que, por las razones que sean, la materia no es adecuada para ser considerada por el judicial.⁹²

92. La afirmación realizada en último lugar —que aunque técnicamente la presente interpretación de la cláusula de comercio no se haya realizado a través de la doctrina de las *political questions*, el resultado es sustancialmente idéntico al que se hubiera obtenido aplicando dicha doctrina —puede necesitar una matización desde el momento que tras, *Baker v. Carr* (369 US 186, 1982) se ha podido afirmar corrientemente que las relaciones federales no pueden constituir *political questions*. En realidad, *Baker* no excluyó el conjunto de las relaciones federales de la caracterización de *political questions*, sino que se limitó a establecer que «in the *political questions* cases it is the relationship between the judiciary and the coordinate branches of the Federal Government, and not the federal judiciary's relationships to the States, which give rise to the *political questions*» (pág. 210), es decir, fijó que no podía argüirse como no justiciable ninguna decisión estatal, pero no fijó en absoluto que las decisiones nacionales en lo que a las relaciones federales se refiere estuvieran sometidas al mismo régimen; significativamente *Baker* señaló que no existía límite alguno sobre *the federal courts power to inquire into matters of state governmental organization* (pág. 231) y que «the presence of a matter affecting State government does not render the case nonjusticiable» (pág. 232); en realidad, allí la doctrina de las *political questions* se formuló como una limitación al ejercicio de la *judicial review*, dado que principalmente la determinación sobre ciertas materias se consideraba propia de otras ramas del gobierno federal (y sólo del federal, no de los estatales). Con perfecta coherencia pudo el mismo juez que fue ponente en *Baker* (Brennan) sostener en su voto particular en *NLC* (426 US 824; 1976j) que era «inacceptable que el proceso judicial deba ser superior al proceso político en la interpretación de la cláusula de comercio» y proponer en términos prácticos establecer como no justiciables las decisiones del Congreso tomadas en ejercicio de su poder regulador del comercio interestatal (pág. 876, 877).