

JUSTÍCIA CONSTITUCIONAL, DEMOCRÀCIA I FEDERALISME: UNA APROXIMACIÓ DES DE LA TEORIA CONSTITUCIONAL NORD-AMERICANA*

Víctor Ferreres Comella

Professor de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra

Sumari

- | | |
|--|--|
| I. Introducció. | VI. Segona tesi: el federalisme com a element de problematització de la representació política. |
| II. El problema: justícia constitucional i democràcia. | |
| III. Estat de la qüestió a la teoria constitucional nord-americana. | VII. Tercera tesi: el federalisme com a element per contribuir a la cooperació entre jutges i legisladors en la definició de drets i valors constitucionals. |
| IV. La variable del federalisme: tres tesis. | |
| V. Primera tesi: la connexió històrica entre federalisme i justícia constitucional, i la variabilitat del grau de deferència judicial. | VIII. Comunitat Europea, justícia constitucional i federalisme. |

I. Introducció

En aquest treball em proposo reflexionar, a la llum de l'experiència dels Estats Units, sobre algunes de les relacions existents entre la justícia constitucional, la democràcia i el federalisme. Examinaré, sobretot, la incidència que el federalisme pot tenir en un problema que de manera recurrent, encara que amb diferents graus d'intensitat, apareix en les discussions jurídiques i polítiques dels països que tenen una Constitució escrita i un sistema de justícia constitucional. Em refereixo al problema de com fer compatible l'actuació dels mecanismes de justícia constitucional amb les exigències derivades del principi democràtic. Si el legislador democràtic ha de tenir un paper cabdal en la configuració de la voluntat de l'Estat, com ha d'actuar el jutge constitucional si vol respectar aquest paper? En el context de la justícia constitucional, com s'ha de concretar la regla del «respecte» a la posició institucional del legislador? No es pot ignorar que en el fons d'aquesta qüestió batega sovint una inquietud més profunda davant la possible tensió entre l'existència mateixa d'un sistema de justícia constitucional i la democràcia, tensió que (normalment) no es vol resoldre sacrificant del tot un dels dos elements en tensió i que, per tant, no deixa d'inspirar diverses propostes per tal d'harmonitzar-los en la mesura del possible. Doncs bé, dins d'aquest àmbit de problemes, quina incidència pot tenir el fet que un estat adopti una forma federal

* Aquest treball és una versió ampliada de la conferència que vaig pronunciar el 5 de maig de 1994 al Seminari d'Actualitat Jurídica organitzat per la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Conselleria de Justícia. Agraïxo al Dr. Pau Salvador Coderch, director general, la seva invitació a participar-hi.

d'organització política? En aquest treball intentaré mostrar tres connexions a través de les quals el federalisme pot tenir-hi incidència. Abans d'entrar a examinar-les, però, és important en primer lloc que perfillem bé en què consisteix, i en quins termes es planteja, el problema de la possible tensió entre justícia constitucional i democràcia i, en segon lloc, que fem una ràpida ullada a algunes de les principals aportacions que la doctrina jurídica nord-americana ha fet en les darreres dècades en relació amb aquest problema.

II. El problema: justícia constitucional i democràcia

1. Amb l'expressió «justícia constitucional» (o «control judicial de la constitucionalitat de la llei») em referiré aquí a la institució en virtut de la qual un òrgan jurisdiccional pot invalidar (en el sistema europeu) o inaplicar (en el sistema americà) una llei que consideri contrària a la Constitució. L'exercici d'aquesta potestat de control entra en un cert conflicte amb el principi majoritari segons el qual les decisions polítiques han de respondre a la voluntat de la majoria de la població. Sembla que aquest principi majoritari és part essencial de la democràcia, encara que la democràcia no es pugui reduir al principi majoritari, i encara que a la pràctica política no es pugui o no es vulgui realitzar-lo plenament. Si admetem que les lleis són el producte normatiu de l'òrgan que amb més fonament pot pretendre expressar la voluntat de la majoria de la població (ja que l'assemblea legislativa és elegida per sufragi universal i respon políticament de manera periòdica davant de l'electorat), esdevé problemàtica l'atribució d'una potestat de control de la llei a uns òrgans judicials que no són (en general) elegits pel poble i que no responen electoralment de la seva actuació. La invalidació (o inaplicació) d'una llei per part d'un òrgan judicial comporta una restricció del principi majoritari i, per tant, almenys *prima facie*, una restricció de la democràcia.

2. Com podem veure, en aquest plantejament que acabo de descriure es presenta una relació de tensió entre la justícia constitucional i el principi majoritari perquè es parteix dels pressupòsits següents: *a)* L'assemblea legislativa de la qual emana la llei és un òrgan més adequat per expressar les preferències polítiques de la majoria de la població que no pas l'òrgan judicial al qual està encomanada la tasca de control; *b)* L'assemblea legislativa no pot revocar fàcilment la decisió judicial d'invalidar una determinada llei. Crec que aquests pressupòsits són plausibles, i que, per tant, el problema de la tensió entre justícia constitucional i principi majoritari està ben plantejat. S'ha de destacar, però, que aquests pressupòsits fan referència a condicions que es poden satisfer en diferents graus d'intensitat i que, per tant, el que afirmen és una característica relativa.

En efecte; no s'afirma que l'assemblea legislativa expressi perfectament una voluntat majoritària de la població. Això seria desconèixer tant els problemes relatius a la construcció de la «voluntat majoritària» a partir de les preferències polítiques individuals, com l'existència d'un conjunt de mecanismes institucionals que impedeixen que la voluntat expressada per una assemblea representativa coincideixi plenament amb la voluntat de la majoria de la població.¹ Tampoc no s'afirma que els òrgans

1. Vegeu, sobre aquestes qüestions, William N. Eskridge, Jr., «Politics without Romance: Implications of Public Law Theory for Statutory Interpretation», 74 *Va. L. Rev.* (1988).

encarregats de la justícia constitucional expressin invariablement una voluntat contrària a la de la majoria de la població. Això seria ignorar que la designació dels membres que integren aquests òrgans pot ser força democràtica (així, als Estats Units els jutges són proposats pel president i acceptats pel Senat, i a Espanya els magistrats del Tribunal Constitucional són designats pel Congrés, el Senat, el Govern i el Consell General del Poder Judicial) i que, en conseqüència, no és estrany que a la pràctica els jutges constitucionals es mostrin bastant sensibles a les conviccions polítiques i morals que són compartides per la majoria de la societat.² El que s'afirma és que, malgrat totes les seves imperfeccions, l'assemblea legislativa tendeix a expressar la voluntat de la majoria de la població de manera més intensa i plena del que ho pugui fer un tribunal.

De la mateixa manera, i amb relació al segon pressupòsit, no s'afirma que la institució de la justícia constitucional impedeixi sempre i de manera definitiva a la majoria de la població fer efectiva la seva voluntat. Això seria desconèixer que sempre està obert el procediment de reforma constitucional: suposant que no hi hagi límits materials a la reforma, tota sentència judicial que invalidi una llei pot ser neutralitzada en els seus efectes mitjançant la reforma de la clàusula constitucional sobre la qual es va fer descansar la sentència, o la introducció d'una nova clàusula que estableixi amb rang constitucional la norma que es va dictar amb rang de llei. En molts casos una majoria podria així fer prevaler la seva voluntat. El que s'afirma, doncs, és més relatiu: que el procediment de reforma constitucional, en comparació amb el procediment legislatiu ordinari, dificulta considerablement a la majoria de la població l'expressió de la seva voluntat.³

Atès que aquests dos pressupòsits del problema es poden complir en diversos graus d'intensitat, podem afirmar que, com més alt sigui aquest grau, més gran és la tensió que es produeix entre la justícia constitucional i el principi majoritari.

3. L'apreciació que existeix una tensió entre justícia constitucional i principi majoritari porta a considerar que la justícia constitucional és, *prima facie*, una institució antidemocràtica. El principi majoritari és part essencial de la democràcia —i per això apareix el possible caràcter antidemocràtic de la institució que examinem—, però no és l'únic element de la democràcia —i per això aquest caràcter només ho és *prima facie*.

Que el principi majoritari és un dels principis essencials de la democràcia es pot sostenir justificadament a partir del principi d'igualtat. Només el principi majoritari assigna un pes igual als vots de tots els qui participen en la presa de decisions polítiques. I només aquest principi tracta per igual l'opció favorable al manteniment de

2. Així, per exemple, amb relació als Estats Units, Barry Friedman, a «Dialogue and Judicial Review», 91 *Michigan Law Review*, 586 (1993), diu: «[...] courts do not trump majority will, or remain unaccountable to majority sentiment, nearly to the extent usually depicted. Measured by a realistic baseline of majoritarianism, courts are relatively majoritarian.»

3. En aquest sentit, és important tenir en compte que als Estats Units és molt difícil d'assolir la reforma constitucional a través del procediment previst a l'article V de la Constitució. D'aquí la importància de la jurisprudència del Tribunal Suprem com a instrument d'adaptació del text constitucional a les noves realitats. En el cas espanyol, la reforma constitucional que afecti el títol preliminar, o el capítol segon, secció primera, del títol I, o el títol II, exigeix la satisfacció d'unes condicions procedimentals tan difícils d'obtenir que la doctrina sol afirmar que aquestes parts de la Constitució són, a la pràctica, irreformables. Així, Pedro de Vega, a *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid (1988) diu d'aquest procediment de reforma: «El mecanismo es tan complejo y políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás. Más que un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma» (pàg. 148).

l'*statu quo* i l'opció favorable a la seva reforma, amb la qual cosa subjecta a les mateixes exigències d'escrutini públic tant una opció com l'altra.⁴

Per altra banda, sembla bastant plausible que el principi majoritari no esgota el contingut de la democràcia. El principi majoritari és valuós en la mesura que opera dins d'un context de participació política equitativa, de deliberació pública responsable i d'acceptació, com a ideal regulatiu, de l'obtenció del màxim acord. La protecció d'aquests elements pot justificar en certs casos la imposició de límits a l'operació del principi majoritari. A més, pot sostenir-se que el valor de la democràcia no és l'únic valor a tenir en compte des d'un punt de vista moral.⁵ Hi ha d'altres valors morals —com ara la igualtat i les llibertats personals— que, si bé tenen certa connexió amb l'ideal democràtic en el pla justificatiu, no es poden reduir conceptualment a aquest darrer, i que, no obstant això, poden justificar la imposició de certes restriccions a la democràcia.

Per tant, l'estudi del problema de la tensió entre justícia constitucional i principi majoritari el que fa és obligar-nos a reflexionar sobre quins arguments podem construir per justificar certes restriccions (i certes institucions que imposen restriccions) al principi majoritari.

4. Tot aquest àmbit de problemes és rellevant per al constitucionalista. Quin paper ha de fer la justícia constitucional en la realització pràctica de la Constitució? Tenen tots els drets i llibertats protegits per la Constitució el mateix valor en una democràcia? Com ha de ponderar el jutge les raons que el legislador addueixi com a justificació de les seves decisions? Les ha de considerar amb deferència o, pel contrari, amb una relativa sospita? Mereixen totes les decisions legislatives el mateix grau de deferència (o de sospita)? El respecte al legislador, s'ha de traduir en una interpretació restrictiva de les clàusules constitucionals que limiten el contingut possible de les lleis? És possible, al contrari, seguir una interpretació expansiva d'aquestes clàusules i mostrar respecte pel legislador d'altres maneres? Quines?

Per tal de veure com s'han afrontat aquestes qüestions en un país amb gran tradició en matèria de justícia constitucional com són els Estats Units, serà útil repassar breument les principals propostes que han aparegut els darrers anys a la seva literatura jurídica. En destacaré tres idees que ens serviran de pont per aproximar-nos posteriorment al federalisme com a variable a tenir en compte en aquest àmbit de problemes.

III. Estat de la qüestió a la teoria constitucional nord-americana

1. La discussió contemporània va ser encetada i articulada als Estats Units per Alexander Bickel, el qual en la seva famosa obra *The Least Dangerous Branch*⁶ va argumentar que la institució del *judicial review* (la justícia constitucional) és «contramajo-

4. Sobre les justificacions de la regla de la majoria, vegeu, entre d'altres, Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Haven, (1989), pàg. 135-152; William Nelson, *La justificació de la democràcia*, Ariel, Barcelona (1986), pàg. 165-6.

5. Així, Thomas Nagel diu: «I think there is a fairly strong connection between democracy and majoritarianism, but that these values are not the whole of our political morality. The moral equality of equal liberty is just as fundamental as the moral equality of equal representation.» («The Supreme Court and Political Philosophy», 56 *New York University Law Review*, 521 (1981), Symposium: Constitutional Adjudication and Democratic Theory).

6. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven (1962).

ritària», una anomalia dins la democràcia americana. Per a Bickel, el paper del Tribunal Suprem nord-americà quan exercita el control de constitucionalitat ha de ser protegir certs valors fonamentals que es poden perdre de vista en el procés polític, que sol mirar a curt termini. Però aquest paper del Tribunal Suprem s'ha de fer compatible amb el principi fonamental en democràcia que estableix que les majories populars han de tenir al final l'última paraula. Per això, Bickel suggereix una sèrie de tècniques per moderar el caràcter antimajoritari de la justícia constitucional, i fa del procés d'interpretació constitucional un col·loqui entre el Tribunal Suprem, els òrgans polítics representatius i l'opinió pública en general. Són les tècniques que ell anomena «virtuts passives». I insisteix també en la possibilitat, plenament legítima, que un principi constitucional definit pel Tribunal Suprem sigui erosionat i finalment abandonat com a conseqüència d'una reacció dels òrgans polítics i de l'opinió pública.

2. Bickel va iniciar així la important discussió contemporània als Estats Units entorn de l'objecció democràtica contra el *judicial review*. Davant d'aquesta objecció, un sector de juristes anomenats «originalistes» (de tendència conservadora), entre els quals destaca Robert Bork,⁷ han reaccionat amb teories d'interpretació constitucional que pretenen (o, de fet, tenen l'efecte de) reduir al màxim l'abast de les normes constitucionals que limiten al legislador democràtic. Aquest efecte restrictiu es produeix si es llegeixen les clàusules constitucionals segons les intencions més específiques que varen tenir els polítics que en el passat van aprovar-les. Atès que en el passat es tenia una concepció més restrictiva dels drets i llibertats que no pas ara, l'originalisme en versions com la de Bork porta com a conseqüència la reducció de l'àmbit de llibertat constitucionalment protegida i, per tant, una ampliació del camp dins del qual el legislador pot actuar sense restriccions. D'aquesta manera, amb una lectura restrictiva de la Constitució per part dels jutges, el caràcter contramajoritari de la justícia constitucional disminueix. A més, diuen els originalistes, si el jutge s'aparta de les intencions originàries, cau inevitablement en la imposició de les seves pròpies preferències ideològiques, que fàcilment pot «vestir» invocant el llenguatge altament abstracte que utilitza el text constitucional. Aquesta confusió entre el dret i la política és contrària a la separació de poders i, per tant, s'ha d'evitar.

3. Un altre sector de la doctrina, encapçalat per Ronald Dworkin,⁸ ha defensat una visió més activista del paper que correspon jugar a la justícia constitucional. Dworkin argumenta que els individus són titulars de certs drets morals que s'han de prendre seriosament. Aquests drets protegeixen certs interessos individuals enfront de la maximització dels interessos de la col·lectivitat. Per Dworkin, les preferències de la majoria de la població són rellevants per a la definició de les polítiques públiques (*policies*), però no per a la definició dels principis (*principles*) que reconeixen drets individuals. Les *policies* han de servir els interessos col·lectius (i, per això, la seva defi-

7. Robert Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York (1990).

8. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1978), *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1985), i *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1986). D'especial interès pel tema de la legitimitat democràtica és l'article de Dworkin «What is Equality? Part 4: Political Equality», *22 University of San Francisco Law Review*, 1 (1987).

nició ha de ser sensible a les preferències de la majoria). Els principis, en canvi, protegeixen drets morals de les persones enfront d'arguments utilitaristes basats en la necessitat de satisfer interessos col·lectius (i, per això, la seva definició ha de ser independent de les preferències de la majoria). Les institucions que responen davant de l'electorat estan en bona posició per definir les *policies*, ja que reben les pressions de la majoria i poden enregistrar les seves preferències, però no ho estan per protegir els drets individuals. Per això està justificada tant l'existència d'una constitució que imposa a les institucions majoritàries el respecte a aquests drets com l'existència d'una institució contramajoritària —com ara el poder judicial— encarregada de vetllar per la supremacia constitucional. L'objecció contra la justícia constitucional és així rebutjada.

A partir d'aquí, Dworkin proposa una teoria de la interpretació constitucional que no llegeix de manera restrictiva l'abast de les clàusules que protegeixen els drets i les llibertats. Per a Dworkin, aquesta visió restrictiva, com la defensada pels originalistes, no és coherent amb la idea fundacional de tenir una constitució que, justificadament, imposa límits a tots els poders públics. Amb el seu alt grau d'abstracció, diu Dworkin, les clàusules constitucionals formulen una pregunta en forma de *concepte* (llibertat, procés degut, igualtat, etc.) i no ofereixen cap *concepció* concreta com a resposta. És el jutge qui, a partir dels materials jurídics que li subministra la cultura política de la nació, ha de construir una concepció adequada que respongui la pregunta que la Constitució planteja. Inevitablement, el jutge haurà de moure's en un terreny de controvèrsia política i moral, però no fer-ho seria deixar de complir el seu deure institucional de fer efectiva la Constitució (amb tot el seu llenguatge abstracte) com a norma suprema del país.

4. Una teoria aparentment intermèdia entre la de Dworkin i la de Bork és la que proposa John Ely.⁹ Per a Ely, la teoria de Dworkin fracassa perquè en última instància condueix al govern dels jutges, els quals incorporaran a les seves concepcions interpretatives els seus prejudicis de classe. Però, segons Ely, també la teoria de Bork és errònia, ja que el text de la Constitució conté clàusules abstractes i obertes que inviten a importar contingut des de fora d'elles mateixes, i que no poden reduir-se a regles més específiques obtingudes a partir de l'estudi dels antecedents històrics del text constitucional. La via intermèdia que Ely proposa és la de considerar la idea de democràcia representativa com el valor fonamental que inspira la pràctica totalitat del text constitucional. La democràcia exigeix assegurar l'accés de tots els grups al procés polític, i la igual consideració dels interessos de tothom a l'hora de legislar. Per tant, dos són els tipus de drets que s'han de satisfer perquè la democràcia sigui preservada: drets de participació política i dret a la no-discriminació. En la mesura que aquests dos tipus de drets siguin respectats, es pot confiar en el procés polític com a instrument per prendre decisions encertades des del punt de vista dels valors substantius de fons. El Tribunal Suprem, a l'hora d'exercitar la potestat de control de la constitucionalitat de les lleis, hauria de limitar-se a assegurar amb coratge el respecte a aquestes precondicions de la democràcia. Més enllà d'això, segons Ely, el Tribunal ha d'abstenir-se d'actuar, ja que l'actuació seria antidemocràtica.

9. John Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1980). Són importants tres simposis dedicats a l'obra d'Ely: «Symposium: Constitutional Adjudication and Democratic Theory», 56 *New York University Law Review*, 259 (1981); «Judicial Review versus Democracy», 42 *Ohio State Law Journal*, 3 (1981); i «Symposium on Democracy and Distrust: Ten Years Later», 77 *Virginia Law Review*, 631 (1991).

5. Una contribució més recent al debat nord-americà és la de Bruce Ackerman.¹⁰ Per a Ackerman, totes les teories que s'han proposat fins ara parteixen de la idea errònia que la restricció del poder legislatiu comporta una restricció de la democràcia o de la sobirania popular. Però, de fet, aquesta identificació entre el poder legislatiu i el poble no és possible. El poble no manifesta la seva voluntat més que en circumstàncies extraordinàries, en moments de «política constitucional» (*constitutional politics*), i no cada vegada que hi ha eleccions generals o locals en temps de «política normal» (*normal politics*). La veu del poble es fa audible en moments excepcionals, quan els ciutadans es mobilitzen i deliberen sobre assumptes bàsics de la vida col·lectiva. Fora d'aquests moments, els ciutadans exhibeixen un alt nivell d'apatia política i de manca d'esperit de sacrifici per la cosa pública. Això és propi de la modernitat, que es caracteritza per la importància que s'atorga a la dimensió privada de la persona: el significat de la vida no es redueix a la participació en el govern de la polis. Als Estats Units, segons Ackerman, la Constitució i les seves grans reformes (però no totes les esmenes constitucionals) són el producte d'una mobilització i deliberació popular, mentre que les lleis ordinàries són el producte dels polítics, la voluntat dels quals no pot identificar-se amb la voluntat del poble. La superioritat de la Constitució sobre les lleis es justifica democràticament per la superior qualitat democràtica del «moment constitucional» en el qual es va elaborar o reformar la primera. Per això, diu Ackerman, la democràcia americana és «dualista»: distingeix entre les decisions preses pel poble (Constitució) i les decisions preses pels polítics (lleis).

Vist des d'aquest punt de vista, la institució del *judicial review* no és contramajoritària o antidemocràtica, ni tan sols *prima facie*. El poder judicial el que fa és *preservar* la voluntat popular expressada a la Constitució. Vinculada a la institució del *judicial review*, explica Ackerman, trobem la institució dels *checks and balances*. La divisió del poder en diversos nivells i òrgans, tots ells representatius del poble, fa *problemàtica* la qüestió de qui representa el poble en moments de «política normal». El sistema de *checks and balances* impedeix que cap institució representativa aconsegueixi el monopoli de la representació popular. La competència entre diversos centres de poder, tots ells elegits pel poble, assegura que ningú no podrà erigir-se en l'autèntic representant del poble. D'aquesta manera, es manté sempre una distància crítica davant d'aquells que simplement són polítics elegits pel poble en moments de certa apatia política, la voluntat dels quals no pot erosionar la voluntat popular manifestada en el passat en un «moment constitucional».

6. La discussió actual als Estats Units té molts protagonistes, però les idees bàsiques entorn de les quals gira la discussió són fonamentalment les representades per les obres de Bickel, Bork, Dworkin, Ely i Ackerman. No puc, en l'espai d'aquest article, desenvolupar la meua posició davant d'aquesta polèmica, però sí referir-me breument a algunes idees bàsiques a partir de les quals crec que s'hauria de construir una teoria de la justícia constitucional.¹¹

a) En primer lloc, Dworkin ofereix una teoria més atractiva que la de Bork pel

10. Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1991).

11. He tractat de defensar i desenvolupar aquestes idees a la meua tesi doctoral (*Judicial Review of Legislation in a Parliamentary Democracy: The case of Spain*), presentada i aprovada a la universitat de Yale el mes de gener de 1996.

que fa al lloc que ocupa la Constitució en la moralitat política d'un Estat liberal i democràtic. La concepció de la Constitució com a conjunt de principis abstractes, i no de regles específiques derivades d'intencions concretes de polítics històrics, reconstrueix millor les pràctiques polítiques dels Estats Units i d'altres països on s'ha elevat la Constitució per sobre del joc partidista ordinari. La Constitució no guarda «silenci» sobre la majoria de les qüestions actuals relatives als drets morals de les persones, sinó que amb tota la seva abstracció és suficientment àmplia com per incidir en les grans controvèrsies morals del nostre temps. Propugnar una visió restrictiva de les clàusules constitucionals no és, al meu parer, la via adequada per superar o disminuir la «dificultat contramajoritària» que la justícia constitucional implica.

b) Ara bé, el paper de la justícia constitucional ha de tenir límits. No tenim cap garantia que un tribunal sigui millor intèrpret de la moralitat política expressada per la Constitució que les institucions elegides pel poble i responsables electoralment davant del poble. Encara que un ampli catàleg de drets i valors, derivats tots ells d'una lectura generosa de la Constitució, vinculin el legislador, com proposa Dworkin, és dubtós que un tribunal pugui arribar a interpretacions i aplicacions encertades sense comptar amb el punt de vista del mateix legislador. I encara que Ackerman tingui raó quan diu que als Estats Units la Constitució té un origen democràticament superior al d'una llei ordinària, això no elimina la tensió entre la justícia constitucional i la democràcia, ja que sempre serà molt controvertible determinar quan una llei contradiu la Constitució —és a dir, quan els polítics estan erosionant els principis bàsics pels quals el poble es va mobilitzar en el passat—. Atès que les assemblees legislatives són elegides pel poble i responen davant del poble en una mesura superior que els jutges, és plausible pensar que la interpretació que, de la Constitució, en facin les assemblees legislatives ha de tenir cert pes en el procés d'interpretació constitucional.

Per tant, crec que el poder judicial ha d'intervenir en el procés general d'interpretació, però que aquest procés s'ha de veure com un debat públic plural i obert en el qual intervenen tant les assemblees legislatives com els jutges, tant l'opinió pública com l'opinió dels juristes. La justícia constitucional és així un element que pot enriquir el debat públic, i contribuir així a fer realitat l'ideal de democràcia deliberativa.¹² En aquest sentit, les idees de Bickel sobre la manera d'organitzar el procés d'interpretació com un col·loqui entre el Tribunal Suprem i les institucions polítiques, són d'especial interès.

c) Finalment, s'ha de distingir entre els diversos casos constitucionals que han de conèixer els jutges. El grau de *sospita* (o, inversament, de *deferència*) amb què els jutges han de tractar les raons que adueix el legislador per justificar les seves lleis no ha de ser constant. Ha de variar segons els casos. En aquest punt la teoria d'Ely és útil: identifica certs supòsits en els quals les assemblees legislatives estan en una mala posició per protegir els drets constitucionals. Quan les lleis restringeixen els drets de participació i representació política (els drets que donen accés al procés polític i el dret a no ésser discriminat en la presa de decisions), els jutges han de sospitar més intensament que quan les lleis restringeixen altres tipus de drets (com ara la propietat privada o el dret a la privacitat). Aquesta diversitat en el grau de sospita s'expressa als Estats Units

12. Per a una teoria de la democràcia deliberativa, vegeu Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona (1989), pàg. 387-400, i Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1993).

en una diversitat de *standards of review* (és a dir, dels *tests* que han de satisfer les lleis per tal d'evitar una declaració d'inconstitucionalitat), que són més o menys exigents segons els casos. En aquest sentit, crec que el mèrit de l'obra d'Ely és que ens obliga a reflexionar sobre quins drets mereixen (i quins no) una especial protecció judicial, una actitud de sospita especial (i no deferència) envers el legislador democràtic.

Voldria que, d'aquestes pinzellades sobre la discussió americana, en retinguéssim tres conceptes: la idea (destacada per Ely) de l'existència de diferents graus de deferència judicial envers el legislador; la idea (destacada per Ackerman) de la problematització de la representació popular en temps de «política normal», i la idea (destacada per Bickel) del procés d'interpretació constitucional com un diàleg entre tribunals i legisladors. Voldria a continuació jugar amb aquestes tres idees per tal d'explorar algunes de les connexions entre la justícia constitucional, la democràcia i el federalisme.

IV. La variable del federalisme: tres tesis

Si examinem l'experiència dels Estats Units, podem observar, com a mínim, el següent:

1) El federalisme sol exigir un sistema de protecció judicial de la distribució de competències establerta per la Constitució, amb la qual cosa prepara el terreny perquè pugui arrelar un sistema més ampli de justícia constitucional. Ara bé, el grau de deferència envers el legislador federal amb la qual ha d'actuar el jutge constitucional quan protegeix l'esfera de competències estatals reconeguda a la Constitució depèn de com estigui organitzat el procés polític en la seva globalitat. Als Estats Units, en general, l'actitud del poder judicial ha estat de deferència envers el legislador federal.

2) El federalisme problematitza la qüestió de qui representa el poble, amb la qual cosa contribueix a «desdramatitzar» el fet que un tribunal declari inconstitucional una llei.

3) El federalisme tendeix a generar un «model dialogal» de justícia constitucional en matèria de drets fonamentals, és a dir, un model en el qual el tribunal encarregat del control de constitucionalitat no imposa unilateralment al procés polític aquells valors que estima fonamentals, sinó que articula jurídicament el consens que el mateix procés polític descentralitzat ha fet sorgir.

A continuació, examinaré amb deteniment cadascuna d'aquestes tesis.

V. Primera tesi: la connexió històrica entre federalisme i justícia constitucional, i la variabilitat del grau de deferència judicial

1. Una de les funcions bàsiques de la Constitució d'un Estat federal és l'establiment dels criteris d'acord amb els quals es produeix la distribució de competències legislatives entre la Federació i els estats membres. La vigència efectiva d'aquesta distribució competencial depèn de la introducció de mecanismes que assegurin que les

autoritats legislatives no dictaran lleis que ultrapassin l'àmbit de les seves competències. Un dels mecanismes que s'han adoptat històricament és el control judicial de la constitucionalitat de les lleis.

La introducció del control judicial de la constitucionalitat de les lleis des del punt de vista del criteri de competència ha tingut una gran importància, tant als Estats Units com a l'Europa continental, ja que ha preparat el terreny perquè posteriorment, més tard o més d'hora, es pogués desenvolupar un intens control judicial de la constitucionalitat de les lleis des del punt de vista del seu respecte als drets fonamentals. Això és clar a l'Europa continental, on la introducció en certs països de formes federals d'organització de l'Estat va obrir un procés gradual d'erosió del principi d'immunitat judicial de la llei —principi que arrenca de la Revolució Francesa—. La conveniència d'adoptar un mecanisme de control judicial de la llei des del punt de vista competencial va preparar el terreny per a l'eventual acceptació a Europa d'un sistema de control judicial de la llei des del punt de vista del seu contingut material.¹³ Però aquesta evolució es pot observar també als Estats Units, on el caràcter federal de la Constitució de 1787 va ser un factor important en l'arrelament del *judicial review*, que gradualment va anar adquirint un gran protagonisme en la protecció dels drets individuals, fins a arribar a l'activisme del Tribunal Warren durant els anys seixanta d'aquest segle.

2. En efecte, en els orígens del constitucionalisme nord-americà es va ser molt conscient que un dels mecanismes per garantir la distribució de competències entre la Federació i els Estats seria el control judicial. Així, diu James Madison als *Federalist Papers*, en un passatge que val la pena reproduir íntegrament:

«[...] *the local and municipal authorities form distinct and independent portions of the supremacy, no more subject within their respective spheres to the general authority, than the general authority is subject to them, within its own sphere. In this relation, then, the proposed Government cannot be deemed a national one; since its jurisdiction extends to certain enumerated objects only, and leaves to the several States a residuary and inviolable sovereignty over all other objects. It is true that in controversies relating to the boundary between the two jurisdictions, the tribunal which is ultimately to decide, is to be established under the general Government. But this does not change the principle of the case. The decision is to be impartially made, according to the rules of the Constitution; and all the usual and effectual precautions are taken to secure this impartiality. Some such tribunal is clearly essential to prevent an appeal to the sword, and a dissolution of the compact; and that it ought to be established under the general, rather than under the local*

13. Pedro Cruz Villalón, a *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad* (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1987), explica l'estreta connexió originària entre el sistema europeu de control de constitucionalitat de les lleis i els conflictes constitucionals entre poder central i autonomies locals, i entre executiu i legislatiu (pàg. 34). Així, a la Constitució austríaca de 1920 es produeix una connexió essencial entre el control de la constitucionalitat i el federalisme: «*El control autónomo de la constitucionalidad de las leyes se inserta en el ordenamiento de la República austríaca en el contexto de la tensión competencia legislativa federal-competencia legislativa de los länder. Sólo en un último momento, como consecuencia de una modificación técnica propuesta por Kelsen, se introduce el elemento que permitirá al control de constitucionalidad superar el estrecho ámbito competencial. Pero, esencialmente, la cuestión del control de constitucionalidad aparece subordinada a la relativa a la posición a ocupar por las leyes de los länder respecto de las de la Federación.*» (pàg. 251).

Governments; or to speak more properly, that it could be safely established under the first alone, is a position not likely to be combated.»¹⁴

Aquest passatge de Madison expressa molt clarament quatre idees bàsiques sobre el federalisme i el control judicial de constitucionalitat: a) La Federació no és en general «superior» als estats; la Federació només és superior als estats en la mesura que exerceix competències pròpies; fora d'aquestes competències, els estats són «superiors»; b) Per tal d'evitar la guerra i la desunió, és necessari establir un tribunal que resolgui pacíficament les controvèrsies entre els estats i la Federació; c) Aquest tribunal ha de ser imparcial i resoldre les controvèrsies segons els criteris objectius establerts a la Constitució; d) El tribunal ha d'inserir-se dins el govern federal, i no en el local.

Però si en Madison es manifesta clarament la idea que la justícia constitucional s'havia d'utilitzar per fer efectiva l'estructura federal de la República, no es manifesta tan clara la idea d'utilitzar la mateixa institució per fer efectius els drets individuals. En aquest sentit, és significatiu, com ha destacat Robert Burt, que Madison *no fa referència als tribunals* quan en els famosos articles núm. 10 i 51 dels *Federalist Papers* es planteja quins mecanismes preveu la Constitució per evitar que les majories populars atemptin contra els drets de les minories i dels individus.¹⁵ Per tant: no solament a Europa, també als Estats Units el control judicial de la llei arrela sobretot com a institució al servei del federalisme.

3. De fet, i per ser més exactes, s'ha de dir que el control judicial es connectà sobretot amb la preocupació per assegurar que els Estats no usurpessin les competències de la Federació. Els pares de la Constitució americana, quan contemplaven l'estructura política que havien dibuixat, no tenien gaire confiança en la capacitat de la Federació de fer respectar els seus poders davant les pressions dels estats membres. A l'article núm. 46 dels *Federalist Papers*, per exemple, Madison argumenta que els estats gaudeixen de nombrosos mitjans per resistir les invasions del poder federal, i manifesta la seva preocupació perquè la Federació no pugui exercitar plenament les seves competències a fi i efecte de protegir els interessos nacionals. El control judicial de la constitucionalitat és vist segurament, abans que res, com un dels instruments per assegurar que la Federació vegi respectada la seva esfera de competències.

Aquest punt de vista va ser expressat pel jutge Oliver Wendell Holmes més d'un segle després en un *dictum* molt famós:

14. *The Federalist Papers*, núm. 39. (Les rodones són meves).

15. Robert Burt, a *The Constitution in Conflict*, Belknap Press, Cambridge, Mass. (1992), suggereix una teoria constitucional lleial a la intuïció de Madison que la garantia dels drets es troba en un determinat disseny i pràctica del procés polític que obligui els grups enfrontats a trobar solucions de consens, més que en l'existència d'un tercer (com ara un tribunal) que imposi unilateralment una decisió determinada. La funció del Tribunal Suprem és, segons Burt, la de motivar les parts en conflicte a harmonitzar els punts de vista en tensió i la de garantir que cap de les parts no sigui marginada d'aquest procés d'acomodació. El llibre del professor Burt conté referències històriques molt interessants que mostren que als inicis del constitucionalisme nord-americà no s'esperava que el Tribunal Suprem adquirís el protagonisme que actualment té en matèria de drets individuals. Burt mostra les diferències entre l'esperit d'equilibri de Madison i l'esperit de Hamilton, més partidari aquest últim (com es reflecteix al núm. 78 dels *Federalist Papers*) que el poder judicial actués d'àrbitre suprem per dirimir amb caràcter inapel·lable les controvèrsies polítiques en matèria de drets individuals.

«I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several States.»¹⁶

Aquesta confiança en la capacitat del procés polític, considerat globalment, de respectar les competències estatals va portar a una pràctica judicial de gran deferència en relació amb les lleis federals impugnades per no respectar la distribució de competències feta a la Constitució. Ara bé, en la història de la jurisprudència del Tribunal Suprem americà hi ha períodes de major activisme en contra de les lleis federals. Serà interessant que examinem a grans trets l'evolució d'aquesta jurisprudència durant el segle XX, ja que ens il·lustrarà la correlació existent entre el grau de deferència judicial i l'estructura i funcionament del sistema polític com un tot. En especial, em referiré a la jurisprudència del Tribunal Suprem amb relació a la clàusula de comerç, no solament perquè mostra la rellevància del problema de la deferència judicial, sinó també perquè molt recentment (l'any 1995) el Tribunal Suprem ha dictat una important sentència que val la pena considerar.

4. L'inici del segle XX va mostrar fins a quin punt la justícia constitucional podia utilitzar-se per invalidar importantíssimes lleis aprovades pel Congrés federal. Un dels moments més crítics es va produir quan parts importants del programa del *New Deal* de F. D. Roosevelt van ser invalidades pel Tribunal Suprem nord-americà amb l'argument que comportaven una invasió de les competències pròpies dels estats.¹⁷ La història moderna de la jurisprudència americana sobre la clàusula de comerç comença una vegada passada aquesta crisi constitucional. Des de 1936 fins a 1976, el Tribunal Suprem no va ser receptiu a la idea de protegir judicialment l'autonomia dels estats enfront de les lleis de la Federació.¹⁸ El Tribunal tractava amb absoluta deferència la utilització que la Federació feia de la clàusula de comerç. L'any 1976, però, en el cas *National League of Cities v. Usery*,¹⁹ el Tribunal Suprem va canviar de tendència en declarar inconstitucional una llei federal en la mesura que estenia les normes laborals sobre salaris mínims i jornada de treball al personal al servei de les administracions estatals i locals. El raonament del Tribunal va ser que aquesta extensió de les normes federals interferia en funcions governamentals tradicionals dels estats. El jutge Brennan, juntament amb els jutges White i Marshall, va discrepar: per a Brennan, el Tribunal havia ignorat principis d'interpretació constitucional sòlidament assentats des

16. O.W.Holmes, *Collected Legal Papers*, 295 (1920).

17. Així, el Tribunal Suprem va considerar inconstitucionals per excedir de la «clàusula de comerç» una llei de 1935 que regulava els preus i els salaris en el sector de les mines de carbó (*Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936)), una llei que regulava la jubilació en el sector dels ferrocarrils (*Railroad Retirement Bd. v. Alton R.R.*, 295 U.S. 330 (1935)) i unes lleis laborals que afectaven el mercat de pollastres de Nova York (*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)).

18. En general, en les darreres dècades l'objecte principal d'atenció tant de la jurisprudència del Tribunal Suprem com de la doctrina nord-americana ha estat els drets fonamentals i no el federalisme. Així, els llibres de casos (*Casebooks*) de dret constitucional nord-americà normalment dediquen només un 15% del seu contingut al tema del federalisme, i un dels llibres més utilitzats a les universitats nord-americanes només hi dedica un 7% del seu contingut. En canvi, fa quatre dècades, la part dedicada al federalisme en els llibres de casos era normalment del 48%. Vegeu David E. Engdahl, *Constitutional Federalism*, West Publishing Company (1987), pàg. 3.

19. 426 U.S. 833 (1976).

del temps del jutge John Marshall, segons el qual la Constitució americana confia en el mateix procés polític, i no en el judicial, per fer efectius els límits a l'exercici pel Congrés federal de la seva competència sobre el comerç interestatal.

No obstant això, després d'aquesta Sentència, el Tribunal Suprem en general va desestimar pretensions contra lleis federals que els demandants consideraven inconstitucionals a la llum del criteri establert a la sentència *National League of Cities v. Usery*. Al final, l'any 1985, en l'important cas *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*,²⁰ el Tribunal Suprem va revocar *National League of Cities* i, en definitiva, va declarar que no eren «justiciables» les qüestions relatives a si l'àmbit de sobirania dels estats membres havia estat envaït per una llei federal dictada en exercici de la clàusula de comerç. El Tribunal Suprem va dir que la protecció de l'esfera de sobirania dels estats es troba en el mateix procés polític, sense que sigui necessària la protecció judicial:

«[...] *the principal means chosen by the Framers to ensure the role of the States in the federal system lies in the structure of the Federal Government itself. It is no novelty to observe that the composition of the Federal Government was designed in large part to protect the States from overreaching by Congress [...] In short, the Framers chose to rely on a federal system in which special restraints on federal power over the States inhered principally in the workings of the National Government itself, rather than in discrete limitations on the objects of federal authority. State sovereign interests, then, are more properly protected by procedural safeguards inherent in the structure of the federal system than by judicially created limitations on federal power.*»

Molt plàsticament, el Tribunal va dir que *National League of Cities* «va intentar reparar allò que no necessitava reparació»: el procés polític nacional està ja suficientment ben dissenyat per protegir la sobirania dels estats enfront de l'exercici federal de la clàusula de comerç. Amb això, el Tribunal es feia ressò de la posició defensada en un primer moment per Weschler²¹ i més tard per Jesse Choper.²²

Quatre jutges van dissentir de la sentència: Powell, Burger, Rehnquist i O'Connor. El vot particular de Powell mereix una atenció especial. Powell va argumentar que era falsa la premissa fàctica sobre la qual descansava la decisió del Tribunal: avui, diu Powell, el Congrés federal dels Estats Units és insensible a l'autonomia estatal i local. Segons Powell, aquesta insensibilitat és el resultat de certs factors, com ara el canvi produït per l'esmena disset (que va establir l'elecció directa dels senadors), el debilitament dels partits polítics d'àmbit local, el sorgiment dels mitjans de comunicació nacionals i l'enorme influència que exerceixen sobre la legislació els grups de pressió nacionals. A més, el fet que el Congrés, en general, no hagi transgredit els límits competencials que la Constitució estableix no implica que el control judicial sigui innecessari en aquells casos excepcionals on sí que els transgredeix. La posició del

20. 469 U.S. 528 (1985).

21. Weschler, «The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government», *54 Columbia Law Review*, 543 (1954).

22. J. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*, University of Chicago Press (1980). El capítol quart d'aquesta obra es titula «The Scope of National Power vis-à-vis the States. The Dispensability of Judicial Review». Una tesi similar, encara que més matisada, és la que defensa Michael Perry a *The Constitution, the Courts and Human Rights*, Yale University Press, New Haven (1982), pàg. 37-49.

Tribunal comporta, segons Powell, ignorar l'esmena deu de la Constitució americana, segons la qual els poders que la Constitució no ha delegat al govern federal romanen en mans dels estats membres. Aquesta esmena es va introduir precisament per evitar que l'enfortiment del poder federal arribés a anul·lar l'autonomia política dels estats. L'efecte de la Sentència és, segons Powell, anul·lar aquesta autonomia política que l'esmena deu pretenia protegir. Per últim, diu Powell, l'ideal democràtic es realitza millor als nivells locals i estatals que al nivell nacional, la qual cosa constitueix una raó per assegurar que certes matèries siguin regulades pels estats i no pel Congrés federal en exercici de la clàusula de comerç.

L'any 1992, però, el Tribunal Suprem nord-americà va dictar una sentència que mina l'autoritat del precedent *Garcia*. Es tracta de *New York v. United States*.²³ En aquest cas, per sis vots contra tres, el Tribunal Suprem invalida un precepte d'una llei federal de 1985 en matèria de residus radioactius per considerar que atempta contra prerrogatives que són pròpies dels estats. La jutgessa O'Connor, en nom de la majoria, considera que no és necessari reconsiderar el precedent *Garcia*, i distingeix aquest precedent (en el qual s'examinava una llei que afectava tant els particulars com els estats) del cas en litigi (on s'examina una llei que afecta exclusivament els estats com a tals). Segons la jutgessa, la Llei és inconstitucional perquè obliga els estats a regular una matèria d'acord amb les instruccions del Congrés federal, i converteix així els estats en agències administratives de la Federació. Un dels arguments de la Sentència és que quan una llei federal obliga els estats a regular una matèria segons les instruccions federals, es corre el risc que es debiliti la responsabilitat política tant de les autoritats federals com de les estatals: al ciutadà, se li fa difícil identificar quina autoritat és la responsable de les polítiques dutes a terme.

La Sentència conté un vot particular del jutge White, en el qual acusa la majoria d'ignorar el destacat paper que els líders estatals van tenir en el procediment d'elaboració de la Llei federal en qüestió. I critica la distinció que fa la jutgessa O'Connor (la distinció entre lleis federals d'aplicació general i lleis federals dirigides exclusivament als estats) com un subterfugi per evitar les conseqüències del precedent *Garcia*.

Encara que el precedent *Garcia* no va ser formalment revocat, la Sentència *New York* va neutralitzar part de la seva força. De tota manera, no s'esperaven canvis importants en la doctrina jurisprudencial.²⁴ Però més recentment, el Tribunal Suprem ha dictat una Sentència que pot tenir un impacte més general i important en tot el que fa referència a la clàusula de comerç com a font de competències federals. Em refereixo a la Sentència del cas *United States v. Lopez*.²⁵

En el cas *Lopez*, el Tribunal ha reafirmat de manera definitiva el seu poder d'invalidar les lleis federals que excedeixen la competència que la clàusula de comerç atribueix al Congrés federal. En aquest cas, el Tribunal invalida una llei federal de 1990 (el «*Gun-Free School Zones Act*») que castigava la possessió d'armes de foc a les escoles, o prop de les escoles. El Tribunal, per cinc vots contra quatre, considera que l'activitat regulada per la Llei no té una connexió substancial amb el comerç interestatal i que, per tant, la regulació excedeix la competència atorgada al Congrés federal a la clàusula

23. 505 U.S. 144 (1992).

24. Un comentari crític de la Sentència *New York* es pot trobar a «The Supreme Court, 1992 Term; Leading Cases», 106 *Harvard Law Review*, 173 (1992).

25. 115 S.Ct. 1624 (1995).

de comerç. (S'ha de tenir en compte que més de quaranta estats han dictat lleis similars a la federal.) La Sentència, de la qual és ponent Rehnquist, i a la qual s'adhereixen O'Connor, Scalia, Kennedy i Thomas, comença recordant que el Tribunal, de manera reiterada, ha declarat des de *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*²⁶ que els tribunals han de verificar si existeix o no una «base racional» (*rational basis*) per poder afirmar que una determinada activitat regulada per una llei federal afecta substancialment el comerç interestatal. Si no existeix aquesta base racional, la llei s'ha d'invalidar. En aquest cas, la Llei en qüestió no passa aquest test. Si es considerés que la llei passa el test, llavors, diu Rehnquist a la Sentència, hi hauria tantes lleis federals que també el passarien que la conseqüència seria la creació d'un Estat completament centralitzat i es posaria fi al federalisme.

Els vots particulars van construir-se sobre arguments diversos. El vot de Stevens és breu: considera que les armes de foc són resultat d'una activitat comercial i que, per tant, el Congrés federal pot regular aquesta activitat sobre la base de prohibir la possessió d'armes de foc a qualsevol lloc. El vot de Souter descansa en un argument diferent: per tal d'evitar un excés de discrecionalitat judicial a l'hora de valorar els arguments que dóna el legislador per justificar la connexió entre una activitat regulada i el comerç interestatal, el Tribunal no hauria d'abandonar la pràctica judicial seguida des dels anys trenta consistent a tractar amb gran deferència el judici del legislador en aquesta àrea. Finalment, el jutge Breyer, amb l'adhesió de Stevens, Souter i Ginsburg, formula un vot particular que mostra el grau de subtilitat amb la qual es planteja sovint als Estats Units el problema de la deferència al legislador. Segons Breyer, la qüestió que el Tribunal ha de resoldre no és si l'activitat regulada afecta substancialment el comerç interestatal, sinó si el Congrés federal podia tenir alguna base racional per concloure que és així. El test incorpora un alt grau de deferència en favor del legislador. De fet, Breyer considera que, a la Sentència de la qual discrepa, Rehnquist mateix diu que el test és el de la mera «base racional». El que critica és que, en realitat, Rehnquist hagi aplicat un test molt més exigent. Basant-se en una llista de 166 documents amb informació empírica sobre les relacions entre les armes de foc, l'educació i el comerç interestatal, Breyer afirma que el Congrés podia racionalment concloure que l'activitat regulada (possessió d'armes a les escoles) tenia una connexió suficient amb el comerç interestatal.

La Sentència *Lopez* ha estat objecte de molts comentaris, tant entre la doctrina especialitzada com entre l'opinió pública. El que és significatiu de la Sentència és que el Tribunal, sense apartar-se oficialment del test tradicional del *rational basis*, no conclou amb una decisió favorable a la llei, com fins ara era la pràctica habitual, sinó amb una decisió invalidatòria. No és clar si la Sentència del cas *Lopez* és simplement un avís al Congrés perquè es prengui més seriosament les habituals invocacions que de manera rutinària fa a la clàusula de comerç com a títol competencial per regular les més diverses activitats, o si, per contra, és l'anunci d'una nova època jurisprudencial en la qual el Tribunal aplicarà un test més estricte en revisar les lleis federals fonamentades en la clàusula de comerç, posant així fi a un període de deferència i passivitat judicial en aquest sector.²⁷

26. 301 U.S. 1 (1937).

27. Una descripció i comentari d'aquesta Sentència es pot trobar a «The Supreme Court, 1994 Term; Leading Cases», 109 *Harvard Law Review*, 111-21 (1995). Al mateix número d'aquesta revista s'inclou un article de Charles Fried («Foreword: Revolutions?») que, entre d'altres coses, comenta favorablement la Sentència referida (pàg. 34-45).

5. La jurisprudència americana entorn de la clàusula de comerç exemplifica la rellevància que pot adquirir a la pràctica la qüestió del grau de deferència amb la qual els tribunals haurien de revisar la legislació, i també la necessitat de tenir en compte l'estructura global del procés polític per tal de mesurar quin hauria de ser aquest grau de deferència. A la Sentència *Garcia* (i en el vot particular del jutge White a la Sentència *New York*) es manifesten clarament aquestes consideracions estructurals a l'efecte de determinar fins a quin punt, i amb quina intensitat, és necessària la intervenció judicial per tal d'assegurar el respecte a una determinada norma constitucional. Les discrepàncies entre els diferents jutges a la Sentència *Lopez* també deriven parcialment, encara que de manera implícita, de diverses concepcions, no solament sobre el paper que correspon al Congrés federal, sinó també sobre el grau de confiança que es pot tenir en la capacitat del Congrés federal d'apreciar correctament els límits constitucionals dels seus poders.²⁸

6. Aquesta referència a la perspectiva i doctrina americanes ens inviten a considerar qüestions anàlogues en relació amb sistema autonòmic espanyol. En el cas d'Espanya, ¿podem dir que l'estructura i el funcionament del procés polític espanyol en la seva globalitat són suficientment adequats per justificar una posició deferent o passiva per part del Tribunal Constitucional davant de lleis estatals impugnades per atemptar contra les competències autonòmiques? Sense poder aquí entrar a analitzar amb exhaustivitat aquesta qüestió, crec que podem constatar entre la doctrina constitucional i les mateixes forces polítiques un important consens d'opinió en el sentit que el Senat espanyol no funciona adequadament com a cambra de representació territorial. Per això es parla constantment, i ara amb més intensitat, de la necessitat de reformar-lo. No sembla, per tant, que ara per ara pugui confiar-se gaire en el Senat com a fòrum polític en el qual les comunitats autònomes trobin una protecció suficient de les seves competències. I, per això, no es poden importar automàticament dels Estats Units doctrines judicials que tenen sentit en un context institucional diferent de l'espanyol. En aquest sentit, encara que sigui imprescindible aprofundir en els mecanismes de l'anomenat «federalisme cooperatiu» per tal d'evitar la litigiositat constitucional, és igualment imprescindible posar èmfasi en el paper del Tribunal Constitucional espanyol com a garant de l'esfera de competències autonòmiques constitucionalment reco-

28. Val la pena recordar que aquest punt de vista «funcionalista» o «processalista» és defensat per certs teòrics nord-americans amb caràcter més general. Així, com hem vist, l'obra d'Ely és un dels màxims exponents d'aquesta perspectiva funcionalista. Encara que el Tribunal Suprem no reconeix explícitament la connexió entre la teoria d'Ely i la sentència *Garcia*, és interessant d'observar que a la Sentència *South Carolina v. Baker* (485 U.S. 505 (1988)) el Tribunal, seguint el precedent *Garcia*, afirma que l'Estat de Carolina del Sud va poder participar amb igualtat de condicions en el procés polític que va dur a la promulgació de la Llei federal qüestionada, i que per tant no hi ha raó per pensar que el procés polític va ignorar els seus interessos autonòmics. El Tribunal cita com a argument la nota a peu de pàgina número quatre del cas *Caroline Products* (304 U.S. 144 (1938)), justament la famosa nota sobre la qual Ely construeix tota la seva teoria. De fet, aquesta manera «funcionalista» o «processalista» d'aproximar-se a les qüestions jurídiques té certa influència als Estats Units, especialment des que H. Hart i A. Sacks van fundar a Harvard el corrent anomenat «Legal Process School». Sobre aquest corrent, Ely («Another such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World where Courts are no different from Legislators», 77 *Virginia Law Review*, 833 (1991)) diu, amb ironia: «I never took the course on *Legal Process*. Indeed the idea that appointed and life-tenured judges should behave differently from elected officials had always seemed so evidently correct that it took me a long time to understand that it even had a label, let alone an entire "school" named after it.»

negudes. És més, pot sostenir-se, com ha fet el professor i magistrat del Tribunal Constitucional Carles Viver i Pi-Sunyer, que els mecanismes del federalisme cooperatiu en l'exercici de les competències han de subordinar-se al respecte d'uns criteris objectius que fixin prèviament qui té la titularitat competencial sobre les diferents matèries. És així necessari mantenir certs aspectes del «federalisme dual» per tal d'evitar que les competències autonòmiques es vegin buidades a la pràctica per exigències del federalisme cooperatiu.²⁹ Per a Carles Viver, no es pot delegar al Senat la tasca, suposadament política i no jurídica, de delimitar la distribució competencial. Això comportaria molta incertesa jurídica i una greu claudicació del dret enfront de la realitat política:

«[...] si la doctrina jurisprudencial y científica renuncian a la construcción de criterios objetivos y generalizables de delimitación competencial y remiten en bloque toda la tarea al Senado para que sea éste quien defina las competencias de forma libre e incontrolable, la inseguridad jurídica continuará, el Senado ocupará una posición supraconstitucional y el Derecho renunciará a la regulación de la distribución territorial del poder.»³⁰

Carles Viver menciona expressament la Sentència *Garcia*, i diu que la tesi d'aquesta Sentència no es pot aplicar mecànicament a Espanya, com se sol fer amb excessiva freqüència, perquè el sistema de distribució competencial americà (distribució per fins abstractes) és totalment diferent de l'espanyol (distribució per matèries i poders taxats de manera notablement detallista).

Comparteixo aquesta posició del professor Carles Viver. La tesi del Tribunal Suprem americà en la Sentència *Garcia* es basa en unes premisses sobre l'estructura i funcionament del procés polític que no es donen en el cas espanyol. Crec que, de moment, el paper del Tribunal Constitucional com a protector de l'àmbit de competències autonòmiques ha de ser, en comparació amb el cas americà, molt més intens i que la deferència envers el legislador estatal no pot ser, en aquest punt, tan alta com la que ha mostrat durant les darreres dècades el Tribunal Suprem americà envers el legislador federal.

VI. Segona tesi: el federalisme com a element de problematització de la representació política

1. El federalisme contribueix a fer problemàtica la qüestió de qui representa el poble. Mentre que en un Estat centralista de règim parlamentari, un Parlament elegit per sufragi universal pot erigir-se amb facilitat com a representant del poble, ja que no hi ha un altre òrgan de l'Estat que pugui reivindicar ser també un representant del poble i qüestionar així el monopoli de representació que el Parlament pretén, en un Estat federal, en canvi, l'existència d'una pluralitat d'assemblees legislatives elegides democràticament dificulta que una d'elles pugui pretendre amb èxit erigir-se com «el» representant del poble per excel·lència i arribar a identificar-s'hi.

29. Carles Viver i Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona (1989), pàg. 29-33.

30. Carles Viver i Pi-Sunyer, «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25 (1989), pàg. 91.

2. La Constitució dels Estats Units distribueix la representació popular entre diversos òrgans. En primer lloc, el poder legislatiu es distribueix entre la Federació i els estats, i es permet així que el poble tingui representants tant a nivell estatal com a nivell federal. En segon lloc, dins del nivell federal, la Constitució institueix tres òrgans (Cambra de Representants, Senat i President) que, per la forma de designació, tenen caràcter representatiu. Aquest sistema de *checks and balances* evita que cap òrgan adquireixi un domini absolut sobre els altres.

3. S'ha discutit quina era la finalitat última que els pares de la Constitució nord-americana perseguïen amb la introducció d'aquest sistema de *checks and balances*. Per als uns, es tractava d'evitar la tirania de la majoria. Per a d'altres, es tractava d'enfortir la sobirania del poble. Si s'ha de jutjar pels escrits dels principals autors de la Constitució, la por a la «tirania de les majories» populars era el motiu que més intensament els va impulsar a adoptar el sistema de *checks and balances*. La finalitat del sistema era, doncs, antimajoritària. Així, els números 47 a 51 dels *Federalist Papers* són una reflexió de Madison entorn dels mecanismes previstos a la Constitució per atenuar el poder de les majories i de les assemblees legislatives. Un d'aquests mecanismes és, precisament, el federalisme. No obstant això, els pares de la Constitució eren conscients del valor que des de la Revolució Americana s'havia atorgat al principi de sobirania popular. Així, els *Federalist Papers* invoquen amb freqüència el principi segons el qual en una república el poble és sobirà. Són aquestes invocacions pura retòrica per ocultar el caràcter antimajoritari dels mecanismes establerts a la Constitució?

Així ho creuen certs autors. Gordon S. Wood, per exemple, creu que en realitat la Constitució federal pretenia controlar les forces democratitzadores que la Revolució havia desencadenat:

«Considering the Federalist desire for a high-toned government filled with better sorts of people, there is something decidedly disingenuous about the democratic radicalism of their arguments, their continual emphasis on the popular character of the Constitution, their manipulation of Whig maxims, their stressing of the representational nature of all parts of the government, including the greatly strengthened executive and Senate. In effect they appropriated and exploited the language that more rightfully belonged to their opponents [...] By attempting to confront and retard the thrust of the Revolution with the rhetoric of the Revolution, the Federalists fixed the terms for the future discussion of American politics. They thus brought the ideology of the Revolution to consummation and created a distinctly American political theory but only at the cost of eventually impoverishing later American political thought.»³¹

Altres autors discrepen d'aquest punt de vista. Bruce Ackerman, per exemple, considera que la finalitat del sistema constitucional no era restringir la sobirania popular, sinó establir un sistema polític on aquesta sobirania fos efectivament respectada. Per a Ackerman, com hem vist, una de les virtuts del sistema constitucional nord-americà de *checks and balances* és que permet realitzar el que ell denomina «democràcia dualista» (*dualist democracy*). A la democràcia dualista el poble actua en certs moments

31. Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, W.W. Norton & Company, New York (1969), pàg. 562.

extraordinaris de mobilització i deliberació pública (*constitutional moments*). En aquests moments actua la seva voluntat sobirana i l'expressa en forma constitucional. Passats aquests moments extraordinaris, vénen moments de relativa apatia política (*normal politics*), on els polítics elegits per sufragi no poden pretendre tenir un mandat del poble per canviar les normes constitucionals bàsiques per les quals el poble es va mobilitzar en un moment constitucional. El risc és, doncs, que en temps de política normal els representants confonguin la seva voluntat amb la del poble i erosionin així les normes constitucionals que sí que expressen la voluntat popular.

Un dels mecanismes establerts a la Constitució nord-americana per evitar aquesta confusió, explica Ackerman, és el sistema dels *checks and balances* (la separació de poders i el federalisme). L'existència d'una pluralitat d'òrgans, tots ells elegits pel poble, problematitza la representació i permet mantenir la distància crítica —com en el teatre de Bertolt Brecht— davant de qui pretén erigir-se com «el» representant del poble:

«There can be no hope of capturing the living reality of popular sovereignty during normal politics. The text [of the Constitution] does not aim for phony realism by allowing you to suppose that Congress is the People. It provides a picture of government which obviously asserts that Congress is merely a «representation» of the People, not the real thing itself.

«And what better way to do this than by proliferating the number and kind of «representative» institutions within the constitutional ensemble? [...]

«Federalism is another powerful technique for problematizing representation [...] By multiplying perspectives, Publius deflates claims of normal officials sitting either in Washington or in the states to speak for the People. Each official effort is just one of a number of competing representations.»³²

Problematitzada així la representació, la institució de la justícia constitucional deixa de ser el que Bickel creia que era: una anomalia dins l'ordre constitucional democràtic. La funció dels jutges constitucionals és, segons Ackerman, la de *preservar* els principis expressius d'un moment de política constitucional enfront del risc d'erosió per part dels representants del poble en temps de política normal.

Ackerman contrasta el sistema presidencialista i federal nord-americà amb el sistema parlamentari anglès, i mostra com el primer problematitza el caràcter representatiu del Congrés federal, mentre que el segon invita a identificar el Parlament amb el poble. El primer porta a insistir que la sobirania la té el poble, mentre que el segon porta a predicar la sobirania del mateix Parlament.

4. Sense poder entrar en la polèmica sobre si el sistema federal —com a element dins del sistema més ampli de *checks and balances*— dificulta o no l'exercici pel poble de la seva sobirania, crec que Ackerman té raó quan assenyala que la conseqüència del sistema federal i presidencialista nord-americà és que es problematitza la representació política durant el que ell anomena *normal politics*. Aquesta problematització, crec jo, porta com a conseqüència que no és tan dramàtic per a la democràcia (o, potser, que no es percep com a tan dramàtic) el fet que un jutge invalidi una llei. Si el federalisme

32. Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1991), pàg. 184-85.

dificulta que algú aconseguixi el monopoli de la representació popular, l'establiment d'un sistema de justícia constitucional es fa més acceptable psicològicament en un règim federal: la invalidació d'una llei no es confon tan fàcilment amb la invalidació de la voluntat popular.

5. Aquesta reflexió d'Ackerman sobre el caràcter problematitzador del federalisme, és interessant d'explorar-la en el context espanyol. A Espanya es produeix també una certa forma de *checks and balances* vertical, com en el federalisme americà: el poder legislatiu es distribueix entre el Parlament general i els parlaments autonòmics, tots ells elegits pel poble. Ara bé, aquesta pluralitat d'òrgans representatius, ¿ha evitat la identificació psicològica d'un determinat òrgan —les Corts Generals— amb el poble espanyol? No sembla que això sigui així. El sistema constitucional espanyol de distribució horitzontal i vertical del poder no ha arribat a problematitzar la representació fins al punt en què ho ha fet el sistema americà. De fet, el mateix text constitucional (article 66.1) sembla atorgar a les Corts Generals el monopoli de l'expressió de la «sobirania», en configurar les Corts Generals com a «representants del poble espanyol», en qui resideix la «sobirania nacional», segons l'article 1.2. L'afirmació del Tribunal Constitucional (STC 4/1981) que les comunitats autònomes no expressen «sobirania», sinó només «autonomia», és segurament un símptoma d'aquesta manca de problematització del fenomen representatiu. El sobirà és a Espanya el poble espanyol, com als Estats Units ho és el poble americà.³³ Però quins òrgans expressen, dins del marc constitucional (és a dir, durant la vigència de la «*normal politics*»), la voluntat del sobirà? Als Estats Units la resposta és complexa: una pluralitat d'òrgans, tant a nivell federal com estatal, en interacció i tensió recíproca i constant. Tots ells expressen (i cap d'ells per si sol expressa) la sobirania. A Espanya tendim a donar una resposta més senzilla: un òrgan determinat, les Corts Generals, expressa la voluntat del poble sobirà. I per això, per aquesta tendència a identificar un sol òrgan com a representat del poble espanyol, tendim a oblidar el caràcter problemàtic de la representació política i, en conseqüència, a contemplar com a esdeveniment extraordinari el fet que el Tribunal Constitucional invalidi una llei aprovada per les Corts Generals.³⁴

Potser la teoria clàssica que veu com a nota essencial de la sobirania la indivisibilitat explica el rebuig a la idea que els parlaments autonòmics participen amb les Corts Generals en l'expressió de la sobirania popular. Però una cosa és que la sobirania sigui indivisible i l'altra, que no es pugui dividir entre una pluralitat d'òrgans l'exercici, en nom del sobirà, de les potestats que configuren la sobirania. Als Estats Units, potser per una tradició política més pragmàtica i menys preocupada pel rigor teòric dels conceptes que la pràctica va decantant,³⁵ no hi ha hagut inconvenient a entendre que

33. La tesi segons la qual és el poble espanyol el subjecte sobirà i, per tant, el titular del poder constituent, està ben defensada per Francisco Tomás y Valiente a *Sobirania y autonomía en la Segunda República y en la Constitución de 1978* (Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1996).

34. Així, a la STC 53/85, d'11 d'abril (cas de l'avortament), el magistrat Díez-Picazo parla del poder legislatiu com aquell «en quien encarna la representación de la soberanía popular». I el magistrat Rubio Llorente diu molt expressivament: «Los valores que inspiran un precepto [constitucional] concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone.»

35. El contrast entre les tradicions polítiques angloamericana (empírica) i europea-continental (racionalista) és descrit amb agudeses per Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited* (Chatham House Publishers, New Jersey, 1987), pàg. 48 i seg.

l'expressió de la sobirania popular és *compartida* entre la Federació i els estats. També a Espanya es podria visualitzar l'obra dels legisladors autonòmics com una participació en l'expressió de la sobirania popular.³⁶

Sigui com sigui, i sense poder entrar en una qüestió tan complexa com la relativa a la sobirania, crec que és interessant posar en relleu que la Constitució espanyola no ha portat fins ara a problematitzar la representació popular en el mateix grau en què (seguint Ackerman) podem considerar que ho ha fet la Constitució nord-americana.

VII. Tercera tesi: el federalisme com a element per contribuir a la cooperació entre jutges i legisladors en la definició de drets i valors constitucionals

1. El federalisme té una incidència important en el procés d'interpretació constitucional. Un dels problemes fonamentals que planteja la interpretació constitucional és que algunes de les clàusules constitucionals objecte d'interpretació fan referència a valors abstractes la concreció dels quals és molt controvertida. En especial, aquest és el cas de les clàusules que reconeixen drets fonamentals: dret a la igualtat, al procés degut, a la dignitat, al lliure desenvolupament de la personalitat, etc. En la interpretació d'aquestes clàusules es corre el risc que en definitiva les conviccions morals dels jutges acabin prevalent per sobre de les conviccions majoritàries de la societat.

El federalisme pot contribuir a pal·liar el possible conflicte que, en matèria de drets fonamentals, pot produir-se entre les conviccions expressades pels òrgans polítics representatius i les conviccions expressades pels òrgans judicials. El federalisme viu en una tensió dinàmica entre el principi d'unitat i el principi de diversitat. Aquesta dinàmica pot traduir-se en un model de justícia constitucional que, en comptes de destacar la superioritat interpretativa dels jutges constitucionals, inviti a un diàleg interpretatiu entre jutges constitucionals i legisladors estatals per tal d'esbrinar conjuntament quin és el contingut i quins són els límits dels drets fonamentals reconeguts a la Constitució.

2. En efecte, un dels problemes de l'Estat federal és el de la tensió entre les forces centrífugues i les centrípetes, entre el principi d'autonomia política dels estats federats i el principi d'integració, entre la diversitat i la unitat. Aquesta tensió es reflecteix en la declaració de drets fonamentals. D'una banda, la declaració de drets és un element d'integració. Cada ciutadà de la Federació participa en el gaudiment d'un patrimoni de drets que és comú a tots els ciutadans, i que pot fer valer en qualsevol part del territori de la Federació. El comú gaudiment d'uns mateixos drets dóna així substància i contingut a la unió estatal. Però, d'altra banda, la declaració de drets no pot servir per cancel·lar l'autonomia que cadascun dels estats membres té per configurar lliurement la vida col·lectiva dels seus ciutadans.

Aquesta tensió pot generar un model d'interpretació de la declaració de drets que podríem anomenar «model dialogal». En aquest model el jutge constitucional no defineix unilateralment els drets fonamentals, sinó que ho fa en diàleg amb els legisladors

36. Així, segons Eliseo Aja (*Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. 1, Institut d'Estudis Autonòmics, 1990, pàg. 97), en l'àmbit del federalisme la distinció entre «autonomia» i «sobirania» dels poders dels Estats membres és una distinció purament nominal.

estats. Es produeix un col·loqui entre el jutge constitucional i els diferents legisladors estats per anar definint gradualment i de manera conjunta quin és el contingut dels drets fonamentals i quines són les restriccions que poden imposar-se a aquests drets. El jutge constitucional el que fa és, en gran mesura, articular com a principis constitucionals d'àmbit nacional el conjunt de principis entorn dels quals els diversos legisladors estats han anat coincidint.

3. L'estructura federal del Estats Units ha permès el desenvolupament d'una pràctica interpretativa que segueix en part aquest model dialogal. Als Estats Units, on ni la llengua, ni la raça, ni la religió, ni l'ètnia són elements constitutius de la ciutadania, el paper integrador dels drets fonamentals és crucial. La ciutadania nord-americana rau, en gran part, en el fet que certs drets es reconeguin a tots els ciutadans sigui quin sigui el territori on es trobin. Els drets són així un element insubstituïble d'integració. En aquest sentit, Dworkin ha escrit:

«The United States is a nation of continental size, covering many very different and very large regions, and it is pluralist in almost every possible aspect: racial, ethnic and cultural. In such a nation, individual rights, to the extent they are recognized and actually enforced, offer the only possibility of genuine community in which all individuals participate as equals. The United States can be a national community, moreover, only if the most fundamental rights are national, too, only if the most important principles of freedom recognized in some parts of the country are honored in all others as well.»³⁷

I per això, segons Dworkin, és necessari als Estats Units que la controvèrsia de l'avortament, per exemple, tingui un tractament constitucional unitari a través de la jurisprudència del Tribunal Suprem.

Però, d'altra banda, els estats gaudeixen d'importants àmbits d'autonomia política per tal de configurar la vida col·lectiva d'acord amb els principis i les regles que gaudeixin del suport democràtic de la seva població.

Doncs bé, precisament per aquesta tensió entre integració i diversitat en matèria de drets fonamentals, el federalisme nord-americà ha generat una dinàmica de cooperació interpretativa entre els legisladors estats i el Tribunal Suprem federal. Aquesta interpretació «coordinada» (Louis Fischer)³⁸ o «dialogica» (Barry Friedman),³⁹ en la qual ningú no té l'última paraula (Stephen Macedo),⁴⁰ es pot il·lustrar amb alguns exemples concrets⁴¹ de la jurisprudència del Tribunal Suprem nord-americà.

37. Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf, New York (1993), pàg. 61. Aquesta funció integradora dels drets ja va ser destacada a Europa per Rudolf Smend. A *Constitución y Derecho Constitucional*, publicat l'any 1928, Smend escriu: «el catálogo de los derechos fundamentales [...] pretende regular, por una parte, un sistema de valores, de bienes, un sistema cultural, y por otra, lo regula en tanto que sistema nacional, es decir, el sistema de todos los alemanes, el cual afirma el carácter nacional de valores más generales, y confiere con ello a los miembros de ese Estado de distintas nacionalidades un status material único. Gracias a este status se convierten en un pueblo, con respecto a sí mismos y frente a otros pueblos» (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pàg. 230-231).

38. Louis Fischer, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, Princeton (1988), pàg. 200-230.

39. *Supra*, nota 2.

40. Stephen Macedo, *Liberal Virtues*, Clarendon Press, Oxford (1991), pàg. 132.

41. Per a una reflexió entorn d'aquests i altres exemples, vegeu Friedman, *supra*, nota 2.

Així, l'any 1968 el Tribunal Suprem va establir en el cas *Duncan v. Louisiana* que el dret al jurat en tot tipus de procés penal és un dret constitucional que tots els estats han de respectar. El Tribunal estenia així l'àmbit de protecció del dret al jurat, que, de ser un dret que la Constitució federal només imposava explícitament a la Federació, passava —via esmena catorze— a ser un dret vinculant per a tots els estats. Un dels arguments del Tribunal era que hi havia un altíssim consens entre el estats a favor de reconèixer el dret al jurat en diversos processos penals:

*«Jury trial continues to receive strong support. The laws of every State guarantee a right to jury trial in serious criminal cases; no State has dispensed with it; nor are there significant movements underway to do so. Indeed, the three most recent state constitutional revisions [...] carefully preserved the right of the accused to have the judgment of a jury when tried for a serious crime.»*⁴²

La decisió del Tribunal Suprem certament restringia les possibilitats d'actuació dels legisladors estatals, ja que la incorporació als estats (via esmena catorze) del dret al jurat *tal com està reconegut a la sisena esmena* obligava alguns estats a modificar la seva regulació del jurat per tal d'estendre'l a nous tipus de processos penals. Però la decisió del Tribunal es basava, en part, en el fet que la majoria dels estats ja disposaven de la regulació del jurat que ara el Tribunal imposava com a principi constitucional d'àmbit nacional:

*«[...] most of the States have provisions for jury trials equal in breadth to the Sixth Amendment [...].»*⁴³

Arguments similars van ser utilitzats pel Tribunal en la Sentència que va resoldre el cas *Baldwin v. New York*. Aquí el Tribunal va declarar que quan la pena supera els sis mesos de presó l'acusat té dret al jurat. Un dels arguments del Tribunal va ser que gairebé tots els estats reconeixen el dret al jurat quan la pena supera els sis mesos:

*«This near-uniform judgment of the Nation furnishes us with the only objective criterion by which a line could ever be drawn —on the basis of the possible penalty alone— between offenses that are and that are not regarded as «serious» for purposes of trial by jury.»*⁴⁴

I, a la Sentència que va resoldre el cas *Burch v. Louisiana*, el Tribunal Suprem va declarar que no són constitucionals les lleis que permeten que un jurat de només sis membres pugui donar el seu veredict per majoria i no per unanimitat. Un dels arguments del Tribunal va ser, una vegada més, que només dos estats tenien lleis que permetessin aquest tipus de veredict en delictes greus:

*«This near-uniform judgment of the Nation provides a useful guide in delimiting the line between those jury practices that are constitutionally permissive and those that are not.»*⁴⁵

42. 391 U.S. 154 (1968).

43. 391 U.S. 145, 158-59 n. 30 (1968).

44. 399 U.S. 66, 70-73 (1970).

45. 441 U.S. 130, 138 (1979).

La pràctica convergent dels estats serveix al Tribunal Suprem nord-americà com a font d'interpretació no solament quan es tracta d'atorgar estatus constitucional a un dret, sinó també quan es tracta de determinar quines restriccions poden vàlidament imposar-se a un dret. Així, per exemple, a la Sentència *Maryland v. Craig*, el Tribunal va declarar vàlida una llei que establia que en processos penals per abusos de menors, la víctima testifiqués fora de la presència de l'acusat, a través d'un circuit de televisió unidireccional. El Tribunal establia així una restricció al dret a confrontar els testimonis de càrrec, dret que la sisena esmena (incorporada als estats per l'esmena catorze) reconeix a tot acusat en un procés penal. Un dels arguments del Tribunal va ser que «una majoria significativa dels estats» havien promulgat lleis similars.⁴⁶

Un exemple que pot il·lustrar com el Tribunal Suprem redefineix dialògicament el contingut d'un dret fonamental ja declarat és el cas de l'avortament. El 1973, en el cas *Roe v. Wade*,⁴⁷ el Tribunal Suprem dels Estats Units va declarar que el dret a la intimitat emparava la decisió de la dona d'avortar fins al moment de la viabilitat del fetus —cap al final del segon trimestre de l'embaràs—. En conseqüència, la Sentència venia a declarar inconstitucionals aquelles lleis dels estats que restringissin o prohibissin l'exercici d'aquest dret de la dona a avortar. Naturalment, aquesta Sentència va ser criticada per molts com a exemple d'activisme judicial contrari a la democràcia: nou jutges a Washington D.C. deien als legisladors democràticament elegits dels cinquanta estats què podien fer i què no podien fer en una matèria tan controvertida com la relativa a l'avortament. De fet, molts autors que defensen el «model dialogal» critiquen la sentència per no haver facilitat un esperit de negociació i acord entre les parts enfrontades.⁴⁸

Doncs bé, malgrat tot, la Sentència no va resoldre la controvèrsia de manera definitiva. Des de 1973 els legisladors estatals han anat dictant lleis que intenten limitar el dret a l'avortament reconegut a la Sentència *Roe v. Wade*, i fins i tot qüestionar la validesa de la Sentència. Així, hi ha estats que han dictat lleis frontalment contràries al principi establert a la Sentència, amb l'esperança de provocar un canvi de criteri al si del Tribunal. El Tribunal Suprem ha hagut de respondre en diverses sentències a aquests moviments legislatius dels estats. La conclusió provisional d'aquest procés interactiu entre els legisladors estatals i el Tribunal Suprem és la Sentència *Planned Parenthood v. Casey*,⁴⁹ en la qual el Tribunal, si bé reafirma el dret de la dona a avortar, permet que els estats promulguin normes que, a la pràctica, afecten de manera substancial aquest dret, com ara l'exigència que abans de prendre la decisió d'avortar, la dona sigui informada de les alternatives existents.

4. Hem vist alguns exemples que mostren fins a quin punt el federalisme nord-americà, amb la tensió entre unitat i diversitat en matèria de drets, porta a una pràctica d'interpretació constitucional que segueix el model ideal que hem anomenat «dialògal». Naturalment, amb això no volem suggerir que en matèria de drets el Tribunal Suprem nord-americà es limiti a aixecar acta notarial d'una convergència fàctica de solucions entre els legisladors estatals. El paper del Tribunal és més actiu i crític: es

46. 497 U.S. 853 (1990).

47. 410 U.S. 113 (1973).

48. Així, Robert Burt (*supra*, nota 15, pàg. 344-352) critica la sentència per no promoure el diàleg.

49. 112 S.Ct. 2791 (1992).

nega de vegades a acceptar el consens legislatiu dels estats per considerar que contradiu principis constitucionals que considera innegociables; d'altres vegades actua com a propulsor d'una solució minoritària amb l'esperança que a llarg termini gaudeixi del suport de la majoria dels estats; i sempre, en tot cas, refina el consens legislatiu reajustant críticament el seu contingut. Però el que és important és que el procés d'interpretació és complex i tendencialment horitzontal, ja que hi participen una pluralitat d'interèrets, tant judicials com polítics, tots ells en discussió permanent entorn del significat que en la vida concreta han de tenir les clàusules constitucionals abstractes declaratives de drets. Es produeix així el «col·loqui» del qual parlava Alexander Bickel. Quan la interpretació constitucional té lloc en el si d'un procés d'aquestes característiques, la dificultat contramajoritària —l'objecció que la justícia constitucional xoca amb el principi majoritari— perd part de la seva força.

5. A Espanya és més difícil que tingui lloc un procés d'aquestes característiques. Les competències que tenen les comunitats autònomes en matèria de drets fonamentals són més reduïdes que les que tenen els estats membres de la Federació dels Estats Units. La reserva a la llei orgànica de tot el que fa referència al desenvolupament dels drets fonamentals i de les llibertats públiques (article 81.1 de la Constitució), juntament amb la reserva a l'Estat, com a competència exclusiva, de la regulació de les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals (article 149.1.1), comporta que el protagonisme dels parlaments autonòmics en el procés de configuració dels drets fonamentals sigui reduït (però no nul: pensem en matèries com l'educació i la cultura) en comparació amb el protagonisme que tenen els legisladors estatals nord-americans.

No és fàcil, per tant, que el Tribunal Constitucional interpreti la declaració de drets de la Constitució espanyola en un procés dialèctic en el qual participin com a interèrets «horitzontals» les comunitats autònomes. A més, segurament significaria una restricció inacceptable del grau d'autogovern de les comunitats autònomes el fet que una convergència de criteris d'una majoria de les comunitats, en una matèria que tingüés incidència en els drets fonamentals, pogués justificar la imposició d'aquests criteris a la resta de comunitats autònomes via Sentència del Tribunal Constitucional.

VIII. Comunitat Europea, justícia constitucional i federalisme

Hem vist fins ara, a partir del cas americà, tres connexions entre el federalisme, la justícia constitucional i la democràcia. En primer lloc, el federalisme és un sistema que, històricament, tendeix a exigir la introducció d'un sistema de control judicial de la constitucionalitat de la llei, encara que el grau d'activisme judicial dependrà de certs aspectes estructurals del sistema polític en la seva globalitat. En segon lloc, el federalisme pot ser un element de problematització de la representació política. I, en tercer lloc, el federalisme contribueix al fet que s'adopti un model dialogal de justícia constitucional.

En el context de la construcció europea les tres connexions també es produeixen, i mostren el paral·lelisme entre el procés d'integració europea i el procés de formació dels Estats Units. Valgui el que dic a continuació com un petit apunt final per concloure aquestes reflexions:

1. La necessitat que les lleis nacionals respectin les normes comunitàries de rang superior invita que hi hagi, i fins i tot fa necessària, l'existència d'un control judicial de la «validesa comunitària» de les lleis. De fet, és curiós observar que mentre que a la majoria dels països membres de la Comunitat Europea els jutges ordinaris no poden inaplicar per ells mateixos una llei nacional que estimin contrària a la Constitució nacional, en canvi tots ells estan obligats a inaplicar-la quan l'estimin contrària a una norma comunitària d'aplicació directa. El federalisme europeu porta així a l'erosió del principi d'immunitat judicial de la llei, que en alguns països membres de la Comunitat Europea (especialment Anglaterra) s'ha mantingut amb gran rigor. Veiem així, en l'àmbit de la Comunitat Europea, una clara connexió entre federalisme i control judicial de les lleis.⁵⁰

2. L'existència de la Comunitat Europea comporta la introducció de nous òrgans polítics de caràcter representatiu, en especial el Parlament Europeu. Això implica augmentar el pluralisme de «representants» del poble, i per tant contribuir a fer més problemàtica, en el sentit d'Ackerman, la qüestió de qui representa el poble europeu. L'enfortiment dels poders del Parlament Europeu intensificaria aquest procés de problematització.

3. La configuració de la ciutadania europea necessita la força integradora dels drets, i invita al fet que la funció del jutge del «Dret Europeu» es realitzi segons el «model dialogal» que he descrit en fer referència als Estats Units. En primer lloc, atesa l'heterogeneïtat de llengües, religions, cultures i històries dels diferents pobles d'Europa, la ciutadania europea només pot constituir-se des de la participació de tots els europeus en la presa de decisions polítiques i en el gaudiment comú d'uns mateixos drets fonamentals. La funció integradora dels drets és aquí essencial. En segon lloc, els jutges del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (i, en un altre àmbit, els del Tribunal Europeu de Drets Humans), a l'hora de definir quins són els drets que integren el mínim patrimoni de tots els ciutadans europeus, poden aprofitar tota l'experiència acumulada pels diversos legisladors estatals que han anat aprofundint en el respecte als drets fonamentals. No és difícil en aquest context entendre que part de la funció del Tribunal de les Comunitats Europees (i, encara més, del TEDH) és, en matèria de drets fonamentals, articular com a principis constitucionals europeus allò que en un primer moment no és res més que una coincidència de solucions legislatives (i jurisprudencials) adoptades per una pluralitat d'òrgans polítics (i judicials) nacionals. Sembla, per tant, que en el context de la construcció europea l'actuació dels tribunals encarregats de garantir el respecte a les normes supranacionals pot ser similar a l'actuació «dialogal» que ha caracteritzat el Tribunal Suprem nord-americà.⁵¹

50. Sobre les importants conseqüències que, per al sistema constitucional britànic, es deriven del principi de supremacia del dret comunitari, vegeu Mauro Cappelleri, «El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado», 13 *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 80-81 (1980). En relació amb la funció dels jutges en el procés de construcció europea, vegeu J.H.H. Weiler, «The Transformation of Europe», 100 *Yale Law Journal*, 2412-2423 (1991).

51. Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), pàg. 57, parla del sorgiment d'un nou *ius publicum europeum*, obra de juristes. Certament les tècniques d'aquest dret han de ser les pròpies dels juristes, però crec que la substància ha de ser definida, en part, per la convergència de criteris entre els diferents processos polítics nacionals com a

4. És, per tant, en el context europeu on trobem un model en el qual es connecta el federalisme, la democràcia i la justícia constitucional de manera (tendencialment) similar a la del model nord-americà. Aquesta analogia pot servir per mostrar, per la via del contrast, algunes de les diferències entre el paper del Tribunal Suprem dels Estats Units en l'estructura federal de la democràcia nord-americana i el paper del Tribunal Constitucional espanyol en l'estructura autonòmica de la democràcia espanyola.

expressió d'una concepció compartida de quins són els principis fonamentals constitutius de la identitat europea. Sobre els problemes que genera l'absència d'una declaració de drets que vinculi la Comunitat Europea com a tal (i no solament cadascun dels seus membres), vegeu Luis María Díez-Picazo, «Una Constitución sin Declaración de Derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», 32 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1991), pàg. 135.

