

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA Y FEDERALISMO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANA*

Víctor Ferreres Comella

Profesor de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra

Sumario

- | | |
|--|--|
| I. Introducción. | VI. Segunda tesis: el federalismo como elemento de problematización de la representación política. |
| II. El problema: justicia constitucional y democracia. | VII. Tercera tesis: el federalismo como elemento para contribuir a la cooperación entre jueces y legisladores en la definición de derechos y valores constitucionales. |
| III. Estado de la cuestión en la teoría constitucional norteamericana. | VIII. Comunidad Europea, justicia constitucional y federalismo. |
| IV. La variable del federalismo: tres tesis. | |
| V. Primera tesis: la conexión histórica entre federalismo y justicia constitucional, y la variabilidad del grado de deferencia judicial. | |

I. Introducción

En este trabajo me propongo reflexionar, a la luz de la experiencia de los Estados Unidos, sobre algunas de las relaciones existentes entre la justicia constitucional, la democracia y el federalismo. Examinaré, sobre todo, la incidencia que el federalismo puede tener en un problema que de manera recurrente, aunque con diferentes grados de intensidad, aparece en las discusiones jurídicas y políticas de los países que tienen una constitución escrita y un sistema de justicia constitucional. Me refiero al problema de cómo hacer compatible la actuación de los mecanismos de justicia constitucional con las exigencias derivadas del principio democrático. Si el legislador democrático ha de tener un papel esencial en la configuración de la voluntad del estado, ¿cómo ha de actuar el juez constitucional si quiere respetar este papel? En el contexto de la justicia constitucional, ¿cómo se ha de concretar la regla del «respeto» a la posición institucional del legislador? En el fondo de esta cuestión late a menudo una inquietud más profunda ante la posible tensión entre la existencia misma de un sistema de justicia constitucional y la democracia, tensión que (normalmente) no se quiere resolver sacrificando del todo uno de los dos elementos en tensión y que, por tanto, no deja de inspirar diversas propuestas a fin de armonizarlos en la medida de lo posible. Pues

*Este trabajo es una versión ampliada de la conferencia que pronuncié el 5 de mayo de 1994 en el Seminario de actualidad jurídica organizado por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Consejería de Justicia. Agradezco al Dr. Pau Salvador Coderch, director general, su invitación para participar en el Seminario.

bien, dentro de este ámbito de problemas, ¿qué incidencia puede tener el hecho de que un estado adopte una forma federal de organización política? En este trabajo intentaré mostrar tres conexiones a través de las cuales el federalismo puede tener incidencia. Antes de entrar a examinarlas, sin embargo, es importante en primer lugar que perfilamos bien en qué consiste, y en qué términos se plantea, el problema de la posible tensión entre justicia constitucional y democracia y, en segundo lugar, que hagamos una rápida ojeada a algunas de las principales aportaciones que la doctrina jurídica norteamericana ha hecho durante las últimas décadas en relación con este problema.

II. El problema: justicia constitucional y democracia

1. Con la expresión «justicia constitucional» (o «control judicial de la constitucionalidad de la ley») me referiré aquí a la institución en virtud de la cual un órgano jurisdiccional puede invalidar (en el sistema europeo) o inaplicar (en el sistema americano) una ley que considere contraria a la Constitución. El ejercicio de esta potestad de control entra en un cierto conflicto con el principio mayoritario según el cual las decisiones políticas han de responder a la voluntad de la mayoría de la población. Parece que este principio mayoritario es parte esencial de la democracia, aunque la democracia no se pueda reducir al principio mayoritario, y aunque en la práctica política no se pueda o no se quiera realizarlo plenamente. Si admitimos que las leyes son el producto normativo del órgano que con más fundamento puede pretender expresar la voluntad de la mayoría de la población (ya que la asamblea legislativa es elegida por sufragio universal y responde políticamente de manera periódica ante el electorado) deviene problemática la atribución de una potestad de control de la ley a unos órganos judiciales que no son (en general) elegidos por el pueblo y que no responden electoralmente de su actuación. La invalidación (o inaplicación) de una ley por parte de un órgano judicial conlleva una restricción del principio mayoritario y, por tanto, al menos *prima facie*, una restricción de la democracia.

2. Como podemos observar, en este planteamiento que acabo de describir se presenta una relación de tensión entre la justicia constitucional y el principio mayoritario porque se parte de los presupuestos siguientes: *a)* La asamblea legislativa de la que emana la ley es un órgano más adecuado para expresar las preferencias políticas de la mayoría de la población que el órgano judicial al que está encomendada la tarea de control; *b)* La asamblea legislativa no puede revocar fácilmente la decisión judicial de invalidar una determinada ley. Creo que estos presupuestos son plausibles y que, por tanto, el problema de la tensión entre justicia constitucional y principio mayoritario está bien planteado. Hay que destacar, sin embargo, que estos presupuestos hacen referencia a condiciones que se pueden satisfacer en diferentes grados de intensidad y que, por tanto, lo que afirman es una característica relativa.

En efecto, no se afirma que la asamblea legislativa exprese perfectamente una voluntad mayoritaria de la población. Eso sería desconocer tanto los problemas relativos a la construcción de la «voluntad mayoritaria» a partir de las preferencias políticas individuales, como la existencia de un conjunto de mecanismos institucionales que impiden que la voluntad expresada por una asamblea representativa coincida plena-

mente con la voluntad de la mayoría de la población.¹ Tampoco se afirma que los órganos encargados de la justicia constitucional expresen invariablemente una voluntad contraria a la de la mayoría de la población. Esto sería ignorar que la designación de los miembros que integran estos órganos puede ser bastante democrática (así, en los Estados Unidos los jueces son propuestos por el presidente y aceptados por el Senado, y en España los magistrados del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial) y que, en consecuencia, no es extraño que en la práctica los jueces constitucionales se muestren bastante sensibles a las convicciones políticas y morales que son compartidas por la mayoría de la sociedad.² Lo que se afirma es que, a pesar de todas sus imperfecciones, la asamblea legislativa tiende a expresar la voluntad de la mayoría de la población de manera más intensa y plena que un tribunal.

De la misma manera, y en relación con el segundo presupuesto, no se afirma que la institución de la justicia constitucional impida siempre y de manera definitiva a la mayoría de la población hacer efectiva su voluntad. Esto sería desconocer que siempre está abierto el procedimiento de reforma constitucional: suponiendo que no haya límites materiales a la reforma, toda sentencia judicial que invalide una ley puede ser neutralizada en sus efectos mediante la reforma de la cláusula constitucional sobre la que se hizo descansar la sentencia, o la introducción de una nueva cláusula que establezca con rango constitucional la norma que se dictó con rango de ley. En muchos casos una mayoría podría así hacer prevalecer su voluntad. Lo que se afirma, pues, es más relativo: que el procedimiento de reforma constitucional, en comparación con el procedimiento legislativo ordinario, dificulta considerablemente a la mayoría de la población la expresión de su voluntad.³

Puesto que estos dos presupuestos del problema se pueden cumplir en diversos grados de intensidad, podemos afirmar que, cuanto más alto sea este grado, mayor es la tensión que se produce entre la justicia constitucional y el principio mayoritario.

3. La apreciación de que existe una tensión entre justicia constitucional y principio mayoritario lleva a considerar que la justicia constitucional es, *prima facie*, una

1. Véase, sobre estas cuestiones, William N. Eskridge, Jr., «Politics Without Romance: Implications of Public Law Theory for Statutory Interpretation», 74 *Va.L.Rev.* (1988).

2. Así, por ejemplo, en relación con los Estados Unidos, Barry Friedman, en «Dialogue and Judicial Review», 91 *Michigan Law Review*, 586 (1993), dice: «[...]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 este sentido, es importante tener en cuenta que en los Estados Unidos es muy difícil alcanzar la reforma constitucional mediante el procedimiento previsto en el artículo V de la Constitución. De ahí la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como instrumento de adaptación del texto constitucional a las nuevas realidades. En el caso español, la reforma constitucional que afecte al título preliminar, o al capítulo segundo, sección primera, del título I, o al título II, exige la satisfacción de unas condiciones procedimentales tan difíciles de obtener que la doctrina suele afirmar que estas partes de la Constitución son, en la práctica, irreformables. Así, Pedro de Vega, en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid (1988) dice de este procedimiento 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» (pág. 148).

institución antidemocrática. El principio mayoritario es parte esencial de la democracia —y por eso aparece el posible carácter antidemocrático de la institución que examinamos—, pero no es el único elemento de la democracia —y por eso este carácter sólo lo es *prima facie*.

Que el principio mayoritario es uno de los principios esenciales de la democracia se puede sostener justificadamente a partir del principio de igualdad. Sólo el principio mayoritario asigna un peso igual a los votos de todos los que participan en la toma de decisiones políticas. Y sólo este principio trata por igual la opción favorable al mantenimiento del statu quo y la opción favorable a su reforma, con lo que sujeta a las mismas exigencias de escrutinio público tanto una opción como la otra.⁴

Por otra parte, parece bastante plausible que el principio mayoritario no agota el contenido de la democracia. El principio mayoritario es valioso en la medida en que opera dentro de un contexto de participación política equitativa, de deliberación pública responsable y de aceptación, como ideal regulativo, de la obtención del máximo acuerdo. La protección de estos elementos puede justificar en ciertos casos la imposición de límites a la operación del principio mayoritario. Además, puede sostenerse que el valor de la democracia no es el único valor a tener en cuenta desde un punto de vista moral.⁵ Hay otros valores morales —como la igualdad y las libertades personales— que, si bien tienen cierta conexión con el ideal democrático en el plano justificativo, no se pueden reducir conceptualmente a este último, y que, no obstante, pueden justificar la imposición de ciertas restricciones a la democracia.

Por tanto, el estudio del problema de la tensión entre justicia constitucional y principio mayoritario nos obliga a construir argumentos para justificar ciertas restricciones (y ciertas instituciones que imponen restricciones) al principio mayoritario.

4. Todo este ámbito del problema es relevante para el constitucionalista. ¿Qué papel ha de jugar la justicia constitucional en la realización práctica de la Constitución? ¿Tienen todos los derechos y libertades protegidos por la Constitución el mismo valor en una democracia? ¿Cómo ha de ponderar el juez las razones que el legislador aduzca como justificación de sus decisiones? ¿Las ha de considerar con deferencia o, por el contrario, con una relativa sospecha? ¿Merecen todas las decisiones legislativas el mismo grado de deferencia (o de sospecha)? El respeto al legislador, ¿se tiene que traducir en una interpretación restrictiva de las cláusulas constitucionales que limitan el contenido posible de las leyes? ¿Es posible, por el contrario, seguir una interpretación expansiva de estas cláusulas, y mostrar respeto por el legislador de otras maneras? ¿Cuáles?

Para ver cómo se han afrontado estas cuestiones en un país con gran tradición en materia de justicia constitucional como son los Estados Unidos, será útil repasar bre-

4. Sobre las justificaciones de la regla de la mayoría, véase, entre otros, Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Haven, (1989), pág. 135-152; William Nelson, *La justificación de la democracia*, Ariel, Barcelona (1986), pág. 165-6.

5. Así, Thomas Nagel dice: «*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).

vemente las principales propuestas que han aparecido durante los últimos años en su literatura jurídica. Destacaré tres ideas que nos servirán de puente para aproximarnos posteriormente al federalismo como variable a tener en cuenta en este ámbito de problemas.

III. Estado de la cuestión en la teoría constitucional norteamericana

1. La discusión contemporánea fue iniciada y articulada en los Estados Unidos por Alexander Bickel, quien en su famosa obra *The Least Dangerous Branch*⁶ argumentó que la institución del *judicial review* (la justicia constitucional) es «contramayoritaria», una anomalía dentro de la democracia americana. Para Bickel el papel del Tribunal Supremo norteamericano cuando ejercita el control de constitucionalidad ha de ser el de proteger ciertos valores fundamentales que se pueden perder de vista en el proceso político, que suele mirar a corto plazo. Pero este papel del Tribunal Supremo se ha de hacer compatible con el principio fundamental en democracia que establece que las mayorías populares han de tener al final la última palabra. Por eso, Bickel sugiere una serie de técnicas para moderar el carácter antimayoritario de la justicia constitucional, y hace del proceso de interpretación constitucional un coloquio entre el Tribunal Supremo, los órganos políticos representativos y la opinión pública en general. Son las técnicas que él llama «virtudes pasivas». E insiste también en la posibilidad, plenamente legítima, de que un principio constitucional definido por el Tribunal Supremo sea erosionado y finalmente abandonado como consecuencia de una reacción de los órganos políticos y de la opinión pública.

2. Bickel inició así la importante discusión contemporánea en los Estados Unidos acerca de la objeción democrática contra el *judicial review*. Ante esta objeción, un sector de juristas llamados «originalistas» (de tendencia conservadora), entre los cuales destaca Robert Bork,⁷ ha reaccionado con teorías de interpretación constitucional que pretenden (o, de hecho, tienen el efecto de) reducir al máximo el alcance de las normas constitucionales que limitan al legislador democrático. Este efecto restrictivo se produce si se leen las cláusulas constitucionales según las intenciones más específicas que tuvieron los políticos que en el pasado las aprobaron. Puesto que en el pasado se tenía una concepción más restrictiva de los derechos y libertades que ahora, el originalismo en versiones como la de Bork trae como consecuencia la reducción del ámbito de libertad constitucionalmente protegida y, por tanto, una ampliación del campo dentro del cual el legislador puede actuar sin restricciones. De esta manera, con una lectura restrictiva de la Constitución por parte de los jueces, el carácter contramayoritario de la justicia constitucional disminuye. Además, dicen los originalistas, si el juez se aparta de las intenciones originarias, cae inevitablemente en la imposición de sus propias preferencias ideológicas, que fácilmente puede «vestir» invocando el lenguaje altamente abstracto que utiliza el texto constitucional. Esta confusión entre el derecho y la política es contraria a la separación de poderes y, por tanto, se ha de evitar.

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

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

3. Otro sector de la doctrina, encabezado por Ronald Dworkin,⁸ defiende una visión más activista del papel que le corresponde jugar a la justicia constitucional. Dworkin argumenta que los individuos son titulares de ciertos derechos morales que se han de tomar en serio. Estos derechos protegen ciertos intereses individuales ante la maximización de los intereses de la colectividad. Para Dworkin, las preferencias de la mayoría de la población son relevantes para la definición de las políticas públicas (*policies*), pero no para la definición de los principios (*principles*) que reconocen derechos individuales. Las *policies* han de servir a los intereses colectivos (y, por eso, su definición ha de ser sensible a las preferencias de la mayoría). Los principios, en cambio, protegen derechos morales de las personas ante argumentos utilitaristas basados en la necesidad de satisfacer intereses colectivos (y, por eso, su definición ha de ser independiente de las preferencias de la mayoría). Las instituciones que responden ante el electorado están en buena posición para definir las *policies*, ya que reciben las presiones de la mayoría y pueden registrar sus preferencias, pero no lo están para proteger los derechos individuales. Por esto está justificada tanto la existencia de una Constitución que impone a las instituciones mayoritarias el respeto hacia estos derechos, como la existencia de una institución contramayoritaria —el poder judicial— encargada de velar por la supremacía constitucional. La objeción contra la justicia constitucional es así rechazada.

A partir de aquí, Dworkin propone una teoría de la interpretación constitucional que no lee de manera restrictiva el alcance de las cláusulas que protegen a los derechos y las libertades. Para Dworkin, esta visión restrictiva, como la defendida por los originalistas, no es coherente con la idea fundacional de tener una constitución que, justificadamente, impone límites a todos los poderes públicos. Con su alto grado de abstracción, dice Dworkin, las cláusulas constitucionales formulan una pregunta en forma de *concepto* (libertad, proceso debido, igualdad, etc.) y no ofrecen ninguna *concepción* concreta como respuesta. Es el juez quien, a partir de los materiales jurídicos que le suministra la cultura política de la nación, ha de construir una concepción adecuada que responda a la pregunta que la Constitución plantea. Inevitablemente, el juez habrá de moverse en un terreno de controversia política y moral, pero no hacerlo sería dejar de cumplir su deber institucional de hacer efectiva la Constitución (con todo su lenguaje abstracto) como norma suprema del país.

4. Una teoría aparentemente intermedia entre la de Dworkin y la de Bork es la propuesta en 1980 por John Ely.⁹ Para Ely, la teoría de Dworkin fracasa porque en última instancia conduce al gobierno de los jueces, quienes incorporarán en sus concepciones interpretativas sus prejuicios de clase. Pero, según Ely, también la teoría de

8. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1978), *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1985), y *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1986). De especial interés por el tema de la legitimidad democrática es el artículo de Dworkin «What is Equality? Part 4: Political Equality», 22 *University of San Francisco Law Review*, 1 (1987).

9. John Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1980). Son importantes tres simposios dedicados a la obra de 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); y «Symposium on Democracy and Distrust: Ten Years Later», 77 *Virginia Law Review*, 631 (1991).

Bork es errónea, ya que el texto de la Constitución contiene cláusulas abstractas y abiertas que invitan a importar contenido desde fuera de ellas mismas, y que no pueden reducirse a reglas más específicas obtenidas a partir del estudio de los antecedentes históricos del texto constitucional. La vía intermedia que Ely propone es la de considerar la idea de democracia representativa como el valor fundamental que inspira la práctica totalidad del texto constitucional. La democracia exige asegurar el acceso de todos los grupos en el proceso político, y la igual consideración de los intereses de todo el mundo a la hora de legislar. Por tanto, dos son los tipos de derechos que se han de satisfacer para que la democracia sea preservada: derechos de participación política y derecho a la no discriminación. En la medida en que estos dos tipos de derechos sean respetados, se puede confiar en el proceso político como instrumento para tomar decisiones acertadas desde el punto de vista de los valores sustantivos de fondo. El Tribunal Supremo, en el momento de ejercitar su potestad de control de la constitucionalidad de las leyes, habría de limitarse a asegurar con coraje el respeto a estas precondiciones de la democracia. Más allá de esto, según Ely, el Tribunal ha de abstenerse de actuar, ya que la actuación sería antidemocrática.

5. Una contribución más reciente al debate norteamericano es la de Bruce Ackerman.¹⁰ Para Ackerman, todas las teorías que se han propuesto hasta ahora parten de la idea equivocada de que la restricción del poder legislativo conlleva una restricción de la democracia o de la soberanía popular. Pero, de hecho, esta identificación entre el poder legislativo y el pueblo no es posible. El pueblo no manifiesta su voluntad excepto en circunstancias extraordinarias, en momentos de «política constitucional» (*constitutional politics*), y no cada vez que hay elecciones generales o locales en tiempo de «política normal» (*normal politics*). La voz del pueblo se hace audible en momentos excepcionales, cuando los ciudadanos se movilizan y deliberan sobre asuntos básicos de la vida colectiva. Excepto en estos momentos, los ciudadanos inhiben un alto nivel de apatía política y de falta de espíritu de sacrificio por la cosa pública. Esto es propio de la modernidad, que se caracteriza por la importancia que se otorga a la dimensión privada de la persona; el significado de la vida no se reduce a la participación en el gobierno de la polis. En los Estados Unidos, según Ackerman, la Constitución y sus grandes reformas (pero no todas las enmiendas constitucionales) son el producto de una movilización y deliberación popular, mientras que las leyes ordinarias son el producto de los políticos, cuya voluntad no puede identificarse con la voluntad del pueblo. La superioridad de la Constitución sobre las leyes se justifica democráticamente por la superior calidad democrática del «momento constitucional» en que se elaboró o reformó la primera. Por eso, dice Ackerman, la democracia americana es «dualista»: distingue entre las decisiones tomadas por el pueblo (constitución) y las decisiones tomadas por los políticos (leyes).

Visto desde este punto de vista, la institución del *judicial review* no es contramayoritaria o antidemocrática, ni tan solo *prima facie*. El poder judicial lo que hace es preservar la voluntad popular expresada en la Constitución. Vinculada a la institución del *judicial review*, explica Ackerman, encontramos la institución de los *checks and balances*. La división del poder en diversos niveles y órganos, todos ellos representativos

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

del pueblo, hace *problemática* la cuestión de quién representa al pueblo en momentos de «política normal». El sistema de *checks and balances* impide que alguna institución representativa se haga con el monopolio de la representación popular. La competencia entre diversos centros de poder, todos ellos elegidos por el pueblo, asegura que nadie podrá erigirse en el auténtico representante del pueblo. De este modo, se mantiene siempre una distancia crítica ante aquellos que simplemente son políticos elegidos por el pueblo en momentos de cierta apatía política, cuya voluntad no puede erosionar la voluntad popular manifestada en el pasado en un «momento constitucional».

6. La discusión actual en los Estados Unidos tiene muchos protagonistas, pero las ideas básicas en torno a las cuales gira la discusión son fundamentalmente las representadas por las obras de Bickel, Bork, Dworkin, Ely y Ackerman. No puedo, en el espacio de este artículo, desarrollar mi posición ante esta polémica, pero sí referirme brevemente a algunas ideas básicas a partir de las cuales creo que se habría de construir una teoría de la justicia constitucional.¹¹

a) En primer lugar, Dworkin ofrece una teoría más atractiva que la de Bork por lo que se refiere al lugar que ocupa la constitución en la moralidad política de un estado liberal y democrático. La concepción de la constitución como conjunto de principios abstractos, y no de reglas específicas derivadas de intenciones concretas de políticos históricos, reconstruye mejor las prácticas políticas de los Estados Unidos y de otros países donde se ha elevado la constitución por encima del juego partidista ordinario. La constitución no guarda «silencio» sobre la mayoría de las cuestiones actuales relativas a los derechos morales de las personas, sino que con toda su abstracción es suficientemente amplia como para incidir en las grandes controversias morales de nuestro tiempo. Propugnar una visión restrictiva de las cláusulas constitucionales no es, según mi opinión, la vía adecuada para superar o disminuir la «dificultad contramayoritaria» que la justicia constitucional implica.

b) Ahora bien, el papel de la justicia constitucional ha de tener límites. No tenemos ninguna garantía de que un tribunal sea mejor intérprete de la moralidad política expresada por la constitución que las instituciones elegidas por el pueblo y responsables electoralmente ante el pueblo. Aunque un amplio catálogo de derechos y valores, derivados todos ellos de una lectura generosa de la constitución, vinculen al legislador, como propone Dworkin, es dudoso que un tribunal pueda llegar a interpretaciones y aplicaciones acertadas sin contar con el punto de vista del propio legislador. Y aunque Ackerman tenga razón cuando dice que en los Estados Unidos la Constitución tiene un origen democráticamente superior al de una ley ordinaria, eso no elimina la tensión entre la justicia constitucional y la democracia, ya que siempre será muy controvertible determinar cuando una ley contradice la Constitución —es decir, cuando los políticos están erosionando los principios básicos por los que el pueblo se movilizó en el pasado. Ya que las asambleas legislativas son elegidas por el pueblo y responden ante el pueblo en una medida superior que los jueces, es plausible pensar que la interpretación que de la Constitución hagan las asambleas legislativas ha de tener cierto peso en el proceso de interpretación constitucional.

11. He tratado de defender y desarrollar estas ideas en mi tesis doctoral (*Judicial Review of Legislation in a Parliamentary Democracy: The case of Spain*), presentada y aprobada en la Universidad de Yale el mes de enero de 1996.

Por tanto, creo que el poder judicial ha de intervenir en el proceso general de interpretación, pero que este proceso se ha de ver como un debate público plural y abierto donde intervienen tanto las asambleas legislativas como los jueces, tanto la opinión pública como la opinión de los juristas. La justicia constitucional es, de este modo, un elemento que puede enriquecer el debate público y contribuir así a hacer realidad el ideal de democracia deliberativa.¹² En este sentido, las ideas de Bickel sobre la manera de organizar el proceso de interpretación como un coloquio entre el Tribunal Supremo y las instituciones políticas, son de especial interés.

c) Finalmente, se ha de distinguir entre los diversos casos constitucionales que han de conocer los jueces. El grado de *sospecha* (o, inversamente, de *deferencia*) con que los jueces han de tratar las razones que aduce el legislador para justificar sus leyes no ha de ser constante. Ha de variar según los casos. En este punto la teoría de Ely es útil: identifica ciertos supuestos donde las asambleas legislativas están en una mala posición para proteger los derechos constitucionales. Cuando las leyes restringen los derechos de participación y representación política (los derechos que dan acceso al proceso político y el derecho a no ser discriminado en la toma de decisiones), los jueces han de sospechar más intensamente que cuando las leyes restringen otros tipos de derechos (como por ejemplo la propiedad privada o el derecho a la privacidad). Esta diversidad en el grado de sospecha se expresa en los Estados Unidos en una diversidad de *standards of review* (es decir, de los *tests* que han de satisfacer las leyes para evitar una declaración de inconstitucionalidad), que son más o menos exigentes según los casos. En este sentido, creo que el mérito de la obra de Ely es que nos obliga a reflexionar acerca de qué derechos merecen (y qué derechos no merecen) una especial protección judicial, una actitud de sospecha especial (y no deferencia) hacia el legislador democrático.

Querría que, de estas pinceladas sobre la discusión americana, retuviésemos tres conceptos: la idea (destacada por Ely) de la existencia de diferentes grados de deferencia judicial hacia el legislador; la idea (destacada por Ackerman) de la problematización de la representación popular en tiempos de «política normal»; y la idea (destacada por Bickel) del proceso de interpretación constitucional como un diálogo entre tribunales y legisladores. Querría a continuación jugar con estas tres ideas para explorar algunas de las conexiones entre la justicia constitucional, la democracia y el federalismo.

IV. La variable del federalismo: tres tesis

Si examinamos la experiencia de los Estados Unidos, podemos observar, como mínimo, lo siguiente:

1) El federalismo suele exigir un sistema de protección judicial de la distribución de competencias establecido por la Constitución, con lo que prepara el terreno para que pueda arraigar un sistema más amplio de justicia constitucional. Ahora bien, el grado de deferencia hacia el legislador federal con la que ha de actuar el juez constitu-

12. Para una teoría de la democracia deliberativa, véase Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona (1989), pág. 387-400, y Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. (1993).

cional cuando protege la esfera de competencias estatales reconocida en la Constitución, depende de como esté organizado el proceso político en su globalidad. En los Estados Unidos, en general, la actitud del poder judicial ha sido de deferencia hacia el legislador federal.

2) El federalismo problematiza la cuestión de quién representa al pueblo, con lo que contribuye a «desdramatizar» el hecho de que un tribunal declare inconstitucional una ley.

3) El federalismo tiende a generar un «modelo dialogal» de justicia constitucional en materia de derechos fundamentales, es decir, un modelo en el que el tribunal encargado del control de constitucionalidad no impone unilateralmente al proceso político aquellos valores que estima fundamentales, sino que articula jurídicamente el consenso que el mismo proceso político descentralizado ha hecho surgir.

A continuación, examinaré con detenimiento cada una de estas tesis.

V. Primera tesis: la conexión histórica entre federalismo y justicia constitucional, y la variabilidad del grado de deferencia judicial

1. Una de las funciones básicas de la constitución de un estado federal es el establecimiento de los criterios con arreglo a los cuales se produce la distribución de competencias legislativas entre la federación y los estados miembros. La vigencia efectiva de esta distribución competencial depende de la introducción de mecanismos que aseguren que las autoridades legislativas no dictarán leyes que rebasen el ámbito de sus competencias. Uno de los mecanismos que se han adoptado históricamente es el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

La introducción del control judicial de la constitucionalidad de las leyes desde el punto de vista del criterio de competencia ha tenido una gran importancia, tanto en los Estados Unidos como en la Europa continental, ya que ha preparado el terreno para que posteriormente, más tarde o más temprano, se pudiera desarrollar un intenso control judicial de la constitucionalidad de las leyes desde el punto de vista de su respeto a los derechos fundamentales. Esto es claro en la Europa continental, donde la introducción en ciertos países de formas federales de organización del estado abrió un proceso gradual de erosión del principio de inmunidad judicial de la ley —principio que arranca de la Revolución Francesa—. La conveniencia de adoptar un mecanismo de control judicial de la ley desde el punto de vista competencial preparó el terreno para la eventual aceptación en Europa de un sistema de control judicial de la ley desde el punto de vista de su contenido material.¹³ Pero esta evolución se puede observar

13. Pedro Cruz Villalón, en *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1987), explica la estrecha conexión originaria entre el sistema europeo de control de constitucionalidad de las leyes y los conflictos constitucionales entre poder central y autonomías locales, y entre ejecutivo y legislativo (pág. 34). Así, en la Constitución austríaca de 1920 se produce una conexión esencial entre el control de la constitucionalidad y el federalismo: «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

también en los Estados Unidos, donde el carácter federal de la Constitución de 1787 fue un factor importante en el arraigo del *judicial review*, que gradualmente fue adquiriendo un gran protagonismo en la protección de los derechos individuales, hasta llegar al activismo del Tribunal Warren en los años sesenta de este siglo.

2. En efecto, en los orígenes del constitucionalismo norteamericano se fue muy consciente de que uno de los mecanismos para garantizar la distribución de competencias entre la Federación y los estados sería el control judicial. Así, dice James Madison en los *Federalist Papers*, en un pasaje que vale la pena reproducir íntegramente:

«[...] *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 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

Este pasaje de Madison expresa muy claramente cuatro ideas básicas sobre el federalismo y el control judicial de constitucionalidad: *a)* La Federación no es en general «superior» a los estados; la Federación sólo es superior a los estados en la medida en que ejercita competencias propias; fuera de estas competencias, los estados son «superiores»; *b)* Para evitar la guerra y la desunión, es necesario establecer un tribunal que resuelva pacíficamente las controversias entre los estados y la Federación; *c)* Este tribunal ha de ser imparcial y resolver las controversias según los criterios objetivos establecidos en la Constitución; *d)* El tribunal ha de insertarse dentro del gobierno federal, y no en el local.

Pero si en Madison se manifiesta claramente la idea de que la justicia constitucional se había de utilizar para hacer efectiva la estructura federal de la República, no se manifiesta tan claramente la idea de utilizar la misma institución para hacer efectivos los derechos individuales. En este sentido, es significativo, como ha destacado Robert Burt, que Madison *no hace referencia a los tribunales* cuando en los famosos artículos núm. 10 y 51 de los *Federalist Papers* se plantea qué mecanismos contempla la Constitución para evitar que las mayorías populares atenten contra los derechos de las mino-

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 lánders respecto de las de la Federación» (pág. 251).

14. *The Federalist Papers*, núm. 39. (Las redondas son mías.)

rías y de los individuos.¹⁵ Por tanto: no sólo en Europa, también en los Estados Unidos el control judicial de la ley arraiga sobre todo como institución al servicio del federalismo.

3. De hecho, y para ser más exactos, hemos de decir que el control judicial se conectó sobre todo con la preocupación por asegurar que los estados no usurparán las competencias de la Federación. Los padres de la Constitución americana, cuando contemplaban la estructura política que habían dibujado, no tenían demasiada confianza en la capacidad de la Federación de hacer respetar sus poderes ante las presiones de los estados miembros. En el artículo núm. 46 de los *Federalist Papers*, por ejemplo, Madison argumenta que los estados gozan de numerosos medios para resistir las invasiones del poder federal, y manifiesta su preocupación porque la Federación no pueda ejercer plenamente sus competencias con el fin de proteger los intereses nacionales. El control judicial de la constitucionalidad es visto, ante todo, como uno de los instrumentos para asegurar que la Federación vea respetada su esfera de competencias.

Este punto de vista fue expresado por el juez Oliver Wendell Holmes más de un siglo después en un *dictum* muy famoso:

«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

Esta confianza en la capacidad del proceso político, considerado globalmente, de respetar las competencias estatales llevó a una práctica judicial de gran deferencia en relación con las leyes federales impugnadas por no respetar la distribución de competencias hecha en la Constitución. Ahora bien, en la historia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano hay períodos de mayor activismo en contra de las leyes federales. Será interesante que examinemos a grandes rasgos la evolución de esta jurisprudencia durante el siglo XX, ya que nos ilustrará la correlación existente entre el grado de deferencia judicial y la estructura y funcionamiento del sistema político como un todo. En especial, me referiré a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la cláusula de comercio, no sólo porque muestra la relevancia del problema de la deferencia judicial, sino también porque muy recientemente (en 1995) el Tribunal Supremo ha dictado una importante sentencia que vale la pena considerar.

15. Robert Burt, en *The Constitution in Conflict*, Belknap Press, Cambridge, Mass. (1992), sugiere una teoría constitucional leal a la intuición de Madison de que la garantía de los derechos se encuentra en un determinado diseño y práctica del proceso político que obligue a los grupos enfrentados a encontrar soluciones de consenso, más que en la existencia de un tercero (como por ejemplo un tribunal) que imponga unilateralmente una decisión determinada. La función del Tribunal Supremo es, según Burt, la de motivar a las partes en conflicto para armonizar los puntos de vista en tensión y la de garantizar que ninguna de las partes esté marginada de este proceso de acomodación. El libro del profesor Burt contiene referencias históricas muy interesantes que muestran que en los inicios del constitucionalismo norteamericano no se esperaba que el Tribunal Supremo adquiriese el protagonismo que actualmente tiene en materia de derechos individuales. Burt muestra las diferencias entre el espíritu de equilibrio de Madison y el espíritu de Hamilton, más partidario este último (como se refleja en el núm. 78 de los *Federalist Papers*) de que el poder judicial actuase de árbitro supremo para dirimir con carácter inapelable las controversias políticas en materia de derechos individuales.

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

4. El inicio del siglo XX mostró hasta qué punto la justicia constitucional podía utilizarse para invalidar importantísimas leyes aprobadas por el Congreso Federal. Uno de los momentos más críticos se produjo cuando partes importantes del programa del *New Deal* de F. D. Roosevelt fueron invalidadas por el Tribunal Supremo norteamericano con el argumento de que conllevaban una invasión de las competencias propias de los estados.¹⁷ La historia moderna de la jurisprudencia americana sobre la cláusula del comercio empieza una vez pasada esta crisis constitucional. Desde 1936 hasta 1976, el Tribunal Supremo no fue receptivo a la idea de proteger judicialmente la autonomía de los estados ante las leyes de la Federación.¹⁸ El Tribunal trataba con absoluta deferencia la utilización que la Federación hacía de la cláusula de comercio. En el año 1976, sin embargo, en el caso *National League of Cities v. Usery*,¹⁹ el Tribunal Supremo cambió de tendencia al declarar inconstitucional una ley federal en la medida en que extendía las normas laborales sobre salarios mínimos y jornada de trabajo al personal al servicio de las administraciones estatales y locales. El razonamiento del Tribunal fue que esta extensión de las normas federales interfería en funciones gubernamentales tradicionales de los estados. El juez Brennan, juntamente con los jueces White y Marshall, discrepó: para Brennan el Tribunal había ignorado principios de interpretación constitucional sólidamente asentados desde el tiempo del juez John Marshall, según el cual la Constitución americana confía en el propio proceso político, y no en el judicial, para hacer efectivos los límites al ejercicio por el Congreso federal de su competencia sobre el comercio interestatal.

No obstante, después de esta Sentencia, el Tribunal Supremo en general desestimó pretensiones contra leyes federales que los demandantes consideraban inconstitucionales a la luz del criterio establecido en la sentencia *National League of Cities v. Usery*. Al final, en 1985, en el importante caso *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*,²⁰ el Tribunal Supremo revocó *National League of Cities* y, en definitiva, declaró que no eran «justiciables» las cuestiones relativas a si el ámbito de soberanía de los estados miembros había sido invadido por una ley federal dictada en ejercicio de la cláusula de comercio. El Tribunal Supremo dijo que la protección de la esfera de soberanía de los estados se encuentra en el propio proceso político, sin que sea necesaria la protección 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*

17. Así, el Tribunal Supremo consideró inconstitucionales por exceder de la «cláusula de comercio» una ley de 1935 que regulaba los precios y los salarios en el sector de las minas de carbón (*Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U. S. 238 (1936)), una ley que regulaba la jubilación en el sector de los ferrocarriles (*Railroad Retirement Bd. v. Alton R.R.*, 295 U.S. 330 (1935)) y unas leyes laborales que afectaban al mercado de los pollos de Nueva York (*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935)).

18. En general, durante las últimas décadas el objeto principal de atención tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de la doctrina norteamericana han sido los derechos fundamentales y no el federalismo. Así, los libros de casos (*Casebooks*) de derecho constitucional norteamericano normalmente dedican sólo un 15% de su contenido al tema del federalismo, y uno de los libros más utilizados en las universidades norteamericanas sólo le dedica un 7% de su contenido. En cambio, hace cuatro décadas, la parte dedicada al federalismo en los libros de casos era normalmente del 48%. Véase David E. Engdahl, *Constitutional Federalism*, West Publishing Company (1987), pág. 3.

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

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

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».

Muy plásticamente, el Tribunal dijo que *National League of Cities* «intentó reparar lo que no necesitaba reparación»: el proceso político nacional está ya suficientemente bien diseñado para proteger la soberanía de los estados ante el ejercicio federal de la cláusula de comercio. Con esto, el Tribunal se hacía eco de la posición defendida en un primer momento por Weschler²¹ y más tarde por Jesse Choper.²²

Cuatro jueces disintieron de la sentencia: Powell, Burger, Rehnquist y O'Connor. El voto particular de Powell merece una especial atención. Powell argumentó que era falsa la premisa fáctica sobre la que descansaba la decisión del Tribunal: hoy, dice Powell, el Congreso federal de los Estados Unidos es insensible a la autonomía estatal y local. Según Powell esta insensibilidad es el resultado de ciertos factores, por ejemplo el cambio producido por la enmienda diecisiete (que estableció la elección directa de los senadores), el debilitamiento de los partidos políticos de ámbito local, el surgimiento de los medios de comunicación nacionales y la enorme influencia que ejercen sobre la legislación los grupos de presión nacionales. Además, el hecho de que el Congreso, en general, no haya transgredido los límites competenciales que la Constitución establece no implica que el control judicial sea innecesario en aquellos casos excepcionales en que sí los transgrede. La posición del Tribunal conlleva, según Powell, ignorar la enmienda diez de la Constitución americana, según la cual los poderes que la Constitución no delega al gobierno federal permanecen en manos de los estados miembros. Esta enmienda se introdujo precisamente para evitar que el fortalecimiento del poder federal llegase a anular la autonomía política de los estados. El efecto de la sentencia es, según Powell, anular esta autonomía política que la enmienda diez pretendía proteger. Por último, dice Powell, el ideal democrático se realiza mejor en los niveles locales y estatales que en el nivel nacional, lo cual constituye una razón para asegurar que ciertas materias sean reguladas por los estados y no por el Congreso Federal en ejercicio de la cláusula de comercio.

Sin embargo, en 1992 el Tribunal Supremo norteamericano dictó una sentencia que mina la autoridad del precedente *García*. Se trata de *New York v. United States*.²³ En este caso, por seis votos contra tres, el Tribunal Supremo invalida un precepto de una ley federal de 1985 en materia de residuos radioactivos por considerar que atenta contra prerrogativas que son propias de los estados. La jueza O'Connor, en nombre de la mayoría, considera que no es necesario reconsiderar el precedente *García*, y distin-

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 capítulo cuarto de esta obra se titula «*The Scope of National Power vis-à-vis the States. The Dispensability of Judicial Review*». Una tesis similar, aunque más matizada, es la que defiende Michael Perry en *The Constitution, the Courts and Human Rights*, Yale University Press, New Haven (1982), pág. 37-49.

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

que este precedente (en el cual se examinaba una ley que afectaba tanto a los particulares como a los estados) del caso en litigio (donde se examina una ley que afecta exclusivamente a los estados como tales). Según la jueza, la Ley es inconstitucional porque obliga a los estados a regular una materia de acuerdo con las instrucciones del Congreso Federal, y convierte así a los estados en agencias administrativas de la Federación. Uno de los argumentos de la Sentencia es que cuando una ley federal obliga a los estados a regular una materia según las instrucciones federales, se corre el riesgo de que se debilite la responsabilidad política tanto de las autoridades federales como de las estatales: al ciudadano se le hace difícil identificar qué autoridad es la responsable de las políticas llevadas a cabo.

La Sentencia contiene un voto particular del juez White, en el que acusa a la mayoría de ignorar el destacado papel que tuvieron los líderes estatales en el procedimiento de elaboración de la Ley federal en cuestión. Y critica la distinción que hace la jueza O'Connor (la distinción entre leyes federales de aplicación general y leyes federales dirigidas exclusivamente a los estados) como un subterfugio para evitar las consecuencias del precedente *García*.

Aunque el precedente *García* no fue formalmente revocado, la Sentencia *New York* neutralizó parte de su fuerza. De todas maneras, no se esperaban cambios importantes en la doctrina jurisprudencial.²⁴ Pero más recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que puede tener un impacto más general e importante en todo lo que se refiere a la cláusula de comercio como fuente de competencias federales. Me refiero a la Sentencia del caso *United States v. López*.²⁵

En el caso *López*, el Tribunal ha reafirmado de manera definitiva su poder de invalidar las leyes federales que excedan la competencia que la cláusula de comercio atribuye al Congreso Federal. En este caso, el Tribunal invalida una ley federal de 1990 (el «*Gun-Free School Zones Act*») que castigaba la posesión de armas de fuego en las escuelas, o cerca de las escuelas. El Tribunal, por cinco votos contra cuatro, considera que la actividad regulada por la Ley no tiene una conexión sustancial con el comercio interestatal y que, por tanto, la regulación excede la competencia otorgada al Congreso federal por cláusula de comercio. (Se ha de tener en cuenta que más de cuarenta estados dictaron leyes similares a la federal.) La Sentencia, de la que es ponente Rehnquist, y a la que se adhieren O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas, empieza recordando que el Tribunal, de manera reiterada, ha declarado desde *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*²⁶ que los tribunales han de verificar si existe o no una «base racional» (*rational basis*) para poder afirmar que una determinada actividad regulada por una ley federal afecta sustancialmente al comercio interestatal. Si no existe esta base racional, la ley se ha de invalidar. En este caso, la Ley en cuestión no pasa este test. Si se considerase que la ley pasa el test, entonces, dice Rehnquist en la Sentencia, habría tantas leyes federales que también lo pasarían que la consecuencia sería la creación de un estado completamente centralizado, poniendo fin al federalismo.

Los votos particulares se construyeron sobre argumentos diversos. El voto de Stevens es breve: considera que las armas de fuego son resultado de una actividad co-

24. Un comentario crítico de la Sentencia *New York* se puede encontrar en «The Supreme Court, 1992 Term; Leading Cases», 106 *Harvard Law Review*, 173 (1992).

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

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

mercial y que, por tanto, el Congreso Federal puede regular esta actividad a base de prohibir la posesión de armas de fuego en cualquier lugar. El voto de Souter descansa en un argumento diferente: para evitar un exceso de discrecionalidad judicial a la hora de valorar los argumentos que da el legislador para justificar la conexión entre una actividad regulada y el comercio interestatal, el Tribunal no habría de abandonar la práctica judicial seguida desde los años treinta consistente en tratar con gran deferencia el juicio del legislador en este área. Finalmente, el juez Breyer, con la adhesión de Stevens, Souter y Ginsburg, formula un voto particular que muestra el grado de sutileza con la que se plantea a menudo en los Estados Unidos el problema de la deferencia al legislador. Según Breyer, la cuestión que el Tribunal tiene que resolver no es si la actividad regulada afecta sustancialmente al comercio interestatal, sino si el Congreso Federal podía tener alguna base racional para concluir que así es. El test incorpora un alto grado de deferencia en favor del legislador. De hecho, Breyer considera que, en la Sentencia de la que discrepa, el mismo Rehnquist dice que el test es el de la mera «base racional». Lo que critica es que, en realidad, Rehnquist haya aplicado un test mucho más exigente. Basándose en una lista de 166 documentos con información empírica sobre las relaciones entre las armas de fuego, la educación y el comercio interestatal, Breyer afirma que el Congreso podía racionalmente concluir que la actividad regulada (posesión de armas en las escuelas) tenía una conexión suficiente con el comercio interestatal.

La Sentencia *López* ha sido objeto de muchos comentarios, tanto entre la doctrina especializada como entre la opinión pública. Lo que es significativo de la Sentencia es que el Tribunal, sin apartarse oficialmente del test tradicional del *rational basis*, no concluye con una decisión favorable a la Ley, como hasta ahora era la práctica habitual, sino con una decisión invalidatoria. No está claro si la Sentencia del caso *López* es simplemente un aviso al Congreso para que se tome más en serio las habituales invocaciones que de manera rutinaria hace a la cláusula de comercio como título competencial para regular las más diversas actividades, o si, por el contrario, es el anuncio de una nueva época jurisprudencial en la que el Tribunal aplicará un test más estricto al revisar las leyes federales fundadas en la cláusula de comercio, poniendo así fin a un período de deferencia y pasividad judicial en este sector.²⁷

5. La jurisprudencia americana acerca de la cláusula de comercio ejemplifica la relevancia que puede adquirir en la práctica la cuestión del grado de deferencia con la que los tribunales deberían revisar la legislación, así como la necesidad de tener en cuenta la estructura global del proceso político para medir cuál habría de ser este grado de deferencia. En la Sentencia *García* (así como en el voto particular del juez White en la Sentencia *New York*) se manifiestan claramente estas consideraciones estructurales a los efectos de determinar hasta qué punto, y con qué intensidad, es necesaria la intervención judicial para asegurar el respeto a una determinada norma constitucional. Las discrepancias entre los diferentes jueces en la Sentencia *López* también derivan parcialmente, aunque de manera implícita, de diversas concepciones, no sólo sobre el papel

27. Una descripción y comentario de esta Sentencia se puede encontrar en «The Supreme Court, 1994 Term; Leading Cases», 109 *Harvard Law Review*, 111-21 (1995). En el mismo número de esta revista se incluye un artículo de Charles Fried («Foreword: Revolutions?»), que, entre otras cosas, comenta favorablemente dicha Sentencia (pág. 34-45).

que le corresponde al Congreso federal, sino también sobre el grado de confianza que se puede tener en la capacidad del Congreso Federal para apreciar correctamente los límites constitucionales de sus poderes.²⁸

6. Esta referencia a la perspectiva y doctrina americanas nos invita a considerar cuestiones análogas en relación con el sistema autonómico español. En el caso de España, ¿podemos decir que la estructura y funcionamiento del proceso político español en su globalidad es suficientemente adecuado como para justificar una posición deferente o pasiva por parte del Tribunal Constitucional ante las leyes estatales impugnadas por atentar contra las competencias autonómicas? Sin que aquí podamos entrar a analizar con exhaustividad esta cuestión, creo que podemos constatar entre la doctrina constitucional y las mismas fuerzas políticas un importante consenso de opinión en el sentido de que el Senado español no funciona adecuadamente como cámara de representación territorial. Por eso se habla constantemente, y ahora con más intensidad, de la necesidad de reformarlo. No parece, por tanto, que por ahora pueda confiarse demasiado en el Senado como fórum político en el que las comunidades autónomas encuentren una protección suficiente de sus competencias. Y, por eso, no se pueden importar automáticamente doctrinas judiciales de los Estados Unidos que tienen sentido en un contexto institucional diferente del español. En este sentido, aunque sea imprescindible profundizar en los mecanismos del llamado «federalismo cooperativo» para evitar la litigiosidad constitucional, es igualmente imprescindible poner énfasis en el papel del Tribunal Constitucional español como garante de la esfera de competencias autonómicas constitucionalmente reconocidas. Es más, puede sostenerse, como ha hecho el profesor y magistrado del Tribunal Constitucional, Carles Viver i Pi-Sunyer, que los mecanismos del federalismo cooperativo en el ejercicio de las competencias han de subordinarse al respeto de unos criterios objetivos que fijen previamente quien tiene la titularidad competencial sobre las diferentes materias. Es así necesario mantener ciertos aspectos del «federalismo dual» para evitar que, en la práctica, las competencias autonómicas se vean vaciadas por exigencias del federalismo cooperativo.²⁹ Para Carles Viver, no se puede delegar al Senado la tarea, supuestamen-

28. Vale la pena recordar que este punto de vista «funcionalista» o «procesalista» es defendido por ciertos teóricos norteamericanos con carácter más general. Así, como hemos visto, la obra de Ely es uno de los máximos exponentes de esta perspectiva funcionalista. Aunque el Tribunal Supremo no reconoce explícitamente la conexión entre la teoría de Ely y la Sentencia *Garcia*, es interesante observar que en la Sentencia *South Carolina v. Baker* (485 U.S. 505 (1988)) el Tribunal, siguiendo el precedente *Garcia*, afirma que el Estado de Carolina del Sur pudo participar con igualdad de condiciones en el proceso político que llevó a la promulgación de la ley federal cuestionada, y que por tanto no hay razón para pensar que el proceso político ignoró sus intereses autonómicos. El Tribunal cita como argumento la nota a pie de página número cuatro del caso *Carolene Products* (304 U.S. 144 (1938)), justamente la famosa nota sobre la cual Ely construye toda su teoría. De hecho, esta manera «funcionalista» o «procesalista» de aproximarse a las cuestiones jurídicas tiene cierta influencia en los Estados Unidos, especialmente desde que H. Hart y A. Sacks fundaron en Harvard la corriente llamada «*Legal Process School*». Sobre esta corriente, Ely («Another such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World where Courts are no different from Legislators», 77 *Virginia Law Review*, 833 (1991)), dice, con ironía: «*I never took the course on Legal Process. Indeed the idea that appointed and lifetenured 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.*»

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

te política y no jurídica, de delimitar la distribución competencial. Esto comportaría mucha incertidumbre jurídica y una grave claudicación del derecho ante la realidad 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 *supraconstitutionis* y el Derecho renunciará a la regulación de la distribución territorial del poder».³⁰

Carles Viver menciona expresamente la Sentencia *García*, y dice que la tesis de esta Sentencia no se puede aplicar mecánicamente en España, como se suele hacer con excesiva frecuencia, porque el sistema de distribución competencial americano (distribución por fines abstractos) es totalmente diferente del español (distribución por materias y poderes tasados de forma notablemente detallista).

Comparto esta posición del profesor Carles Viver. La tesis del Tribunal Supremo americano en la Sentencia *García* se basa en unas premisas sobre la estructura y funcionamiento del proceso político que no se dan en el caso español. Creo que, de momento, el papel del Tribunal Constitucional como protector del ámbito de competencias autonómicas ha de ser, en comparación con el caso americano, mucho más intenso y que la deferencia hacia el legislador estatal no puede ser, en este punto, tan alta como la que ha mostrado durante las últimas décadas el Tribunal Supremo americano hacia el legislador federal.

VI. Segunda tesis: el federalismo como elemento de problematización de la representación política

1. El federalismo contribuye a problematizar la cuestión de quién representa al pueblo. Mientras que en un estado centralista de régimen parlamentario, un parlamento elegido por sufragio universal puede erigirse con facilidad como representante del pueblo, ya que no hay otro órgano del estado que pueda reivindicar ser también un representante del pueblo y cuestionar así el monopolio de representación que el parlamento pretende, en un estado federal, en cambio, la existencia de una pluralidad de asambleas legislativas elegidas democráticamente dificulta que una de ellas pueda pretender con éxito erigirse como «el» representante del pueblo por excelencia y llegar a identificarse con el mismo pueblo.

2. La Constitución de los Estados Unidos distribuye la representación popular entre diversos órganos. En primer lugar, el poder legislativo se distribuye entre la Federación y los estados, y se permite así que el pueblo tenga representantes tanto a nivel estatal como a nivel federal. En segundo lugar, dentro del nivel federal, la Constitución instituye tres órganos (Cámara de Representantes, Senado y Presidente) que,

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

por la forma de designación, tienen carácter representativo. Este sistema de *checks and balances* evita que algún órgano pueda adquirir un dominio absoluto sobre los otros.

3. Se ha discutido cuál era la finalidad última que los padres de la Constitución norteamericana perseguían con la introducción de este sistema de *checks and balances*. Para unos, se trataba de evitar la tiranía de la mayoría. Para otros, se trataba de fortalecer la soberanía del pueblo. A juzgar por los escritos de los principales autores de la Constitución, el miedo a la «tiranía de las mayorías» populares era el motivo que más intensamente los impulsó a adoptar el sistema de *checks and balances*. La finalidad de este sistema era, pues, antimayoritaria. Así, los números 47 al 51 de los *Federalist Papers* son una reflexión de Madison acerca de los mecanismos previstos en la Constitución para atenuar el poder de las mayorías y de las asambleas legislativas. Uno de estos mecanismos es, precisamente, el federalismo. No obstante, los padres de la Constitución eran conscientes del valor que desde la Revolución Americana se había otorgado al principio de soberanía popular. Así, los *Federalist Papers* invocan con frecuencia el principio según el cual en una república el pueblo es soberano. ¿Son estas invocaciones pura retórica para ocultar el carácter antimayoritario de los mecanismos establecidos en la Constitución?

Así lo creen ciertos autores. Gordon S. Wood, por ejemplo, cree que en realidad la Constitución federal pretendía controlar las fuerzas democratizadoras que la Revolución había desencadenado:

«*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

Otros autores discrepan de este punto de vista. Bruce Ackerman, por ejemplo, considera que la finalidad del sistema constitucional no era restringir la soberanía popular, sino establecer un sistema político donde esta soberanía fuese efectivamente respetada. Para Ackerman, como hemos visto, una de las virtudes del sistema constitucional norteamericano de *checks and balances* es que permite realizar lo que él denomina «democracia dualista» (*dualist democracy*). En la democracia dualista el pueblo actúa en ciertos momentos extraordinarios de movilización y deliberación pública (*constitutional moments*). En estos momentos actúa su voluntad soberana y la expresa en forma constitucional. Pasados estos momentos extraordinarios, vienen momentos de relativa apatía política (*normal politics*), donde los políticos elegidos por sufragio no

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

pueden pretender tener un mandato del pueblo para cambiar las normas constitucionales básicas por las que el pueblo se movilizó en un momento constitucional. Existe el riesgo, pues, de que en un tiempo de política normal los representantes confundan su voluntad con la del pueblo y erosionen así las normas constitucionales que sí que expresan la voluntad popular.

Uno de los mecanismos establecidos en la Constitución norteamericana para evitar esta confusión, explica Ackerman, es el sistema de los *checks and balances* (la separación de poderes y el federalismo). La existencia de una pluralidad de órganos, todos ellos elegidos por el pueblo, problematiza la representación y permite mantener la distancia crítica —como en el teatro de Bertolt Brecht— ante quien pretende erigirse como «el» representante del pueblo:

«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

Problematizada así la representación, la institución de la justicia constitucional deja de ser lo que Bickel creía que era: una anomalía dentro del orden constitucional democrático. La función de los jueces constitucionales es, según Ackerman, la de preservar los principios expresivos de un momento de política constitucional ante el riesgo de erosión por parte de los representantes del pueblo en tiempo de política normal.

Ackerman contrasta el sistema presidencialista y federal norteamericano con el sistema parlamentario inglés, y muestra como el primero problematiza el carácter representativo del Congreso federal mientras que el segundo invita a identificar el Parlamento con el pueblo. El primero lleva a insistir que la soberanía la tiene el pueblo, mientras que el segundo lleva a predicar la soberanía del propio Parlamento.

4. Sin poder entrar en la polémica sobre si el sistema federal —como elemento dentro del sistema más amplio de *checks and balances*— dificulta o no el ejercicio por el pueblo de su soberanía, creo que Ackerman tiene razón al señalar que la consecuencia del sistema federal y presidencialista norteamericano es que se problematiza la representación política durante lo que él llama *normal politics*. Esta problematización, creo yo, lleva como consecuencia que no es tan dramático para la democracia (o, quizás, que no se percibe como tan dramático) el hecho de que un juez invalide una ley. Si el federalismo dificulta que alguien se haga con el monopolio de la representa-

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

ción popular, el establecimiento de un sistema de justicia constitucional se hace más aceptable psicológicamente en un régimen federal: la invalidación de una ley no se confunde tan fácilmente con la invalidación de la voluntad popular.

5. Esta reflexión de Ackerman acerca del carácter problematizador del federalismo, es interesante explorarla en el contexto español. En España se produce también una cierta forma de *checks and balances* vertical, como en el federalismo americano: el poder legislativo se distribuye entre el Parlamento general y los parlamentos autonómicos, todos ellos elegidos por el pueblo. Ahora bien, ¿esta pluralidad de órganos representativos ha evitado la identificación psicológica de un determinado órgano —las Cortes Generales— con el pueblo español? No parece que esto sea así. El sistema constitucional español de distribución horizontal y vertical del poder no ha llegado a problematizar la representación hasta el punto en que lo ha hecho el sistema americano. De hecho, el mismo texto constitucional (artículo 66.1) parece otorgar a las Cortes Generales el monopolio de la expresión de la «soberanía», al configurar a las Cortes Generales como «representantes del pueblo español», en quien reside la «soberanía nacional», según el artículo 1.2. La afirmación del Tribunal Constitucional (STC 4/1981) de que las comunidades autónomas no expresan «soberanía», sino sólo «autonomía», es seguramente un síntoma de esta falta de problematización del fenómeno representativo. El soberano es en España el pueblo español, como en los Estados Unidos lo es el pueblo americano.³³ Pero ¿qué órganos expresan, dentro del marco constitucional (es decir, durante la vigencia de la «*normal politics*») la voluntad del soberano? En los Estados Unidos la respuesta es compleja: una pluralidad de órganos, tanto a nivel federal como estatal, en interacción y tensión recíproca y constante. Todos ellos expresan (y ninguno de ellos por sí solo expresa) la soberanía. En España tendemos a dar una respuesta más sencilla: un órgano determinado, las Cortes Generales, expresa la voluntad del pueblo soberano. Y por eso, por esta tendencia a identificar un solo órgano como representante del pueblo español, tendemos a olvidar el carácter problemático de la representación política y, en consecuencia, a contemplar como suceso extraordinario el hecho de que el Tribunal Constitucional invalide una ley aprobada por las Cortes Generales.³⁴

Quizás la teoría clásica que ve como nota esencial de la soberanía la indivisibilidad explica el rechazo a la idea de que los parlamentos autonómicos participen con las Cortes Generales en la expresión de la soberanía popular. Pero una cosa es que la soberanía sea indivisible y otra que el ejercicio en nombre del soberano de las potestades que configuran la soberanía no se pueda dividir entre una pluralidad de órganos. En los Estados Unidos, quizás por una tradición política más pragmática y menos preocupada por el rigor teórico de los conceptos que la práctica va

33. La tesis según la cual es el pueblo español el sujeto soberano y, por tanto, el titular del poder constituyente, está bien defendida por Francisco Tomás y Valiente en *Soberanía y autonomía en la Segunda República y en la Constitución de 1978* (Generalidad de Cataluña, Departamento de Justicia, 1996).

34. Así, en la STC 53/85, de 11 de abril (caso del aborto), el magistrado Díez-Picazo habla del poder legislativo como aquel «en quien encarna la representación de la soberanía popular». Y el magistrado Rubio Llorente dice muy expresivamente: «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.»

decantando,³⁵ no ha habido inconveniente en entender que la expresión de la soberanía popular es compartida entre la Federación y los estados. También en España se podría visualizar la obra de los legisladores autonómicos como una participación en la expresión de la soberanía popular.³⁶

Sea como sea, y sin poder entrar en una cuestión tan compleja como la relativa a la soberanía, creo que es interesante poner de relieve que la Constitución española no ha llevado hasta ahora a problematizar la representación popular en el mismo grado en que (siguiendo a Ackerman) podemos considerar que lo ha hecho la Constitución norteamericana.

VII. Tercera tesis: el federalismo como elemento para contribuir a la cooperación entre jueces y legisladores en la definición de derechos y valores constitucionales

1. El federalismo tiene una importante incidencia en el proceso de interpretación constitucional. Uno de los problemas fundamentales que plantea la interpretación constitucional es que algunas de las cláusulas constitucionales objeto de interpretación hacen referencia a valores abstractos cuya concreción es muy controvertida. En especial, éste es el caso de las cláusulas que reconocen derechos fundamentales: derecho a la igualdad, al proceso debido, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, etc. En la interpretación de estas cláusulas se corre el riesgo de que en definitiva las convicciones morales de los jueces acaben prevaleciendo sobre las convicciones mayoritarias de la sociedad.

El federalismo puede contribuir a paliar el posible conflicto que, en materia de derechos fundamentales, puede producirse entre las convicciones expresadas por los órganos políticos representativos y las convicciones expresadas por los órganos judiciales. El federalismo vive en una tensión dinámica entre el principio de unidad y el principio de diversidad. Esta dinámica puede traducirse en un modelo de justicia constitucional que, en vez de destacar la superioridad interpretativa de los jueces constitucionales, invite a un diálogo interpretativo entre jueces constitucionales y legisladores estatales para descubrir conjuntamente cuál es el contenido y los límites de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

2. En efecto, uno de los problemas del Estado federal es el de la tensión entre las fuerzas centrífugas y las centrípetas, entre el principio de autonomía política de los estados federales y el principio de integración, entre la diversidad y la unidad. Esta tensión se refleja en la declaración de derechos fundamentales. Por una parte, la declaración de derechos es un elemento de integración. Cada ciudadano de la Federación participa en el goce de un patrimonio de derechos que es común a todos los ciudadanos, y que puede hacer valer en cualquier parte del territorio de la Federación. El goce

35. El contraste entre las tradiciones políticas angloamericana (empírica) y europea-continental (racionalista) es descrita con agudeza por Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited* (Chatham House Publishers, New Jersey, 1987), pág. 48 y ss.

36. Así, según Eliseo Aja (*Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. 1, Instituto de Estudios Autonómicos, 1990, pág. 97), en el ámbito del federalismo la distinción entre «autonomía» y «soberanía» de los poderes de los estados miembros es una distinción puramente nominal.

común de unos mismos derechos da así sustancia y contenido a la unión estatal. Pero, por otra parte, la declaración de derechos no puede servir para cancelar la autonomía que cada uno de los estados miembros tiene para configurar libremente la vida colectiva de sus ciudadanos.

Esta tensión puede generar un modelo de interpretación de la declaración de derechos que podríamos llamar «modelo dialogal». En este modelo el juez constitucional no define unilateralmente los derechos fundamentales, sino que lo hace en diálogo con los legisladores estatales. Se produce un coloquio entre el juez constitucional y los diferentes legisladores estatales para ir definiendo gradualmente y de una manera conjunta cuál es el contenido de los derechos fundamentales y cuáles son las restricciones que pueden imponerse a estos derechos. El juez constitucional lo que hace es, en gran medida, articular como principios constitucionales de ámbito nacional el conjunto de principios en torno a los cuales los diversos legisladores estatales han ido coincidiendo.

3. La estructura federal de los Estados Unidos ha permitido el desarrollo de una práctica interpretativa que sigue en parte este modelo dialogal. En los Estados Unidos, donde ni la lengua, ni la raza, ni la religión, ni la etnia son elementos constitutivos de la ciudadanía, el papel integrador de los derechos fundamentales es crucial. La ciudadanía norteamericana reside, en gran parte, en el hecho de que ciertos derechos se reconozcan a todos los ciudadanos, sea cual fuere el territorio donde se encuentren. Los derechos son así un elemento insustituible de integración. En este sentido, Dworkin ha escrito:

«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

Y por eso, según Dworkin, es necesario en los Estados Unidos que la controversia del aborto, por ejemplo, tenga un tratamiento constitucional unitario a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero, por otra parte, los estados gozan de importantes ámbitos de autonomía política para configurar la vida colectiva según los principios y las reglas que gozan del apoyo democrático de su población.

Pues bien, precisamente por esta tensión entre integración y diversidad en materia de derechos fundamentales, el federalismo norteamericano ha generado una dinámica

37. Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf, New York (1993), pág. 61. Esta función integradora de los derechos ya fue destacada en Europa por Rudolf Smend. En *Constitución y Derecho Constitucional*, publicado el año 1928, Smend escribe: «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, pág. 230-231).

de cooperación interpretativa entre los legisladores estatales y el Tribunal Supremo federal. Esta interpretación «coordinada» (Louis Fischer)³⁸ o «dialógica» (Barry Friedman),³⁹ en la que nadie tiene la última palabra (Stephen Macedo),⁴⁰ se puede ilustrar con algunos ejemplos concretos⁴¹ de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano.

Así, en el año 1968 el Tribunal Supremo estableció en el caso *Duncan v. Louisiana* que el derecho al jurado en todo tipo de proceso penal es un derecho constitucional que todos los estados tienen que respetar. El Tribunal extendía así el ámbito de protección del derecho al jurado, que, de ser un derecho que la Constitución federal sólo imponía explícitamente a la Federación, pasaba —vía enmienda catorce— a ser un derecho vinculante para todos los estados. Uno de los argumentos del Tribunal era que había un altísimo consenso entre los estados a favor de reconocer el derecho al jurado en diversos procesos penales:

*«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 decisión del Tribunal Supremo ciertamente restringía las posibilidades de actuación de los legisladores estatales, ya que la incorporación en los estados (vía enmienda catorce) del derecho al jurado tal como está reconocido en la sexta enmienda obligaba a algunos estados a modificar su regulación del jurado para extenderlo a nuevos tipos de procesos penales. Pero la decisión del Tribunal se basaba, en parte, en el hecho de que la mayoría de los estados ya disponían de la regulación del jurado que ahora el Tribunal imponía como principio constitucional de ámbito nacional:

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

Argumentos similares fueron utilizados por el Tribunal en la Sentencia que resolvió el caso *Baldwin v. New York*. Aquí el Tribunal declaró que cuando la pena supera los seis meses de prisión el acusado tiene derecho al jurado. Uno de los argumentos del Tribunal fue que casi todos los estados reconocen el derecho al jurado cuando la pena supera los seis meses:

*«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

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

39. *Supra*, nota 2.

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

41. Para una reflexión acerca de estos y otros ejemplos, véase Friedman, *supra*, nota 2.

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

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

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

Y, en la Sentencia que resolvió el caso *Burch v. Louisiana*, el Tribunal Supremo declaró que no son constitucionales las leyes que permiten que un jurado de sólo seis miembros pueda dar su veredicto por mayoría y no por unanimidad. Uno de los argumentos del Tribunal fue, una vez más, que sólo dos estados tenían leyes que permitían este tipo de veredicto en delitos graves:

*«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

La práctica convergente de los estados sirve al Tribunal Supremo norteamericano como fuente de interpretación no sólo cuando se trata de otorgar estatus constitucional a un derecho, sino también cuando se trata de determinar qué restricciones pueden válidamente imponerse a un derecho. Así, por ejemplo, en la Sentencia *Maryland v. Craig*, el Tribunal declaró válida una ley que establecía que en procesos penales por abusos de menores, la víctima testificase fuera de la presencia del acusado, mediante un circuito de televisión unidireccional. El Tribunal establecía así una restricción al derecho a confrontar los testigos de cargo, derecho que la sexta enmienda (incorporada en los estados por la enmienda catorce) reconoce a todo acusado en un proceso penal. Uno de los argumentos del Tribunal fue que «una mayoría significativa de los Estados» habían promulgado leyes similares.⁴⁶

Un ejemplo que puede ilustrar cómo el Tribunal Supremo redefine dialógicamente el contenido de un derecho fundamental ya declarado es el caso del aborto. En 1973, en el caso *Roe v. Wade*,⁴⁷ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que el derecho a la privacidad amparaba la decisión de la mujer de abortar hasta el momento de la viabilidad del feto —hacia el final del segundo trimestre del embarazo—. En consecuencia, la Sentencia venía a declarar inconstitucionales aquellas leyes de los estados que restringieran o prohibieran el ejercicio de este derecho de la mujer a abortar. Naturalmente, esta Sentencia fue criticada por muchos como ejemplo de activismo judicial contrario a la democracia: nueve jueces en Washington DC decían a los legisladores democráticamente elegidos de los cincuenta estados qué podían hacer y qué no podían hacer en una materia tan controvertida como la relativa al aborto. De hecho, muchos autores que defienden el «modelo dialogal» critican la sentencia por no haber facilitado un espíritu de negociación y acuerdo entre las partes enfrentadas.⁴⁸

Pues bien, a pesar de todo, la Sentencia no resolvió la controversia de manera definitiva. Desde 1973 los legisladores estatales han ido dictando leyes que intentan limitar el derecho al aborto reconocido en la Sentencia *Roe v. Wade*, e incluso cuestionar la validez de la Sentencia. Así, hay estados que han dictado leyes frontalmente contrarias al principio establecido en la Sentencia, con la esperanza de provocar un cambio de criterio en el seno del Tribunal. El Tribunal Supremo ha tenido que responder en diversas sentencias a estos movimientos legislativos de los estados. La conclusión provisional de este proceso interactivo entre los legisladores estatales y el Tri-

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

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

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

48. Así, Robert Burt (supra, nota 15, pág. 344-352) critica la Sentencia por no promover el diálogo.

bunal Supremo es la Sentencia *Planned Parenthood v. Casey*,⁴⁹ en que el Tribunal, si bien reafirma el derecho de la mujer a abortar, permite que los estados promulguen normas que, en la práctica, afectan de manera sustancial a este derecho, como por ejemplo la exigencia de que antes de tomar la decisión de abortar, la mujer sea informada de las alternativas existentes.

4. Hemos visto algunos ejemplos que muestran hasta qué punto el federalismo norteamericano, con la tensión entre unidad y diversidad en materia de derechos, lleva a una práctica de interpretación constitucional que sigue el modelo ideal que hemos llamado «dialogal». Naturalmente, con esto no queremos sugerir que en materia de derechos el Tribunal Supremo norteamericano se limite a levantar acta notarial de una convergencia fáctica de soluciones entre los legisladores estatales. El papel del Tribunal es más activo y crítico: se niega a veces a aceptar el consenso legislativo de los estados por considerar que contradice principios constitucionales que considera innegociables; otras veces actúa como propulsor de una solución minoritaria con la esperanza de que a largo plazo goce del apoyo de la mayoría de los estados; y siempre, en todo caso, refina el consenso legislativo reajustando críticamente su contenido. Pero lo que es más importante es que el proceso de interpretación es complejo y tendencialmente horizontal, ya que participan en él una pluralidad de intérpretes, tanto judiciales como políticos, todos ellos en discusión permanente acerca del significado que en la vida concreta han de tener las cláusulas constitucionales abstractas declarativas de derechos. Se produce así el «coloquio» de que hablaba Alexander Bickel. Cuando la interpretación constitucional tiene lugar en el seno de un proceso de estas características, la dificultad contramayoritaria —la objeción de que la justicia constitucional choca con el principio mayoritario— pierde parte de su fuerza.

5. En España es más difícil que tenga lugar un proceso de estas características. Las competencias que tienen las comunidades autónomas en materia de derechos fundamentales son más reducidas que las que tienen los estados miembros de la Federación de los Estados Unidos. La reserva a la ley orgánica de todo lo que se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (artículo 81.1 de la Constitución), juntamente con la reserva al Estado, como competencia exclusiva, de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1), conlleva que el protagonismo de los parlamentos autonómicos en el proceso de configuración de los derechos fundamentales sea reducido (pero no nulo: pensemos en materias como la educación y la cultura) en comparación con el protagonismo que tienen los legisladores estatales norteamericanos.

No es fácil, por tanto, que el Tribunal Constitucional interprete la declaración de derechos de la Constitución española en un proceso dialéctico en el que participen como intérpretes «horizontales» las comunidades autónomas. Además, seguramente significaría una restricción inaceptable del grado de autogobierno de las comunidades autónomas el hecho de que una convergencia de criterios de una mayoría de las comunidades, en una materia que tuviese incidencia en los derechos fundamentales, pudiese justificar la imposición de estos criterios al resto de comunidades autónomas vía sentencia del Tribunal Constitucional.

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

VIII. Comunidad Europea, justicia constitucional y federalismo

Hemos visto hasta ahora, a partir del caso americano, tres conexiones entre el federalismo, la justicia constitucional y la democracia. En primer lugar, el federalismo es un sistema que, históricamente, tiende a exigir la introducción de un sistema de control judicial de la constitucionalidad de la ley, aunque el grado de activismo judicial dependerá de ciertos aspectos estructurales del sistema político en su globalidad. En segundo lugar, el federalismo puede ser un elemento de problematización de la representación política. Y en tercer lugar, el federalismo contribuye a que se adopte un modelo dialogal de justicia constitucional.

En el contexto de la construcción europea las tres conexiones también se producen, y muestran el paralelismo entre el proceso de integración europea y el proceso de formación de los Estados Unidos. Valga lo que digo a continuación como un pequeño apunte final para concluir estas reflexiones:

1. La necesidad de que las leyes nacionales respeten las normas comunitarias de rango superior invita, e incluso hace necesaria, la existencia de un control judicial de la «validez comunitaria» de las leyes. De hecho, es curioso observar que, mientras que en la mayoría de los países miembros de la Comunidad Europea los jueces ordinarios no pueden inaplicar por sí solos una ley nacional que estimen contraria a la Constitución nacional, en cambio todos ellos están obligados a inaplicarla cuando la estimen contraria a una norma comunitaria de aplicación directa. El federalismo europeo lleva así a la erosión del principio de inmunidad judicial de la ley, que en algunos países miembros de la Comunidad Europea (especialmente Inglaterra) se ha mantenido con gran rigor. Veamos así, en el ámbito de la Comunidad Europea, una clara conexión entre federalismo y control judicial de las leyes.⁵⁰

2. La existencia de la Comunidad Europea comporta la introducción de nuevos órganos políticos de carácter representativo, en especial el Parlamento Europeo. Esto significa aumentar el pluralismo de «representantes» del pueblo, y por tanto contribuir a hacer más problemático, en el sentido de Ackerman, la cuestión de quién representa al pueblo europeo. El fortalecimiento de los poderes del Parlamento Europeo intensificaría este proceso de problematización.

3. La configuración de la ciudadanía europea se ve necesitada de la fuerza integradora de los derechos, e invita a que la función del juez del «derecho europeo» se realice según el «modelo dialogal» que he descrito al referirme a los Estados Unidos. En primer lugar, dada la heterogeneidad de lenguas, religiones, culturas e historias de los diferentes pueblos de Europa, la ciudadanía europea sólo puede constituirse desde la participación de todos los europeos en la toma de decisiones políticas y en el goce común de unos mismos derechos fundamentales. La función integradora de los dere-

50. Sobre las importantes consecuencias que para el sistema constitucional británico se derivan del principio de supremacía del derecho comunitario, véase Mauro Cappelletti, «El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado», 13 *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 80-81 (1980). En relación con la función de los jueces en el proceso de construcción europea, véase J.H.H. Weiler, «The transformation of Europe», 100 *Yale Law Journal*, pág. 2.412-2.423 (1991).

chos es aquí esencial. En segundo lugar, los jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (y, en otro ámbito, los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en el momento de definir cuáles son los derechos que integran el mínimo patrimonio de todos los ciudadanos europeos, pueden aprovechar toda la experiencia acumulada por los diversos legisladores estatales que han ido profundizando en el respeto a los derechos fundamentales. No es difícil en este contexto entender qué parte de la función del Tribunal de las Comunidades Europeas (y, aún más, del TEDH) es, en materia de derechos fundamentales, articular como principios constitucionales europeos lo que en un primer momento no es más que una coincidencia de soluciones legislativas (y jurisprudenciales) adoptadas por una pluralidad de órganos políticos (y judiciales) nacionales. Parece, por tanto, que en el contexto de la construcción europea la actuación de los tribunales encargados de garantizar el respeto a las normas supranacionales puede ser similar a la actuación «dialogal» que ha caracterizado al Tribunal Supremo norteamericano.⁵¹

4. Es, por tanto, en el contexto europeo donde encontramos un modelo donde se conecta el federalismo, la democracia y la justicia constitucional de forma (tendencialmente) similar a la del modelo norteamericano. Esta analogía puede servir para mostrar, por vía de contraste, algunas de las diferencias entre el papel del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la estructura federal de la democracia norteamericana y el papel del Tribunal Constitucional español en la estructura autonómica de la democracia española.

51. Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), pág. 57, habla del surgimiento de un nuevo *ius publicum europeum*, obra de juristas. Ciertamente las técnicas de este derecho han de ser las propias de los juristas, pero creo que la sustancia tiene que venir definida, en parte, por la convergencia de criterios entre los diferentes procesos políticos nacionales como expresión de una concepción compartida de cuáles son los principios fundamentales constitutivos de la identidad europea. Sobre los problemas que genera la ausencia de una declaración de derechos que vincule a la Comunidad Europea como tal (y no sólo a cada uno de sus miembros), véase 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), pág. 135.