

LA LUCHA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL FEDERALISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS*

Santiago A. Roura Gómez

I.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

Como resulta de sobra conocido, la descentralización política se corresponde con aquel conjunto variado de técnicas dispuestas al servicio de la ponderada combinación entre dos tendencias apreciables y contrapuestas que conviven en su seno: la centralizadora y la descentralizadora. Esta circunstancia proporciona al federalismo una de sus notas caracterizadoras: su mutabilidad, su capacidad para transformarse con el paso del tiempo en su aplicación a un mismo territorio, en definitiva, su carácter dinámico¹. Ese movimiento esencial al fenómeno federal convierte en materia de singular trascendencia los mecanismos destinados a disciplinar las transformaciones en las reglas del reparto de poderes entre los diversos entes jurídico-políticos, porque esas transformaciones están siempre revestidas de las garantías necesarias para que ninguno de los entes territoriales las monopolice, impidiendo al resto tomar parte de alguna manera en el control del proceso federal².

En todo caso, resulta evidente que no todos los sistemas federales ofrecen el mismo margen de variabilidad, es decir, no todas las normativas constitucionales rela-

* Este texto forma parte de los trabajos presentados al Congreso "Derechos Constitucionales y Estado Autónomico" que, convocado por el *Grupo de Estudios sobre la Forma de Estado* y por el *Centro de Estudios de Derecho del Estado* y organizado por las Universidades de Barcelona, Rovira i Virgili y Girona, tuvo lugar en Barcelona/Tarragona entre los días 20-22 de octubre de 1999. Una versión esencialmente coincidente con el mismo está pendiente de publicación en el libro de Actas del citado Congreso.

¹ Cfr., por todos, Carl Joachim FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 385 y ss. Vid., asimismo, las acotaciones de Antonio LA PERGOLA, recogidas en "El federalismo como proceso", en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 21 y ss. En este contexto cambiante puede verse una reciente evaluación de diversos sistemas en Miguel A. APARICIO (Dir.), *La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*, CEDECS, Barcelona, 1999.

² Ahí es, precisamente, donde las situaciones de descentralización política pueden empezar a denominarse propiamente federales, pues no sólo se constata la descentralización, sino que además su existencia, consustancial al modelo de Estado de que se trate, está garantizada a través de instituciones constitucionales, en particular la reforma y la justicia constitucionales. Cfr., para todo esto, Javier RUIPÉREZ, *La protección constitucional de la autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994. En el mismo sentido, William H. RIKER, "The Origins of Federal Governments", en el vol. *The Development of American Federalism*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1987, p. 13..

tivas al fenómeno federal son susceptibles de un mismo grado de interpretación evolutiva, pues una de las tareas de quienes redactan dichas normas –los Constituyentes federales– consiste en fijar el reparto de competencias con un cierto grado de certeza en su significado y de firmeza en su establecimiento. El caso estadounidense que nos hemos propuesto analizar aquí representa, en ese sentido, el grado máximo de transformación, con la variable añadida de que dicha variación se ha producido casi siempre por cauces no formales y, señaladamente, a través de las mutaciones constitucionales³, particularmente las practicadas por el más conspicuo de los operadores jurídico-políticos, el Tribunal Supremo de la Unión.

Si lo anterior resulta conocido, tampoco creemos mostrar originalidad alguna si recordamos que la división política en que el federalismo consiste puede afectar –afecta, de hecho– a un terreno capital del Estado Constitucional como es el de los Derechos Fundamentales. Es evidente que, ya entendamos que los Derechos constituyen una categoría individualizable (una materia), ya creamos –como resultará más frecuente– que afectan a una pluralidad de categorías, lo cierto es que son susceptibles de encuadrarse dentro del ámbito de intereses propio de un ente jurídico-político territorial. Los derechos se ven, entonces, afectados por la división del Estado en territorios porque las normas a ellos relativas pueden ser objeto del reparto vertical de poderes propio del federalismo, como materia competencial pueden corresponder a la Federación o a los miembros, o tal vez a ambos. Sucede, además, que, al menos en un sentido muy amplio, es decir si entendemos por “derecho” cualquier posición jurídica subjetiva, todo ente territorial tendrá capacidad de incidir en los derechos, pues finalmente lo que define a cada organización política como parte de un Estado Federal o políticamente descentralizado es su capacidad para crear ordenamientos jurídicos autónomos –que se relacionan con criterios de competencia y/o de jerarquía con el orden jurídico federal– cuya vigencia produce situaciones jurídicas subjetivas, con sus “derechos” respectivos, en los ciudadanos a los que afecta. Sin embargo, tomado en un sentido menos laxo, entendiendo el término como relativo a aquel conjunto de posiciones de los ciudadanos que los poderes públicos están obligados a respetar, ya sea absteniéndose de toda acción, ya sea actuando para hacer posible su disfrute, es decir, si tratamos de los derechos en tanto que “Derechos Fundamentales”, la concreción sobre el ente territorial que puede afectarles con mayor intensidad sí resulta posible.

El objeto de estas páginas es poner de manifiesto brevemente en qué manera ha afectado a los derechos la dialéctica centro/periferia en los Estados Unidos. La elección del ordenamiento estadounidense se fundamenta en lo extraordinario del ejemplo que brinda, pues se trata de un ordenamiento en el que se han introducido escasas variaciones formales aun cuando se han producido cambios sustanciales, lo que invita a volver la mirada sobre la naturaleza de las fuerzas que impulsaron dichos cambios, que es el objeto último de nuestra atención.

No pretendemos, desde luego, establecer una apriorística presunción de validez de las conclusiones que obtengamos en este estudio al estado actual de evolución del

³ Esto es las transformaciones en el significado de las normas constitucionales sin que se transforme el significado, sin mediar operación de reforma, sino con el único recurso a la interpretación. Vid. Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; o, con una perspectiva de matiz diferente, las divergencias entre lo que la norma constitucional declara y lo que sucede en la realidad constitucional. Vid. Hsu DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, IVAP, Oñati, 1998; Konrad HESSE, “Límites a la mutación constitucional”, en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 79-104. Cfr., entre nosotros, Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 179-215; Rogelia CALZADA CONDE, “Poder Constituyente y mutación constitucional: especial referencia a la interpretación judicial”, en el vol. *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia/Secretaría General Técnica/Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, vol. II., pp. 1.097-1.111.

Estado políticamente descentralizado en España. Lejos quedan los tiempos en que, deslumbrada por la brillantez de las formulaciones americanas, la teoría del Estado Federal pretendía someter a todos los ordenamientos federales a un examen de validez en el que el irrefutable parámetro lo aportaba el federalismo norteamericano⁴. La práctica de las formaciones federales que se han desarrollado en distintos puntos del orbe constitucional apunta a la licitud de las soluciones más dispares. Pero, por lo mismo, también sigue resultando lícito, en tanto que útil, el examen de ese concreto modelo federal.

II.- LOS DERECHOS EN EL NACIMIENTO DE LA UNIÓN

Comenzaremos nuestra exposición partiendo del mismo punto de arranque de los Estados Unidos como Nación. La importancia del tema de los derechos en los albores del constitucionalismo está fuera de toda duda y esta circunstancia resultaba particularmente cierta en los Estados Unidos, en donde tuvieron enorme repercusión las elaboraciones de John Locke⁵ que fundamentaron la ideología liberal en torno al binomio libertad/propiedad. La importancia de los derechos, como justificación de las reclamaciones de los colonos que acaban cristalizando en la revolución, planea sobre todo el proceso de independencia, entre cuyos documentos más señalados se cuenta la Declaración de Derechos de Virginia (1776), resumen de la ideología constitucional sobre la que se construirá poco después la Unión. Acontecida la independencia de los territorios se produce la aprobación de Constituciones o ratificación de las Cartas coloniales que, en algunas ocasiones, contienen una tabla de derechos, nueva o no, para la nueva entidad política⁶.

Siendo los Estados el punto en el que se localiza el poder político, los derechos –en este momento concebidos como garantías del individuo frente al poder político– se construyen en atención a las nuevas entidades políticas. La aprobación de los Artículos de la Confederación no introduce cambio alguno en este diseño, pues están concebidos como el marco de relación entre los Estados, y es a éstos a quienes se dirigen. Las consecuencias de la actuación de la Confederación en la esfera de los ciudadanos, que sin duda existieron, se canalizaron a través de los Estados, que son las entidades destina-

⁴ Cfr. Kenneth C. WHEARE, *Federal Government*, Londres, Nueva York, Toronto, 1953, p. 1, citado por Javier Ruipérez, *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1996, 2ª ed., reimpr., p. 17

⁵ Sin que ello suponga desmerecer la influencia de otros pensadores –Kant, Pufendorf– en los protagonistas de la revolución liberal-burguesa en América, el ascendiente lockiano sobre éstos constituye un presupuesto de general aceptación, ya como influencia directa, ya a través de otras fuentes. Cfr., en este sentido, Ángela APARISI MIRALLES, *La revolución americana*, Centro de Estudios Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, en particular, pp. 110 y ss. Vid., además, Bernard E. BROWN, *L'État et la politique aux États-Unis*, Presses Universitaires de France, París, 1994, que ofrece una visión de conjunto, histórica y actual, de este y otros aspectos del constitucionalismo americano con constantes referencias comparativas al modelo europeo continental de raíz francesa.

⁶ Esos textos, con diferente valor jurídico según los casos, son el precedente inmediato de la Tabla de Derechos que acabará añadiéndose a la Constitución Federal y contienen formulaciones dispares, pero todas ellas en la línea de la tradición del *Common Law*. Vid., en relación con esto, Milton R. KONVITZ, “La Declaración de Derechos: Enmiendas I-X”, en Daniel J. Boorstin (comp.), *Compendio histórico de los Estados Unidos. Un recorrido por sus documentos fundamentales*, FCE, México, 1997, pp. 133-135. Para una interpretación de lo que hay de herencia anglosajona y lo que hay de genuino en la concepción americana de los derechos, cfr. Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trotta/Universidad Carlos III, Madrid, 1996, en particular pp. 75-95. Un breve resumen sobre el estado en que se encontraba la regulación de los derechos en el momento de la independencia norteamericana en Miguel ARTOLA, *Los derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1986. Vid., asimismo, con carácter general, Felice BATTAGLIA, “Las Declaraciones de derechos”, en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pp. 175-197.

rias de las normas confederales. Por eso cuando los Artículos se ocupan de alguna materia relacionada con el disfrute de los derechos –en el art. IV- es únicamente para proclamar que los Estados garantizarán a todos los habitantes de un Estado de la Confederación el mismo trato que a sus ciudadanos, que se circulará libremente por toda la Confederación y que, con ciertas cautelas, no se pondrán cortapisas al establecimiento de los comerciantes de otros Estados, así como para establecer un régimen de extradición de convictos y prófugos o, finalmente, para garantizar la validez de los documentos judiciales y registrales de cualquier Estado en todos los demás. Mandatos que, en definitiva, aun cuando obviamente incidían en las condiciones jurídicas de los individuos, tenían a los Estados como auténticos destinatarios.

Vigente esta orientación se produce la reunión de la Convención de Filadelfia, cuyos 55 delegados estatales –ausentes los de Rhode Island- se afanan en la reforma de las condiciones en que hasta el momento se habían establecido las relaciones entre las antiguas colonias. El resultado será la aprobación de un nuevo documento constitucional que certifica el nacimiento de una entidad a la que los Estados estarán subordinados, pues a ella ha transferido el pueblo su soberanía⁷. La aparición del Estado Federal se solemniza en la Constitución en la que, sin embargo, no se contiene un catálogo de derechos de los ciudadanos, pudiendo únicamente contabilizarse seis escuetas referencias a la materia en forma de cinco garantías penales⁸ y la prohibición de la exigencia de declarar sobre la propia religión para ocupar cargos federales. Aparte de esto, la condición requerida por el artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre, de acuerdo con el cual toda Constitución había de contener una tabla de derechos, no se cumplía, pues el Texto se limitaba a ordenar las instituciones federales que creaba y a marcar unas reglas esenciales para disciplinar su relación con los poderes estatales preexistentes, preocupaciones que se solucionaron mediante una división, horizontal y vertical, de los poderes.

Esta ausencia de tabla de derechos en el Texto Federal, a la que por otra parte se puso remedio inmediatamente, estaba, en todo caso y por lo que ahora nos interesa, justificada por el hecho de que las Constituciones de los Estados que se incorporaban a la Unión al ratificar el Texto surgido de la Convención de Filadelfia sí contaban, al menos en buena parte, con declaraciones de derechos. Al haber constituido Estados independientes, unidos en Confederación desde su separación de la metrópoli en 1776, habían conservado, con las limitaciones que el tiempo impuso, sus ordenamientos particulares en los que figuraban las normas relativas a los Derechos Fundamentales. Parece entonces evidente que los derechos preocupaban al orden político periférico, o, por decirlo con una terminología más actual y española, constituían una materia en la que la competencia correspondía a los Estados y no a la Federación. De todos modos, esta situación no podía durar y, al cabo, también la Constitución, que había salido de Filadelfia sin proclamar derechos de los ciudadanos, contó con su tabla de Derechos (*Bill of*

⁷ Cfr. Edward Samuel CORWIN, "We, the People", en el vol. *The Doctrine of Judicial Review. Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1963, pp. 81-108; Javier RUIPÉREZ, "Principio democrático y federalismo: el Poder Constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 3 (1999), pp. 517-557.

⁸ Los "derechos", todos en relación con el proceso penal, a que nos referimos son: la garantía del recurso (*writ*) de *habeas corpus*, salvo en situaciones de emergencia –cláusula 2, sección 9, art. I-, la prohibición de leyes que proclamen la extinción de derechos o imposición de penas sin previo juicio y de leyes retroactivas –cláusula 3 de la misma sección y artículo-, la garantía del juicio por jurado en el Estado en que se cometió el delito –cláusula 3, sección 2, art. III-, la regulación del delito, la prueba y la pena para la sedición –sección 3, art. III- y la regulación de la extradición de fugitivos –cláusula 2, sección 2, art. IV-.

Rights) que se adicionó al final del Texto originario como sus diez primeras enmiendas⁹. De hecho, fue esa “sensibilidad” a favor de los derechos que estaba presente en los Estados y parecía haber sido ignorada en la Constitución que fundó la Federación, la que condujo a los representantes en las convenciones de ratificación de Virginia, Pennsylvania, Massachusetts y Nueva York a empeñar su voto a favor de la ratificación de la Constitución Federal al compromiso de aprobación del *Bill of Rights*¹⁰. Cuando estos Estados dieron finalmente su conformidad a la Unión y a su Constitución, lo hicieron acompañando la ratificación de una demanda a favor de una tabla de derechos y la ratificación se consigue, en buena medida, por la adopción del compromiso de redacción de dicha tabla. Es cierto que hoy día estamos acostumbrados a referirnos al “documento original” de la Constitución de los Estados Unidos y entender por tal a los artículos surgidos de la Convención constitucional del verano de 1787 y las diez primeras enmiendas ratificadas finalmente en 1791, pero, a los fines de este escrito al menos, no conviene perder de vista que en un primer momento sólo los Estados se comprometieron en la garantía de unos derechos para sus ciudadanos, tanto por declararlos expresamente sus ordenamientos como por exigirlos del ordenamiento federal. La primera paradoja en la relación entre la problemática de los derechos y la división territorial del Estado en los Estados Unidos se produce ya en este momento, pues, como entre otros relata M. Comba¹¹, la oposición de los partidarios de la Constitución a la aprobación de un listado de derechos junto con el Texto Constitucional se transforma en abierta defensa de la necesidad del mismo en cuanto la Constitución es aprobada y, al contrario, la exigencia indisponible de los antifederalistas de que la Federación contase con un listado propio de derechos se convierte en reticencias a su inmediata aprobación cuando la maquinaria federal ya se ha puesto en marcha. Los derechos son, en este concreto momento de la Historia Constitucional de los Estados Unidos y no muchas veces más, el escudo en el que se parapetan las posturas a favor y en contra del surgimiento e incremento del nuevo poder central.

⁹ Cfr., para todo lo que se refiere a las objeciones al Texto Constitucional que motivaron la inclusión de las enmiendas que constituyen el *Bill of Rights*, Joseph STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States: with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*, William S. Hein & Co., Boston, 1994, reimpr. de la 5.ª ed. de 1891, vol. I, § 301 y ss. y vol. II, § 1857 y ss. Puede verse también, además de las fuentes directas, el relato que sobre el proceso de ratificación de la Constitución realiza Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Istituto Giuridico della R. Università, Turín, 1931, pp. 38-43.

¹⁰ Aunque no parece necesario que nos extendamos aquí sobre esta circunstancia del período inicial de la Historia Constitucional norteamericana, quizá convenga recordar que también en este aspecto del debate de ratificación terciaron, como no podía ser de otra manera, los comentarios federalistas de Publio, cuya posición al respecto consistía en negar la necesidad de aquello de lo que el Texto de Filadelfia carecía. Así, para el “*Great Champion of the Constitution*” –como lo denominaba John Marshall-, la inexistencia del *Bill of Rights* no suponía ningún peligro para la libertad porque el respeto a los derechos individuales constituye ya una premisa del gobierno republicano que la Constitución instaura y de este modo la aprobación de un listado de derechos sólo vendría a ratificar lo que de la naturaleza de la Constitución ya se infiere. A ello habría de añadirse, además, los problemas que podría llegar a suscitar la aprobación de un listado que pudiese interpretarse como *numerus clausus*, esto es, como argumento para sostener la imposibilidad de existencia de más derechos que los expresamente consignados en la Declaración. Cfr. Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, FCE, México, 1987, 1ª ed., 4ª reimpr., n.º LXXXIV, pp. 365 y ss. El primer argumento de Hamilton no bastó, como decimos, para convencer a los partidarios de la aprobación de una tabla de derechos para que depusiesen su actitud, pero el peligro del segundo, que sí vislumbraron, fue conjurado en la misma declaración, pues la enmienda IX se encargó de poner en letra impresa de la Constitución que “La enumeración de ciertos derechos por la Constitución no debe entenderse que niega o limita otros que retiene el pueblo”. Cfr., en relación con este asunto y en general con los problemas de que se ocupa el presente trabajo, Mario COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, Nápoles, 1996, cap. II, y especialmente pp. 109-112.

¹¹ Cfr. Mario COMBA, *Esperienze federaliste...*, cit., pp. 110-111.

La aprobación de la Tabla de Derechos de la Constitución Federal marca el punto de partida de la “lucha por los derechos” en los Estados Unidos. Los derechos han caminado, desde entonces, al compás de una dogmática de origen fundamentalmente jurisprudencial en la que nos vamos a detener muy brevemente y en la que, en esencia, concurren dos cuestiones altamente problemáticas y de enorme trascendencia para el constitucionalismo, norteamericano o no: la extensión de la acción del poder judicial y la extensión de los poderes confiados a los Estados o a la Unión

En una lectura que gozó de amplia fortuna durante décadas se podría decir que, con la aprobación del *Bill of Rights* de la Constitución Federal, se daba el visto bueno a la puesta en marcha de una organización jurídico-política que, ahora sí, debería respetar en su actuación los derechos de los ciudadanos, quienes contaban con la susodicha Declaración como documento de referencia que consagraba una posición inatacable por la Unión. En cualquier caso, el crecimiento de la Administración federal, cuyo ámbito de intereses se iba extendiendo a caballo de las resoluciones judiciales de la era Marshall, reconocía los límites explícita o implícitamente¹² recogidos en la tabla de derechos de 1791, pero dichas limitaciones operaban únicamente en relación con la Federación¹³.

Quizá por esa reciente incorporación de los derechos en el ámbito federal, lo cierto es que fue desde la organización política central desde la que se impulsaron los movimientos que reclamaban una acción política más respetuosa con los principios de la dignidad humana que habían presidido la Declaración de Independencia. El asunto de la esclavitud, que la Constitución no había acabado de dejar resuelto, dividía al país en facciones políticas, y la dinámica política colocó a los abolicionistas en la órbita del poder central¹⁴, mientras que los partidarios de la perpetuación del esclavismo acabaron defendiendo las posiciones de los Estados del sur, cuyo modo de producción económica –basado en gran parte en la mano de obra esclava en tareas agrícolas– se veía seriamente amenazado por las pretensiones que los Estados del norte –con un capitalismo industrial más desarrollado– habían trasladado a las instituciones federales. La esclavitud, no resuelta en la Convención de Filadelfia, había sido considerada una cuestión de la entera responsabilidad de los Estados, sin que el poder federal estuviera legitimado para interferir en este ámbito. Esta interpretación contó con su última confirmación en el caso *Dred Scott v. Sandford*¹⁵, comúnmente citado como uno de los detonantes de la guerra de secesión, en cuya resolución el Tribunal Supremo negaba el derecho de manumisión que un esclavo había ganado frente al Estado de Missouri por haber vivido legalmente en Estados que no admitían la esclavitud¹⁶.

¹² La posibilidad de reconocer unos derechos distintos de los expresamente enumerados en el listado que se yuxtapuso a la Constitución –en cierto modo la otra cara de la moneda del problema de los *implied powers*– venía reconocida por la enmienda IX^a que, como hemos señalado ya, conjuró los temores de interpretaciones restrictivas que considerasen los derechos reconocidos como *numerus clausus*.

¹³ La tesis tradicional sobre la aplicación del *Bill of Rights* únicamente a la Federación se recoge en *Barron v. Baltimore* [32 U.S./7 Pet. 243 (1833)], pues dicha Declaración “fue ordenada y establecida por el Pueblo de los Estados Unidos para sí mismo, para su propia organización política, no para las organizaciones políticas estatales” (p. 247).

¹⁴ Un relato detallado de las implicaciones sociales y económicas del esclavismo en Samuel Eliot MORISON, Henry Steel COMMANGER y William E. LEUCHTENBURG, *Breve historia de los Estados Unidos*, FCE, México, 1993, 3.^a ed., reimpr., pp. 265 y ss.

¹⁵ 19 How. 393 (1857). Las enmiendas de la postguerra civil dejan sin efecto la jurisprudencia sentada en este caso. En relación con la actitud del Tribunal Supremo en el asunto de la esclavitud en resoluciones anteriores a *Dred Scott*, vid. Charles G. HAINES y Foster H. SHERWOOD, *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics 1835-1864*, Da Capo Press, Nueva York, 1973, reimpr. de la ed. de 1957, pp. 92-139.

¹⁶ El asunto estaba muy probablemente destinado a resolverse como una cuestión de naturaleza meramente procesal, apelando a la incapacidad de un esclavo –y por tanto no-ciudadano en el Estado de

III.- DE LA “RECONSTRUCCIÓN” AL “NEW DEAL”

La guerra civil supone la primera gran revolución en el terreno de los derechos, que se certifica con la aprobación de las enmiendas constitucionales de lo que, no impropriamente, se denominó la “Era de la Reconstrucción”. Además de prohibir en términos tajantes la esclavitud (XIIIª, 1865) y garantizar la no-discriminación en el derecho de sufragio por motivos raciales o de condición de esclavitud anterior (XVª, 1870), la gran reforma constitucional de la postguerra se produce con la ratificación, el 21 de julio de 1868, de la enmienda XIVª.

De acuerdo con el párrafo primero de dicha enmienda toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos gozaría de la nacionalidad norteamericana, que se comparte con la nacionalidad del Estado de residencia, pero que, en realidad, no depende, como en la interpretación anterior, de una previa nacionalidad estatal¹⁷. La enmienda prohíbe a los Estados que priven a esos ciudadanos de sus “privilegios e inmunidades” y de “la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal” (una afirmación que ya contenía el *Bill of Rights* originario en la enmienda Vª, pero que hasta entonces sólo funcionaba con respecto a la Federación), y garantiza además la igualdad ante la ley. Desde este punto de vista, la Unión estaba capacitada para asegurar que sus ciudadanos no verían vulnerados sus derechos –los del *Bill of Rights* que de este modo se habría “nacionalizado”- por los Estados. La Federación podía comenzar así a aparecer como la garantía del respeto a unos derechos que los Estados garantizaban menos o simplemente no garantizaban. Como vimos más arriba, en un principio era en el nivel estatal donde había que buscar la garantía de los derechos, porque se creía que “la libertad personal se aseguraba mejor por la descentralización (...), los Estados se concebían como protectores más que como amenazas para los derechos civiles y políticos de los individuos”¹⁸. Con la aprobación de esta enmienda se certifica un cambio de perspectiva que, sin embargo, no cristalizará inmediatamente. Las expectativas de extensión de los derechos, por la posibilidad de ser exigidos también frente a las Administraciones estatales, se desvaneció pronto, de la mano de una interpretación restrictiva de la repercusión de la XIVª enmienda que tiene su paradigmático ejemplo en los casos *Slaughter-House*¹⁹, que confirieron una virtualidad prácticamente nula a la cláusula del debido proceso, al entender que los derechos (*rights and immunities*) de la ciudadanía norteameri-

Missouri- de demandar al Estado en que reside ante un Tribunal Federal sin la autorización de dicho Estado, de acuerdo con la enmienda XIª de la Constitución. Sin embargo, la insistencia de dos Magistrados del Tribunal Supremo en formular sendos votos particulares de tono antiesclavista cambió el rumbo del caso, pues condujo al Presidente del Tribunal, Roger B. Taney, a recomendar la redacción de una sentencia con opiniones escritas *seriatim* –una por Magistrado-. El resultado fue una sentencia sin efecto para Dred Scott, fallecido antes de la resolución final, pero incendiaria por sus proclamas racistas. El parecer del Taney, que le costó un desprestigio secular, proclamaba abiertamente la inferioridad de los negros que determinaba su tratamiento como mercancía y fue repetido en mítines abolicionistas como ejemplo de la denigrante situación con la que se descaba terminar. Por si este panorama no fuese suficiente a ello había que añadir que con la sentencia se declaraba contrario a la Constitución el “compromiso de Missouri” una ley antiesclavista que llevaba 34 años en vigor. De este modo, la primera vez que el Tribunal Supremo declaraba *null and void* una norma federal desde *Marbury v. Madison* anticipaba, además, la primera contienda fratricida norteamericana. Un estudio sobre este caso y sus implicaciones puede verse en Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1993, pp. 105-125. Vid., además, sobre la actividad del Tribunal Supremo norteamericano a favor de la integración racial, Joan BISKUPIC y Elder WITT, *The Supreme Court & Individual Rights*, Congressional Quarterly Inc., 1997, 3.ª ed., pp. 233-276.

¹⁷ Se vendría, de este modo, a invalidar las tesis sobre las que se basaba la decisión en el caso *Dred Scott*, que había acogido el pensamiento de John Calhoun. Cfr. Mario COMBA, *Esperienze federaliste...*, cit., p. 116, en nota.

¹⁸ William J. BRENNAN Jr., “The Bill of Rights and the States: The Revival of State Constitutions as Guardians of Individual Rights”, *New York University Law Review*, vol 61 (1986), p. 537.

¹⁹ 83 US/ 16 Wall. 36 (1873).

cana protegidos por la enmienda eran sólo aquellos que debían su existencia al nivel federal, pero no aquellos que ya existían –con la extensión que fuese– con anterioridad a su proclamación por la Federación²⁰.

El freno que, de este modo, se ponía al avance de los derechos era más que evidente. Sólo una transformación en la manera de entender la enmienda que facultase a los jueces para ejercer un control más estricto sobre la legislación estatal podría llegar a garantizar un nivel mayor de protección del individuo. Esa potenciación de la facultad de los jueces de descubrir prohibiciones a los Estados en la enmienda llegó pero, paradójicamente, su utilización lejos de suponer un avance en la situación de los derechos se tradujo en la paralización de la introducción de derechos sociales y, con el tiempo, acabó provocando la tremenda crisis constitucional que transformó al Tribunal Supremo y los debates sobre la interpretación constitucional.

El caso más representativo del activismo judicial favorable a la Federación y contrario al avance de los derechos es *Lochner v. New York*²¹, en el que el Tribunal Supremo decidió declarar inconstitucional una ley de este Estado que limitaba a 10 el número de horas diarias de trabajo –y a 60 semanalmente– en las panaderías. En la decisión del *Lochner case*, adoptada por un exíguo 5-4, se hacen patentes los dos modos de entender el ejercicio de la *judicial review* que marcarán la peor –por peligrosa para su subsistencia– pero más fecunda –porque la superación de la crisis renovó profundamente a la institución y la preparó para afrontar el resto del siglo– etapa del Tribunal Supremo. Por una parte, la mayoría se agrupa en torno al juez Peckham, que considera que el Estado ha interferido en la libertad contractual de los propietarios de la panaderías y sus empleados y que dicha interferencia constituye una vulneración de los derechos garantizados a los ciudadanos de los Estados Unidos por la enmienda XIV²²; por otra parte, se alza la ya célebre *dissenting opinion* de Oliver Wendell Holmes Jr., que sostiene que la enmienda no ha constitucionalizado el *laissez-faire* como doctrina económica²² y que, en cambio, la ley es un instrumento para dar forma a las opiniones de la mayoría política²³.

La decisión del Tribunal Supremo venía en este caso a negar la capacidad de los miembros de la Unión de legislar aduciendo la promoción de la salud pública si ello iba en detrimento de la libertad contractual como derecho exigible en toda la Federación. Pero las resoluciones anteriores y las que siguieron a *Lochner*²⁴ demuestran que en esta como en el resto de las controversias constitucionales alrededor de la defensa de los derechos fundamentales no fue la dialéctica centro/periferia la enfrentada. La lucha en defensa del avance social en este momento enfrenta, ante todo, a los intereses de un capitalismo pletórico al que todavía quedaba una enorme capacidad de expansión con

²⁰ Vid. Bernard SCHWARTZ, *A History...*, cit., pp. 158-161.

²¹ 198 US 45 (1905).

²² Holmes se refiere explícitamente a las doctrinas de Herbert Spencer, que con su *Social Statics* de finales del siglo XIX, se había convertido en el más afamado representante de la traslación a lo social del darwinismo, lo que chocaba abiertamente con los intentos de las legislaturas de humanizar las condiciones de prestación del trabajo, ya fuera estableciendo horas máximas de trabajo o salarios mínimos.

²³ De acuerdo con Bernard SCHWARTZ (*A History...*, cit., p. 197), “Las opiniones de Peckham y Holmes en *Lochner* representan dos concepciones enfrentadas de la jurisprudencia –una del siglo XIX y otra de la naciente era jurídica”. Vid., en general sobre el caso, pp. 190-202.

²⁴ Un análisis tradicional de estas decisiones en Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard & Cie., París, 1921, aunque el relato resulte necesariamente incompleto al no poder recoger la solución del conflicto provocada por la tenacidad de F. D. Roosevelt en defensa de sus medidas económico-sociales del *New Deal*. Entre la literatura monográfica más reciente cfr. Barry CUSHMAN, *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1998.

las masas asalariadas²⁵ que han canalizado sus aspiraciones hacia el proceso político ordinario, ya en sus legislaturas estatales –como en *Lochner*– ya en el Congreso federal. La traducción institucional de este enfrentamiento no puede hacerse, entonces, en términos de dialéctica centro *versus* periferia, sino, en todo caso, Legislativo *versus* Judicial, pues es en éste en el que se atrincheran las posturas más reaccionarias. El pretexto que en casos como *Lochner* servía para negar la capacidad de legislar de un Estado se transformará en límites a los poderes de la Federación cuando de lo que se trate sea de contener las reformas sociales de la época del *New Deal*.

Así, cuando W. H. Taft accedió a la presidencia del Tribunal Supremo, la teoría de la *freedom of contract*, que había inspirado *Lochner* y había servido para limitar el poder de los Estados se revitaliza, pero además se resucita la vitalidad de la Xª enmienda para impedir al Congreso federal la regulación de sectores económicos²⁶. Con idéntica finalidad se interpretarán las cláusulas que conceden al Congreso capacidad para crear impuestos y regular el comercio interestatal²⁷. El paroxismo llega en el trienio 1935-37, cuando el Tribunal Supremo, compuesto de una mayoría de jueces septuagenarios, declara contrarias a la Constitución la inmensa mayoría de las medidas sociales y de control de la economía de la Administración Roosevelt²⁸. Ésta reaccionará proponiendo un paquete de medidas de reforma del Tribunal Supremo cuyos longevos jueces impedían que la correlación de fuerzas políticas en el Congreso y la Presidencia tuviera repercusión en el tercero de los *branches*. No hizo falta la aprobación del “*Court-packing*” plan rooseveltiano, que entre otras medidas incluía el aumento a quince del número de jueces del Tribunal; en un movimiento repentino del que se puede decir sin temor a exagerar que salvó la institución²⁹, en la primavera de 1937 se decidieron en cascada una serie de casos que sentaron la constitucionalidad de las medidas del *New Deal*³⁰ permitiendo la incorporación de los Estados Unidos a la corriente del constitu-

²⁵ Cfr. José ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 123-125.

²⁶ Joan BISKUPIC y Elder WITT, *Congressional Quarterly's Guide to the U. S. Supreme Court*, Congressional Quarterly, Washintong D. C., 1997, 3.ª ed., vol. I., pp. 37-40.

²⁷ Sobre la cláusula de comercio, entre nosotros y por todos, Ignacio BORRAJO INIESTA, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de EE.UU.*, INAP, Alcalá de Henares, 1986.

²⁸ Entre las medidas de control de la economía invalidadas por el Tribunal Supremo durante el primer mandato de Roosevelt destacan la *National Industrial Recovery Act* –declarada parcialmente inconstitucional en *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 US 388 (1935) e inconstitucional en su totalidad en *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 US 495 (1935)– y la *Agricultural Adjustment Act* –que el Supremo anuló en *Davis v. Steward Machine Co.* 301 US 548 (1937) y *Helvering v. Davis*, 301 US 619 (1937). En relación con las repercusiones que la política económica de la Administración Roosevelt tendrá en la concepción del federalismo norteamericano cfr. Antonio LA PERGOLA, “El federalismo cooperativo: entra en escena el «New Deal»”, en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 277-292.

²⁹ Lo que se produjo fue un verdadero “*switch in time that saved nine*”. Vid. Samuel Eliot MORISON, Henry Steel COMMANGER y William E. LEUCHTENBURG, *Breve historia...*, cit., pp. 737-739. Que el cambio de opinión del Tribunal sobre las medidas económicas y sociales del *New Deal* no fue el fruto de una madura reflexión sobre su adaptación a la Constitución sino del miedo a la acción presidencial lo prueba, como señala Mario COMBA (*Esperienze federaliste...*, cit., p. 310) que en la judicatura estatal –inmune a la acción presidencial– se siguieran manejando durante algunos años postulados de interpretación de la XIVª enmienda en materia económica completamente abandonados en el nivel federal desde 1937.

³⁰ La más señalada de las resoluciones fue *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 US 1 (1937), que concede al Congreso la capacidad de regular las relaciones de trabajo en los procesos de elaboración de bienes objeto del comercio interestatal. Además de su evidente repercusión en el área de los derechos sociales, esta decisión constituye un hito en la evolución de la interpretación del poder del Congreso de regular el comercio entre los Estados. Habrá que esperar a *National League of Cities v. Uesery*, 426 US 833 (1976) para ver al Tribunal Supremo de los Estados Unidos anular una regulación federal sobre horas máximas de trabajo y salarios mínimos.

cionalismo social, inaugurando el federalismo cooperativo que sustituyó a la concepción dual y, lo que resultaba más importante desde el punto de vista de las repercusiones a largo plazo, preparando al Tribunal Supremo americano para afrontar, con una imagen reforzada, y liderar unos retos constitucionales que han permitido el avance de los derechos civiles, transformando radicalmente una sociedad plenamente consciente de su posición de preponderancia en el concierto internacional.

IV.- EL AVANCE DE LOS DERECHOS CIVILES Y LA NECESIDAD DE VOLVER LA MIRADA A LOS ESTADOS

La revolución constitucional de 1937 dará paso a un período que genéricamente se puede enjuiciar como de avance de los derechos. Desde la perspectiva de la posición del Tribunal Supremo el instrumento será la interpretación de la XIV^a enmienda, pues la cláusula de comercio pierde gran parte de su problematicidad hasta la ya citada decisión de 1976 en *National League* -que reaviva un debate constitucional, inabordable en estas páginas, sobre la concepción del federalismo y sus garantías políticas y jurisdiccionales-. Pero, si el Tribunal del *laissez-faire* había adoptado una postura activista en la interpretación de la enmienda para sublimar un concepto de propiedad ultraliberal, difícilmente compatible con el momento crítico que se atravesaba, los sucesivos Tribunales de este período, particularmente el Tribunal Warren y, aunque en menor medida, también el Tribunal Burger³¹, adoptarán una posición igualmente activista que consumará el nacimiento de una serie de derechos que la enmienda no menciona y que tampoco mencionan los artículos del *Bill of Rights* originario³². La enmienda XIV^a ha sido el caballo de batalla de la defensa de los derechos civiles en estos años, sin que sea preciso ahora pronunciarse sobre lo que haya de legítimo y de usurpación en este proceso³³, porque las asociaciones que fomentan su promoción han aprovechado la repercusión nacional de las decisiones en torno a ella pronunciadas por el Tribunal Supremo.

³¹ Aunque, desde luego, existieron muy notables diferencias de criterio entre estos Presidentes del Tribunal Supremo y, en consecuencia, en la jurisprudencia emanada a su abrigo -de hecho el nombramiento del segundo por Richard Nixon representó el intento por contrarrestar la jurisprudencia no-interpretativa del primero- puede decirse que, al menos por su comparación con la Presidencia actual de William H. Rehnquist, estos años del Tribunal Supremo arrojan un balance favorable a la extensión de las libertades civiles a partir de una interpretación de la XIV^a enmienda que extiende los poderes de la Federación. Un estudio español sobre la filosofía política subyacente en las actitudes de estos *Chief Justices* y sus detractores en Javier DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1997.

³² Esta coincidencia es la que permite a la corriente originalista, que es sumamente crítica con la jurisprudencia creadora de nuevos derechos de los Tribunales Warren y Burger, poner en la misma balanza una resolución tan denostada como *Lochner* y las decisiones que admiten derechos no expresamente mencionados en la enmienda XIV^a, pues, en rigor, ambas son construcciones fundamentadas en la capacidad de la judicatura de interpretar la Constitución con suma libertad. Cfr., en tal sentido, J. Clifford WALLACE, "Interpretativism and the Fourteenth Amendment: An Inquiry into Judicial Limitation", en el vol. *Politics and the Constitution. The Nature and Extent of Interpretation*, The American Studies Center, Washington D. C., 1990, pp. 63-68. El actual presidente del Tribunal Supremo, en su voto particular contrario a la constitucionalización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo sostuvo idéntico parecer, mencionando expresamente la estela de *Lochner*. Vid. *Roe v. Wade*, 410 US 113, 154 (1973), William H. Rehnquist *dissenting*.

³³ Excede notablemente los límites objetivos de este escrito el relato del inmenso juego interpretativo que han dado alguna de las cláusulas que contiene la enmienda. Baste para nosotros con remarcar que no faltaba razón a Charles Grove HAINES [*The American Doctrine of Judicial Supremacy*, University of California Press, Berkeley (Cal.), 1932, p. 410] cuando afirmaba que las frases "debido proceso legal" (*due process of law*) e "igual protección de las leyes" (*equal protection of the laws*) -ambas contenidas en la XIV^a enmienda- eran las expresiones más significativas del Derecho Constitucional americano. De cualquier manera, desde luego, esta circunstancia no ha sido celebrada unánimemente. Entre los más sagaces críticos con la extensión interpretativa de la enmienda destaca Raoul BERGER, *Government by Judiciary*. *The*

No vamos a extendernos aquí en el examen pormenorizado de esta evolución de los derechos, pero conviene recordar que la “federalización” de determinados ámbitos de interés que hasta las respectivas resoluciones del Tribunal Supremo permanecían a disposición de los Estados, por más que haya ido en detrimento de la autonomía de éstos, en lo que ha devenido, desde luego, es en el aumento del nivel de cumplimiento de los estándares de humanización de los ordenamientos que conviven en los Estados Unidos. En este sentido, resulta innegable que muchas de las resoluciones de estos años son, desde un análisis puramente territorial, abiertamente centralizadoras, pero, desde un análisis centrado en el avance de los derechos, esa centralización ha permitido desterrar de algunos Estados prácticas incompatibles con los niveles de desarrollo del constitucionalismo occidental.

El portillo por el que los derechos han ido penetrando ha sido muchas veces la enmienda XIV^a, de la que frecuentemente se ha extendido el significado de la cláusula del debido proceso legal, descubriendo en ella no sólo limitaciones procesales sino también derechos sustantivos. En esta etapa se dio cobertura constitucional en toda la Federación a libertades que no sólo los Estados no reconocían o restringían abiertamente, sino que la misma Constitución Federal ignoraba. Quizá el supuesto más evidente de extensión interpretativa del listado de derechos sea el representado por el derecho a la intimidad (*right of privacy*), una expresión que resulta imposible encontrar en el Texto Constitucional y que ha sido “descubierta” por alguna jurisprudencia³⁴, y de donde se ha colegido, por ejemplo, la existencia de un derecho constitucional a contraer matrimonio³⁵, a la procreación³⁶, a la utilización de métodos anticonceptivos³⁷ o a la

Transformation of the Fourteenth Amendment, Liberty Fund, Indianapolis, 1997, 2ª ed., monumento del esfuerzo del originalismo interpretativo por conferir a la enmienda un significado extraído de las fuentes históricas del tiempo de su ratificación. En la misma línea, Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Littlefield Adams Quality Paperbacks, Lanham (Md.), 1994, edición revisada; William GANGI, *Saving the Constitution from the Courts*, University of Oklahoma Press, Norman y Londres, 1995. El relato exhaustivo de la evolución de la interpretación de esta enmienda, en particular por lo que hace a la cláusula del debido proceso en sus interpretaciones procesal y sustantiva en Gerald GUNTHER y Kathleen M. SULLIVAN, *Constitutional Law*, The Foundation Press, Westbury (N.Y.), 1997, 13ª ed., Caps. 7 y 8 y sucesivas addendas. Entre los defensores de una incorporación amplia, aunque limitada o selectiva, de los derechos del *Bill of Rights* en la XIVª enmienda y su consiguiente “nacionalización”, Akhil Reed AMAR, “The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment”, *The Yale Law Journal*, vol. 101 (1992), pp. 1.193-1.284; *The Bill of Rights: creation and reconstruction*, Yale University Press, New Haven, 1998. Que este debate no se ha producido entre nosotros es algo que resultaría ocioso recordar si no fuera por la necesidad de dejar sentado que tal ausencia no se justifica en una naturaleza “menos” federal –si es que es ésta una circunstancia gradable– del modelo territorial español, sino principalmente en la no concurrencia en el supuesto español de descentralización política de las circunstancias que, según estamos viendo, sí se produjeron en el primer federalismo. Por eso en nuestro país los problemas de la relación entre derechos y descentralización política se centran en cuestiones a veces distintas y a veces coincidentes, como por ejemplo, la aplicabilidad de las garantías jurisdiccionales de los derechos frente a la acción de las Comunidades Autónomas, la posible cooperación entre la ley autonómica y la estatal en orden a la regulación del ejercicio de los derechos y, en línea con lo anterior, la posibilidad teórica de que las Comunidades Autónomas aumenten en su territorio el nivel mínimo común de disfrute de derechos. Cfr., en relación con ello, Javier RUIPÉREZ, “La problemática de los Derechos Fundamentales en el Estado Unitario-Federal: el caso español”, en el vol. *X Jornadas de Estudio. Introducción a los Derechos Fundamentales*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, pp. 575-589.

³⁴ La primera vez que el Tribunal Supremo hizo alusión a un derecho “fundamental” a la intimidad fue en *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390 (1923), para declarar la inconstitucionalidad de una ley de dicho Estado que limitaba la posibilidad de estudiar lenguas extranjeras en los niveles elementales de educación, aunque es en esta etapa de la historia del Tribunal Supremo cuando se han hecho derivar más consecuencias del *Right of Privacy*.

³⁵ Vid. *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967), declarando inconstitucional la prohibición por ley estatal de matrimonios interraciales.

³⁶ Vid. *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535 (1942), declarando inconstitucional la esterilización de determinados convictos.

³⁷ Vid. *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

interrupción voluntaria del embarazo³⁸. Igualmente activa ha sido la posición del Tribunal Supremo en estos años en la defensa de los derechos de los ciudadanos ante una detención³⁹ o de los acusados en el proceso penal⁴⁰, las garantías ante la pena de muerte⁴¹, el derecho al voto igual⁴² y la prohibición de la segregación racial⁴³. Todas han sido batallas ganadas —y algunas de ellas vueltas a perder— por los defensores de los derechos valiéndose de la repercusión nacional del mejor foro de interpretación de la XIV^a enmienda, el Tribunal Supremo⁴⁴.

Pero a este panorama, que presenta a las posturas más liberales acudiendo al Tribunal Supremo reclamando la extensión de los poderes de la Federación para regu-

38 El derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo asiste a todas las mujeres con independencia del Estado en el que residan durante los primeros tres meses de gestación, los Estados pueden regular o limitar el aborto en el segundo trimestre y pueden prohibirlo en el último, todo ello según la jurisprudencia sentada en la ya citada decisión *Roe v. Wade*, hoy consolidada. Un análisis de esta sentencia, sus antecedentes y secuelas en Bernard SCHWARTZ, *A History...*, cit., pp. 337-361; Gerald GUNTHER y Kathleen M. SULLIVAN, *Constitutional Law*, cit., pp. 530 y ss. Aunque el aborto deriva del derecho a la intimidad, veinte años después de *Roe* la jurisprudencia que la aplica evita mencionar el *Right of Privacy*, aunque reconoce que existen determinadas decisiones “sobre la familia y la descendencia” en las que un Estado no puede interferir. Vid. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 US 833 (1992). En 1998 y 1999 diversas iniciativas en el Congreso han intentado minimizar colateralmente los efectos de *Roe*, prohibiendo los métodos más seguros de interrupción voluntaria del embarazo, pero han encontrado la oposición, en ambas ocasiones, del veto presidencial.

39 Vid., en particular, *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), de donde el derecho del detenido a ser informado inmediatamente y de forma que sea comprensible de las causas de la detención y de los derechos que le asisten.

40 Entre muchas, *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963), de donde los Estados deben proveer a los litigantes sin recursos de asistencia jurídica gratuita.

41 El Tribunal Supremo ha emanado una jurisprudencia no especialmente unívoca en esta materia, pero siempre salvando la constitucionalidad de la pena en sí. En la actualidad, con una mayoría conservadora en el Tribunal, existen pocas perspectivas de cambios inmediatos y, desde luego, la abolición parece impensable. Quizá la decisión más progresista en este asunto haya sido *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972), en ella, de las cinco opiniones de la mayoría, dos jueces W. J. Brennan y T. Marshall, consideraron la inconstitucionalidad *per se* de la pena capital, al entenderla incluida en la interdicción de las penas infrecuentes y crueles de la VIII^a enmienda. Los otros tres jueces, sin embargo, se pronunciaron no en contra de la pena en sí, sino en contra del modo en que ésta venía siendo impuesta. El resultado fue la invalidación de todas las leyes estatales que imponían la pena de muerte, pero inmediatamente 35 Estados aprobaron leyes de pena de muerte cumpliendo los estándares marcados por el Tribunal Supremo, con lo que el avance se redujo considerablemente. En épocas más recientes, las decisiones del Supremo en este tema no permiten albergar esperanzas a los abolicionistas. Así, por ejemplo, *McCleskey v. Kemp*, 481 US 279 (1987), en la que se negó trascendencia a la demostración que hizo la defensa de un reo convicto por matar a un blanco de tener cuatro veces más posibilidades de ser condenado a la pena capital que cometiendo el mismo delito pero siendo la víctima una persona de raza negra.

42 Vid. *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962); *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 US 663 (1966)

43 Vid. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954), que causó un impacto popular sin precedentes al declarar inconstitucional la doctrina “separados pero iguales”, en relación con la ubicación de negros y blancos en lugares públicos que el Supremo había sentado en *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896). Un relato del caso y las difíciles circunstancias que lo rodearon, así como las secuelas jurisprudenciales más relevantes en Joan BISKUPIC y Elder WITT, *Congressional Quarterly's Guide to the U. S. Supreme Court*, cit., pp. 625 y ss.

44 Estos asuntos, resueltos por el máximo órgano judicial norteamericano a partir de la XIV^a enmienda, en la que se han hallado aspectos “sustantivos” de la cláusula del debido proceso legal, aspectos negados por muchos constitucionalistas, han convertido una vez más al Tribunal Supremo en el “centro de la tormenta de la controversia política”, en la expresión acuñada por O.W. Holmes Jr. Un análisis de la posición que, por resolver estos y otros asuntos apelando a su autoridad, ocupa este Tribunal en el sistema político norteamericano puede verse en, Laurence H. TRIBE, *God Save this Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, Random House, Nueva York, 1985; Robert J. MCKEEVER, *Raw Judicial Power? The Supreme Court and American Society*, Manchester University Press, Manchester y Nueva York, 1993; Robert. G. MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1994, 2.^a ed., revisada por Sanford Levinson; David M. O'BRIEN, *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton & Company, Nueva York y Londres, 1996, 4.^a ed.

lar áreas que los Estados, en uso de su capacidad de autogobierno, regulan insatisfactoriamente desde la perspectiva de los derechos, puede señalársele también un punto final o, al menos, un punto a partir del cual el movimiento de defensa de los derechos civiles deja de tener en la dinámica centralizadora de las resoluciones del Tribunal Supremo un aliado. Ese momento se representa en la elevación de William H. Rehnquist –antes *justice* y antes letrado del Tribunal Supremo- a la presidencia de la institución, en 1986, que ha coincidido con el incremento generalizado de las tendencias conservadoras tanto en el Tribunal Supremo y otros Tribunales federales como entre la doctrina⁴⁵.

En materia de derechos, la actitud del Tribunal Supremo en la última década del siglo ha sido, obviamente, consecuencia del movimiento de conservadurismo que ha dejado su rastro en la jurisprudencia de un Tribunal dominado por jueces nombrados por las Administraciones republicanas de Nixon, Reagan y Bush⁴⁶. En este sentido, el Tribunal Rehnquist únicamente ha mostrado interés en potenciar algunos derechos relativos al *free speech*, reafirmando que la protección de la primera enmienda alcanza a formas de comunicación de la disidencia como la quema de la bandera⁴⁷ o a la puesta a disposición del público de material sexualmente explícito a través de la televisión por cable⁴⁸ o Internet⁴⁹.

Por el contrario, la jurisprudencia en gran parte del resto de las áreas ha procurado restringir los efectos de las dos décadas anteriores, a través de la técnica de estrechar las interpretaciones en asuntos ya resueltos por el Tribunal con anterioridad. Así, por ejemplo, la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva exige un test estricto para determinar que no se infringe la igual protección de las leyes⁵⁰. Lo mismo sucede con la restricción en el alcance del derecho a la intimidad en las áreas relativas a la procreación como derecho de la mujer, o la negativa de extender el concepto a las prácticas homosexuales entre adultos⁵¹.

⁴⁵ Cfr. Robin WEST, “Progressive and Conservative Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 88 (1990), pp. 641-721, para quien en el Derecho Constitucional han cambiado no sólo las respuestas, sino también las preguntas. En el terreno de la *judicial review* esto significa que no hay que preocuparse ya tanto por la naturaleza antimayoritaria de la institución o por la supuesta neutralidad de quienes la llevan a efecto, sino, aceptando la fundamentación política de las decisiones judiciales, determinar qué finalidades deben perseguir los jueces y con base en qué concepción del bien deben actuar (p. 644). En esta línea, la doctrina encuentra más interesante y fructífero controlar a quien decide que vociferar lo que decide. Y así, entre muchos, Jeffrey A. SEGAL y Harold J. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993; Lee EPSTEIN y Jack KNIGHT, *The Choices Justices Make*, Congressional Quarterly Press, Washington D. C., 1998.

⁴⁶ Vid. José ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución...*, cit., pp. 139-141.

⁴⁷ Vid. *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989), conforme a la cual los Estados no pueden limitar la libertad de expresión de los ciudadanos mediante leyes que criminalicen los actos contra la bandera americana. Este pronunciamiento provocó la aprobación por el Congreso de la *Flag Protection Act*, que fue declarada inconstitucional en *United States v. Eichman*, 496 US 310 (1990). Los intentos del Congreso de aprobar una enmienda constitucional para corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia han fracasado.

⁴⁸ Vid. *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. Federal Communications Commission*, _ US _ (1996), que exige garantías de la posibilidad del usuario de bloquear la recepción de imágenes no deseadas. Habiendo concluido la redacción de estas páginas –en concreto el 22 de mayo de 2000-, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió *United States, et al., v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, un caso con origen en la decisión de un Tribunal de distrito en Delaware, en el que se ha declarado contraria a la libertad de expresión reconocida en la I Enmienda la Sección 505 de la *Telecommunications Act* de 1996. La decisión recupera el test de “*strict scrutiny*” al razonar que un bloqueo absoluto en determinadas franjas horarias de las emisiones de los operadores de cable que emitan programación exclusivamente para adultos constituye una limitación excesiva al derecho constitucional de éstos, existiendo métodos menos lesivos de los derechos de los emisores que garantizan igualmente la debida protección de la infancia o de quienes manifiesten su deseo de no recibir tales emisiones.

⁴⁹ Vid. *Reno v. American Civil Liberties Union*, _ US _ (1997).

⁵⁰ Vid. *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 115 S Ct. 2097 (1995).

⁵¹ Vid. *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986), decidido en el último año de la presidencia de W. Burger. Cfr. Robin WEST, “Progressive and Conservative...”, cit., pp. 662 y ss.

En definitiva, la Federación no puede presentarse ya como el centro de decisión política que pone su acción política al servicio del avance de los derechos en toda la Unión. Por eso, desde hace ya varios años las organizaciones que promueven los derechos civiles, sin dejar de intentar ganar batallas de ámbito nacional, dirigen sus esfuerzos a lograr avances territorialmente más reducidos pero más sencillos.

En principio, nada negativo hay, desde la perspectiva de la promoción de los derechos fundamentales, en que sea en el plano estatal donde estos derechos se protejan. El peligro está, como siempre, en no poder contener los que el Tribunal Warren denominó *local evils*, es decir, las prácticas restrictivas de derechos individuales asentadas en impenetrables esferas estatales o locales. Esto se hace especialmente peligroso cuando el Tribunal Supremo, recuperando el respeto a los derechos de los Estados y resucitando la XIª enmienda, ha considerado que la protección de los derechos constitucionales tiene garantías suficientes en la jurisdicción estatal. De esta suerte, aunque no se niegue rotundamente la posibilidad de llevar a la Administración del Estado ante la jurisdicción federal por la violación de derechos constitucionales, la concesión de acción en este terreno está cada vez más sujeta a un casuismo excesivo, exasperante y tremendamente inseguro⁵².

Esa vuelta a las judicaturas estatales acabará, como escribió el Juez Brennan, por clarificar qué es lo que realmente se está defendiendo cuando se reivindica el respeto a los derechos de los Estados, porque “en la medida en que los tribunales estatales asuman un papel de liderazgo en la protección de los derechos individuales y las libertades, los verdaderos colores de los supuestos federalistas se revelarán”⁵³. El tercer siglo de vigencia de la primera Constitución de la historia ha comenzado con una nueva mirada a la protección de los derechos en la esfera estatal. Un nueva oscilación de un péndulo que lejos de resultar paradójico lo que viene a poner de manifiesto es que la defensa de la deferencia de una decisión a una u otra esfera de poder no esconde otra cosa que la defensa de una decisión en un sentido u otro y, en consecuencia, el carácter contingente de la confrontación territorial cuando se la enfrenta con la cruda confrontación ideológica.

⁵² Vid. *Idaho v. Coeur d'Alene Tribe of Idaho*, 117 S. Ct. 2028 (1997). Cfr. Donald Wintersheimer, “Relationship between Federal and State Constitutional Law”, *Northern Kentucky Law Review*, vol. 25 (1998), pp. 257-279.

⁵³ William J. BRENNAN Jr., “The Bill of Rights and the States...”, cit., p. 550