

CITY OF BOERNE v. FLORES: LA IMPORTANCIA DEL «CANDOR JUDICIAL»

MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ

«[I]t must be remembered that legislatures are ultimate guardians of the liberties and welfare of the people in quite as great a degree as the courts» (1).

«Judicial Review does not require that the Constitution always be equated with the Supreme Court's view of it» (2).

SUMARIO: I. ¿QUÉ SE DECIDIÓ EN BOERNE?—II. EL CONFLICTO ENTRE EL ARZOBISPO FLORES Y LA CIUDAD DE BOERNE.—III. LA RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT: ¿OVERRULING LEGISLATIVO?: 1. La crisis de la doctrina jurisprudencial de la libertad religiosa. 2. El significado de la aprobación de la Religious Freedom Restoration Act.—IV. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN CITY OF BOERNE v. FLORES: 1. La opinión del Tribunal. 2. Los votos particulares.—V. EL TRIBUNAL Y EL CONGRESO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: 1. ¿Hay un intérprete supremo de la Constitución? 2. El legislador como intérprete constitucional.—VI. CONCLUSIÓN.

I. ¿QUÉ SE DECIDIÓ EN BOERNE?

En *City of Boerne v. Flores* el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por una mayoría de seis a tres, declaró la inconstitucionalidad de una ley federal, la *Religious Freedom Restoration Act*. Lo hizo en términos inusualmente

(*) Agradezco al Profesor Pedro Cruz Villalón su generosa disponibilidad para discutir sobre *Boerne*. Él leyó una primera versión de este escrito, que se ha beneficiado de sus comentarios.

(1) Justice HOLMES en *Missouri, Kansas & Texas Railway Company of Texas v. May*, 194 U.S.(1904), pág. 270.

(2) LAURENCE H. TRIBE: *American Constitutional Law*, 2.^a ed. (1988), pág. 349.

rotundos, y es que los cargos contra la ley eran graves: en opinión del Tribunal, la ley ponía en peligro la separación de poderes y el equilibrio federal (3).

Boerne es un caso peculiar por múltiples razones, algunas de las cuales tendremos ocasión de examinar aquí; aunque quizás lo más llamativo de la decisión sea el tono que el Tribunal le imprimió, pues abandonando su habitual discurso moderado y cauteloso, se lanzó a enérgicas afirmaciones de principios cuyas consecuencias aún están por ver. *Boerne*, ciertamente, no era un caso simple, pero tampoco hubiera obligado al Tribunal, de no haberlo querido, a pronunciarse sobre las grandes cuestiones que finalmente enfrentó (4).

En esta sentencia el Tribunal reivindicó su competencia exclusiva en la interpretación de los derechos constitucionales, afirmó la irresistible autoridad del precedente constitucional y declaró que la defensa de los derechos constitucionales no puede convertirse en excusa para invadir los poderes reservados a los Estados. Pese a los esfuerzos del Ponente por evitarlo, *Boerne* no puede dejar de interpretarse como un tácito *overruling* de la doctrina de *Katzenbach v. Morgan* sobre el poder del Congreso para ampliar el alcance de los derechos constitucionales más allá del mínimo reconocido por el Tribunal (5). Lo que por el con-

(3) «*RFRA contradicts vital principles necessary to maintain separation of powers and the federal balance*». *City of Boerne v. Flores*, No.95-2074, decidido el 25 de junio de 1997, pág. 22. La sentencia aún no tiene asignado número en la colección oficial, *U.S. Reports*, por lo que la referencia a páginas corresponde a las de su edición original por el Tribunal que se puede consultar en <http://supct.law.cornell.edu/supct/>. La *Religious Freedom Restoration Act*, o sea, Ley de Restauración de la Libertad Religiosa (en adelante, *RFRA*), fue promulgada el 16 de noviembre de 1993 y codificada como 42 U.S.C. ¶ 2000bb.

(4) En los últimos años, al Tribunal se le había reprochado su tendencia a decidir con arreglo a criterios «minimalistas», demasiado apegados a las circunstancias fácticas del caso concreto y poco aptos para fundar guías de actuación generales. Elabora una teoría sobre esta tendencia y sus causas, CASS R. SUNSTEIN: «The Supreme Court, 1995 Term-Foreword: Leaving Things Undecided», *Harvard Law Review*, vol. 110 (1996), págs. 20 y sigs. Similar preocupación por el extraño sentido de la moderación exhibido por el Tribunal Rehnquist estaba presente también en los análisis de la jurisprudencia del Tribunal de años anteriores, *vid.* en particular, E. CHERMERINSKY: «The Vanishing Constitution», *Harvard Law Review*, vol.103 (1989), págs. 43-104; K. SULLIVAN: «The Justices of Rules and Standards», *Harvard Law Review*, vol. 106 (1992), págs. 22-123. La tendencia parece romperse en el *Term* de 1996 y no cabe ya duda de que el Tribunal se ha decidido por el activismo más agresivo en lo que afecta a la defensa de los «derechos» de los Estados frente a la Federación.

(5) 384 U.S. (1966), págs. 641 y sigs. La opinión del *Justice* Brennan en esta sentencia dio pie al reconocimiento del llamado *Morgan power*: el poder del legislador federal, al amparo de la sección 5 de la Enmienda XIV, para «ampliar» el alcance de los derechos y libertades constitucionales y nunca para «reducirlos», de acuerdo con la justificación que se dio en llamar «*ratchet theory*» (teoría del trinquete). Llegado el caso, este poder podía servir para compensar interpretacio-

trario no es fácil deducir de la sentencia es la «verdadera» razón de la inconstitucionalidad de la *Religious Freedom Restoration Act*, porque el Tribunal, como bien advirtieron los firmantes de los votos disidentes, eludió pronunciarse precisamente sobre la que en apariencia era la cuestión básica: el alcance del derecho a practicar libremente la religión. En este sentido, al razonamiento de la mayoría del Tribunal, sospechosamente abundante en argumentos laterales y afirmaciones apodícticas, le faltó franqueza, le faltó «candor» (6).

El litigio de *Boerne* surgió de una controversia, muy poco dramática, a propósito del alcance del derecho de libertad religiosa. Fue en la última fase de su desarrollo, ya ante el Tribunal Supremo, cuando el caso se transformó y pareció descomponerse en tres. La ciudad de Boerne, solicitante del *certiorari*, lo presentó como un caso de reivindicación del principio del federalismo. El arzobispo Flores, vencedor en apelación, persistió en su reclamación de tutela del derecho de libertad religiosa, apoyado en su posición por un imponente *lobby* —el de las asociaciones y grupos religiosos— y por el *Solicitor General*, que defendió la constitucionalidad de la *RFRA* en representación de los Estados Unidos. Finalmente, el propio Tribunal introdujo su particular perspectiva

nes poco generosas de las libertades constitucionales promovidas por un Tribunal Supremo conservador o demasiado confiado con los Estados: MATT PAWA: «When the Supreme Court Restricts Constitutional Rights, Can Congress Save Us? An Examination of Section 5 of the Fourteenth Amendment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141 (1993), págs. 1029-1101. Según otra lectura, el *Morgan Power* era un saludable mecanismo puesto en manos del legislador federal, para forzar al Tribunal Supremo a debatir sobre el alcance de los derechos y libertades garantizados en la Constitución. En este sentido, S. CARTER: «The *Morgan* “Power” and the Forced Recon- siderations of Constitutional Decisions», *The University of Chicago Law Review*, vol. 53 (1986).

(6) El «candor», considerado una virtud judicial, requiere del juzgador sinceridad, honestidad, franqueza, a la hora de exponer las razones que le llevan a decidir el caso del modo en que lo hace. Un juez falta a la exigencia de «candor» cuando ofrece o apoya una motivación en la que no cree para llegar al resultado que pretende, siendo indiferente, a estos efectos, lo razonable de la motivación en términos objetivos. El «candor», presumiblemente, obliga al juez a decidir en conciencia y a asumir la responsabilidad de la decisión. En este sentido, y esta es la consecuencia más importante, la exigencia de «candor» introduce un elemento subjetivo en el funcionamiento de las reglas de adherencia al precedente. Al mismo tiempo, la sospecha de falta de «candor» puede privar al razonamiento judicial de fuerza persuasiva.

El tema del «candor» es recurrente en todos los escritos sobre *judicial craftsmanship* y constituye un aspecto central en la discusión acerca de la justificación del *overruling*. Entre la abundante literatura, véase, DAVID L. SHAPIRO: «In Defense of Judicial Candor», *Harvard Law Review*, vol. 100 (1987), págs. 731-750, y B. CARDOZO: *The Nature of Judicial Process*, Yale University Press (1991, reimpresión de la ed. de 1921), especialmente, págs. 142 y sigs. Acerca del comportamiento poco «cándido» del Tribunal Rehnquist, E. CHEMERINSKY: «The Vanishing Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 103 (1989), págs. 43-104 y, últimamente, B. SHWARTZ: «A Presidential Strikeout, Federalism, RFRA, Standing, and a Stealth Court», *Tulsa Law Journal*, vol. 33 (1997), págs. 77-89.

y situó en el centro mismo del debate la autoridad del legislador para contrarrestar los efectos de las decisiones del Tribunal Supremo. De este modo el Tribunal, por decirlo en pocas palabras, se convirtió en juez y parte. Hizo del litigio la ocasión para reafirmar su autoridad frente al Congreso y tal vez eso explica, cabe aventurar, la tortuosa argumentación de la sentencia y las diversas lecturas que admite su fallo.

Pero antes de analizar el discurso que llevó al Tribunal a remontarse a cuestiones de principios —básicamente, la separación de poderes y el federalismo— para deducir la inconstitucionalidad de la *RFRA*, conviene contar la historia de *Boerne* y las especiales circunstancias que rodearon al litigio.

II. EL CONFLICTO ENTRE EL ARZOBISPO FLORES Y LA CIUDAD DE BOERNE

El arzobispo católico de San Antonio autorizó a la parroquia de la iglesia de San Pedro en Boerne (Tejas) a realizar las reformas necesarias para proceder a la ampliación del edificio. La iglesia, una discreta edificación que replicaba el estilo de las antiguas misiones españolas, se había quedado pequeña y en las misas de los domingos era imposible acomodar en su interior a todos los feligreses. Contando con la aprobación del arzobispo, la parroquia solicitó al municipio el permiso de obras.

Poco antes de que esta solicitud tuviera lugar, el Ayuntamiento de Boerne aprobó una ordenanza en la que encomendaba a la Comisión de Lugares Históricos de la ciudad la elaboración de un plan de preservación de los que se estimaran lugares y distritos históricos de la localidad. En adelante, cualquier obra que les afectara debería contar con el visto bueno de la Comisión. La iglesia de Boerne fue incluida en uno de los distritos históricos y cuando la Comisión conoció los planes de alteración del edificio informó negativamente. La decisión fue recurrida ante la municipalidad, pero el Ayuntamiento denegó definitivamente el permiso para realizar las obras. Enterado de la situación, el arzobispo de San Antonio decidió acudir a los tribunales para impugnar la decisión municipal.

Ante el tribunal de distrito y en apoyo de su reclamación, el arzobispo Flores invocó la recién aprobada *Religious Freedom Restoration Act*, una ley federal dirigida a proteger la libertad religiosa que, entre otras cosas, establecía que los poderes públicos sólo en presencia de un interés público apremiante podrían justificar actuaciones que afectaran de modo sustancial a las prácticas religiosas de los ciudadanos. El juez de distrito desestimó la demanda. En su opinión, la ley en la que el arzobispo se fundaba para impugnar la decisión municipal era inconstitucional; el Congreso carecía de autoridad para emanar una ley como la *RFRA*, que claramente alteraba el *standard* de control aplicable en

casos como el descrito según lo establecido por el Tribunal Supremo en *Employment Division v. Smith* (7). El arzobispo apeló la sentencia.

El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito revocó la decisión del tribunal de instancia. A su juicio, la *RFRA* era perfectamente constitucional aun cuando imponía un criterio de control más exigente que el previamente requerido por el Tribunal Supremo en *Smith* (8). La ciudad de Boerne, sin oposición por parte del arzobispo, solicitó *certiorari* y el Tribunal Supremo lo concedió. La cuestión sobre la que el Tribunal debía pronunciarse era la de la constitucionalidad de la *RFRA*.

No era ésta la primera vez que la aplicación judicial de la *RFRA* estaba en la base de una petición de *certiorari*; sí la primera en la que el Tribunal lo concedió. A simple vista, tampoco era *Boerne* el tipo de controversia capaz de reclamar, por sí misma, la atención de la Suprema Corte. ¿Qué hizo especial a este caso? Quizá su falta de dramatismo. A estas alturas es difícil no pensar que *Boerne* fue asumido por el Tribunal por razones estratégicas (9). Había estado aguardando la ocasión que le permitiera enfrentarse a la *RFRA* desde la posición más ventajosa, y la que *Boerne* le ofrecía era inmejorable: el conflicto municipal no tenía nada de tremendo, pero era simbólico, y permitía plantear del modo más adecuado las cuestiones que deseaba responder. Bien mirado, incluso puede decirse que lo que el caso demandaba era una solución de sentido común que la ley no favorecía. Fuera por éstas u otras razones, lo cierto es que el Tribunal anunció su disposición a revisar el caso y muchos entendieron que ésa era la señal de que el desafío lanzado por el Congreso al aprobar la *RFRA* iba, por fin, a ser contestado.

Veamos qué tenía de desafiante para la autoridad del Tribunal una ley pensada para proteger y «restaurar» un derecho constitucional.

(7) 494 U.S.(1990), págs. 872-922.

(8) La sentencia del Tribunal de Circuito se puede consultar en <http://www.ca5.uscourts.gov:8081/>. Es una excelente fuente de información sobre los hechos del caso y sobre la discusión parlamentaria que precedió a la aprobación de la *RFRA*. El razonamiento del Juez Higginbotham era perfectamente fiel a la doctrina constitucional previa.

(9) Al poco de entrar en vigor, la constitucionalidad de la ley fue objeto de debate en diversas ocasiones en tribunales de primera instancia y ya en 1994 se presentaron ante el Tribunal Supremo las primeras solicitudes de *certiorari* instándole a que se pronunciara sobre cuestiones que afectaban a la interpretación y al ámbito de aplicación de la *RFRA*. Ninguna de ellas fue atendida. Como bien advierte Idleman, aunque siempre es arriesgado aventurar las razones por las que el Tribunal deniega el *certiorari*, cabe suponer que el Tribunal estaba aguardando «el caso» que le permitiera pronunciarse directamente sobre la validez de la ley en sí y, entre tanto, estaba dejando pasar aquellos otros en los que lo disputado era simplemente la interpretación o el ámbito de aplicación de la ley. Dicho en pocas palabras, renunciaba al control de la ley *as applied* y esperaba la ocasión para su control *on its face*. La noticia de estos primeros casos en SCOTT C. IDLEMAN: «The Religious Freedom Restoration Act: Pushing the Limits of Legislative Power», *Texas Law Review*, vol. 73 (1994), pág. 253, n. 22.

III. LA RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT: ¿OVERRULING LEGISLATIVO?

1. La crisis de la doctrina jurisprudencial de la libertad religiosa

La *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 fue la reacción del Congreso frente a la doctrina que inauguró la decisión del Tribunal Supremo en *Employment Division v. Smith*.

Smith, decidido en 1990, anunció la transformación sustancial y a la baja del *standard* hasta entonces vigente para enjuiciar normas que se denunciaron lesivas del derecho al libre ejercicio de la religión. De acuerdo con el nuevo criterio ofrecido por una mayoría de cinco jueces del Tribunal, «el derecho de libertad de ejercicio [de la religión] no dispensa al individuo de la obligación de cumplir con una norma de alcance general, válida y neutral, con el argumento de que la norma proscrib[e] [...] una conducta que su religión prescribe» (10). Hasta *Smith*, el Tribunal se había servido de una variedad de «*balancing test*» para decidir en qué casos podía justificarse la interferencia de la ley —o de cualquier otra norma de alcance general— en las prácticas religiosas de los ciudadanos, con la consecuencia de que, en caso de conflicto, a menos que el promotor de la regulación pudiera demostrar la concurrencia de un interés público apremiante (*compelling governmental interest*), el derecho del particular a practicar libremente su religión debía prevalecer (11). *Smith* alteró radicalmente la relación. La mayoría del Tribunal rechazó el empleo de esa forma de *balancing* descompensado con una argumentación que, sin remedio, llevaba a concluir que en adelante toda reclamación fundada en el derecho a practicar la religión, dirigida contra la aplicación de una norma «neutral», se regiría por la pauta del *rational basis test*; en definitiva, que la actitud de los tribunales en

(10) «[T]he right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)», *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. (1990), pág. 879 (se omiten las comillas del original).

(11) Al menos, ese era el *test* de *Sherbert v. Verner* [374 U.S. (1963), págs. 398 y sigs.] que nunca antes de *Smith* se puso seriamente en discusión aunque los resultados de su aplicación no eran del todo coherentes. En la práctica, los tribunales tendían a mostrarse comprensivos con la justificación de las medidas gubernamentales, hasta el punto de que ha podido afirmarse que el criterio del interés apremiante, que frente a otros derechos fundamentales se convierte en una barrera poco menos que infranqueable —«*strict in theory and fatal in fact*», en la célebre caracterización de Gerald Gunther— en el caso de la libertad religiosa no pasaba de ser un obstáculo formal, «*strict in theory but feeble in fact*». Vid. EISGRUBER y SAGER: «Why the Religious Freedom Restoration Act is Unconstitutional», *New York University Law Review*, vol. 60 (1994), págs. 445-452.

tales casos sería de extrema deferencia hacia lo dispuesto por el legislador (12).

La nueva doctrina fue objeto de todo tipo de críticas. Las más benevolentes reprocharon al Tribunal incoherencia en la argumentación ya que, para desprenderse del pasado, el Tribunal maltrató algunos de sus propios precedentes (13). Las más airadas auguraron terribles consecuencias para las creencias minoritarias y acusaron directamente al Tribunal de haber apeado la libertad religiosa del *Bill of Rights* (14). Ningún experto dejó de advertir que con *Smith* había cambiado algo más que el *test* aplicable en los *free exercise cases*. La sentencia revelaba que el Tribunal había cambiado su forma de entender la garantía constitucional de la «libertad religiosa». Aquí estaba la clave.

La polémica generada por *Smith* y, en último término, la reacción del Congreso frente a esta decisión, demuestran el escaso éxito del Tribunal en su in-

(12) Los protagonistas de *Smith* fueron dos miembros de la Iglesia Nativa Americana a quienes se les denegó la prestación de desempleo después de haber sido despedidos de su trabajo por haber ingerido peyote, una droga utilizada con fines sacramentales en la Iglesia a la que pertenecían. La Corte Suprema de Oregón consideró que una práctica religiosa no podía ser motivo de denegación de prestación por desempleo. Cuando el caso llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la decisión primera del Tribunal fue la de anular la sentencia y reenviar el caso al Tribunal estatal para que determinara como cuestión preliminar si el consumo del peyote era legal en el Estado, razonando que si el consumo del peyote podía ser penado, podía con mayor motivo ser objeto de una sanción menor como era la denegación de la prestación por desempleo. En respuesta a tal instrucción, el Tribunal Supremo del Estado declaró que aunque el Estado, en la actualidad, no aplicaba su regulación sobre drogas para impedir el uso sacramental del peyote, lo cierto es que la ley no contemplaba la excepción de tal uso. Cuando el Tribunal Supremo volvió sobre el caso por segunda vez, decidió que la aplicación de la regulación general sobre drogas a consumidores de peyote —cualquiera que fuera la razón de su consumo— no vulneraba la cláusula de libertad religiosa.

(13) Los defensores de la posición del Tribunal, se sintieron por lo común incapaces de defender el «modo» en que llegaba a ella. Así, claramente, W. MARSHALL: [«In Defense of *Smith* and Free Exercise Revisionism», *The University of Chicago Law Review*, vol. 58 (1991), págs. 308-332] que no tuvo inconveniente en reconocer que la opinión ni era persuasiva, ni estaba bien construida, demostraba un oscuro entendimiento de la jurisprudencia sobre libertad religiosa y utilizaba los precedentes con fantasía increíble para llegar a una conclusión excesiva a la vista de los hechos del caso. Este panorama no le impedía al autor defender «el fondo» de la nueva doctrina del Tribunal.

(14) Esta era la crítica más común. «Después de una serie de desafortunados precedentes sobre libertad religiosa que culminaron en la horrible decisión de 1990 del Tribunal Supremo en *Smith*, los comentarios se sucedieron uno tras otro para insistir en que los jueces estaban permitiendo que la *Free Exercise Clause* desapareciera»; S. CARTER: «The Resurrection of Religious Freedom?», *Harvard Law Review*, vol. 107 (1993), pág. 119. Durante los *hearings* en el Congreso que precedieron a la aprobación de la *RFRA* se oyeron descripciones apocalípticas, como la del profesor Laycock: «Simplemente, ya no hay ningún derecho constitucional sustantivo de libertad religiosa.»

tento de aclarar un viejo y complicado problema de interpretación constitucional: el significado de la cláusula de libertad de ejercicio de la religión y su articulación con la llamada «cláusula de establecimiento». De acuerdo con la doctrina más o menos bien establecida, la *establishment clause* (15) prohíbe al Congreso inmiscuirse en «lo religioso» más allá de lo razonablemente inevitable y adoptar medidas que supongan inhibición o promoción de la religión, en general, y de cualquier credo, en particular. Lo que la cláusula pretende, por tanto, es asegurar la neutralidad del Estado frente a la religión (16). En este contexto, ¿qué significa la libertad de ejercicio de la religión? Desde luego, como dice la Primera Enmienda, que el Congreso no puede «prohibir el libre ejercicio» de la religión, pero esto es algo que por sí sola ya impide la cláusula de establecimiento. ¿Requiere la garantía de la libertad de ejercicio de la religión que el Estado facilite la práctica de la religión? Ésta es la auténtica cuestión y es en este punto en el que, casi desde el principio, dos visiones han estado enfrentadas. Concebida como «libertad», la libertad de ejercicio de la religión requiere como mínimo, al igual que sucede en el caso de las otras libertades reconocidas en la Primera Enmienda (expresión, prensa, reunión o manifestación), que el poder público se abstenga de toda interferencia injustificada y planee su actuación del modo más favorable para el ejercicio de la libertad. Según otra concepción, la libertad de ejercicio, en conexión con la cláusula de establecimiento, lo que impide es que la práctica de la religión sea objeto de trato discriminatorio o trato desfavorable, pero no implica que el ejercicio de la religión deba tener el carácter de actividad privilegiada, pues esto chocaría con la obligación de neutralidad que el Estado debe mantener respecto de la religión (17).

(15) «El Congreso no hará ley alguna por la que se adopte una religión como oficial del Estado» [*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*].

(16) De acuerdo con el llamado *Lemon test*, una ley denunciada por vulneración de la «cláusula de establecimiento» sobrevivirá si supera estos tres requisitos: «Primero, la ley debe tener un propósito secular; segundo, su efecto primero o principal no debe ser ni inhibir ni promover la religión; por último, la ley no debe propiciar un compromiso excesivo del gobierno con la religión» [*Lemon v. Kurzman*, 403 U.S. (1971), págs. 612-613]. El *test* nunca ha dejado de ser criticado y el Tribunal lo aplica con un rigor muy relativo, pero hasta hoy no lo ha repudiado.

(17) EISGRUBER y SAGER consideran que la clave está en la distinción entre «privilegio» y «protección». Se trata de dos fórmulas que responden a dos tipos de razones para conceder especial consideración constitucional a ciertas actividades o a ciertos grupos de personas. Lo que justifica que una actividad resulte constitucionalmente privilegiada es la percepción de que tal actividad posee especial virtud o prioridad para el adecuado desenvolvimiento de la vida política. El mejor ejemplo de actividad constitucionalmente privilegiada lo proporciona la libertad de expresión. La protección constitucional, por el contrario, requiere como justificación la vulnerabilidad, no la virtud o la prioridad. Quienes practican una religión pueden demandar protección constitu-

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha oscilado entre ambas concepciones de la libertad de ejercicio de la religión. El dilema interpretativo no puso en dificultad al Tribunal cuando ante él se denunciaban leyes o regulaciones hostiles a la religión o a determinadas prácticas religiosas, pero esta situación que fue frecuente en el pasado hoy resulta excepcional (18). El problema real surge en otros casos, los más habituales, en los que la libertad religiosa se hace valer frente a leyes con fines seculares, neutrales en sus términos (*on its face*), que indirectamente pueden interferir en las prácticas religiosas de algunos ciudadanos. En un país en el que conviven las religiones y creencias más dispares éste es un fenómeno difícilmente evitable. En tal situación, el Tribunal Supremo, partiendo de la premisa de que la libertad de ejercicio de la religión no es un derecho absoluto (19), había venido examinando en cada caso las circunstancias en que se producía la obstaculización de tal libertad y las consecuencias para el afectado. Se obligaba de este modo a decidir, prácticamente caso por caso, en qué condiciones las limitaciones eran tolerables y cuándo debía reconocerse una excepción en la aplicación de la ley para preservar la libertad religiosa del individuo. A pesar de que en los últimos tiempos el Tribunal pareció inclinarse por el uso del *compelling interest test*, era evidente que este criterio no provocaba los resultados fatales para la legislación que habitualmente producía, por ejemplo, en el ámbito de la libertad de expresión. La razón no era misteriosa: la eficacia de las leyes no puede hacerse depender de su compatibilidad con todos los cultos imaginables; y, por otro lado, el mero hecho de ser practicante de una religión tampoco sitúa al individuo en una posición de privilegio respecto del resto de los destinatarios de la ley que no practican esa religión, que no la practican de la misma forma o que, simplemente, no practican ninguna religión (20).

cional contra cualquier forma de discriminación, pero la motivación religiosa, por sí sola, no convierte una actividad en algo más virtuoso o necesitado de atención constitucional. «The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct», *The University of Chicago Law Review*, vol. 61 (1994), págs. 1250-1254 y 1315.

(18) Lo que no excluye que suceda, tal fue el caso reciente de *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* [508 U.S. (1993), págs. 384 y sigs.], en donde unas ordenanzas municipales que regulaban las condiciones para los sacrificios de animales (supuestamente motivadas por razones higiénicas y en respuesta a las reclamaciones de grupos de defensa de los derechos de los animales) se demostraban directamente dirigidas a impedir los sacrificios rituales de los santeros.

(19) «Decir que el derecho de una persona al libre ejercicio [de la religión] ha sido afectado, por supuesto, no significa que disponga de un derecho absoluto a conducirse conforme a su religión. De acuerdo con nuestra jurisprudencia establecida sobre la Primera Enmienda, hemos reconocido que el derecho a actuar, a diferencia del derecho a creer, no puede ser absoluto». *Justice O'Connor* en voto particular a *Smith* [494 U.S. (1990), pág. 894].

(20) «A mi modo de ver, las Cláusulas de la Religión —la de libertad de ejercicio, la de establecimiento, la de la manifestación de creencia del art. VI cl.3, y la de igual protección en su

En *Smith*, la mayoría del Tribunal expresó su insatisfacción con un modo de entender la garantía de la libertad religiosa que, con demasiada frecuencia, llevaba a depositar en los tribunales la responsabilidad de acomodar la ley con las prácticas religiosas, eventualmente en conflicto, de sus destinatarios. De la dificultad de la tarea daba idea una jurisprudencia más bien zigzagueante, que a duras penas había conseguido fijar ciertas pautas de control, sin lograr nunca hacer más predecibles sus resultados. Algo no funcionaba bien y no era culpa de los jueces. Según todos los indicios, los tribunales estaban mal equipados para realizar una tarea —en realidad, asumir una carga— que no les correspondía. La protección que la Primera Enmienda de la Constitución dispensa a la libertad religiosa, explicaría el Tribunal en *Smith*, no crea un derecho extraordinario a ignorar leyes neutrales, de aplicación general, cada vez que se alegan escrúpulos religiosos —por serios que éstos sean—, ni siquiera cuando la ley no responde a un interés público apremiante. El respeto a la libertad religiosa puede justificar que, al regular una materia ajena a la religión, el legislador decida incluir ciertas excepciones dirigidas a evitar en lo posible la perturbación de prácticas religiosas. Pero estas excepciones, permitidas e incluso deseables siempre que no supongan discriminación en favor de la religión (21), no son constitucionalmente obligadas y, por tanto, tampoco

aplicación a la religión— hablan todas con una sola voz en este punto: que ausentes las circunstancias más inusuales la religión del individuo no debe afectar a sus derechos legales, a sus obligaciones o a sus beneficios», *Justice O'Connor* en voto concurrente a *Board of Education of Kiryas Joel Village Sch. Dist. v. Grumet* [núm. 93-517, 25 de junio de 1994], pág. 4.

De hecho, una de las razones que complican la decisión de los tribunales en los *free exercise cases* es que los tribunales, que pueden valorar en términos relativamente objetivos la «importancia» del interés público al que responde la medida del gobierno no pueden ponderar el quebranto del derecho del creyente más que suponiendo su sinceridad. En *Hernandez v. Commissioner* el Tribunal Supremo reafirmó su posición de que excede de la tarea judicial toda cuestión acerca de la «centralidad» de concretas creencias o prácticas para determinada fe, o acerca de la validez de la interpretación que el litigante hace de tales creencias. (Se refiere a esta cuestión el Tribunal en *Smith*, cit., pág. 887.) Como en alguna ocasión se ha indicado a propósito de la falta de correspondencia entre los «intereses» a ponderar en los ejercicios de *balancing*, en muchos casos tiene tanto sentido preguntar si un derecho prevalece o no frente a un interés público como preguntar si una roca es más pesada que larga es una cuerda. R. FALLON: «Foreword: Implementing the Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 111 (1997), págs. 79-80.

(21) Las «excepciones por razón de religión» (*religious exemptions*) son con frecuencia objeto de impugnación, sobre la base de su posible conflicto con la «cláusula de establecimiento», por sospecha de patronazgo del Estado. Tampoco el Tribunal ha conseguido un *test* definitivo para decidir sobre su legitimidad. En *Texas Monthly, Inc. v. Bullock* [489 U.S. (1984), págs. 1 y sigs.] el *Justice Brennan* sugirió como criterio el siguiente: que una excepción que se refiera exclusivamente a actividades religiosas se considere constitucional *sólo si* de su adopción no resultan «cargas sustanciales para los no beneficiados» o si su adopción responde al objetivo de «evitar intrusión»

los tribunales están forzados a introducirlas si la ley no las contempla. La conclusión del Tribunal era muy clara: si de la Constitución no se deduce la obligación de que el legislador, en toda regulación general, prevea excepciones o regímenes especiales en atención a las creencias religiosas, tampoco cabe reclamar ante los tribunales, invocando la Constitución, ese derecho a la excepción.

De este modo, el Tribunal trasladaba por fin al legislador la responsabilidad de la acomodación, consciente sin embargo de las deficiencias de esta solución: «Puede con justicia decirse que confiar la acomodación al proceso político situará en desventaja a aquellas prácticas religiosas menos extendidas; pero tal inevitable consecuencia del gobierno democrático debe ser preferida a un sistema en el que cada conciencia es ley de sí misma o en el que los jueces ponderan la importancia social de todas las leyes frente a los elementos fundamentales de todas las creencias religiosas» (22).

La oposición a la nueva doctrina sobre libertad religiosa se manifestó en el propio seno del Tribunal. Cuatro de sus jueces rechazaron con vigor el rumbo anunciado: «el *holding* de hoy, se aleja drásticamente de la jurisprudencia bien establecida en torno a la Primera Enmienda, resulta innecesario para resolver la cuestión planteada, y es incompatible con el compromiso fundamental de nuestra Nación con la libertad religiosa individual» (23). Para fundar lo que los disidentes consideraron una sorprendente y perniciosa doctrina, la mayoría del Tribunal no sólo había procedido a una extraña lectura de la Primera Enmienda, sino que se había desentendido de la constante jurisprudencia que reconocía el derecho de libertad religiosa, por supuesto, frente a leyes hostiles a la religión, pero también y con igual fundamento, frente a leyes de aplicación general que indirectamente pusieran obstáculos a la práctica de la religión (24).

nes del poder público que podrían hacer desistir a los practicantes de una determinada fe, de comportarse de acuerdo con una conducta protegida por la libertad religiosa» [pág. 18 de la sentencia].

(22) *Smith*, pág. 890. El Tribunal, de hecho, aunque sin decirlo abiertamente, venía a concluir que la cuestión de la acomodación era lo más parecido a una «*political question*». Y debe recordarse que uno de los rasgos de las «cuestiones políticas», según la famosa caracterización de esta figura en *Baker v. Carr*, es precisamente la ausencia de criterios claros que orienten la decisión judicial («*lack of judicially demonstrable and manageable standards for resolving it*»). Indirectamente también, el Tribunal indicaba a los grupos religiosos que el lugar adecuado para hacer valer y llamar la atención sobre sus particulares necesidades era el foro político y no el judicial. A partir de ahí, como alguien ha dicho, «*if you lose in politics, you lose*».

(23) Voto particular de O'Connor al que se adhieren en parte los otros tres magistrados disidentes, pág. 891.

(24) Así en *Wisconsin v. Yoder*, donde el Tribunal había declarado que «[u]na regulación neutral en sus términos (*on its face*) puede, en su aplicación, sin embargo ofender el requisito constitucional de neutralidad del gobierno si indebidamente opone obstáculos a la libre práctica de la religión» [406 U.S. (1972), págs. 219-220].

Aparte de esto, lo que de modo insoportable chirrió en los oídos del grupo disidente, fue la declaración de la mayoría disculpando la posible «represión de las religiones minoritarias» como una «consecuencia inevitable del gobierno democrático» (25). ¿No era justamente para proteger los derechos constitucionales de las minorías que no cuentan con representación en el proceso político, que el Tribunal había puesto en práctica los *tests* de control más exigentes? (26).

La mayoría del Tribunal había llegado a la conclusión de que el *compelling interest test* y, en general, los criterios de control más estricto que se habían desarrollado para dotar de protección eficaz a los derechos y libertades del *Bill of Rights*, no eran adecuados en el caso de la libertad religiosa. En la sentencia se llegaba a afirmar que su empleo en este ámbito producía «a constitutional anomaly»: «un derecho particular a ignorar normas de aplicación general» (27). Pero si, para evitar esta «anomalía», el derecho individual a practicar la religión había de ceder frente a cualquier regulación «neutral», de alcance general, ¿a qué respondía su inclusión en el *Bill of Rights*? O'Connor recordó las célebres palabras del *Justice Jackson* en *Barnette*:

«El auténtico propósito del *Bill of Rights* fue apartar ciertas materias de las vicisitudes de la controversia política, situarlas más allá del alcance de las mayorías y los agentes del poder, y consagrarlas como principios legales que los tribunales han de aplicar. El derecho de cada uno a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y asamblea, y otros derechos fundamentales, no pueden estar sometidos a votación; no dependen del resultado de ninguna elección» (28).

Considerar un «lujo» la protección de las prácticas religiosas frente a leyes

(25) «Esta distorsionada visión de nuestros precedentes conduce a la mayoría a concluir que el *strict scrutiny* de una ley estatal que obstaculiza la libertad de ejercicio de la religión es un «lujo» que una sociedad bien ordenada no puede permitirse... y que la represión de religiones minoritarias es una «inevitable consecuencia del gobierno democrático»... No creo que los fundadores consideraran su esforzadamente conquistada libertad frente a la persecución religiosa un «lujo», sino un elemento esencial para la libertad —y no pudieron haber considerado la intolerancia religiosa «inevitable», porque redactaron las cláusulas de la religión precisamente para evitar esa intolerancia». Blackmun, en voto particular, págs. 908-909.

(26) Al menos tal era la sugerencia contenida en la famosa nota 4 de *Carolene Products*: «whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial scrutiny...» [304 U.S. (1938), pág. 152].

(27) *Smith*, pág. 886.

(28) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. (1943), pág. 638.

que las perturban sin justificación adecuada era, según O'Connor, «denigrar el auténtico propósito del *Bill of Rights*» (29).

La referencia a *Barnette* no fue casual. En efecto, algo había en *Smith* que relativizaba tan solemne declaración sobre el propósito del *Bill of Rights*. En la sentencia se dice que «los valores que son protegidos contra la interferencia del gobierno mediante la consagración en el *Bill of Rights* no por ello son desterrados del proceso político» (30). A juicio del Tribunal, la protección «negativa» que la Constitución proporciona a ciertos derechos y libertades bien puede complementarse con medidas que favorezcan e impulsen su ejercicio. Pero estas medidas «positivas» dependen ya del legislador y su adopción —como su inexistencia— reflejará el papel e importancia que la sociedad en cada momento atribuye a tales valores (31).

Seguramente el Tribunal Supremo no imaginó que tendría que enfrentarse con un legislador o, quizá, una sociedad, decididamente entusiasta del valor de la libertad religiosa. El Congreso no sólo no comprendió las razones del cambio de doctrina del Tribunal, sino que se apuró a enmendar lo que a su juicio era un error o, algo peor, una lectura equivocada de la Constitución. Pero, ¿puede el Tribunal equivocarse al interpretar la Constitución?

2. *El significado de la aprobación de la Religious Freedom Restoration Act*

El movimiento para la aprobación de la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa se puso en marcha casi inmediatamente después de *Smith*. Los primeros *hearings* en el Congreso tuvieron lugar en 1990 aunque la aprobación de la ley no se produjo hasta 1993. En el camino se formaron las más desacostumbradas alianzas y el proyecto contó desde el principio con el apoyo de un impresionante número de grupos y asociaciones; desde organizaciones de defensa de las libertades de carácter laico y progresista como la *ACLU*, hasta grupos religiosos

(29) *Smith*, pág. 903.

(30) *Smith*, pág. 890.

(31) «*Just as a society that believes in the negative protection accorded to the press by the First Amendment is likely to enact laws that affirmatively foster the dissemination of the printed word, so also a society that believes in the negative protection accorded to religious belief can be expected to be solicitous of that value in its legislation as well*», *Smith*, pág. 890.

Es justo el tipo de razonamiento que al Justice Powell le parecía imposible: «Uno apenas puede imaginarse a este Tribunal diciendo que puesto que el Congreso está compuesto por individuos, los derechos individuales garantizados por el *Bill of Rights* están protegidos de sobra a través del proceso político» [opinión disidente en *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.* 469 U.S. (1985), pág. 565, n. 8].

de signo fundamentalista y coaliciones conservadoras radicales (32). La celebración colectiva del proyecto se trasladó al Congreso, porque no es menos notable que la ley fuera aprobada casi por unanimidad en el Senado —sólo hubo tres votos en contra— y por unanimidad (*one voice vote*) en la Cámara de Representantes. También el Ejecutivo participó de la euforia. El Vicepresidente, Al Gore, afirmó que «la *Religious Freedom Restoration Act* es algo que todos los americanos pueden respaldar» y en el discurso que acompañó a la ceremonia de la firma, el Presidente Clinton declaró que la nueva ley reconocía «el papel histórico que la gente de fe ha jugado en la historia de este país y las protecciones constitucionales que siempre han demandado y estimado aquellos que profesan y expresan su fe» (33). Se trataba de una ley, en todos los sentidos, muy popular.

La ley se titulaba «restauradora» de la libertad religiosa porque nacía con el propósito de reponer a este derecho en el lugar preferente que le correspondía, que había ocupado, y del que había sido inesperadamente desplazado como consecuencia de la decisión del Tribunal Supremo en *Smith*. Según diversos testimonios, los «devastadores» efectos de la nueva doctrina jurisprudencial no eran meramente hipotéticos (34). Muchos tribunales inferiores habían comenzado a rechazar sistemáticamente demandas en reivindicación de la libertad religiosa apoyándose en el criterio de *Smith*. Se observó también que varios tribunales superiores de los Estados estaban tratando de frenar la tendencia, negando la autoridad persuasiva de *Smith* a la hora de interpretar el alcance de las disposiciones sobre libertad religiosa recogidas en las Constituciones estatales (35). De este modo, la libertad religiosa ganaba, al amparo de las Constituciones estatales, el terreno que había perdido al abrigo de la Constitución Federal, conforme a la reciente interpretación del Tribunal Supremo. No obstante, la tendencia no era uniforme y no aliviaba el problema de la pérdida de eficacia del derecho cuando las quejas se planteaban ante tribunales de la jurisdicción federal.

(32) Una detallada información sobre los grupos que apoyaron el proyecto en D. LAYCOCK y O. THOMAS: «Interpreting the Religious Freedom Restoration Act», *Texas Law Review*, vol. 73 (1994), págs. 210-211 y n.9. Se refiere también a la movilización social que impulsó la aprobación de la ley y al contexto cultural en que se produjo, SCOTT IDLEMAN: «The Religious Freedom Restoration Act: Pushing the Limits of Legislative Powers», publicado en la misma revista y volumen, págs. 247 y sigs.

(33) Se refieren a estos y otros comentarios entusiastas de bienvenida a la ley, CH. EISGRUBER y L. SAGER: «Why the Religious Freedom Restoration Act is Unconstitutional», *cit.*, págs. 438-439.

(34) Los casos concretos en LAYCOCK y THOMAS: «Interpreting the Religious Freedom Restoration Act», *cit.*, págs. 214-217.

(35) *Vid.* MICHEL W. MCCONNELL: «Institutions and Interpretation: A Critique of *City of Boerne v. Flores*», *Harvard Law Review*, vol. 111 (1997), págs. 154-155.

Para remediar esta situación, el Congreso codificó en la *RFRA* los criterios que de modo general deberían atenderse para hacer posible la acomodación entre cualquier actuación de los poderes públicos y el ejercicio de la libertad religiosa. Si tales criterios no se respetaban, cualquier persona que considerara indebidamente limitado su derecho de libertad religiosa podría acudir a los tribunales solicitando reparación. Los criterios que el Congreso consideraba adecuados para el fin de la acomodación eran, precisamente, los que había venido haciendo valer el Tribunal Supremo en su jurisprudencia anterior a *Smith*; en concreto, el criterio del «interés público apremiante» (*compelling interest test*) y el criterio de la «alternativa menos gravosa» (*least restrictive means test*).

La *RFRA* constaba únicamente de cinco artículos. El primero (*Congressional findings and declaration of purposes*), que servía como una esquemática exposición de motivos de la ley, contenía una declaración del Congreso en cuanto al alcance y efectos del reconocimiento en la Constitución de la libertad religiosa y una declaración de los «fines» de la *RFRA*. Los fines quedaban contraindicados a estos dos: uno, la rehabilitación del *compelling interest test* (en la forma en la que el Tribunal Supremo lo empleó en *Sherbert y Yoder*) y la garantía de su aplicación en cualquier caso en que resultara sustancialmente obstaculizada la libertad de ejercicio de la religión; otro, el reconocimiento de un derecho de acción o defensa a cualquier persona cuyo derecho de libertad religiosa resultara sustancialmente obstaculizado por un acto del poder público. El artículo segundo concretaba la protección legal de la libertad religiosa, a partir de la premisa de que «los poderes públicos no podrán obstaculizar de modo sustancial el derecho de una persona a practicar libremente su religión incluso si el obstáculo deriva de una norma de aplicación general». El artículo tercero contenía indicaciones en cuanto al modo de interpretar algunos de los términos empleados en la ley. El artículo cuarto precisaba el alcance espacial y temporal de la *RFRA*, que era el máximo posible, pues lo dispuesto en la ley afectaría a cualquier regulación, tanto federal como de los estados, anterior o posterior a la *RFRA*. Por último, el artículo quinto incorporaba una curiosa cláusula de salvaguardia, en la que se advertía que nada de lo dispuesto en la ley debería interpretarse en el sentido de afectar a la *establishment clause*.

Sin necesidad de adentrarse en sutiles problemas de interpretación, cualquier observador podía advertir que el Congreso, con esta ley, devolvía a los tribunales la responsabilidad de velar por la «correcta» acomodación entre la acción del gobierno y el ejercicio de la libertad religiosa. El legislador federal disponía que cualquier medida que interfiriera de modo sustancial en las prácticas religiosas de los ciudadanos debería estar justificada por la existencia de un interés público imperioso y, además, demostrarse la menos gravosa para el derecho entre las adecuadas para alcanzar los fines perseguidos. Sin embargo,

era claro que la ley dejaba abierta la posibilidad de que cualquier ciudadano, afectado por una medida que de forma directa o indirecta limitara de modo importante su práctica religiosa, acudiera a los tribunales reivindicando su derecho, no ya cuando la medida no fuera acompañada de la justificación exigida, sino también cuando la justificación dada le pareciera insuficiente o cuestionable. De este modo, los tribunales se convertían, en último término, en los encargados de decidir en cada caso, qué interés debía prevalecer. Es decir, se volvía a la situación que el Tribunal Supremo había pretendido dejar atrás con *Smith*. ¿Podía el legislador obligar a los tribunales a asumir una tarea que el Tribunal Supremo había considerado impropia para ellos?

Otros problemas, igual de inmediatos y no menos importantes, eran perceptibles en la ley. Por ejemplo, el hecho de que el legislador previniera en el artículo final contra cualquier interpretación que enfrentara a la ley con la «cláusula de establecimiento», podía considerarse una manifestación de falsa ingenuidad. O la ley era consecuente con la cláusula de establecimiento, o no lo era, y en cualquiera de los dos casos la previsión de «no afectación» era inútil (36). Si el legislador consideró necesario reafirmar su posición de neutralidad respecto de la religión, algo que por otra parte es exigencia constitucional, quizás fue para alejar la sospecha de que la ley, de alguna forma, privilegiaba la conducta religiosa. La sospecha, en efecto, existía y no parecía del todo infundada.

Además de ese potencial conflicto con la cláusula de establecimiento, el hecho de que el Congreso confiriera a la *RFRA* el máximo alcance, de modo que su ámbito de aplicación no se detenía en la esfera federal, hacía pensar en un posible conflicto con el principio del federalismo; sobre todo, teniendo en cuenta la interpretación cada vez menos tímida que el Tribunal estaba haciendo de la Décima Enmienda en lo relativo a los poderes «residuales» de los Estados. De hecho, en el transcurso de los debates que precedieron a la aprobación de la ley, esta cuestión fue discutida y, aunque no quedó reflejado en el texto, el Congreso asumió que, respecto de los Estados, la norma se justificaba como un ejercicio del poder que la sección 5 de la Enmienda XIV le atribuía (37). Esta justificación, como después se comprobó, no era tan clara.

(36) Es dudoso que para una ley sirva de talismán contra una impugnación de inconstitucionalidad una cláusula del tipo «nada de lo dispuesto en esta ley será interpretado en sentido contrario a lo dispuesto en la Constitución».

(37) La Sección 1 de la Enmienda XIV establece que: «... Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá Estado alguno privar a nadie de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a nadie dentro de sus límites jurisdiccionales la igual protección de las leyes.»

La Sección 5 dispone que: «El Congreso tendrá poder para hacer cumplir las disposiciones de este artículo por medio de leyes apropiadas.»

Por último, estaba el problema, vamos a decir, institucional. Ni los impulsores del proyecto, ni el Congreso que finalmente aprobó la ley, ocultaron que el propósito de la nueva regulación era neutralizar los efectos de la doctrina del Tribunal en *Smith*. Si la *RFRA* hubiera limitado su aplicación al ámbito federal, hubiera podido entenderse que, mediante esta ley, el Congreso simplemente incorporaba una garantía «legal», adicional a la que derivaba de la Constitución (en la interpretación del Tribunal Supremo) para la libertad religiosa. Sin embargo, desde el momento en que la ley afectaba a los poderes de regulación y policía de los Estados, condicionándolos y limitándolos, la regulación adquiriría una dimensión «constitucional». La *RFRA* se consideraba «legislación apropiada» para garantizar la vigencia y eficacia plena de los derechos constitucionales —en este caso, la libertad religiosa— en los Estados. De tal modo que, tras la aparición de la *RFRA*, bien podía suceder que regulaciones estatales (neutrales, de aplicación general) que bajo el patrón de *Smith* no se habrían considerado lesivas del derecho de libertad religiosa, resultarían inaceptables en los términos de la *RFRA*, que imponía unos requisitos más exigentes a toda actuación del poder público capaz de afectar a la libertad religiosa.

El Congreso pretendía dejar las cosas tal como estaban «antes» de *Smith* y, para conseguirlo, la *RFRA* debía servir para repeler el precedente del Tribunal. No obstante, como vimos, la nueva doctrina del Tribunal no indicaba un mero cambio de criterio a la hora del control, sino que tenía como premisa determinado modo de entender el significado de la mención a la libertad religiosa en la Constitución. Una interpretación que cuatro de los jueces del Tribunal no compartieron pero que, en tanto no fuera revisada, era la interpretación de la mayoría del Tribunal. En su afán por repeler el precedente del Tribunal y forzar el regreso al estado de cosas anterior, el Congreso penetraba en terreno disputado: la *RFRA* defendía una concepción de la libertad religiosa que ya no era la que el Tribunal, como intérprete de la Constitución, avalaba.

En el momento de estampar su firma en la ley, el Presidente Clinton no paso por alto esta consecuencia extraordinaria de la aprobación de la *RFRA*: «Esta ley», advirtió, «revoca la decisión del Tribunal Supremo en *Employment Division contra Smith*». Y por si había duda en cuanto a la autoridad del Congreso para proceder de este modo, también señaló que,

«[e]l poder de revocar... mediante ley, una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, es un poder que con razón es ejercido infrecuentemente

y con reparos por el Congreso de los Estados Unidos. Pero ésta es una ocasión que claramente demandaba tal medida extraordinaria» (38).

Tan pronto como la ley ocupó su lugar en el Código, comenzaron las cábalas en torno a sus posibilidades de supervivencia; desde luego, nadie dudó que era candidata segura al control de constitucionalidad. Los expertos —que no ahorraron argumentos para demostrar con diverso poder de convicción la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la ley (39)— no se atrevieron a pronosticar cuál sería la reacción del Tribunal Supremo, aunque todos coincidieron en señalar que el hecho de que el Congreso, al adoptar la ley, hubiera reprochado al Tribunal su repentino desinterés por la libertad religiosa, hacía imaginable que el Tribunal se mostrara esta vez menos comprensivo con las razones del legislador.

IV. LA DECISION DEL TRIBUNAL SUPREMO EN *CITY OF BOERNE V. FLORES*

1. *La opinión del Tribunal*

El Ponente de la sentencia, *Justice Kennedy*, comenzó por delimitar el objeto del proceso que, según indicó, reclamaba el examen y debate de una sola cuestión: la autoridad del Congreso para emanar la *RFRA* (40).

La sentencia se ordenó en tres Partes. La primera consiste en el relato brevísimo del conflicto concreto de *Boerne*. La segunda se refiere a la génesis y el contenido de la *RFRA*: reconoce el Tribunal que la ley fue «respuesta directa» del Congreso a su decisión en *Smith*, que el Congreso debatió sobre los «aspectos de interpretación constitucional» presentes en tal sentencia y que «[m]uchos criticaron el razonamiento del Tribunal, y este desacuerdo desembocó en la aprobación de la *RFRA*». Es en la tercera Parte donde el Tribunal entra en el examen de la cuestión por dilucidar.

Como anunciara el Ponente, tal cuestión era si el Congreso disponía de autoridad para aprobar una ley con el contenido y alcance de la *RFRA*. La ley planteaba un problema de «competencia» que en *Boerne* se puso de manifies-

(38) EISGRUBER y SAGER: «Why the RFRA Is Unconstitutional», *cit.*, pág. 438, n. 4.

(39) Ni se contuvieron a la hora de publicarlos. En tres años la ley había sido objeto de más de un centenar de artículos en revistas jurídicas e incontables comentarios en medios de comunicación. Las referencias que aquí se manejan son pálida muestra del volumen de la bibliografía disponible pero significativas de las distintas posiciones doctrinales.

(40) «*The case calls into question the authority of Congress to enact RFRA*». *Boerne*, pág. 1.

to, porque se trataba de una ley federal que limitaba y condicionaba la actuación de los gobiernos «estatales» en áreas que les estaban reservadas (41). Para justificar esta intervención en la esfera estatal, el Congreso apeló al poder que la Sección 5 de la Enmienda XIV le atribuye, de tal modo que, respecto de los Estados, la *RFRA* se presentaba como «legislación apropiada» para garantizar la eficacia de uno de los derechos reconocidos por la Enmienda: la libertad de ejercicio de la religión. Sólo en tal condición la ley federal obligaba a los Estados y demandaba aplicación frente a ellos por parte de los jueces.

Las partes que intervinieron en el proceso discrepaban precisamente en este punto. En defensa de la ley, el *respondent*, Arzobispo Flores, y el *Solicitor General* como *amicus*, argumentaron que la ley era efectivamente una medida dirigida a garantizar la libertad religiosa —una de las libertades incorporadas en la *due process clause* de la Enmienda XIV (42)— con un alcance mayor al mínimo requerido por *Smith*, que el Congreso consideró insuficiente. La Enmienda, expusieron, confiere al Congreso autoridad para aprobar legislación de carácter reparador o preventivo y, en general, legislación «apropiada» para proteger eficazmente los derechos y libertades constitucionales frente a eventuales excesos de los Estados. El legislador federal estimó que la libertad religiosa individual resultaría particularmente vulnerable si no se involucraba activamente a los poderes públicos —federales y estatales— en su protección, obligándoles a tomarla en cuenta al planear sus actuaciones, y forzándoles a justificar, en todo caso, cualquier medida capaz de limitar o interferir su ejercicio. Siguiendo el patrón de protección de otras libertades del *Bill of Rights*, la ley sujetaba a criterios de *strict scrutiny* la prueba de la legitimidad de toda actuación de los poderes públicos que se denunciara lesiva de la libertad religiosa.

Expuestos los argumentos en defensa de la ley, el Tribunal no se detuvo ya en los de la otra parte, la solicitante del *certiorari*. Directamente, anunció de qué modo abordaría la cuestión. Hecho esto, quedó al descubierto su inequívoca intención de condenar la ley.

La decisión sobre su validez iba a hacerse depender de lo que resultara de una comprobación muy simple: o la ley era efectivamente consecuencia del ejercicio del *enforcement power* del Congreso en los términos de la sección 5 de la Enmienda XIV, o no lo era, y en este caso la intervención federal en el ámbito reservado a los Estados debía reputarse ilegítima. La sección 5 atribuía al Congreso autoridad para hacer valer (*enforce*) lo establecido en la Enmienda,

(41) A los efectos de la discusión el Tribunal advierte que la referencia a «derecho estatal» deberá entenderse comprensiva también del derecho «municipal» o «local» [pág. 5 de la sentencia].

(42) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. (1940), págs. 296 y sigs.

pero nada más. La Enmienda, sin duda, reconocía el derecho a practicar libremente la religión y, en consecuencia, el Congreso estaba habilitado para adoptar las medidas precisas para garantizar su vigencia en los Estados. Lo que en ningún caso derivaba del texto de la Enmienda, recalcó el Tribunal, era la atribución al Congreso de autoridad alguna para «definir» o «determinar» el contenido de lo dispuesto en ella. En pocas palabras: el Congreso podía adoptar las medidas que considerara apropiadas para garantizar la eficacia de los derechos reconocidos en la Constitución frente a los Estados, pero no podía definir el alcance de los derechos o, de otro modo, carecía del poder de determinar qué constituía vulneración de los mismos. De acuerdo con esta premisa, diría el Tribunal que «una legislación que altera el significado de la cláusula de libertad religiosa (*Free Exercise Clause*) no puede decirse que esté haciendo valer (*enforcing*) la cláusula», por la sencilla razón de que «el Congreso no garantiza un derecho constitucional cuando transforma lo que el derecho es» (43).

El problema, en definitiva, era uno de interpretación constitucional. Sin embargo, el Tribunal descartó seguir el curso más «lógico» de razonamiento: primero, pronunciarse sobre la interpretación que el Congreso hacía en la ley del derecho constitucional de libertad religiosa, para después comprobar si, respecto de los Estados, la RFRA era «legislación apropiada» para garantizar tal derecho, esto es, si constituía un legítimo ejercicio del *enforcement power* del Congreso. El Tribunal, decidió prescindir del primer paso, que le hubiera obligado a confrontar la interpretación del derecho de libertad religiosa realizada por el legislador con su propia y previa interpretación del mismo en *Smith*. Su indagación se iba a reducir al examen de la RFRA como manifestación de *enforcement power*. Para esto, y como paso previo, se ocupó de definir la «naturaleza» del *enforcement power*.

El grueso de la opinión del Tribunal está dedicado a «demostrar» que el poder que la cláusula 5 de la Enmienda XIV atribuye al Congreso, fue concebido originariamente como un poder de carácter puramente «remedial», nunca sustantivo, y que no fue dispuesto para que el Congreso pudiera, a su través, concretar el alcance de las nuevas prohibiciones que la Constitución imponía a los Estados (44). Diseñado de esta forma, explicaba el Tribunal, el poder que la

(43) Pág. 8 de la Sentencia.

(44) Las Enmiendas XIII, XIV y XV, conocidas como Enmiendas de la Guerra Civil, fueron añadidas a la Constitución durante la Reconstrucción (en 1865, 1868 y 1870). Expresamente dirigidas a incrementar el poder de la Federación, imponían nuevas restricciones al de los Estados. En la medida en que estas Enmiendas son posteriores en el tiempo a la Enmienda X, no sólo no se ven afectadas por ella sino que, al contrario, alteran la interpretación —al menos, el alcance— de la «cláusula residual».

Enmienda XIV confería al Congreso no sólo resultaba menos amenazante para los Estados, sino que no ponía en riesgo la «tradicional» separación de poderes entre el Congreso y los jueces. ¿Qué quería decir con esto? Pues, ni más ni menos, que la interpretación de los derechos constitucionales había sido, de siempre, de la incumbencia de los jueces (45).

La jurisprudencia del Tribunal era coherente con tal forma de entender el alcance del *enforcement power*... a pesar de *Katzenbach v. Morgan* (46). En efecto, reconocía el Tribunal que en *Katzenbach v. Morgan* se contenían expresiones que «podrían ser interpretadas como un reconocimiento del poder del Congreso para emanar leyes que expanden los derechos contenidos en la Sección 1 de la Enmienda XIV». Pero añadía inmediatamente: «esta no es, sin embargo, una interpretación obligada, ni siquiera la mejor» (47). ¿Estaba revo-

(45) Lo explicaba de este modo: la Sección primera de la Enmienda XIV reconoce determinados derechos que pueden hacerse valer contra los Estados. Estos derechos, como los del *Bill of Rights* son autoaplicativos (*self-executing*) y, como en el caso del *Bill of Rights*, es el Tribunal quien ostenta la suprema autoridad a la hora de su interpretación. Porque, en caso de conflicto, son los tribunales los encargados de decidir sobre los derechos de los individuos y proporcionarles protección, y «la autoridad para interpretar la Constitución en un litigio», recordó el Tribunal, «la retiene el poder judicial». *Boerne*, págs. 11-12.

En la interpretación histórica de la Enmienda XIV que realiza el Tribunal, muy detallada, se echa de menos alguna explicación del porqué de la atribución al Congreso de la defensa de los derechos constitucionales en los Estados. Para muchos autores, la razón fue muy clara: la Sección 5 de la Enmienda XIV «nació del temor de que el poder judicial frustrara la Reconstrucción mediante una interpretación restrictiva del poder del Congreso» [McConnell, «Institutions and Interpretation: A Critique of *City of Boerne v. Flores*», *Harvard Law Review*, vol. 111 (1997), pág. 182]. Por otro lado, no es ni mucho menos probable que en el momento de redacción de la Enmienda, estuviera asentada la idea de que el Tribunal Supremo fuera el intérprete máximo de la Constitución, ni siquiera en lo relativo a los derechos constitucionales. La doctrina republicana, de la que Lincoln fue buen exponente, consideraba que las decisiones del Tribunal Supremo, como las de cualquier otro tribunal, no tenían para el resto de los poderes más valor que el de la cosa juzgada, y desde luego, que su interpretación de la Constitución no les vinculaba. A esta cuestión nos referimos después, *infra*, págs. 339 y sigs.

(46) 384 U.S. (1966), págs. 641 y sigs.

(47) La interpretación que el Tribunal consideraba que «no era la mejor» había sido hasta entonces la común, aunque muy polémica. En *Morgan*, el Tribunal reconoció que la secc. 5 de la Enmienda XIV autorizaba al Congreso a ejercer su discreción a la hora de determinar qué legislación, si alguna, era necesaria para asegurar las garantías de la Enmienda XIV. En este caso, entre otras cosas, el Tribunal admitió que el Congreso podía discrepar expresamente de la opinión judicial en cuanto al alcance de los derechos constitucionales. En cierto modo, esto implicaba cierta contradicción con la idea, implícita ya en *Marbury*, de que el poder judicial tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución. En su voto discrepante a esta sentencia, el *Justice* Harlan advertía que si se aceptaba el poder del Congreso para expandir el alcance de los derechos constitucionales, debía aceptarse también su poder para limitarlos o restrin-

cando así la doctrina de *Morgan*? Probablemente sí, aunque para enmascarar el *overruling*, prefirió recurrir a la técnica del «*distinguish*»: en *Morgan*, a diferencia de lo que sucedía en *Boerne*, subyacía un problema de discriminación y esto justificó que el Congreso adoptara medidas excepcionales, de carácter preventivo y no solo remedial (48).

Una vez definidos los contornos del *enforcement power*, el Tribunal se dispuso a comprobar si la RFRA constituía un ejercicio adecuado del poder remedial del Congreso. Para ello, bastaba con evaluar la congruencia y proporcionalidad entre lo que la ley disponía y los fines que pretendía. Y el resultado de tal evaluación no dejaba lugar a dudas: la medida era injustificada y desproporcionada. Para evitar la discriminación de la conducta religiosa en los Estados —un peligro más hipotético que real, puesto que de ningún informe se deducía que en esta época los Estados fueran particularmente propensos a practicar la persecución religiosa— el Congreso sujetaba a condición el ejercicio de sus tradicionales poderes de regulación y policía, forzándoles a demostrar, cada vez que su actuación interfiriera directa o indirectamente en las prácticas religiosas de cualquier ciudadano, la presencia de un interés público imperioso que no podría satisfacerse de otra forma. El criterio que la ley imponía suponía una trascendental alteración del parámetro de constitucionalidad empleado por el Tribunal en *Smith*, de hecho, suponía una redefinición del alcance de la garantía de la libertad religiosa. Normas que de acuerdo con *Smith* hubieran sido válidas —por estar ausente el propósito de discriminar la conducta religiosa— eran consideradas inconstitucionales por la RFRA, puesto que la ley convertía por principio en sospechosa toda regulación que, direc-

girlos. Sin embargo, la mayoría respondió en una nota a pie de página que el poder para hacer valer («*enforce*») los derechos, que es el que la Enmienda contempla, no incluye el poder para reducirlos o menoscabarlos («*restrict, abrogate or dilute*»). De esta idea —que el Congreso puede expandir pero no contraer los derechos aludidos en la Enmienda XIV— apoyada por la mayoría del Tribunal en *Morgan*, nace la «*ratchet theory*» (o teoría del trinquete, una especie de principio de irregresividad). Los problemas doctrinales que plantea esta teoría son muchos y de gran calado, pero no podemos detenernos en ellos. *Vid.*, por todos, MATT PAWA: «When The Supreme Court Restricts Constitutional Rights, Can Congress Save Us? An Examination of Section 5 of the Fourteenth Amendment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141 (1993), págs. 1029-1101.

(48) En *Morgan*, el Tribunal consideró que la prohibición impuesta por el Congreso a los Estados, en cuanto a la utilización del criterio de la «capacidad de leer y escribir inglés» como condición para el ejercicio del derecho de voto, era una medida eficaz para evitar la discriminación racial de los votantes, aun cuando supusiera, de hecho, la intervención del Congreso en una materia —la regulación de los procesos electorales estatales— reservada a los Estados. En una decisión anterior el Tribunal había afirmado la constitucionalidad de los *english literacy tests*.

ta o indirectamente, obstaculizara de modo sustancial la práctica religiosa de cualquier individuo (49).

La conclusión no podía ser otra: el Congreso excedió de su poder al emanar la *RFRA*. La ley se entrometía en «las prerrogativas tradicionales y la autoridad general de los Estados para legislar en beneficio de la salud y bienestar de sus ciudadanos». Actuando más allá del poder que la Sección 5 de la Enmienda XIV le atribuía, el Congreso amenazó la separación de poderes y el equilibrio federal.

Es en la última parte de la sentencia, justo antes de la conclusión, donde se encuentra una inesperada reflexión sobre la «tarea compartida» de la interpretación constitucional. Inesperada porque hasta ahí, el enfoque del caso había sido en términos de «federalismo». Ciertamente que el Tribunal no había dejado pasar la ocasión para afirmar que la interpretación y definición de los derechos constitucionales era esencialmente tarea judicial, pero aún esta declaración debía ponerse en relación con la cuestión de los límites «externos» que la Constitución opone al poder del Congreso. Los dos párrafos de la sentencia a los que ahora nos referimos, son parte de otro discurso y ponen de manifiesto que el Tribunal no olvidó en ningún momento que la *RFRA*, además de ser una ley inconstitucional por las razones expresadas, era una afrenta a la autoridad del Tribunal Supremo como intérprete de la Constitución. Lo que el Tribunal justifica con razones, como se verá, escasamente concluyentes, es por qué ha de ceder la ley contraria al precedente constitucional.

Indica el Tribunal que el Congreso, cuando actúa en el marco de su competencia «tiene no ya el derecho sino el deber» de interpretar la Constitución. Y porque se le supone un intérprete responsable, sus actos gozan de la presunción de validez. Ahora bien, ¿qué sucede cuando el Congreso ignora o contradice la interpretación judicial de la Constitución? Apréciense de qué modo plantea y responde el Tribunal la cuestión:

«Nuestra experiencia constitucional nos enseña que la Constitución es mejor preservada cuando cada parte del gobierno respeta tanto la Constitución co-

(49) Para el Tribunal el *test* determinante en los *free exercise cases* debía ser ahora el «propósito» («*purpose*» o «*intent*») de la legislación. Una ley que se aprueba con el ánimo de discriminar determinadas expresiones religiosas es una ley inconstitucional. Así de simple. Una ley que sólo indirectamente interfiere en algunas prácticas religiosas será inconstitucional sólo si se demuestra que tal interferencia fue buscada a propósito. La demostración puede no ser tan sencilla a pesar de que como explicó Holmes «hasta un perro distingue cuándo se tropiezan con él y cuándo le dan una patada». Sobre los diversos «*purpose tests*» para la decisión de cuestiones constitucionales, R. FALLON: «Foreword: Implementing the Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 111 (1997), págs. 90-102.

mo las actuaciones correspondientes y las decisiones de los otros poderes. Cuando el Tribunal ha interpretado la Constitución, ha actuado en el marco de la competencia del Poder Judicial, que incluye el deber de declarar cuál es el derecho [*to say what the law is*]. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch, pág. 177. Cuando las ramas políticas del Gobierno actúan contra el fundamento de una interpretación judicial de la Constitución previamente emitida, debe comprenderse que en litigios posteriores el Tribunal tratará a sus precedentes con el respeto que les debe de acuerdo con principios bien establecidos, que incluyen el *stare decisis*, y cualquier expectativa en contrario debe ser desalentada» (50).

La respuesta es tan simple como decepcionante: el Tribunal declara que se mantendrá fiel a su propia (y previa) interpretación de la Constitución. El argumento del Tribunal parece ser el de que en el marco de su competencia —en el desenvolvimiento de la función de juzgar— a él le corresponde «declarar cuál es el derecho». Con ello no afirma la «inconstitucionalidad» de interpretaciones alternativas de la Constitución sino, únicamente, que éstas no le vinculan.

En el caso de *Boerne*, la preferencia por el precedente constitucional era «fácil» de justificar: «la *RFRA* fue diseñada para dar solución a litigios, como el que tenemos ante nosotros; pero puesto que los preceptos de la ley federal aquí invocados están más allá de la autoridad del Congreso, es el precedente de este Tribunal, no la *RFRA*, el que debe regir».

2. *Los votos particulares*

La sentencia fue acompañada de cinco votos particulares, tres de ellos disrepantes y dos concurrentes.

Los tres votos disidentes —*Justices* O'Connor, Souter y Breyer— coincidieron en repudiar el enfoque acogido por el Tribunal para resolver *Boerne*. A su modo de ver, lo que el caso demandaba era, claramente, la reconsideración de *Smith*. La mayoría del Tribunal prefirió no enfrentarse con este precedente y con la doctrina tan frágilmente «establecida» sobre el derecho de libertad religiosa y por eso recorrió un camino lateral que le llevó a pronunciarse sobre los límites del *enforcement power*. Tampoco este camino estaba exento de problemas, pues obligó al Tribunal a revisar otros precedentes —señaladamente, *Katzenbach v. Morgan*—, también discutidos pero sin duda más consolidados que *Smith*.

El voto de la *Justice* O'Connor está íntegramente dedicado a demostrar que

(50) *Boerne*, pág. 21.

Smith fue un error. De hecho, si no hubiera sido por su convencimiento de que *Smith* «*was wrongly decided*», no habría tenido inconveniente alguno en adherirse a la opinión de la mayoría. O'Connor comparte la doctrina del Tribunal en cuanto al alcance del *enforcement power* del Congreso al amparo de la Enmienda XIV y también la opinión de que el Congreso, cuando actúa en el marco de su competencia, debe atenerse a la Constitución y a la interpretación que el Tribunal haya hecho de sus preceptos. Pero la solución que el Tribunal produce en *Boerne* sólo se sostiene a partir de la asunción de que la interpretación de la *free exercise clause* quedó fijada en *Smith* y, según O'Connor, eso era asumir demasiado.

El Congreso, con buenas razones, optó por la interpretación «tradicional» de la libertad religiosa, que fue también la del Tribunal antes de que *Smith*, con razones menos buenas, decidiera la ruptura con la doctrina anterior. El Tribunal pretendía que el Congreso se conformara con la interpretación judicial más reciente, menos consolidada y más discutida de la libertad religiosa que, además y esto es importante, era también la menos generosa. Dejando a un lado la cuestión de si puede el Congreso servirse de la ley para revocar, «*overrule*», un precedente constitucional, lo que parece claro es que el principio del *stare decisis* no está pensado para convertir en irreversible cualquier doctrina del Tribunal. Menos aún cuando el propio Tribunal, recordaba O'Connor, ha advertido que no todos los precedentes despliegan la misma fuerza, y entre los menos vigorosos están aquéllos que se desvían de líneas doctrinales claras o colisionan con otros mejor afianzados, y los que, por su novedad, aún no han generado la confianza que deriva de la aplicación constante (51). Por otra parte, es conocido que los precedentes constitucionales plantean problemas peculiares, precisamente porque «la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible» (52). Pues bien, *Smith* era un precedente constitucional, reciente y disruptivo, cuyo efecto más sobresaliente fue la desprotección de ciudadanos que reivindicaban el derecho a cumplir con su religión sin ser inquietados por el poder público.

El Tribunal, al renunciar al control más exigente de la acción del gobierno cuando interfiere en las prácticas religiosas de los ciudadanos, disminuyó drásticamente la eficacia del derecho, hasta el punto de que, en su nueva formulación, el reconocimiento constitucional del derecho a practicar la religión no significaba mucho más que la tolerancia de la expresión religiosa en tanto

(51) «[*Stare decisis* es un principio de prudencia y no una mecánica fórmula de adherencia a la última decisión, independientemente de lo reciente y cuestionable, cuando tal adherencia entra en conflicto con una doctrina anterior de mayor alcance, intrínsecamente más correcta, y verificada por la experiencia» [*Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. (1995), pág. 231].

(52) La cita es de *Seminole Tribe v. Florida* (1996).

no entrara en conflicto con regulaciones neutrales de aplicación general. El Congreso que aprobó la *RFRA* demostró mayor «sensibilidad» frente al hecho religioso y decidió reponer a través de la ley las garantías que hasta entonces, espontáneamente, habían exigido los tribunales. Pero la mayoría del Tribunal, no lo entendió así: vió en la *RFRA* una amenaza a su autoridad, no la ocasión para rectificar o, incluso, consolidar la doctrina de *Smith*. Sólo de este modo se explicaba una actitud que a O'Connor le resultaba injustificable. Quizás fuera cierto, como se ha llegado a decir, que un Tribunal como el Supremo mantiene su autoridad a base de «corregir los errores de otros y adherirse a los propios».

Los votos de los *Justices* Breyer y Souter, muy breves, coinciden con el de O'Connor en lo esencial: la concesión del *certiorari* en *Boerne* sólo estaba justificada por la conveniencia de volver sobre la doctrina de *Smith*. Souter, por ejemplo, declara tener las más serias dudas en cuanto a la fuerza vinculante y el valor de precedente de la regla de *Smith* (53), dudas que en tanto no se disipen, oscurecerán pronunciamientos como el de *Boerne*. Breyer, por su parte, considera que el pronunciamiento sobre el alcance del *enforcement power* del Congreso era innecesario, pues lo que estaba en juego en *Boerne*, como en *Smith*, era simplemente el alcance de la garantía constitucional de la libertad religiosa.

Los dos votos concurrentes son de muy diversa factura. El *Justice* Stevens, coincide con la mayoría en que la *RFRA* es inconstitucional, pero no por nada que tenga que ver con la Enmienda XIV sino, sencillamente, porque lo que la ley pretendía era «privilegiar» la religión, en contra de la prohibición de la Primera Enmienda recogida en la «*establishment clause*». La *RFRA* concedía un derecho de acción a ciudadanos «religiosos» o «creyentes» para resistir determinadas medidas del poder público, un derecho del que no podrían hacer uso los agnósticos o los ateos aun cuando las mismas medidas fueran también capaces de perjudicar sus intereses (54).

El voto del *Justice* Scalia no es exactamente concurrente. En realidad, se trata de una réplica «a la extravagante pretensión» sostenida por O'Connor en su voto disidente. Nada sorprendente, si se tiene en cuenta que Scalia fue el ponente de *Smith* y que ya entonces O'Connor lideró la crítica a la nueva doctrina del Tribunal. Los votos de ambos en *Boerne* no son más que la continuación de aquella discusión iniciada en *Smith*. Sin embargo, aunque Scalia dedica la ma-

(53) «*I have serious doubts about the precedential value of the Smith rule and its entitlement to adherence*».

(54) Stevens se pregunta —la pregunta es retórica, claro— si el litigio de *Boerne* hubiera sido posible si el edificio afectado hubiera sido una galería de arte, o un museo, propiedad de un ateo que pretendiera ampliarlos.

yor parte de su voto a desbaratar la reconstrucción histórica de O'Connor —la que le servía para demostrar que la doctrina de *Smith* se apartaba de la concepción «original» de la libertad religiosa— no se resiste al final a una pequeña concesión a la demagogia, que tiene cierto interés en la medida en que deja traslucir la contradicción en la que el Tribunal se debate desde su decisión de *Smith*.

A Scalia no se le ocultaba que la defensa más radical del derecho a practicar libremente la religión, tal y como pretendía la *RFRA*, gozaba de respaldo y aceptación popular. Porque, como dice, «¿es que alguien puede estar en contra de la idea de que el gobierno no debería, ni siquiera en leyes generales, no discriminatorias, oponer obstáculos irrazonables a las prácticas religiosas?». Pero una cosa era la idea, en abstracto, y otra lo que sucedía en los casos concretos. A su modo de ver la cuestión que ya en *Smith* se planteaba era la de quién debía ser el encargado de suministrar una solución para los casos concretos: ¿el pueblo, a través de sus representantes, o el Tribunal Supremo? Y ponía «como ejemplo» el de Boerne: ¿quién debe decidir si las obras de una iglesia quedan fuera de la regulación que afecta en general a las obras que se realizan en el municipio? ¿El Tribunal Supremo o «el pueblo»? A él no le cabía duda: «*It shall be the people*». La ordenanza, que pudo considerar la excepción de los edificios religiosos (por las necesidades del culto), no lo hizo, y el Tribunal, respetuoso de tal decisión, no tenía por qué alterarla pues ningún motivo discriminatorio de la religión impulsó la aprobación de la ordenanza.

Sin embargo, y ésta es la contradicción, ¿no fueron también los representantes del «pueblo» los que aprobaron la *RFRA*? Pues si esto se concede, el pueblo fue también quien decidió que cualquier medida del poder público que impidiera o dificultara sustancialmente la práctica de la religión debería considerarse inválida y sin efecto, a menos que un interés público apremiante justificara su imposición sin excepción y no hubiera alternativa menos restrictiva de la libertad religiosa. Que el «pueblo» representado por el Congreso sea distinto del «pueblo» de los Estados (o de los municipios), es una cuestión casi metafísica, y el principio del «federalismo» escasamente podrá explicar por qué la garantía del derecho de libertad religiosa, a diferencia de lo que sucede con las otras libertades del *Bill of Rights*, tiene un alcance diferente en el ámbito de la Federación, de los Estados o de los gobiernos locales.

V. EL TRIBUNAL Y EL CONGRESO EN LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

La decisión del Tribunal en *Boerne* resulta más inquietante que concluyente, deja abiertas muchas cuestiones y resuelve poco. No es sólo anecdótico que

después de la sentencia, el municipio de Boerne llegara a un acuerdo con la archidiócesis de San Antonio que finalmente hizo posible emprender las obras de ampliación de la iglesia bajo ciertas condiciones (55). Esto lleva a pensar que, por un lado, el interés público en la aplicación sin excepción de la ordenanza no era tan apremiante y, por otro, que había vías alternativas menos drásticas capaces de acomodar los derechos de la feligresía de la iglesia San Pedro con el interés de la ciudad en la preservación de sus distritos históricos.

El Tribunal, además, no dejó claro el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la *RFRA*. Cabe pensar que la ley es inconstitucional únicamente en su aplicación (*as applied*) a los Estados, pero no en lo que afecta a las instancias federales, ya que el Tribunal basó la inconstitucionalidad en el «exceso» del legislador federal, que se entrometió en la competencia de los Estados sin que el *enforcement power* de la Enmienda XIV le habilitara para ello. Otra cosa hubiera sido si el Tribunal hubiera fundado la inconstitucionalidad simplemente en el hecho de que el legislador pretendiera imponer una interpretación de la libertad religiosa «inconstitucional», en tanto que discrepante de la interpretación judicial de tal libertad previamente realizada en *Smith*. Pero el Tribunal, como hemos visto, no se atrevió a dar el último paso, y aunque argumentó confusamente que la ley no puede alterar el precedente constitucional, no llegó a decir que la ley contraria al precedente constitucional es, por esta sola razón, inconstitucional.

Lo que sí afirmó fue su suprema autoridad a la hora de la interpretación de los derechos constitucionales, misteriosamente deducida a partir de la proposición de que las Enmiendas de la Constitución que consagran los derechos del *Bill of Rights* establecen prohibiciones que afectan a la acción de gobierno y que tales prohibiciones son *self-executing* (56). Puesto que esta afirmación implica que el Tribunal se considera intérprete supremo de la Constitución, al menos, en materia de derechos constitucionales, vale la pena detenerse a examinar sus consecuencias para la discusión, no sólo académica, acerca de la relación entre el Congreso y el Tribunal Supremo como intérpretes constitucionales.

(55) M. MCCONNELL: «Institutions and Interpretation: A Critique of *City of Boerne v. Flores*», *Harvard Law Review*, vol. 111 (1997), págs. 162-163.

(56) «*The first eight Amendments to the Constitution set forth self-executing prohibitions on governmental action, and this Court has primary authority to interpret those prohibitions*», pág. 11 de la sentencia.

1. *¿Hay un intérprete supremo de la Constitución?*

James Bradley Thayer atribuía a Holmes el mérito de haber encontrado la cita exótica y estupenda que descubría en un instante el meollo de la cuestión del intérprete supremo. La cita remitía al sermón de un obispo inglés de principios del s. XVIII, quien ya advirtió que «Quienquiera que tenga la absoluta autoridad para interpretar las leyes, escritas o verbalmente proclamadas, es quien es el auténtico legislador a todos los efectos, y no la persona que en primer lugar las escribió o las proclamó» (57). El mismo Thayer es también fuente permanente de citas memorables sobre este asunto. En su famosísimo ensayo «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», probablemente una de las piezas más influyentes de la literatura constitucional norteamericana, defendía entre otras cosas que, cuando los tribunales ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, «la cuestión última no es cuál sea el auténtico significado de la Constitución, sino si la legislación es tolerable o no» (58). Ante la evidencia de que, en muchos casos, los preceptos constitucionales admiten interpretaciones diversas, la única actitud razonable para asegurar la sumisión por igual a la Constitución de todos los poderes, debía ser la de admitir la legitimidad de las discrepancias interpretativas. En el caso del juez, este punto de vista debía conducirle a mostrarse deferente con cualquier opción interpretativa del legislador que no resultara abiertamente contraria a la letra de la Constitución. Por lo demás, cualquier interpretación razonable, debía considerarse constitucional.

De Thayer arranca la «filosofía judicial» del *self-restraint*, que entronca con la idea más vieja y vinculada al principio de separación de poderes de que, en un sistema en que las ramas del gobierno están situadas al mismo nivel (*co-equal branches*), y reciben del mismo modo sus poderes delegados por la Constitución, ninguna posee más autoridad que otra para imponer sobre las demás su particular entendimiento de la Constitución (59). De la competencia de

(57) «*Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is who is the truly lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them*» (Sermon del Obispo Hoadly predicado ante el Rey, el 31 de marzo de 1717, sobre «La Naturaleza del Reino o Iglesia de Cristo»). La referencia en JAMES B. THAYER: «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 8 (1893), pág. 152, n. 2.

(58) THAYER: *op.cit.*, pág. 150.

(59) «*The Congress, the Executive, and the Court must each for itself be guided by its own opinion of the Constitution. Each public officer who takes an oath to support the Constitution swears that he will support it as he understands it, and not as it is understood by others. It is as much the duty of the House of Representatives, of the Senate, and of the President to decide upon*

judicial review no se deducía la superior autoridad de los jueces para interpretar la Constitución, sino que, al contrario, si los jueces habían llegado a ejercer «naturalmente» tal competencia era porque, como los otros dos poderes, también ellos estaban legitimados para interpretar la Constitución (60).

Por supuesto que esta teoría es sólo una teoría y, con toda evidencia, no se corresponde con la percepción hoy generalizada entre los políticos, los jueces, los abogados y los ciudadanos en general, de que el Tribunal Supremo es quien tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución. Para la opinión pública la realidad se acerca más a la célebre estimación de Hughes de que «la Constitución es lo que los jueces dicen que es».

Si en la práctica esto es así y si, de hecho, el Tribunal Supremo viene comportándose desde hace mucho tiempo como si fuera el intérprete supremo de la Constitución, en el plano de la teoría la discusión permanece viva. Aunque también entre los académicos es mayoritaria la opinión de que el Tribunal Supremo es el «mejor» intérprete constitucional, justificar tal preferencia en razones, vamos a decir, «constitucionales», es hasta ahora una tentativa fracasada. A tal conclusión se llega, todo lo más, a través de argumentos funcionales, o si se quiere, prácticos: se presume la mayor capacidad técnica del Tribunal a la hora de la interpretación, y se le atribuye la virtud de la objetividad (61). Pe-

the constitutionality of any bill or resolution which may be presented to them for passage or approval as it is of the supreme judges when it may be brought before them for judicial decision. The opinion of the judges has no more authority over Congress than the opinion of Congress over the judges, and on that point the president is independent of both. The authority of the Supreme Court must not, therefore, be permitted to control the Congress or the Executive when acting in their legislative capacities, but to have only such influence as the force of their reasoning may deserve» Mensaje de Andrew Jackson al interponer el veto presidencial al proyecto de ley de reorganización del Banco de los Estados Unidos (1832). Puede verse en GUNTHER: *Constitutional Law* (11.ª ed.), 1985, págs. 22-23. La misma opinión fue defendida por Jefferson o Lincoln, sugerida desde el principio, por la teoría de la democracia de Madison.

(60) Este modo de entender y justificar el poder de *judicial review of legislation* está muy bien representado, por ejemplo, en WECHSLER: «Federal courts, including the Supreme Court, do not pass on constitutional questions because there is a special function vested on them to enforce the Constitution or police the other agencies of government. They do so rather for the reason that they must decide a litigated issue that is otherwise within their jurisdiction and in doing so they must give effect to the supreme law of the land. That is, at least, what *Marbury v. Madison* was all about». H. WECHSLER: «The Courts and the Constitution», *Columbia Law Review*, vol. 65 (1965), pág. 1006.

(61) «Judicial review is our paradigmatic procedure for constitutional interpretation not just because we happen to resolve many legal disputes through litigation, but because «adjudication» as such is the paradigm of a disinterested decision procedure [...] For better or worse, we usually expect legislators to be interested and partisan», PAUL BREST: «Congress as Constitutional Decisionmaker and Its Power to Counter Judicial Doctrine», *Georgia Law Review*, vol. 21 (1986), págs. 58-59.

ro ni aún los más acérrimos defensores de la «*judicial supremacy*» afirman la vinculación absoluta de las «ramas políticas» del gobierno a *cualquier* doctrina constitucional que provenga del Tribunal Supremo. La sombra de *Dred Scott*, o el recuerdo de la «era *Lochner*» y la crisis del *New Deal*, han hecho precavidos a todos; el Tribunal Supremo, faro y guía de la doctrina constitucional, ha sido también capaz de equivocaciones solemnes.

Ocasionalmente, el Tribunal se ha autoproclamado intérprete supremo de la Constitución. Lo hizo de manera llamativa, y por primera vez, en *Cooper v. Aaron* cuando afirmó que «[*Marbury*] declaró el principio básico de que el poder judicial es supremo en la interpretación [*exposition*] del derecho de la Constitución, y ese principio ha sido desde entonces respetado por este Tribunal y por el país como un elemento caracterizador permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional» (62). La misma afirmación, y más rotunda, se repitió en *Powell v. McCormack*, en donde el Tribunal recurrió de nuevo a las ilimitadas posibilidades de *Marbury* para deducir que «es responsabilidad de este Tribunal actuar como intérprete último de la Constitución» (63). Y así en *Baker v. Carr* (64) y en *United States v. Nixon* (65). *Boerne* ha sido la última ocasión en la que el Tribunal ha reclamado su superior autoridad como intérprete, esta vez, de los derechos constitucionales.

Estas afirmaciones, con ser tajantes, no pasan de ser meros «*ipse dixit*» del Tribunal, una opinión y no un mandato inexorable. En todos los casos, respondieron a la necesidad de sofocar una concreta sublevación —del legislador, del ejecutivo— frente a la autoridad del Tribunal. Pero del mismo Tribunal proceden voces que recuerdan sus limitaciones:

«Incluso este Tribunal tiene la última palabra sólo por un tiempo. Estando compuesto por hombre falibles, puede errar. Pero la revisión de sus errores debe tener lugar mediante los cauces ordenados por el derecho. El Tribunal puede ser requerido para reconsiderar sus decisiones, y esto se ha hecho con éxito una y otra vez a lo largo de nuestra historia. O bien, lo que este Tribunal ha considerado su deber decidir, puede ser variado mediante las leyes, como a menudo ha sucedido, y, ocasionalmente, mediante enmienda constitucional» (66).

(62) *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. (1958), págs. 1 y sigs.; la cita es de la pág. 18.

(63) *Powell v. McCormack*, 395 U.S. (1969), págs. 486 y sigs., la cita es de la pág. 549.

(64) 369 U.S. (1962), págs. 186 y sigs.

(65) 418 U.S. (1974), págs. 683 y sigs.

(66) Justice F. Frankfurter, voto concurrente a *U.S. v. United Mine Workers* [330 U.S. (1947), págs. 258 y sigs.]. Esta misma opinión fue transpuesta como voto concurrente en *Cooper v. Aaron*.

Los términos de la discusión son conocidos y no será preciso detenerse más tiempo en ellos. Es verdad que la polémica ha resurgido con fuerza a raíz de una explosiva y ya famosa conferencia que el *Attorney General* de Reagan, Edwin Meese III, pronunció en la Universidad de Tulane en 1986. Con una intención no del todo inocente, Meese, sin poner en duda los méritos del Tribunal pero recordando sus excesos, reclamó la necesidad de recuperar la vieja doctrina de la igual autoridad de los tres poderes en la interpretación de la Constitución (67). La distinción entre «la Constitución» y «la doctrina constitucional» era, según él, tan esencial como el federalismo o el principio de separación de poderes para garantizar el «gobierno limitado». La reacción de la doctrina académica ante lo que se entendió como una provocación y una velada amenaza a la autoridad del Tribunal, fue fulminante y mayoritariamente en defensa de la cualidad vinculante de la interpretación judicial de la Constitución (68). Los argumentos exhibidos fueron muy diversos pero, en conjunto, llevaban a concluir que había una suerte de acuerdo en que la teoría de la «*departmental construction*» de la Constitución pertenecía a otra era del constitucionalismo americano y que el Tribunal Supremo había demostrado sobradamente su capacidad para rehabilitarse de sus pecados (69).

La discusión sobre el intérprete máximo no está ni mucho menos cerrada. A pesar de que, como a menudo se advierte, el debate sobre la interpretación se centra cada vez menos en el «sujeto» y más en el «método», no sería exacto concluir que este desplazamiento del foco de atención es una forma de asumir que la cuestión del sujeto está zanjada; que, deliberadamente o por convención, hoy por hoy es el Tribunal Supremo quien ocupa la posición de intérprete constitucional supremo. La discusión sobre el método parece más bien, al contrario, apoyar las tesis de quienes sostienen que la Constitución requiere «intérpretes»

(67) La propuesta de Meese llegaba más lejos, pues podía entenderse como una implícita legitimación del «desacato» (*non-acquiescence*) por parte de la Administración, o del Congreso, a interpretaciones judiciales de la Constitución que les disgustaran: «*If a constitutional decision is not the same as the Constitution itself, if it is not binding in the same way that the Constitution is, we as citizens may respond to a decision with which we disagree [...] we can make our responses through the presidents, the senators, and the representatives we elect at the national level. We can also make them through those we elect at the state and local levels. Thus, not only the Supreme Court respond to its previous constitutional decisions and change them [...] but so can the other branches of government, and through them, the American people*», E. MEESE: «The Law of the Constitution», *Tulane Law Review*, vol. 61 (1987), pág. 985.

(68) Quizá no tanto para hacer más fuertes los precedentes del Tribunal Rehnquist, como para proteger el legado liberal del Tribunal Warren.

(69) Una buena muestra del debate en el número especial de la *Tulane Law Review* sobre «Perspectivas sobre la autoridad de las decisiones del Tribunal Supremo», vol. 61 (1987).

especializados según materias y que, probablemente, lo correcto es asumir que hay «varios» intérpretes constitucionales, cada uno de ellos dotado de especial autoridad para interpretar determinados preceptos o materias constitucionales. Desde esta perspectiva, cabe sostener, por ejemplo, que la doctrina de las «*political questions*» no es una claudicación judicial, ni una virtuosa manifestación de *self-restraint*, sino el reconocimiento de la superior autoridad de otros órganos no judiciales en la determinación del alcance de ciertos preceptos constitucionales. También sirve para explicar, en parte, la razón de la mayor o menor deferencia que el Tribunal concede a las propuestas interpretativas del legislador o del ejecutivo o, incluso, por qué el Tribunal parece haber hecho suyo el territorio de la interpretación de los derechos constitucionales (70).

2. El legislador como intérprete constitucional

La discusión parlamentaria previa a la votación de una ley rara vez se centra en los problemas de constitucionalidad que de ella puedan derivarse. A pesar de que para cualquier parlamentario la denuncia de la inconstitucionalidad de aspectos de un proyecto determinado es un buen argumento para justificar un voto en contra, pocas veces se trata de algo más que de una excusa aceptable que encubre razones menos altruistas. En general, se asume que las cuestiones de constitucionalidad derivadas de la ley, si es que llegan a plantearse,

(70) Ante la pregunta acerca de quién debe ser el «intérprete autorizado» de la Constitución, Chemerinsky considera que son posibles tres respuestas: una, que no hay ningún intérprete autorizado, sino que cada uno de los poderes dispone de autónoma e igual autoridad para interpretar la Constitución en ejercicio de sus competencias constitucionalmente delegadas. Esta sería la postura conocida como *departamental construction* de la Constitución, defendida en los primeros tiempos por varios de los Presidentes de los Estados Unidos (Jefferson, Jackson, Lincoln). Otra respuesta posible es que no hay «un» intérprete autorizado, sino varios, y que cada rama del gobierno actúa como intérprete autorizado en ciertas materias constitucionales. De este modo, los intérpretes no actúan en concurrencia sino ordenados según ámbitos de competencia. En opinión de Chemerinsky «este planteamiento es el que mejor describe el actual sistema de interpretación constitucional». Por último, otra posible respuesta es identificar a uno de los poderes como intérprete supremo, como árbitro final en cualquier cuestión que afecte a la interpretación de la Constitución. Presumiblemente, ésta era la opción favorita de Marshall cuya opinión en *Marbury* sigue siendo poderoso argumento en favor de la «*judicial supremacy*», pero que en boca del Tribunal Supremo es sólo un argumento de autoridad que choca sin remedio con la «*counter-majoritarian difficulty*». E. CHERMERINSKY: *Interpreting the Constitution*, ed. Praeger (1987), págs. 82-86. Una buena visión general de la discusión actual sobre el intérprete de la Constitución en SCOTT E. GANT: «Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 24 (1997), págs. 359-440.

serán decididas por los tribunales. Esto no impide, claro está, que de cuando en cuando las Cámaras acometan importantes debates sobre cuestiones constitucionales, sobre todo cuando se trata de someter a votación medidas legislativas que, de manera más o menos explícita, entran en conflicto con la posición de los tribunales y, en particular, del Tribunal Supremo, sobre determinado asunto de relevancia constitucional.

Quienes se han ocupado de analizar la práctica del Congreso como intérprete constitucional consideran que la propensión que este órgano manifiesta a abandonar las cuestiones constitucionales en manos de los tribunales es una constante desde, al menos, 1890, y que para la época de la Gran Depresión, los miembros del Congreso daban por hecho que no valía la pena entretenerse en largas discusiones sobre sutiles problemas de interpretación constitucional que el Tribunal Supremo podía resolver mejor (71). Las causas del paulatino desentendimiento de las cuestiones constitucionales son muy variadas y entre ellas están la falta de tiempo y razones de oportunidad política (72).

Al menos en parte, esta especie de abandono, desde luego no total, de la responsabilidad de interpretar la Constitución por parte del legislador ha sido resultado de un tácito reparto de tareas, más allá de lo que fuerza el principio de separación de poderes, que no ha sido unilateral. También los tribunales, dirigidos por el Tribunal Supremo, han cedido espacios al legislador. En general, puede decirse que los tribunales han asumido que la apreciación del «interés público» que impulsa la aprobación de una ley, su «necesidad», la conveniencia de adoptar decisiones económicas «a nivel nacional», son cuestiones de la incumbencia del legislador y se presume que, salvo poderosa evidencia en contrario, el legislador ha ponderado adecuadamente las ventajas y los riesgos de su decisión (73). Escaldado tras la aventura del «*economic due process*», el

(71) *Vid.* por todos, BREST: «Congress as Constitutional Decisionmaker and Its Power to Counter Judicial Doctrine», *Georgia Law Review*, vol. 21 (1986), págs. 82-93.

(72) «Regardless of the rhetoric that emanates from Congress, the legislature has for the most part... left constitutional judgments to the judiciary. The willingness to step aside has been due in part to institutional pressures and in part to political convenience». ABNER J. MIKVA: «How Well Does Congress Support and Defend the Constitution?», *North Carolina Law Review*, vol. 61 (1983), pág. 588. Sigue un análisis más detallado de las razones de la parquedad del «diálogo constitucional» en el seno del Congreso en las págs. 609-610.

(73) «For our purposes we must assume that, if a state of facts could exist that would justify such legislation, it actually did exist when the statute now under consideration was passed... If no state of circumstances could exist to justify such a statute, then we may declare this one void, because in excess of the legislative power of the State. But if it could, we must presume it did» [*Munn v. Illinois*, 94 U.S. (1876), pág. 113]. Lo cita y lo comenta ARCHIBALD COX en «The Role of Congress in Constitutional Determinations», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 40 (1971), págs. 206-211.

Tribunal Supremo ha renunciado a entrar en conflicto con el legislador en ciertos terrenos: «Nosotros no actuamos como un superlegislador para determinar la sabiduría, necesidad y corrección de leyes que tratan problemas económicos, asuntos de comercio o aspectos sociales» (74). Y cabe pensar que a la responsabilidad del legislador se deja la determinación de la constitucionalidad de la mayor parte de las decisiones que afectan al gasto público, a las relaciones internacionales, a los criterios del *impeachment*, y muchas otras cuestiones que los tribunales consideran «no justiciables», por razones de limitación institucional o, directamente, porque no pueden ser decididas con arreglo a criterios estrictamente jurídicos (75).

En general, el hecho de que el «test de razonabilidad» se haya impuesto como criterio judicial por defecto para el control de constitucionalidad las leyes, demuestra la actitud de deferencia de los tribunales hacia el legislador. Del mismo modo, el desarrollo por parte de los tribunales de *tests* de control más exigentes o más intensos para leyes que afectan a ciertos valores, principios o derechos constitucionales, puede también leerse como un intento de retener la autoridad a la hora de la interpretación de los límites «externos» que la Constitución pone al poder del legislador (76).

VI. CONCLUSION

En cierta ocasión el Juez Hughes indicó que las sentencias están fundadas sobre razones que simplemente respaldan las predilecciones de los jue-

(74) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. (1965), pág. 482.

(75) El Tribunal ya intentó en *Baker v. Carr* (1962) identificar los «rasgos» de las cuestiones políticas: «*Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially demonstrable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of respect due to coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*». De ningún modo las «cuestiones políticas» son cuestiones «no constitucionales», sino meramente «no justiciables».

(76) «*The Supreme Court has in recent years largely abandoned any effort to articulate and enforce internal limits on congressional power—limits inherent in the grants of powers themselves. Rather, the Court has been concerned chiefly with developing external limits on congressional power—limits which chiefly derive from particular aspects of the separation of powers... or from the constitutional structure as a whole, or from specific constraints on congressional power such as those contained in article I.9, and the Bill of Rights*». L. TRIBE: *American Constitutional Law*, cit., pág. 297.

ces (77). A veces, el razonamiento está dispuesto de tal modo que es inevitable sospechar que el Tribunal oculta los verdaderos motivos de su decisión. Algo de esto sucedió en *Boerne*.

Lo único claro de la decisión es que el Tribunal consideró que la RFRA era intolerable, pero hasta hoy se discute si la RFRA es aún una ley válida en lo que afecta al ámbito federal, si el Tribunal se ha servido de *Boerne* para confirmar, *sub silentio*, *Smith*, y hasta qué punto la doctrina de *Katzenbach v. Morgan* ha perdido vitalidad (78). Una eventual revocación de *Smith* privaría de sentido a *Boerne*.

Es difícil predecir si *Boerne*, o *Smith*, resistirán futuros embates. En la medida en que ambos abren la puerta a cambios de enorme alcance sólo con el tiempo se demostrará si, de acuerdo con una pintoresca clasificación de los precedentes, pertenecen a la categoría de los «granos de mostaza» (*mustard seeds*) o a la de las «mulas» (*mules*); si generarán una nueva doctrina constitucional de largo alcance o si, incapaces de progenie, serán un episodio sin consecuencias, una pérdida de orientación transitoria (79).

(77) «[A]n opinion only supplies the reasons for supporting our predilections». Lo cita B. SCHWARZ: «A Presidential Strikeout, Federalism, RFRA, Standing, and a Stealth Court», *cit.*, pág. 87 y n.113.

(78) Los tribunales inferiores, confundidos o poco convencidos por las razones del Tribunal Supremo, no parecen haber secundado la nueva interpretación del alcance del *enforcement power* del Congreso. *Vid.*, al respecto, NOTE: «Section 5 and the Protection of Nonsuspect Classes after *City of Boerne v. Flores*», *Harvard Law Review*, vol.111 (1998), págs.1542-1559. En general, está extendida la opinión de que *Boerne* fue una malhumorada «*overreaction*» del Tribunal Supremo frente al Congreso que pretendió corregir su jurisprudencia, una actitud que no es nueva: ABNER J. MIKVA y JEFF BLEICH: «When Congress Overrules the Court», *California Law Review* vol. 79 (1991), págs. 729-750; MARK E. HERRMANN: «Looking Down From the Hill: Factors Determining the Success of Congressional Efforts to Reverse Supreme Court Interpretations of the Constitution», *William and Mary Law Review*, vol. 33 (1992), págs. 543-610.

(79) La clasificación «biológica» de los precedentes es de CHARLES FRIED: «Foreword: Revolutions?», *Harvard Law Review*, vol. 109 (1995).

CRITICA DE LIBROS

