

UNITED STATES v. LOPEZ Y EL «NUEVO FEDERALISMO» NORTEAMERICANO (1)

FERNANDO REY MARTINEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA: A) *Antecedentes del caso.* B) *Decisión del Tribunal.* C) *Opiniones concurrentes:* a) *Kennedy, a la que se une O'Connor.* b) *Thomas.* D) *Opiniones discrepantes:* a) *Stevens.* b) *Souter.* c) *Breyer, a la que se unen Stevens, Souter y Ginsburg.*—III. COMENTARIO: A) *Una Sentencia que dice seguir los criterios jurisprudenciales tradicionales sobre la cláusula de comercio, pero que, en realidad, se aparta de ellos.* B) *La Sentencia en el debate actual sobre el concepto del federalismo: ¿una nueva interpretación de la cláusula de comercio o un aviso al Congreso sobre los límites a su actividad derivados de la soberanía de los Estados?*—IV. CONCLUSIÓN: UNA SENTENCIA «TRANSACCIONAL».

I. INTRODUCCION

En la Sentencia *United States v. Lopez*, de 26 de abril de 1995, el Tribunal Supremo norteamericano ha invalidado, por primera vez desde 1936 (2), una

(1) Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Kansas y, en particular, a los profesores Robert C. Casad y a su decano, Michael H. Hoeflich, sin cuya ayuda, durante mi estancia en el campus de Lawrence en la primavera de 1996, este estudio no hubiera podido realizarse. Mi gratitud se extiende también al profesor José Miguel Vidal, compañero de diálogos en aquella Universidad y en ésta.

(2) Exactamente, desde *Carter v. Carter Coal Co.*, en la que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos de una ley federal (*Bituminous Coal Act*), de 1935, respecto de salarios mínimos y negociación colectiva. La «minería», afirmó el Tribunal en aquella ocasión, es «producción» y, por tanto, «es un antecedente, pero no una parte del comercio». *Carter* fue la culminación de una serie de decisiones que invalidaron la mayor parte de las primeras iniciativas del *New Deal* sobre la base de que la legislación federal excedía el poder constitucional del Congreso para regular el comercio entre los diversos Estados.

ley federal, el artículo 922.q) de la *Gun-Free School Zones Act* (3), de 1990, por entender que excedía la potestad que la Constitución otorga al Congreso bajo la Cláusula de Comercio (cláusula tercera, sección octava, del art. I de la Constitución federal, que concede al Congreso el poder de «regular el comercio con Naciones extranjeras, entre los diversos Estados y con las tribus indias»). Al amparo de tal *commerce power*, el Gobierno Federal (4) había venido progresivamente extendiendo sus competencias, sobre todo desde el momento en que el Tribunal Supremo, en pleno *New Deal* (5), pasó a interpretarla en un sentido amplísimo, a modo de principio de unidad económica nacional. Concretamente, a partir de *NRLB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (6) (1937), el Tribunal había entendido, de modo invariable, que el «poder de comercio» del Congreso comprendía, además de la indiscutida potestad de regulación de las vías, medios, personas y cosas del comercio interestatal, la regulación de toda actividad *intraestatal* que guardara una «substantial relación» (7) con el comercio *interestatal*.

(3) El precepto tipificaba como delito federal la posesión de un arma de fuego en, o cerca de, una zona escolar; prohibía «*any individual knowingly to possess a firearm at a place that (he) knows, or has reasonable cause to believe, in a school zone*».

(4) Como es sabido, por *Federal Government* la cultura jurídica norteamericana entiende el Estado Federal, esto es, el conjunto de las instituciones federales, legislativas, ejecutivas y judiciales, y no únicamente la cabeza del Ejecutivo de la Federación. En el contexto de la Sentencia *Lopez*, la institución normalmente aludida por la expresión «Gobierno federal» es, precisamente, el Congreso.

(5) A consecuencia del pulso que mantuviera el presidente Roosevelt con el Supremo, cuya defensa a ultranza del *laissez-faire* venía bloqueando las políticas intervencionistas del *New Deal*. La jurisprudencia de esta época se conoce como la «era *Lochner*», en alusión a la Sentencia *Lochner v. New York*, de 1905, en la que el Tribunal invalidó una ley del Estado de Nueva York que limitaba el número de horas de trabajo en las panaderías a sesenta por semana y diez por día, por considerar tal restricción contraria a la libertad de contratación. A fin de provocar la revocación de la jurisprudencia de la era *Lochner*, el presidente Roosevelt, al comienzo de su segundo mandato, amenazó al Tribunal con llevar adelante un *packing plan*, que consistía en aumentar el número de Magistrados para conseguir de este modo una mayoría más deferente hacia su política. Pero no hizo falta, porque el cambio de criterio del juez Roberts propició «*the switch in time that saved the nine*» (el cambio a tiempo que salvó a los nueve —el número de Magistrados del Supremo—) —para una revisión historiográfica «comprehensiva» con el Tribunal, ver: RICHARD A. MAIDMENT: *Response to the New Deal. The U.S. Supreme Court and economic regulation, 1934-1936*, Manchester University Press, Nueva York, 1991.

(6) En la que (tres meses después del comienzo del segundo mandato del presidente Roosevelt) el Tribunal Supremo sostuvo la constitucionalidad de una regulación federal (la *National Labor Relations Act*, de 1935) que prohibía discriminar a los empleados por su pertenencia a un sindicato.

(7) Aunque, como indica el juez Thomas en su opinión discrepante, el Tribunal ha venido interpretando durante los últimos sesenta años este criterio del «efecto o relación substantial» de un modo poco exigente, de tal forma que siempre ha leído la Cláusula de comercio como una habilitación al Congreso de un «poder de policía general sobre todos los aspectos de la vida americana».

El criterio del *efecto substancial* abría un espacio enorme, casi ilimitado, al poder de regulación del Congreso bajo la cláusula de comercio, especialmente porque el Tribunal no había sido —hasta *Lopez*— muy estricto en la exigencia del carácter «substancial» del efecto de la legislación federal sobre el comercio interestatal. En el análisis corriente de la cláusula de comercio, el Tribunal Supremo, además del criterio señalado, ha venido aplicando otros dos, que reforzaban la tradicional deferencia judicial hacia las regulaciones del Congreso: a) el «*agregation principle*», o «principio *Wickard*», y b) el «*rational basis test*».

a) En virtud del principio *Wickard* (8), el Tribunal, al examinar si una ley federal referida a una actividad *intraestatal* ha excedido el poder constitucional de comercio del Congreso, debe considerar los efectos sobre el comercio interestatal no de tal actividad aisladamente (en *Lopez*, por ejemplo, la posesión de la pistola por Alfonso López Jr. en el Instituto *Edison* de San Antonio, Texas), sino de la clase de actividad como un todo (siguiendo con el ejemplo, si la posesión de armas de fuego en todos los centros de enseñanza no universitaria de los Estados Unidos afecta o no al comercio interestatal).

b) El Tribunal, desde 1937, ha concedido gran libertad al Congreso a la hora de decidir si la actividad regulada afectaba al comercio, requiriendo tan sólo que tuviera un «fundamento racional» o «razonable» que permitiera justificar la necesidad de tal regulación para proteger el comercio interestatal. De acuerdo con este *rational basis test* (aplicado, en general, para el examen de toda la legislación socio-económica), el Tribunal ha sostenido la constitucionalidad de leyes federales que tenían una relación muy lejana con el comercio in-

(8) Sentencia *Wickard v. Filburn*, de 1942. En palabras del juez Rehnquist en *Lopez*, quizá «el ejemplo más radical de extensión de la cláusula de comercio sobre la actividad *intraestatal*». Roscoe Filburn plantó en su granja de Ohio 23 acres de trigo para consumo doméstico. La Secretaría de Agricultura le impuso una sanción bajo la *Agricultural Adjustment Act* de 1938 porque tenía 12 acres más de lo permitido. La Ley fue dictada para regular el volumen de trigo que se movía en el comercio interestatal e internacional a fin de evitar excedentes y déficit y la consiguiente fluctuación de los precios del trigo, que habían sido previamente determinados. El Tribunal declaró la constitucionalidad de la aplicación de la Ley al trigo que Mr. Filburn cultivaba y consumía en su propia granja de Ohio, ya que, si bien su contribución al mercado nacional de trigo era trivial en sí misma, considerada en su totalidad, 1.º, el trigo doméstico podría ser «inducido por precios crecientes» a «circular en el mercado y controlar el incremento de precios», y 2.º, porque aunque nunca entrara en el mercado, el trigo de consumo doméstico satisface una necesidad del hombre que lo cultiva, que lo sería de otra manera por venta en el mercado abierto y, en este sentido, compite con el trigo en el comercio; en definitiva, el trigo de Mr. Filburn, sumado al trigo de consumo casero de todo el país, podría ejercer una substancial influencia sobre las condiciones del mercado y los precios nacionales.

terestatal (9). ¡Incluso fue la cláusula de comercio y no la XIV Enmienda la invocada por el Tribunal Supremo para declarar la constitucionalidad de la legislación federal antidiscriminatoria, la famosa *Civil Rights Act*, de 1964! (10). El *rational basis test* fue explícitamente formulado por primera vez respecto de la cláusula de comercio en *Katzenbach v. McClung* (1964): «Allí donde apreciamos que los legisladores, a la luz de los hechos..., tienen un fundamento razonable para justificar el esquema regulador elegido para la protección del comercio, nuestro examen habrá llegado a su fin.»

En resumen, desde 1937 hasta *United States v. Lopez*, la interpretación que el Tribunal Supremo venía realizando de la cláusula de comercio descansaba en tres criterios, íntimamente relacionados entre sí: el «principio *Wickard*», el estándar de «bases racionales o razonables» y, cuando la actividad regulada por la ley federal era *intraestatal*, el test «de efectos substanciales». El resulta-

(9) Como, por ejemplo, además del caso *Wickard* ya reseñado (ver nota anterior), la prohibición de intercambio interestatal de bienes si las reglas de salario mínimo u horario máximo habían sido violadas respecto de cualquier empleado en su producción (*United States v. Darby*, 1941, que revocó explícitamente *Hammer v. Dapenhart*, de 1918, la cual había invalidado la prohibición del intercambio comercial interestatal de los productos del trabajo infantil); la regulación de los precios de la leche, incluso la producida y vendida dentro de cada Estado, para controlar su precio en las transacciones interestatales (*United States v. Wrightwood Dairy Co.*, 1942); el establecimiento de un salario mínimo y un horario máximo aplicables incluso a empleados de comercio intraestatales, ya que si el empleador reducía costes pagando por debajo del salario mínimo, eso afectaría a los precios de los productos que más tarde se venderían en el comercio interestatal (*Maryland v. Wirtz*, 1968); la prohibición de préstamos usurarios cuya devolución se exigía con la amenaza de violencia, pues tal actividad delictiva afectaba al comercio (*Perez v. United States*, 1971); o, por último, la regulación federal de varios aspectos medioambientales de la minería a cielo abierto, en la medida en que los daños pudieran ser elevados y la posibilidad de que la competencia entre compañías mineras incentivara reducir costes y no remediar y prevenir los daños (*Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Ass'n, Inc.*, 1981).

(10) Considerando, evidentemente de un modo amplísimo, que el poder de comercio del Congreso abarca la regulación de los medios y las personas del comercio interestatal. La Ley de Derechos Civiles de 1964 prohibía la discriminación racial en hoteles y restaurantes cuyas actividades afectaran al comercio. En *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964), el Tribunal justificó la constitucionalidad de una ley federal bajo la cláusula de comercio en el hecho de que la discriminación racial dificultaba, y en ocasiones impedía, encontrar alojamiento a algunos viajeros; sin apreciar especiales diferencias respecto de si el viaje era comercial o particular. Y ello aunque los moteles tuvieran un carácter puramente local, ya que si recibían viajeros, entonces podía regularse por el Congreso para proteger el comercio interestatal de la discriminación racial. De igual modo, en *Katzenbach v. McClung* (1964), el Tribunal sostuvo la legitimidad de la aplicación de la Ley de Derechos Civiles a cualquier restaurante que sirviera comida a viajeros de otros Estados o, incluso, si una porción significativa de ella provenía del comercio interestatal (lo que estimó, precisamente, en el caso: el 46 por 100 de los alimentos habían sido suministrados desde otro Estado).

do inevitable de la combinación de estos criterios en la interpretación de la cláusula de comercio ha sido la irresistible expansión del poder federal sobre el de los Estados (11).

Subyace a esta consolidada línea jurisprudencial una comprensión del *federalismo* que remite su problema central, la determinación del equilibrio de poderes entre la Federación y los Estados, primordialmente al propio Congreso a través del *proceso político* y no al examen judicial (aunque, por supuesto, no se excluye éste por completo). Un concepto de federalismo, por tanto, que puede calificarse de *procedimental* y con arreglo al cual, serían ciertas garantías de procedimiento establecidas por la Constitución, como el otorgamiento de poderes limitados y numerados al Congreso o la representación de los Estados en él, las que proporcionarían los medios más efectivos para preservar el equilibrio federal de poderes. Y no, como postularía el *federalismo sustantivo*, el establecimiento de límites *sustantivos* a la acción del Congreso (asegurados por un examen judicial estricto), como, por ejemplo, el reconocimiento de dos ámbitos separados de poder, rígidamente predeterminados, para la Federación y los Estados, según la típica comprensión del «*dual federalism*» —que el Tribunal abandonó en «la revolución constitucional» de 1937.

La opinión concurrente (12) del juez Kennedy en la Sentencia *Lopez* aporta un magnífico esbozo del federalismo procedimental: es el Congreso quien debe controlar el equilibrio constitucional de poderes entre la Federación y los Estados, pues la esencia del federalismo, que establece dos Gobiernos y, por ello mismo, dos líneas discernibles de responsabilidad política, descansa sobre un juicio político; si bien, el Tribunal Supremo tiene la misión última de preservar este equilibrio (lo que ocurre en la Sentencia examinada). Por su parte, la opinión discrepante del juez Breyer insiste en esta misma idea cuando expli-

(11) En 1986, Ignacio Borrajo (*Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de Estados Unidos*, INAP, Madrid, págs. 157 y sigs.) advertía ya, antes de *Lopez*, de la necesidad de «recuperar el componente de división federal de poderes también implícito en la cláusula de comercio». Esta, en efecto, «no sólo consagra la unidad económica interestatal, sino la antítesis necesaria de una federación de Estados. Este componente de pluralismo abandonado en 1937, es lo que ahora empieza a ser articulado en límites todavía provisionales frente al Congreso. La cláusula de comercio prosigue su metamorfosis».

(12) Aunque Kennedy se une en esta Sentencia al grupo de magistrados conservadores del Tribunal Supremo (Rehnquist, O'Connor, Scalia y Thomas), no comparte con ellos su concepción *substancial* del federalismo, como lo confirmaría pocos meses después en *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton* (22 de mayo de 1995), abandonado este grupo y otorgando la mayoría en esa nueva ocasión al grupo discrepante en *Lopez*. Kennedy se muestra partidario en ambas Sentencias del *federalismo procedimental*, sólo que sujeto a límites (excedidos, en su opinión, por la ley federal cuestionada en *Lopez*).

ca que los tribunales deben conceder al Congreso libertad de acción en la determinación de la existencia de una conexión de hecho significativa entre la actividad regulada y el comercio interestatal basándose en que la Constitución otorga directamente el poder de comercio al Congreso y en que dicha determinación requiere un juicio empírico que una asamblea legislativa puede hacer con más garantías que un tribunal (13).

Frente a la interpretación tradicional de la cláusula de comercio y su concepción subyacente del *federalismo procedimental*, *United States v. Lopez* supone un triunfo, aunque sea más episódico que permanente y más «de principios» que práctico, del *federalismo sustantivo* o «Nuevo Federalismo». El empleo de la expresión «Nuevo Federalismo» requiere algunas matizaciones. En primer lugar, el fenómeno que describe no es precisamente nuevo (14): una concepción *sustantiva* del federalismo es tan antigua como la existencia de la

(13) Tom Stacy («*What's wrong with Lopez*», *The University of Kansas Law Review*, vol. 44, núm. 2, febrero 1996, págs. 258 y sigs.) sintetiza varias razones para justificar por qué la determinación del equilibrio apropiado entre los poderes federal y estatal debe dejarse en manos de los votantes y sus representantes electos en el proceso político nacional y no en los jueces: 1.º, El federalismo implica mayorías políticas en los niveles federal y estatal, que son, presumiblemente, más capaces que el poder judicial de calibrar sus propios intereses; puesto que ambos tipos de mayorías están efectivamente representadas en el proceso político nacional, el resultado del proceso político nacional puede verse como un indicador válido de aquellos intereses. 2.º, El equilibrio de poderes federal y estatal depende de una considerable cantidad de juicios políticos y de predicción (por ejemplo, el impacto sobre la economía nacional de una actividad), cuya determinación se hace mejor por el «ensayo y error» típico del proceso político. El juicio político del legislador puede considerar las medidas que *work best*; frente al «fijismo» judicial, la respuesta política es más flexible. 3.º, Los valores subyacentes en el federalismo juegan un importante papel en el proceso político nacional, y ofrecen un punto clave de división entre el Partido demócrata y el republicano. 4.º, El objeto de la *judicial review* es remediar los defectos del proceso político, más que suplantarlos. 5.º, La idea de soberanía popular implica que la mayoría política constituye finalmente la «voz institucional» del Pueblo más apropiada. 6.º, Las mayorías políticas estatales están suficientemente representadas en el proceso político nacional: eligen a los representantes y a los senadores.

(14) Mejor que «nuevo», acaso sería mejor denominarlo «último» o «más reciente». Cada nuevo período que se sucede en la comprensión del federalismo reclama para sí el título de «nuevo». Es curioso comprobar cómo, según indica ENOCH ALBERTI (*Federalismo y cooperación en la RFA*, CEC, Madrid, 1986, pág. 349), también la etapa que abre el *New Deal* fue calificada por algunos como de «Nuevo Federalismo» (caracterizado por la cooperación y la coordinación entre la Unión y los Estados) frente al «federalismo dualista» de la etapa anterior. Así que ahora estaríamos en presencia de un «Nuevo Federalismo» que supera al «Nuevo Federalismo» antecedente. Más allá de vanas disquisiciones nominalistas, el dato cierto a retener es que desde 1937 ha dominado una concepción procedimental del federalismo y que recientemente se está abriendo paso una concepción sustantiva, en conflicto abierto con aquella, no resuelto todavía definitivamente a favor de ninguna de las dos.

propia República; sin ir más lejos, puede emparentarse con el *federalismo dualista* anterior al *New Deal* (así opina, por ejemplo, el juez Souter en su voto particular). Tampoco emerge por primera vez con *United States v. Lopez*: ya desde mediados de los años setenta el juez Rehnquist lo venía anunciando en diversas opiniones. Finalmente, como advierte Kathleen M. Sullivan (15), este «Nuevo Federalismo» es más bien un «revival antifederalista», en el sentido de resistencia a la centralización del poder en el Gobierno federal y reserva a los Estados de los poderes políticos más importantes. El *federalismo substantivo* implica una visión «confederal» de las relaciones entre la Federación y los Estados: como ha escrito el juez Thomas en su voto discrepante de *Term Limits* (sin duda, el manifiesto más revelador del contenido de esta «nueva» concepción del federalismo), la soberanía última reside en el pueblo *de cada Estado*, no en el de la Nación en su conjunto.

En definitiva, por «Nuevo Federalismo» se entiende en la actualidad el movimiento conservador (16) de profesores (17) y jueces (con el *Chief Justice*

(15) «*Dueling Sovereignities: U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*», *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 1, 1995, pág. 80.

(16) Últimamente esta visión «confederal» de los Estados Unidos ha sido impulsada por el Partido Republicano y su «Contrato con América».

(17) Como destaca Daniel A. Farber («*The Constitution's forgotten cover letter: an essay on the New Federalism and the original understanding*», *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 3, 1995, págs. 619 y sigs.) el Nuevo Federalismo ha sido reconocido antes por los tribunales que por el foro académico. En efecto, a pesar de *National League of Cities v. Usery* (1976), hasta finales de los años ochenta el tema de la soberanía de los Estados no formaba parte del ideario jurídico conservador. Nada menos que Robert Bork, impulsor, con Edwin Meese, de la corriente hermenéutica originalista, representó, como *Solicitor General*, al Gobierno federal en *National League of Cities*. Todavía en 1982, eminentes juristas conservadores como Charles Fried y Antonin Scalia no se mostraban, en absoluto, como defensores de los derechos estatales (el último afirmaba, por ejemplo: «El gobierno federal no es malo, sino bueno; el truco es utilizarlo sabiamente» —FARBER: *ibidem*, pág. 620—). En los últimos años de los ochenta, sin embargo, algunos teóricos comienzan a tomar en serio la defensa de los Estados. RAOUL BERGER continuó su campaña por un originalismo no adulterado con un libro sobre federalismo, *Federalism: The Founder's Design* (1987), que anticipa el punto de vista del juez Thomas en varios puntos clave de su voto discrepante de *Lopez*: que los Estados son anteriores en el tiempo al Gobierno federal y que retienen su propia soberanía después de la Ratificación; que la cláusula de comercio se extiende sólo al comercio que tiene lugar entre las fronteras de los Estados y que la doctrina del Tribunal Supremo sobre ella estaba madura para su revisión. Berger concede que es prácticamente imposible desarraigar toda la legislación federal que se ha acumulado durante décadas, pero al menos sí aconseja congelar su futura expansión. De modo semejante, RICHARD EPSTEIN argumentó en «*The Proper Scope of the Commerce Power*», en *Vanderbilt Law Review*, núm. 37, 1987, págs. 1.387 y sigs., que la cláusula de comercio debería limitarse «al transporte interestatal, la navegación, las ventas y las actividades directamente referidas a ellas... todo lo demás debe ser dejada a los Estados».

Rehnquist a la cabeza), que han reaccionado contra lo que consideran una progresiva invasión de la soberanía de los Estados por parte del Gobierno federal y el consecuente desequilibrio del diseño constitucional de poderes. Este movimiento recuerda vigorosamente, invocando «*first principles*» (18), que la Constitución contempla la existencia necesaria de los Estados, los cuales son preexistentes a la propia Unión; que el poder federal dispone tan sólo de poderes enumerados y limitados y que todos los demás poderes se reservan a los Estados (Enmienda X); y que los tribunales deben garantizar, mediante un examen atento (o, por lo menos, más estricto que el que se deriva de la aplicación del criterio del fundamento razonable), que la legislación federal respete esos límites substantivos establecidos por la Constitución (19).

En el presente comentario describiremos a continuación la Sentencia y sus votos particulares; para, después, pasar a analizar la interpretación que lleva a cabo el Tribunal de la cláusula de comercio, destacando el lugar de la decisión en el profundo debate actual sobre el concepto del federalismo.

II. EXPOSICION DE LA SENTENCIA

A) *Antecedentes del caso*

El 10 de marzo de 1992, Alfonso López jr., un estudiante de duodécimo grado, llegó a su *High School* en San Antonio, Texas, llevando escondidas una pistola del calibre 38, descargada, y cinco balas (20). La dirección del centro fue alertada de este hecho por un denunciante anónimo; López fue descubierto, arrestado y acusado de posesión de armas de fuego en zona escolar, una conducta prohibida por el artículo 46 del Código Penal de Texas. Al día siguiente, la acusación del Estado fue retirada después de que agentes federales acusaran a López de violar el artículo 922 de la *Gun-Free School Zones Act* de 1990. Un

(18) Tanto Rehnquist, escribiendo para la mayoría en *Lopez*, como Thomas, en su opinión discrepante en *Term Limits*, comienzan sus argumentaciones refiriéndose explícitamente a los *first principles*: Rehnquist a que la Constitución crea un Gobierno federal de poderes limitados y enumerados; Thomas a que la fuente última de poder es el consentimiento del pueblo de cada Estado particular, no el del pueblo indiferenciado de la Nación como un todo.

(19) Ha regresado a la cultura jurídica norteamericana, pues, y con fuerza, un concepto que Eduardo García de Enterría calificaba, no hace mucho (en el Prólogo al libro de I. BORRAJO: *cit.*, pág. VII) como «fantasma» de «difícil retorno próximo»: el concepto de «la soberanía originable de los Estados».

(20) Según declaró posteriormente, su papel era el de un simple correo: por 40 dólares, tenía que llevar la pistola de «Gilbert» a «Jason», quien planeaba utilizarla en una guerra de bandas.

gran jurado federal le acusó de poseer un arma de fuego a sabiendas dentro de una zona escolar, infringiendo aquel precepto, que definía el término «zona escolar» como el espacio de cualquier «escuela privada, pública o parroquial» y sus alrededores, hasta una distancia de mil pies (casi 305 metros).

López alegó en su defensa que el artículo 922.q) era inconstitucional, pues «iba más allá del poder del Congreso para legislar en materia de control sobre las escuelas públicas». La *District Court* denegó esta moción, concluyendo que el artículo 922.q) era «un ejercicio constitucional del bien definido poder del Congreso para regular actividades relativas al comercio» pues «el negocio» de las escuelas elementales, primarias y secundarias «afecta al comercio interestatal». López renunció a su derecho a un juicio por jurado. La *District Court* le encontró culpable de violar el artículo 922.q) y le sentenció a seis meses de prisión y dos años de libertad vigilada.

En apelación, López reiteró que el artículo 922.q) excedía del poder del Congreso para legislar bajo la *Commerce Clause* del artículo I, sección octava, de la Constitución. La *Court of Appeals* para el Quinto Circuito se mostró de acuerdo con él: el artículo 922.q), «es inválido, en todos sus términos, por ir más allá del poder del Congreso bajo la Cláusula de comercio» (21). Finalmente, el caso se plantea ante la *Supreme Court*.

B) *Decisión del Tribunal*

La expresa el *Chief Justice* Rehnquist: el artículo 922.q) de la Ley cuestionada ha sobrepasado la autoridad del Congreso para regular el comercio entre los diversos Estados bajo la cláusula constitucional de comercio, pues ni regula una actividad comercial ni exige que la posesión del arma esté conectada de algún modo al comercio interestatal.

(21) Sin embargo, poco después, otro Tribunal de Circuito, el Noveno, falló, en *United States v. Edwards* (1993), en un sentido completamente distinto. El artículo 922.q) de la Ley de zonas escolares libres de armas constituiría una manifestación legítima del poder de comercio del Congreso en la medida en que «la violencia originada por la posesión de armas de fuego afecta adversamente a la economía nacional y, consecuentemente, resultaba razonable que el Congreso regulara dicha posesión bajo la cláusula de comercio». El Noveno Circuito también subrayó que el Congreso no necesitaba explicitar los hechos que apoyaran la conclusión de que una clase de actividad afecta al comercio interestatal. Este punto es crucial; el Quinto Circuito, en efecto, había considerado determinante la carencia de estas pruebas para juzgar la inconstitucionalidad de la ley. Por último, la *Court of Appeals* para el Noveno Circuito reprocha directamente a la Sentencia del Quinto Circuito «haber malinterpretado o rehusado seguir las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados, que son vinculantes para todos los tribunales».

Opinando en nombre de la mayoría, Rehnquist fundamentó el fallo, ante todo, en el *first principle* de que la Constitución crea un Gobierno federal de poderes limitados y enumerados: «los poderes delegados por la Constitución al Gobierno federal son pocos y definidos; los que permanecen en los Gobiernos de los Estados son numerosos e indefinidos» (J. Madison, en *El Federalista*, núm. 45). La división de autoridad constitucionalmente ordenada «fue adoptada por los *Framers* para asegurar la protección de nuestras libertades fundamentales» (*Gregory v. Ashcroft*, 1991) (22). La Constitución confiere al Congreso el poder de «regular el comercio con Naciones extranjeras y entre los diversos Estados, y con las tribus indias» (art. I, sección octava, cláusula tercera). El Tribunal Supremo, a través del *Chief Justice* Marshall, definió por primera vez la naturaleza del poder del Congreso de regular el comercio interestatal en *Gibbons v. Ogden* (1824): «El comercio, sin duda, es tráfico, pero es algo más: es relación. Describe la relación comercial entre naciones y partes de naciones, en todas sus ramas, y es regulado por las reglas que rigen dicha relación». El *commerce power* es «el poder para regular, esto es, para prescribir la regla mediante la cual el comercio debe regirse. Este poder, como otros del Congreso, es completo en sí mismo, puede ejercerse hasta su contenido máximo y no conoce más limitaciones que las prescritas por la Constitución». El Tribunal de *Gibbons*, sin embargo, tiene en cuenta que las limitaciones sobre el poder de comercio son inherentes a la propia dicción literal de la *Commerce Clause*, que no se extiende al comercio completamente intraestatal (entre hombres dentro del mismo Estado y que no afecte a los otros Estados) (23), pues «tal poder sería inconveniente y ciertamente innecesario».

Rehnquist examina la historia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto para confirmar que, a pesar de que se ha ido expandiendo el poder del Congreso bajo la cláusula de comercio, dicho poder nunca se ha considerado ilimitado. Durante cerca de un siglo después de *Gibbons*, las decisiones del Tribunal Supremo en materia de cláusula de comercio apenas tuvieron que ver con el alcance del poder del Congreso, sino más bien con el entendimiento de dicha cláusula como un límite a la legislación estatal que afectaba al comer-

(22) Sigue esta Sentencia: «Así como la separación e independencia de las ramas coordinadas del Gobierno federal sirve para prevenir la acumulación de excesivo poder en cualquiera de las otras ramas, un saludable contrapeso de poder entre los Estados y el Gobierno federal reducirá el riesgo de tiranía y de abuso desde cualquier frente.»

(23) «De acuerdo con la palabra “entre”, debe restringirse tal poder al comercio que afecta a más de un Estado... La enumeración presupone algo no enumerado y ese algo, si miramos al sentido de las palabras o a la materia de la Sentencia, debe ser el comercio exclusivamente interno de un Estado.»

cio interestatal (24). Con estos precedentes, el Tribunal Supremo mantuvo que ciertas categorías de actividades tales como «producción», «manufactura» y «minería» estaban dentro de los poderes de los Gobiernos estatales y, por tanto, no integraban el poder de comercio del Congreso.

En 1887, el Congreso dictó la Ley de comercio interestatal y en 1890 la Ley Sherman antitrust. Estas leyes inauguraron una nueva era de regulación federal bajo el poder de comercio. Cuando se plantearon ante el Tribunal Supremo los primeros casos que afectaban a tales normas, el Tribunal extrajo de los casos anteriores (de la cláusula de comercio *negativa*) la idea de que el Congreso no podría regular actividades tales como la «producción», la «manufactura» o la «minería» (25). En *A.L.A. Schelcher Poultry Corp. v. United States* (1935), el Tribunal Supremo anuló prescripciones que fijaban las horas de trabajo y los salarios de empleados de un negocio intraestatal porque la actividad regulada se refería tan sólo indirectamente al comercio interestatal. Al hacer eso, el Tribunal caracterizaba la distinción entre efectos «directos» e «indirectos» de transacciones intraestatales sobre el comercio interestatal como «fundamental para el mantenimiento de nuestro sistema constitucional». Las actividades que afectasen al comercio interestatal directamente estarían dentro del poder de comercio del Congreso; las que lo hicieran indirectamente, no. La justificación de esta distinción formal se basaba en la idea de que, de otro modo, «no habría virtualmente ningún límite al poder federal y, en la práctica, tendríamos un Gobierno completamente centralizado».

Sin embargo, poco después, tres importantes Sentencias (26), de la era del New Deal, *N.R.L.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (1937), *United States v. Darby* (1941) y *Wickard v. Filburn* (1942), a la vez que explícitamente rechazan la distinción formalista entre efectos «directos» e «indirectos», abren una

(24) Por ejemplo, en *Veazie v. Moor* (1853), sosteniendo la legitimidad de un monopolio de buques de vapor creado en un Estado porque afectaba a la regulación del comercio exclusivamente intraestatal. En *Kidd v. Pearson* (1888), afirmó la constitucionalidad de una prohibición estatal de producción de licor porque, según la doctrina *Gibbons*, el *commerce power* «no comprende el comercio puramente doméstico de un Estado que es llevado a cabo entre hombres dentro de un Estado o entre diferentes partes del mismo Estado».

(25) *United States v. E.C. Knight Co.* (1895): «El comercio sucede a la manufactura y no es parte de él»; *Carter v. Carter Co.* (1936): «La minería trae el producto objeto de comercio a la existencia; el comercio dispone de él», etc. Simultáneamente, sin embargo, el Tribunal Supremo mantuvo que allí donde los aspectos de comercio interestatal e intraestatal estuvieran tan mezclados que la completa regulación del comercio interestatal requiriese la regulación incidental del comercio intraestatal, la cláusula de comercio autorizaba tal regulación (*Houston & W.T.R. Co. v. United States*, 1914).

(26) Ya aludidas en la Introducción de este estudio: *Jones & Laughlin Steel*, ver pág. 274, nota 6; *Darby*, pág. 276, nota 9, y *Wickard*, pág. 275, nota 8.

etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que llega hasta la Sentencia López) ampliamente expansiva de la autoridad del Congreso bajo la cláusula de comercio. En parte, explica Rehnquist, ello fue debido al reconocimiento de los grandes cambios que había sufrido el mundo de los negocios en Estados Unidos. Empresas que habían sido inicialmente locales, llegaban a alcanzar dimensión nacional. Pero el cambio de la jurisprudencia también reflejaba que los casos iniciales de la cláusula de comercio habían constreñido artificialmente la autoridad del Congreso para regular el comercio interestatal. Ahora bien, Rehnquist se cuida de advertir que a pesar de la ola expansiva de la cláusula de comercio que abre este nuevo «turno» de la jurisprudencia, el poder del Congreso ha seguido siendo limitado (27).

La doctrina vigente del Tribunal Supremo sería, en conclusión, que el Congreso puede regular, en virtud de su *commerce power*, tres amplias categorías de actividad:

- 1.^a El uso de las vías del comercio interestatal.
- 2.^a Los medios, personas o cosas del comercio interestatal.
- 3.^a Las actividades (intraestatales) que tengan una substancial (28) relación con el comercio interestatal.

Rehnquist enjuicia el poder del Congreso para dictar el artículo 922.q) de la Ley en examen, a la luz de este marco. Las primeras dos categorías de actividad son rápidamente desechadas: tal precepto ni es una regulación del uso de los canales de comercio interestatal, ni es un intento de prohibir el transporte interestatal de una mercancía a través de las vías de comercio, ni puede justificarse tampoco como una regulación mediante la cual el Congreso haya intentado proteger un medio o una cosa de tal comercio. Por ello, sólo podría soste-

(27) Así, por ejemplo, entre otros casos, en *Jones & Laughlin Steel Corp.*, el Tribunal advirtió que el objetivo del poder de comercio interestatal «debe considerarse a la luz de nuestro sistema de gobierno doble y podría no extenderse a los efectos indirectos y remotos de dicho comercio interestatal, a la luz de la complejidad de nuestra sociedad, lo que borraría la distinción entre lo que es nacional y lo que es local y crearía un gobierno completamente centralizado». En *Maryland v. Wirtz* (1968), el Tribunal Supremo reafirmó que «el poder para regular el comercio, aunque efectivamente amplio, tiene límites», cuyo respeto tiene que ser controlado por el Tribunal.

(28) Dentro de esta categoría, Rehnquist admite que la jurisprudencia del Tribunal Supremo nunca ha sido clara sobre si una actividad debe «afectar» o «substancialmente afectar» al comercio interestatal en orden a estar dentro del poder de comercio del Congreso. El Tribunal nunca ha declarado que el Congreso podría utilizar un impacto relativamente trivial sobre el comercio como una excusa para una regulación general amplia de actividades públicas o privadas. «Nosotros concluimos —escribe Rehnquist— en coherencia con el gran peso de nuestra jurisprudencia, que el propio test requiere un análisis de si la actividad regulada “afecta substancialmente” al comercio interestatal.»

nerse la legitimidad constitucional del artículo 922.q) bajo la tercera categoría, como la regulación de una actividad que substancialmente afecta al comercio interestatal.

a) En primer lugar, el artículo 922.q) no puede defenderse desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sostenido la constitucionalidad de leyes que regulaban actividades que se referían o estaban conectadas con una transacción substancialmente referida al comercio *intraestatal*. El Tribunal —recuerda la opinión mayoritaria— ha afirmado la constitucionalidad de una amplia variedad de leyes del Congreso que regulaban una actividad económica *intraestatal*, cuando dicha actividad afectaba substancialmente al comercio *interestatal*. El modelo está claro: «allí donde la actividad económica afecte substancialmente al comercio interestatal, la legislación que la regula será declarada constitucional». Incluso *Wickard v. Filburn* (1942), el más radical ejemplo de autoridad de la cláusula de comercio sobre la actividad *intraestatal*, implica una actividad económica en un sentido que la posesión de una pistola en una zona escolar no tiene. El artículo 922.q) es una ley penal (29) que no tiene que ver con el «comercio» o con cualquier otro tipo de actividad económica; no es una parte esencial de una regulación más amplia de la actividad económica, cuyo esquema regulatorio pudiera verse socavado en el caso de que la actividad *intraestatal* no fuera regulada.

b) En segundo lugar, el artículo 922.q) no contiene elementos que aseguren que la posesión de armas de fuego en cuestión afecta al comercio *interestatal*. El mismo Gobierno admite que «ni la ley ni sus antecedentes contienen datos expresos que muestren los efectos sobre el comercio *interestatal* de la posesión de pistolas en una zona escolar». A pesar de ello, argumenta el Gobierno que el Congreso ha acumulado experiencia en la regulación de armas de fuego a través de leyes previas, lo cual no es aceptado por la Sentencia, dado que tales leyes no se referían a la materia del artículo 922.q) o a su relación con el comercio *interestatal*. Al contrario, el artículo 922 trae nuevos fundamentos y representa «una aguda ruptura» con el modelo largamente establecido de la legislación federal sobre armas de fuego. El Gobierno defiende la validez del artículo 922.q) porque la posesión de un arma de fuego en una zona escolar afecta substancialmente al comercio *interestatal* en la medida en que ello puede dar lugar a delitos violentos y estos delitos afectan al funcionamiento de la economía nacional de dos maneras: 1.^a, los costes del delito violento son muy altos y, a través del sistema de seguros, estos costes se difunden a toda la po-

(29) En el sistema federal norteamericano, «los Estados poseen la autoridad primaria para definir y hacer cumplir el Derecho penal» (*Brecht v. Abrahamson*, 1993).

blación; 2.^a, los delitos violentos reducen la disposición de las personas a viajar hacia áreas del país que son consideradas inseguras. También arguye el Gobierno que la presencia de armas en las escuelas guarda una relación substancial con el proceso educativo, desembocando en el resultado de una ciudadanía menos productiva, lo cual tendría un efecto negativo sobre el bienestar económico de la Nación. En consecuencia, el Gobierno afirma que el Congreso podría racionalmente concluir que el artículo 922.q) afecta substancialmente al comercio interestatal.

La Sentencia desestima los argumentos del Gobierno, algunos de los cuales van a ser retomados también por la opinión discrepante principal, la del *Justice Breyer*:

1.º Bajo los amplísimos criterios que proporciona el Gobierno de la productividad nacional o de los costes del crimen, «tendríamos dificultades para señalar una actividad que el Congreso no pudiera regular»; sería difícil identificar cualquier limitación del poder federal, incluso en ámbitos como el Derecho penal o la educación, sobre los que los Estados han sido históricamente soberanos. Aunque el juez Breyer sostiene que la aceptación de los criterios del Gobierno no autorizaría un poder general de policía en favor de la Federación, es incapaz de identificar una actividad que los Estados podrían regular y el Congreso no. Breyer indica que habría algunas limitaciones sobre el poder de comercio del Congreso, como el Derecho de familia o ciertos aspectos de la educación, pero estas limitaciones, cuando se leen a la luz del análisis expansivo del *dissent*, se ven privadas de sustancia.

2.º Desde luego, admite la Sentencia, determinar si una actividad intrastatal es comercial o no podría en algunos casos resultar difícil. Pero en la medida en que la autoridad del Congreso está limitada a los poderes enumerados por la Constitución, y esos límites son controlables judicialmente, la legislación del Congreso bajo la cláusula de comercio siempre engendrará «incertidumbre jurídica». Como escribiera el *Chief Justice Marshall* en *McCulloch v. Maryland* (1819), la cuestión «del alcance de los poderes... se plantea ahora y se planteará siempre mientras nuestro sistema exista». La Constitución provoca esta incertidumbre por negar deliberadamente al Congreso un poder de policía general que le autorizara a dictar cualquier tipo de legislación. Todo posible beneficio derivado de suprimir esta *legal uncertainty* «se lograría a expensas del sistema constitucional de poderes enumerados». En *Jones & Laughlin Steel*, el Tribunal afirmó que la cuestión del poder del Congreso bajo la cláusula de comercio «es necesariamente de grado».

Todas estas formulaciones «no son precisas y en la naturaleza de las cosas no pueden serlo», pero la Sentencia precisa que «apuntan el camino de una decisión correcta en este caso». La posesión de una pistola en una zona escolar no

es en ningún sentido una actividad económica que, a través de la repetición de la misma conducta en otros lugares, pueda afectar substancialmente a cualquier forma de comercio interestatal. López era un estudiante local de una escuela local; no existe indicios de que el arma hubiera circulado recientemente en el comercio interestatal y no hay ningún dato que haga pensar que la posesión del arma de fuego tiene algún vínculo concreto con el comercio interestatal.

Para aceptar los argumentos del Gobierno, afirma finalmente la Sentencia, «tendríamos que haber ido acumulando deducciones sobre deducciones de un modo que convertiría la autoridad del Congreso bajo la cláusula de comercio en un poder general de policía del tipo del que es retenido por los Estados». Es verdad que algunos casos anteriores «han dado largos pasos por ese camino», otorgando gran deferencia a la acción del Congreso; tales opiniones sugieren la posibilidad de una expansión adicional, «pero nosotros decidimos aquí no ir más allá». Hacer eso, «exigiría que concluyéramos que la enumeración constitucional de poderes no presupone algo que no está enumerado (cf. *Gibbons*) y esto nunca permitiría una distinción entre los que es verdaderamente nacional y lo que es realmente local (cf. *Jones & Laughlin Steel*)». «Nosotros estamos poco dispuestos a hacer eso». Por estas razones, la Sentencia confirma el juicio de inconstitucionalidad del Quinto Circuito en *United States v. Lopez*.

C) *Opiniones concurrentes*

a) *Kennedy, a cuya opinión se une O'Connor*

El asunto López requiere, en opinión de Kennedy, considerar el lugar del Tribunal Supremo y el significado del federalismo en la estructura de la Constitución. De los cuatro «elementos estructurales constitucionales», separación de poderes, *checks and balances*, *judicial review* y federalismo, sólo respecto de éste parecen tener los jueces más incertidumbre en cuanto a la existencia y contenido de los criterios que les permitan preservar el diseño creado por los *Framers*. Hay ironía en esto —escribe Kennedy—, porque de los cuatro elementos estructurales mencionados, el federalismo fue «la única contribución de los constituyentes a la ciencia y teoría políticas». Aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, «fue la perspicacia de los *Framers* la que intuyó que la libertad se incrementaría creando *dos* Gobiernos en vez de uno (30)». Esta teoría de los dos Gobiernos requiere para su realización

(30) «En la compuesta República de América, el poder del pueblo se divide primero entre dos Gobiernos distintos y después la posición adjudicada a cada uno se subdivide entre departa-

dos líneas distintas y discernibles de responsabilidad política: una, entre los ciudadanos y el Gobierno Federal; otra, entre los ciudadanos y los Estados. Si, como Madison esperaba (*El Federalista*, núm. 51), ambos Gobiernos se controlan mutuamente y compiten por el apoyo electoral de los ciudadanos, éstos deben tener algunos medios para conocer cuál de los dos Gobiernos es responsable de los fallos en el ejercicio de una función dada: «El federalismo sirve para asignar la responsabilidad política, no para oscurecerla» (*FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 1992). Cuando el Gobierno federal regula áreas enteras de ámbitos tradicionalmente estatales, que no tienen que ver con actividades comerciales, la frontera entre las esferas de la autoridad federal y de la estatal se vuelven borrosas y la responsabilidad política se convierte en ilusoria. Esto «es más peligroso, incluso, que otorgar demasiada autoridad al remoto poder central». Una conclusión que podría extraerse de *El Federalista*, y que confirma la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo, es que el equilibrio entre el poder nacional y el estatal está confiado en su totalidad al *proceso político*, pues la esencia de la responsabilidad descansa sobre un juicio político.

Pero, a la vez, respetar el diseño del equilibrio federal es una cuestión constitucional esencial y juega un papel demasiado vital a la hora de asegurar la libertad como para admitir una renuncia completa al control judicial. En el pasado, el Tribunal Supremo ha participado en el mantenimiento de dicho equilibrio a través de doctrinas como la de la abstención, las reglas para determinar la primacía del Derecho federal, la jurisprudencia de la *pre-emption*, etc. La capacidad del Tribunal para preservar el *federal balance* bajo la cláusula de comercio ha sido la que ha presentado las mayores dificultades, debido a que históricamente la cláusula ha sido la fuente principal de las interpretaciones del Tribunal relativas al federalismo. No obstante lo cual, indica Kennedy, «como rama del Gobierno cuyo peculiar deber es declarar “*what the law is*” (*Marbury v. Madison*), estamos a menudo llamados a resolver cuestiones de Derecho Constitucional no siempre claras y fáciles de resolver. El elemento substancial de juicio político presente en los asuntos de la cláusula de comercio coloca nuestra capacidad institucional para intervenir más en duda que cuando, por ejemplo, decidimos casos relacionados con el *Bill of Rights*». Sin embargo,

mentos distintos y separados... Los diferentes Gobiernos se controlarán mutuamente, a la vez que cada uno se controlará a sí mismo» (J. MADISON: *The Federalist*, núm. 51). «Un saludable equilibrio de poder entre los Estados y el Gobierno Federal reducirá el riesgo de tiranía y abuso mutuos... En la tensión entre el poder federal y el estatal yace la promesa de libertad» (*Gregory v. Ashcroft*, 1991). «El federalismo asegura a los ciudadanos las libertades que derivan de la división del poder soberano» (*Coleman v. Thompson*, 1991).

ello no significa que «no tengamos ningún papel a la hora de determinar el significado de la cláusula de comercio» (31).

Pues bien, la Ley en examen «trastoca el equilibrio federal hasta un grado que lo convierte en una afirmación inconstitucional del poder de comercio, y se requiere nuestra intervención». Como explica el *Chief Justice*, ni los actores ni la conducta tienen carácter comercial, ni los propósitos o el diseño de la ley tienen un evidente nexo comercial. En cierto sentido, «cualquier conducta en este interdependiente mundo nuestro tiene un último origen o consecuencia comercial, pero todavía no hemos dicho que el poder de comercio (del Congreso) pueda llevarse tan lejos». Si el Congreso intentara esta extensión, entonces el Tribunal debería inquirir si el ejercicio del poder federal pretende introducirse en un área de tradicional referencia estatal. Una interferencia de tales dimensiones se produce en este caso, porque la educación es un ámbito tradicional de regulación de los Estados. Alrededor de cuarenta Estados ya han penalizado la posesión de armas de fuego en o cerca de las escuelas. La Ley en examen «impide a los Estados experimentar y desarrollar su propio juicio en un área propia de los Estados por historia y experiencia, más allá de la cláusula de comercio».

b) *Thomas*

El *Justice Thomas*, aunque está de acuerdo con el fallo del Tribunal, es decir, con que la cláusula de comercio no otorga al Congreso la autoridad para prohibir la posesión de armas de fuego en, o cerca de, una escuela, constata que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula de comercio se ha desviado de su entendimiento «originalista» y propone al Tribunal, para futuros casos, una línea argumental que sea más fiel con dicho entendimiento y que tenga en cuenta, a la vez, la jurisprudencia reciente. Concretamente, propone «reconsiderar nuestro test de los efectos substanciales» y construir otro estándar.

(31) Kennedy ejemplifica esta afirmación con la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cláusula de comercio *dormant*. La aproximación del Tribunal en este punto «ha adoptado algunos “turnos”» (*Oklahoma Tax Comm'n v. Jefferson Lines Inc.*, 1995). Todavía en contraste con el prevalente escepticismo sobre la capacidad del Tribunal para otorgar significado a la cláusula de comercio, existe aceptación general de su autoridad para asegurar la cláusula de comercio durmiente, que hemos inferido de la Constitución como un límite del poder de los Estados. Un elemento de tal jurisprudencia ha sido el principio de que los Estados no podrían imponer regulaciones que trazaran un límite indebido sobre el comercio interestatal, incluso cuando no distinguieran entre negocios en el Estado y fuera de él. La invalidación de una ley federal tiene diferentes consecuencias que la de una ley estatal, pero ello «no mitiga nuestro deber de reconocer límites al poder de comercio del Congreso».

dar, pues si bien, «supuestamente», el Tribunal Supremo ha venido aplicando durante los últimos sesenta años el test de efectos substanciales, lo cierto es que *siempre* ha leído la cláusula de comercio de modo que permitiera al Congreso ejercer un poder general de policía.

1.º Thomas intenta demostrar, en primer término, que el entendimiento originario de la cláusula de comercio era muy distinto del que tiene el Tribunal (32). Los *Founding Fathers* pretendieron que la mayoría de los asuntos, incluidos muchos que tendrían substanciales efectos sobre el comercio, permanecieran fuera del alcance del Gobierno federal, bajo el exclusivo control de

(32) Como atestiguan algunos Diccionarios de la época, cuando la Constitución fue ratificada, el «comercio» consistía en el trueque, en vender y comprar, así como en el transporte con estos fines; la etimología de la palabra confirma este significado. El término «comercio» fue usado como algo distinto de las actividades productivas (manufactura o agricultura): el comercio implica el tráfico de los productos de tales actividades. La *Port Preference Clause* (art. I, sección 9, cláusula 6 U.S. Const.: «*No preference shall be given by any Regulation of Commerce or Revenue to the Ports of the State over those of another*») también sugiere que el término «comercio» denota «venta» y/o «transporte» más que negocios en general: la lectura más natural de esta cláusula prohíbe al Congreso usar su poder de comercio para favorecer el comercio a través de ciertos puertos. La Constitución no otorga autoridad al Congreso para regular todo el comercio, sino sólo el internacional y el interestatal; por eso, hablar incluso de «cláusula de comercio» «obscurece» su objeto actual. Aunque la línea precisa entre el comercio internacional, interestatal e intrastatal sea difícil de trazar, el Tribunal Supremo lo ha venido intentando durante ciento cincuenta años. La Constitución no establece que el Congreso pueda «regular materias que substancialmente afectan al comercio con Naciones extranjeras, y entre los diversos Estados y con las tribus Indias». Una interpretación expansiva de la cláusula de comercio convertiría en superfluos muchos de los poderes del Congreso enumerados en el artículo I, sección 8, de la Constitución. Si el Congreso pudiera regular todos los asuntos que substancialmente afectan al comercio, la Constitución no tendría que haber especificado que el Congreso puede dictar leyes en materia de quiebra (art. I, 8, 4), o de acuñación de moneda y fijación del estándar de pesos y medidas (art. I, 8, 5), o de castigo de la falsificación de títulos y moneda corriente de los Estados Unidos (art. I, 8, 6), etc. Más aún, si el Congreso pudiera regular asuntos que substancialmente afectan al comercio, entonces no habría necesidad de especificar que el Congreso puede regular el comercio internacional o con las tribus indias, pues, como los *Framers* seguramente sabían, estas otras dos ramas del comercio afectan substancialmente al comercio interestatal. El poder que el Tribunal Supremo ha venido dando al Congreso al amparo de la cláusula de comercio «se ha tragado» todo el artículo I, sección 8.ª de la Constitución. Además, si el test de efectos substanciales pudiera ser deducido de él, ¿por qué no respecto del resto de poderes que la Constitución otorga al Congreso?, es decir, ¿por qué no podría regular todo aquello que afectara substancialmente a las quiebras, a la acuñación de moneda, a la Armada, etc.? Sin olvidar que el artículo IV, 3, 2 de la Constitución atribuye plenos poderes al Congreso sobre las áreas de la Nación que pertenecen a los Estados Unidos (como el Distrito Federal); pues bien, si se otorga plenos poderes al Congreso sobre ciertos espacios, es evidente que no se cede al Congreso ese mismo poder sobre la Nación entera. Tomados en conjunto, estos problemas derivados del texto de la Constitución «deberían, al menos, convencernos de que el test de los «efectos substanciales» tendría que ser reexaminado».

los Estados. De ahí el alcance relativamente limitado de la cláusula de comercio y del poder federal en general en la Constitución. Los constituyentes comprendieron que el comercio, la manufactura y la agricultura estaban íntimamente relacionados, que cada uno «afectaba substancialmente» a los otros, pero no cedió el poder de regulación de la agricultura o la manufactura al Congreso. El nuevo Gobierno federal tendría sólo los poderes limitados y enumerados por la Constitución. Los constituyentes estaban lejos de lo que el *dissent* de Breyer llama «realidades económicas» y esto «podrá parecer arbitrario o artificial a algunos, pero nosotros debemos siempre respeto a la Constitución, que no otorga al Congreso poder sobre todo lo que afecte substancialmente al comercio interestatal».

2.º El *Justice* Thomas procede, en segundo lugar, a reconsiderar la historia jurisprudencial relativa a la cláusula de comercio del Tribunal Supremo, en polémica con la que realiza el Breyer en su opinión discrepante (33). La lectu-

(33) Según Breyer, *Gibbons v. Ogden* estableció, en 1824, que el Congreso podía controlar todas las actividades locales que «significativamente afectaran al comercio interestatal» y éste ha sido el criterio tradicional para interpretar la cláusula de comercio. Thomas juzga equivocada esta lectura de *Gibbons*. En *Gibbons*, el Tribunal Supremo examinó si una ley federal que autorizaba el comercio costero desplazaba la eficacia de una ley de Nueva York que había otorgado un monopolio durante treinta años a R. Livingston y R. Fulton para la navegación de barcos a vapor. El Tribunal afirmó que el Congreso podía regular la «navegación» porque «toda América» sabe que la palabra «comercio» comprende la «navegación». El poder federal sobre el comercio «entre los diversos Estados» significa que el Congreso podría regular el comercio conducido parcialmente dentro de un Estado. Pero tuvo mucho cuidado en dejar claro que el Congreso no podría regular el comercio «que es completamente interno, entre persona y persona dentro de un Estado o entre diferentes partes de un mismo Estado y que no se extiende o afecta a otros Estados». Y tampoco podría regular «las leyes de inspección, cuarentena o de salud, así como las que regulan el comercio interno de un Estado», que no eran sino una pequeña parte «de la inmensa masa de legislación... no sujeta al Gobierno general». Es decir, desde el comienzo, el Tribunal Supremo rechazó la idea de que el Congreso pudiera regular todo aquello que afectara substancialmente al comercio interestatal. Desde luego, afirma Thomas, la opinión de Breyer no es la primera interpretación errónea de *Gibbons*. Por ejemplo, el Tribunal ha sostenido que esta Sentencia «describe el poder de comercio federal con una amplitud todavía nunca superada» (*Wickard v. Filburn* —1942—, y *Perez v. United States* —1971—). A juicio de Thomas, esta lectura equivocada proviene de dos afirmaciones contenidas en *Gibbons*:

a) El poder federal no abarca el comercio que no se extienda o afecte a otros Estados. De ello deduce el *dissent* de Breyer que mientras una actividad afecte al comercio interestatal, el Congreso podrá regular dicha actividad. Desde luego, observa Thomas, el *Chief Justice* Marshall no dijo eso en *Gibbons*. Existe una manera mejor de interpretar el verbo «afectar»: dado que el Tribunal Supremo había hecho notar tempranamente que el poder de comercio no se extiende a toda actividad intraestatal, era consciente de que aunque la línea entre el comercio internacional, interestatal e intraestatal era difícil de trazar, el poder federal no podría construirse para cubrir puramente el comercio intraestatal. El comercio que no afectara a otro Estado, *nunca* podría ser con-

ra crítica de la jurisprudencia lleva a Thomas a afirmar que el test del efecto substancial es tan sólo una innovación de los años treinta de este siglo, en el contexto del *New Deal*. Hasta entonces, era ampliamente admitido que la Constitución otorgaba al Congreso sólo poderes limitados, no obstante la cláusula de comercio (más exactamente, el poder del Congreso fue «alternativamente descrito como más o menos amplio» durante esos primeros ciento cincuenta años). El «*wrong turn*» lo constituyó el «dramático abandono por el Tribunal Supremo en los años treinta de un precedente de ciento cincuenta años».

3.º En tercer lugar, Thomas aduce que, además de que el test de efectos substanciales se aparta del entendimiento originario de la Constitución y es de reciente cosecha, sufre el defecto de que parece otorgar al Congreso un poder de policía sobre la Nación; y ello es así, en parte, a causa del «*agregation principle*» o «principio *Wickard*» (34).

Thomas concluye diciendo que su análisis no pretende que el Tribunal abandone por completo su jurisprudencia; sino revelar que el test de los efectos

siderado comercio «entre los diversos Estados». Pero incluso aunque se aceptara el lenguaje del *dissent*, al menos habría que concluir que se permitiría al Congreso regular sólo el comercio intraestatal que afecte al comercio interestatal y al internacional, pero de ningún modo *todas* las actividades que afectaran al comercio interestatal.

b) «El genio y carácter del Gobierno federal parece reservar su acción para todos los asuntos externos de la Nación y aquellos internos que afectan a los Estados generalmente; pero no respecto de los que están completamente dentro de un Estado particular, que no afectan a otros Estados y con los cuales no es necesario interferir para ejercer alguno de los poderes generales del Gobierno». En este pasaje, el Tribunal simplemente subrayaba la idea de que la Constitución reserva al Congreso los asuntos de interés general y a los Estados, los de interés local. Pero con él no se afirma que aquello que el Congreso considerara como asunto nacional pasara a ser objeto de control federal. Los asuntos de interés nacional son enumerados en la Constitución: impuestos, guerra, patentes, etc. (art. I, sección 8.ª). La afirmación enfática de *Gibbons* de que el Congreso no podrá regular muchos asuntos que afecten al comercio, confirma que el Tribunal Supremo no interpretó la cláusula de comercio como garantía del control del Congreso sobre asuntos que «afectaran a los Estados generalmente».

(34) Ver, *supra*, pág. 3. «Supongamos —escribe Thomas— que estamos de acuerdo en que tener un arma en un radio de 1.000 pies dentro de una escuela no afecta substancialmente al comercio, pero que la posesión de armas en general sí. De acuerdo con nuestra doctrina de los efectos substanciales, el Congreso sí podría prohibir la posesión de armas en general, aunque no pudiera hacerlo específicamente respecto de las armas en las escuelas». En definitiva, «uno *siempre* puede trazar el círculo lo bastante amplio para cubrir una actividad que, considerada aisladamente, no tendría efectos substanciales sobre el comercio». Bajo la jurisprudencia actual del Supremo, si el Congreso dictara una ley ómnibus «que afectara substancialmente el comercio interestatal», proponiéndose regular cualquier aspecto de la existencia humana, la ley aparentemente sería constitucional.

substantiales debe ser reconsiderado en el futuro, a menos que se quiera revisar la tradicional interpretación del carácter limitado del poder federal. «Si deseamos ser fieles a una Constitución que no cede el poder de policía al Gobierno federal, nuestros límites a la cláusula de comercio no pueden ser “definidos” en función de “las necesidades nacionales” o a partir de la idea previa de permitir a dicho Gobierno defenderse de aquellas fuerzas económicas que el Congreso considere enemigas de nuestra economía nacional. Tal formulación del poder federal no es un test en absoluto: es un cheque en blanco».

D) *Opiniones discrepantes*

a) *Stevens*

En su opinión, «el bienestar de nuestro futuro comercio interestatal depende en última instancia de la educación de nuestros hijos». Después de declararse de acuerdo con los otros dos *dissent*, los de Souter y Breyer, Stevens realiza un breve «comentario adicional», dado el carácter «extraordinario» de esta decisión del Tribunal. Las pistolas son, a la vez, artículos de comercio y artículos que pueden ser utilizados para restringir el comercio. Su posesión es la consecuencia, directa o indirecta, de la actividad comercial. A su juicio (que se enmarca dentro del entendimiento tradicional de la cláusula de comercio por el Tribunal), el poder del Congreso para regular el comercio de armas de fuego incluye el poder para prohibir la posesión de armas en algunos lugares a causa de su uso potencialmente dañino; de ahí se sigue, necesariamente, que el Congreso podría prohibir también su posesión en mercados particulares.

b) *Souter*

Al revisar la legislación federal bajo la cláusula de comercio, el Tribunal Supremo ha venido respetando los juicios del legislador fundados racionalmente; esta deferencia hacia el Congreso «es un paradigma del *judicial restraint*» (*FCC v. Beach Communications, Inc.*, 1993), que refleja el respeto del Tribunal hacia la competencia institucional del Congreso sobre una materia expresamente asignada a él por la Constitución. Esto no siempre fue así en la historia, como lo prueba una mirada a la jurisprudencia de la cláusula de comercio del siglo pasado; mirada que sirve «para mostrar cómo la decisión de hoy está en conflicto con la regla de *restraint* a la que el Tribunal Supremo todavía de-

be atenerse» (35). Frente a ella, *United States v. Lopez* supone «una mirada hacia atrás, a los viejos riesgos», la distinción entre lo que es patentemente comercial y lo que no lo es se parece a los viejos criterios formalistas de la era *Lochner*. Por tanto, «parece correcto preguntarse si el paso dado por el Tribunal hoy no es un retorno a la jurisprudencia que el Tribunal Supremo abandonó hace sesenta años». La respuesta «no es tranquilizadora».

c) *Breyer, a cuya opinión se adhieren Stevens, Souter y Ginsburg*

Breyer entiende que la cláusula de comercio autoriza al Congreso a dictar la ley que tipifica como delito federal poseer una pistola en, o cerca de, una escuela. Su interpretación descansa sobre tres ideas: 1.^a El poder para regular el comercio entre los diversos Estados (art. I, 8, 3 US Const.) incluye la potestad de regular actividades locales que afecten significativamente (36) al comercio interestatal. 2.^o Al determinar si una actividad local tiene probable-

(35) A pesar del reconocimiento por el Tribunal de un amplio poder al Congreso bajo el poder de comercio en *Gibbons*, no fue hasta la Reconstrucción, con la *Interstate Commerce Act* de 1887, cuando el Congreso empezó a ejercitar poderes de policía general a escala nacional. Aunque el Tribunal Supremo sostuvo la constitucionalidad de bastantes leyes al amparo de la cláusula de comercio, el período de 1900 a 1937 se caracteriza por una serie de casos que aplicaron nociones muy formalistas de «comercio» para invalidar legislación federal en materia social y económica. Durante ese mismo período, el Tribunal invalidó rutinariamente la legislación social y económica de los Estados bajo una concepción expansiva del substantivo *due process* de la XIV Enmienda. El fulcro de la *judicial review* en ambos tipos de casos fue la noción de libertad y propiedad característica del *laissez-faire* económico. No fue casual, por ello, que los cambios de interpretación de la cláusula del debido proceso y de la cláusula de comercio se produjeran a la vez en 1937, con *West Coast Hotel Co. v. Parrish* y *NRLB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* En *West Coast Hotel*, el Tribunal Supremo, abandonando su incondicional protección de la libertad contractual, rechazó que una ley estatal que fijaba salarios mínimos para el trabajo de mujeres y niños violara el *due process*; en *Jones & Laughlin Steel Corp.* —ver *supra*, pág. 274— afirmó la legitimidad del poder de comercio del Congreso para prohibir prácticas laborales incorrectas. En los años siguientes a estas decisiones, se impuso la deferencia del Tribunal Supremo hacia los criterios de la política legislativa. Esta deferencia llegó a ser articulada en el estándar denominado *rational basis test*, tal y como se formula explícitamente por primera vez, respecto de la cláusula de comercio, en *Katzenbach v. McClung* (1964) —ver *supra*, nota 10—.

(36) El Tribunal, describiendo qué cantidad de efecto se requiere, a veces ha empleado la palabra «substancial» (por ejemplo, en *Wickard*) y otras veces no; y la mayoría, citando al *Justice* Cardozo, también reconoce que ninguna formulación verbal puede captar con precisión esta cuestión de grado. Breyer prefiere el adjetivo «significativo» a «substancial» porque éste sugiere un poder más amplio que el que los precedentes jurisprudenciales exigen. Ver *supra*, pág. 284, nota 28 e *infra*, pág. 304.

mente un efecto significativo sobre el comercio interestatal, un tribunal debe considerar no el efecto de un simple acto individual (como, por ejemplo, la posesión de un arma), sino más bien el efecto cumulativo de todos los actos semejantes (por ejemplo, el efecto de llevar armas en, o cerca de, todas las escuelas). *Wickard* es el ejemplo por antonomasia de este principio de agregación o acumulativo. 3.º Los tribunales deben conceder al Congreso libertad de acción en la determinación de la existencia de una conexión de hecho significativa entre la actividad regulada y el comercio interestatal, tanto porque la Constitución delega el poder de comercio directamente en el Congreso como porque dicha determinación requiere un juicio empírico que una asamblea legislativa puede hacer con más garantías que un tribunal. Las tradicionales palabras «*rational basis*» captan esta libertad de configuración. Por tanto, la específica cuestión que se plantea al Tribunal en el caso López no es si la actividad regulada afecta suficientemente al comercio interestatal, sino si el Congreso tenía o no un «fundamento razonable» para legislar como lo hizo (37).

Aplicando estos principios al caso, la cuestión es: «¿Pudo el Congreso haber justificado racionalmente que el delito violento en zonas escolares, a través de sus efectos sobre la «calidad de la educación», afectaba significativa (o substancialmente) al comercio interestatal o internacional?». La respuesta a esta pregunta «debe ser sí». Numerosos informes y estudios prueban tal conexión, concretamente que: 1.º, el problema de las armas de fuego en y cerca de las escuelas es un problema muy serio y extendido (38); 2.º, que significativamente perjudica la calidad de la educación de aquellas escuelas («las armas de fuego y aprender se excluyen mutuamente»); 3.º, dadas las consecuencias de la educación sobre el comercio interestatal y el internacional, la violencia por armas de fuego en y cerca de las escuelas es un problema comercial tanto como

(37) Breyer reconoce que el Tribunal Supremo debe juzgar este caso de forma «independiente»: «Simplemente porque el Congreso pueda concluir que una actividad particular afecta substancialmente al comercio interestatal, no necesariamente lo hace» (*Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Ass'n*, 1981). También reconoce que el Congreso no aportó específicas pruebas del efecto de la Ley en examen sobre el comercio interestatal; pero, además de que el Congreso no necesita recitar la disposición constitucional que autoriza su acción, no existía especial necesidad de ello en este caso porque la Ley no interfería en el ejercicio de la actividad estatal o local.

(38) Breyer aporta esta espeluznante estadística: el 4% de los estudiantes norteamericanos en *High Schools* (el 6 por 100 en el caso de los barrios urbanos marginales) llevan armas ocasionalmente; el 12 por 100 las han disparado en alguna ocasión; el 20 por 100 han sido amenazados con ellas y tan sólo en un período de seis meses, varios cientos de miles de escolares son víctimas de delitos violentos en, o cerca de, las escuelas.

humano (39); 4.º, que en los años recientes la relación entre educación secundaria y los negocios se ha reforzado, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas y la competitividad creciente global (40); 5.º, y, por último, que hoy más que nunca muchas empresas adoptan sus decisiones en razón de la presencia o no de una fuerza de trabajo con educación básica.

Si estos vínculos entre educación y economía son tan obvios, ¿por qué entonces —se pregunta Breyer—, no resulta igualmente claro que una amenaza extendida y grave de la enseñanza hace peligrar *también* substancialmente al comercio, al que la enseñanza está inescindiblemente unida?. El Congreso pudo haber concluido racionalmente, para dictar el artículo 922.g) de la Ley de zonas escolares libres de armas, 1.º, que el problema de la violencia por armas de fuego se halla muy extendido; 2.º, que ello perjudica el aprendizaje escolar, y que 3.º, esto último perjudica el comercio. Luego el Congreso pudo haber concluido racionalmente que los vínculos entre armas de fuego-enseñanza-comercio son substanciales. En concreto, el Congreso podría haber aducido que la violencia por armas de fuego en, o cerca de, las escuelas conlleva una seria amenaza económica para los trabajadores no formados correctamente, que deben soportar bajos salarios, y para la comunidad y los empleadores, que podrían, en la actual sociedad de la información, obtener una importante ventaja comercial de un fuerza de trabajo bien formada.

Sostener la legitimidad de la Ley enjuiciada no supone, advierte Breyer, «borrar» la distinción entre lo que es nacional y lo que es local. No significa afirmar que la cláusula de comercio permite al Gobierno federal regular cualquier actividad que estime relacionada con la productividad económica de los individuos, como, por ejemplo, el Derecho de familia o cualquier aspecto de la

(39) La educación, afirma Breyer, aunque no es un asunto económico, sí está indisolublemente ligada con la economía nacional. Cuando Estados Unidos empezó su singladura como Nación, la mayoría de los trabajadores recibían su educación en el lugar de trabajo, típicamente como aprendices (así, por ejemplo, Benjamín Franklin); todavía en los años veinte de este siglo muchos trabajadores recibían la educación básica directamente de sus empleadores (en el caso de las grandes empresas, como *General Electric*, *Ford* o *Goodyear*). Puesto que la escuela pública se desarrolló a partir del siglo XX, desapareció la necesidad para la industria de proporcionar educación básica. Pero la directa relación económica entre educación básica y productividad industrial permanece. Los estudios informan que cerca de un cuarto del crecimiento de la economía americana en los años recientes de este siglo está directamente relacionado con el incremento de la escolaridad.

(40) Breyer cita la constatación del Congreso de que «el analfabetismo funcional o tecnológico en la fuerza de trabajo erosionaría nuestro nivel económico en el mercado internacional». La productividad está asociada indudablemente, en parte, al nivel de calidad de los estudios secundarios.

educación. No expande el objeto de la cláusula (41): simplemente aplica el Derecho preexistente a cambiantes circunstancias económicas. Supone reconocer que, en el mundo económico actual, la violencia por armas de fuego cerca de las escuelas introduce una diferencia significativa en el bienestar económico y social. Una afirmación así, permitiría al Congreso «actuar en términos de realidades económicas», interpretando el poder de comercio como «un poder afirmativo que se corresponde con las necesidades nacionales», operando «no tanto para dejar a la Nación sin poder como para defenderla contra fuerzas económicas que el Congreso considere enemigas o destructoras de la economía nacional» (*North American Co. v. SEC*, 1946).

III. COMENTARIO

A) *Una Sentencia que dice seguir los criterios jurisprudenciales tradicionales sobre la cláusula de comercio, pero que, en realidad, se aparta de ellos*

En *United States v. Lopez*, interpretando el alcance del poder federal de comercio, el Tribunal afronta, según se ha visto, cuestiones constitucionales centrales como el concepto de federalismo y el papel respectivo del Congreso y de los tribunales a la hora de controlar el equilibrio de poderes establecido por la Constitución. Cruza la Sentencia la tensión dialéctica, posiblemente inevitable, entre una lectura de la cláusula de comercio como un amplio apoderamiento al Congreso para proteger un mercado nacional único y cada vez más interdependiente y el «principio fundamental» de que el poder constitucional del Congreso es limitado y enumerado, mientras que el de los Estados es «numeroso e indefinido». La mayoría de magistrados en la decisión enfatiza el segundo polo

(41) Por el contrario, *United States v. Lopez* crearía tres serios problemas: 1.º, Va en contra de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha decidido la constitucionalidad de leyes del Congreso a partir de conexiones con el comercio interestatal o internacional menos significativas que el efecto de la violencia escolar (recuérdense, por ejemplo, *Perez v. United States* —1971—, *Katzenbach v. McClung* —1964—, *Wickard v. Filburn* —1942—, ver *supra*, notas 8, 9 y 10). 2.º, Reintroduce una distinción formalista entre transacciones «comerciales» y «no comerciales», semejante a las que el Tribunal abandonó a partir de 1937, imposible de trazar, entre otras cosas porque el comercio, en palabras del *Justice Holmes*, «no es un concepto jurídico técnico, sino práctico, dibujado por el curso de los negocios». Pero aunque pudiera hacerse, López no es un caso apropiado, pues la diferenciación entre lo que es educacional y lo que es comercial, como asunto práctico, es una empresa imposible. 3.º, Amenaza con aumentar la inseguridad jurídica en un ámbito del Derecho que, hasta este caso, parecía razonablemente bien establecido.

de esta relación; la minoría, el segundo. El problema de la distribución de poderes es consubstancial a todo sistema político de descentralización territorial; Rehnquist aludía en la Sentencia a una suerte de *legal uncertainty*. En Estados Unidos el problema se agrava porque el texto literal de la Constitución tiene más de dos siglos de antigüedad y, por fuerza, descansa en sus intérpretes políticos y judiciales la capital función de adaptar la norma a las nuevas realidades sociales, económicas y políticas. En relación con el equilibrio federal esta función alcanza una dimensión extraordinaria: es la jurisprudencia constitucional y no el texto de la Constitución (42) (aunque, por supuesto, formalmente nunca se prescinda de él) quien ha ido determinado (con carácter jurídicamente supremo) la distribución de poderes entre la Unión y los Estados a lo largo de la historia (43), dando lugar, además, a soluciones completamente distintas (en la Sentencia se alude expresivamente a la idea de «turnos») e, incluso, en no pocas ocasiones, contradictorias. Así que, por el propio escenario conceptual en el que se desarrolla, *Lopez* es un caso límite, un *hard case*.

La complejidad y centralidad del problema abordado en la Sentencia explica por qué las discrepancias entre los *Justices* no se redujeron, simplemente, a la dialéctica mayoría/minoría. Algunas otras disensiones merecen ser subrayadas. 1.ª Aunque se une a la mayoría en la decisión del caso, el juez Thomas mantiene una interpretación particular que le separa de todos los demás. Como se recordará, es el único que propugna una sustitución del criterio de los «efectos substanciales» por otro, más acorde con el entendimiento originario de los

(42) De la Constitución y de la intención de los constituyentes poco se puede deducir. STEPHEN R MCALLISTER («Is there a judicially enforceable limit to Congressional Power under the Commerce Clause?», *The University of Kansas Law Review*, vol. 44, núm. 2, 1996, pág. 221) señala algunas ideas básicas. 1.ª, A través de la Constitución, y frente a una Confederación demasiado descentralizada y con un Gobierno nacional con escasa autoridad para ser efectivo, los *Framers* intentaron expandir el poder federal (o nacional). Algunos esperaban, como Madison, por ejemplo, reducir los Gobiernos de los Estados a meros «planetas» girando alrededor del «sol» federal. 2.ª, A pesar de ello, la mayoría de los constituyentes querían que la Constitución otorgase poderes limitados al Congreso federal, sobre todo los enumerados en el artículo I, sección octava, de la Constitución. 3.ª, De modo que los *Framers* crearon un sistema «federal» distribuyendo poderes entre el Gobierno federal y los estatales. La evidencia histórica, concluye McAllister, no aporta una respuesta clara a cómo los constituyentes intentaron definir la relación federal-estatal. No existe una única respuesta lógica u obvia a esta cuestión.

(43) Como hemos tenido ocasión de comprobar, es elemento primordial de la Sentencia *Lopez* no ya la lectura literal o sistemática del artículo I, 8, 3 de la Constitución (prácticamente sólo el «originalista» Thomas emplea con alguna seriedad estos criterios), sino la interpretación de los más de ciento cincuenta años de jurisprudencia sobre la cláusula de comercio (desde *Gibbons*, en 1824).

constituyentes (que él estima poco proclive a una expansión del poder federal de comercio). Breyer y Stevens se oponen explícitamente a esta idea en sus opiniones discrepantes; pero también lo hace el juez Kennedy, en su voto concurrente (44). 2.^a Aunque en el mismo bando, Souter y Breyer parecen contradecirse (45) cuando el primero postula la aplicación del test de bases razonables, es decir, la renuncia de los jueces a revisar los juicios políticos del legislador, y el segundo, sin embargo, entra a realizar en profundidad tal revisión. 3.^a Recordemos (46) que Kennedy no comparte con los demás Jueces de su grupo su concepción del federalismo *substantivo*, sino que es partidario del *procedimental* (47), como lo demostrará poco después en *Unites States Term Limits, Inc. v. Thornton*.

Pero la paradoja principal de la Sentencia es la contradicción en la que incurre Rehnquist, escribiendo en nombre de la mayoría, pues dice seguir los criterios jurisprudenciales dominantes desde 1937 en relación con el poder federal de comercio, en particular el test de efectos substanciales, y, sin embargo, se aparta subrepticamente de ellos, trayendo en cambio a la argumentación el análisis que el Tribunal había venido realizando en algunos casos anteriores que se referían no a la cláusula de comercio, sino a la X Enmienda («Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibida por ella a los Estados, son reservados a los Estados respectivamente, o al pueblo»). En *United States v. Lopez*, el Tribunal extiende la lectura de la X Enmienda, como límite de la regulación federal respecto de los gobiernos estatales, a la cláusula de comercio, que se refiere, sin embargo, típicamente a la actividad privada. De este modo, Rehnquist vuelve a retomar, para un caso de la cláusula

(44) Kennedy infiere de la historia de las decisiones del Tribunal Supremo sobre la cláusula de comercio dos lecciones de importancia: 1.^a, la imprecisión de los límites de dicha cláusula basados en su contenido, y 2.^a, la esencial autorrestricción que debe frenar al Tribunal para «no volver a un entendimiento del comercio que sólo podría servir a la economía del siglo XVIII»: el Congreso puede legislar en el ámbito comercial sobre la base de que existe un mercado único nacional y un objetivo unificado para construir una economía estable.

(45) Así lo estima la Redacción de la *Harvard Law Review* al comentar la Sentencia (vol. 109, núm. 1, 1995, pág. 111).

(46) Ver *supra*, nota 12, pág. 277.

(47) Si bien su argumentación en *Lopez* podría, quizá, considerarse incoherente; pues es difícil compaginar una concepción procedimental del federalismo con un control judicial exigente de la legislación federal (distinto del test de bases racionales). De hecho, cuando Kennedy, después de remitir al Congreso el control ordinario del equilibrio constitucional de poderes entre la Federación y los Estados, afirma que la ley cuestionada altera dicho equilibrio de un modo insostenible, se apoya en una idea típica del federalismo *substantivo*, cual es la de la existencia de ámbitos de regulación tradicional de los Estados (como la educación o el Derecho penal), inmunes frente al poder de comercio del Congreso.

la de comercio, su análisis de la X Enmienda en *National League of Cities v. Usery* (1976). Esta afirmación requiere una explicación (48).

La X Enmienda ha sido interpretada tradicionalmente como garantía del *poder residual* de los Estados. Pero el Tribunal Supremo ha interpretado, en ciertas decisiones recientes, en la línea del Nuevo Federalismo, que la X Enmienda limita de modo substancial los poderes del Gobierno federal en relación con las actividades de los Estados. *Lopez* implícitamente extiende este análisis de la X Enmienda a las relaciones entre particulares al amparo de la cláusula de comercio. Sin embargo, la X Enmienda limita el poder del Congreso no porque la actividad regulada afecte al comercio interestatal, sino porque tal actividad lesiona la soberanía de los Estados. Ultimamente, el Tribunal Supremo ha elaborado tres doctrinas sobre la X Enmienda para proteger la soberanía de los Estados: (A) La legislación federal no puede violar la libertad de los Estados para regular actividades de ámbitos tradicional e íntegramente estatales (*National League of Cities v. Usery*, 1976) (49). (B) El Congreso no puede requerir a los Estados que participen en planes legislativos federales (*New York v. United States*, 1992). (C) El Tribunal Supremo deberá evitar la aplicación de leyes federales a los Gobiernos estatales, salvo que la propia ley claramente así lo especifique (*Gregory v. Ashcroft*, 1991).

A) El Tribunal Supremo siempre ha reconocido que la Constitución protege la soberanía de los Estados frente a la Federación. Pero la definición, por parte del Tribunal, de la naturaleza de dicha garantía ha variado mucho y muchas veces en poco tiempo. En *Maryland v. Wirtz* (1968), cuya doctrina será revocada por *National League of Cities v. Usery* (1976), que, a su vez, lo será por *García v. San Antonio Metro. Transit Auth.* (1985), el Tribunal declaró la constitucionalidad de una ley federal, la *Fair Labor Standards Act*, que establecía un salario mínimo y un horario máximo (50), y rechazó el argumento de que la ley, en la medida en que era aplicable también a los empleados de los Estados, infringía la soberanía de éstos, protegida por la X Enmienda. En *Fry v. United States* (1975), el Tribunal mantuvo el criterio establecido en *Wirtz*, afirmando la constitucionalidad de los límites al aumento de salarios de los empleados es-

(48) El análisis de la X Enmienda, y su traslación al problema de la cláusula de comercio, lo tomo del ilustrativo estudio de STEPHEN M. MCJOHN: «The Impact of *United States v. Lopez*: The New Hybrid Commerce Clause», *Duquesne Law Review*, vol. 34, 1995, págs. 1 y sigs.

(49) Aunque posteriormente revocada, la doctrina de esta Sentencia sigue contando con numerosos valedores en el Tribunal: Rehnquist, O'Connor, Scalia y Thomas.

(50) Incluso a empleados de comercio intraestatales, pues si el empleador reducía costes pagando por debajo del salario mínimo, esto afectaría a los precios de los productos que luego se venderían en el comercio interestatal.

tatales que ordenaba la ley federal de estabilización económica de 1970, pero admitió la posibilidad de que los Gobiernos estatales pudieran estar menos sujetos a la regulación federal que otras entidades, pues la X Enmienda prohibiría las leyes federales que perjudicaran la capacidad de un gobierno estatal para actuar. El Congreso «no podría ejercer poder de un modo que dañara la integridad del Estado o su capacidad para funcionar efectivamente en un sistema federal». En el caso, sin embargo, el límite federal del aumento de salarios no se estimó suficientemente invasivo como para invalidarlo. Merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que el juez Rehnquist discrepara, adelantando conceptos que van a reaparecer en *Lopez*. En su opinión, el control federal excedía de la capacidad del Congreso para regular actividades tradicionales de los Estados.

Rehnquist consigue un año después, en *National League of Cities v. Usery* (1976), que la mayoría del Tribunal adoptara su punto de vista. Revocando la doctrina establecida en *Wirtz*, el Supremo rechazó la aplicación de un salario mínimo y un horario máximo federales a los empleados del Estado. La Sentencia traza un paralelismo entre los derechos individuales y los derechos de los Estados: así como una ley federal sería invalidada, por exceso del poder del Congreso de regular el comercio, si violaba un derecho individual, una ley federal que regulara el comercio no podría «desplazar la libertad de los Estados» para organizar actividades de áreas de tradicionales e íntegras funciones estatales. La regulación federal de los salarios mínimos y el horario máximo de los empleados estatales se consideró una infracción de ese tipo, pues el poder para establecer tal regulación era esencial «para la existencia separada e independiente de los Estados». En *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn.* (1981), el Tribunal articuló un criterio de tres elementos basado en *National League of Cities*: una ley federal excede los poderes otorgados al Congreso cuando regula la actividad de «los Estados como Estados», en relación con «materias que son atributos indispensables de la soberanía estatal» y perjudica «funciones íntegra y tradicionalmente estatales». Daniel A. Farber (51) llama la atención sobre el hecho de que en el «test *Hodel*» aparecen por primera vez dos de los temas centrales del Nuevo Federalismo: la idea del respeto de la soberanía de los Estados y la protección de las funciones tradicionalmente estatales. De hecho, en *Hodel*, el juez Rehnquist ya advirtió que el Tribunal Supremo debía examinar más rigurosamente si la actividad del Congreso, incluida la referida a los particulares, está dentro de la cláusula de comercio.

(51) «The Constitution's forgotten cover letter: an essay on the new federalism and the original understanding», *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 3, 1995, pág. 618.

Sin embargo, la interpretación de *National League of Cities* ha sido revocada por *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985) (52). Esta Sentencia reconoce la dificultad de aplicar en la práctica la regla de *National League of Cities* (de protección de las funciones «tradicionales e integrales» de los Estados) (53), así como de que dicha regla no tiene suficientemente en cuenta que uno de los principales puntos de apoyo del federalismo es la posibilidad de que los Estados «experimenten» con nuevas políticas, de modo que no existe razón para dispensar menos protección a una actividad del Estado sólo porque sea de origen reciente (y no una «tradicional»). Pero la principal razón para cambiar la doctrina de *National League of Cities* fue la distinta concepción de la Enmienda X y, por tanto, del federalismo que aporta *García*. Frente a los límites substantivos del poder del Congreso (las funciones íntegras y tradicionales de los Estados), *García* remite el problema, primordialmente, a los límites procedimentales, esto es, al proceso político inherente a los poderes federal y estatal. *García v. San Antonio Metro. Transit Auth.* suscribe una concepción *procedimental* del federalismo, frente a la concepción *substancial* de *National League of Cities v. Usery*; concepción que constituye el nervio central del Nuevo Federalismo, y que posibilita una *judicial review* más exigente con las leyes federales, frente a la tradicional deferencia judicial hacia ellas típica del federalismo procedimental.

El voto discrepante de la juez O'Connor en *García* propone una interpretación de la cláusula de comercio que ha pasado a convertirse en clásica dentro del Nuevo Federalismo; según ella, los Constituyentes concebían el poder de comercio del Congreso como «importante, pero limitado»: aplicable «ante todo, sino exclusivamente, para impedir tarifas aduaneras interestatales y para regular los asuntos marítimos y la actividad de las grandes empresas». A fin de salvaguardar el esquema de poderes diseñado por la Constitución en una era como la actual, en la que el comercio interestatal se ha expandido, y, con ello, en un mundo en el que la amenaza de la *preemption* federal es virtualmente omnipresente, O'Connor proponía que el Tribunal Supremo debería defender de la regulación federal, al menos, las operaciones íntegramente estata-

(52) Como *National League* —y como *Lopez y Thornton*— también una decisión 5 a 4. En *García*, fue el juez Blackmun quien decidió el cambio de doctrina.

(53) Esta regla se había convertido, en la práctica, «impracticable e insegura». Las decisiones de los tribunales inferiores mostraban una considerable confusión. Habían afirmado, por ejemplo, que la concesión de licencias de conducción de automóviles y la actividad de los aeropuertos eran funciones gubernamentales, pero la regulación del tráfico rodado y del transporte aéreo no lo eran, trazando distinciones aparentemente arbitrarias (ver S. M. McJOHN: *Ob.cit.*, pág. 16).

les. Una idea, como se recordará, determinante en la decisión de *Lopez* —así lo advertían explícitamente Rehnquist y Kennedy—: la ley cuestionada era una ley penal que afectaba a la educación, dos ámbitos de tradicional regulación estatal.

B) En *New York v. United States* (1992), el Tribunal Supremo retorna a la aplicación de límites substanciales sobre la actividad legislativa del Congreso más que a la remisión del *federal balance* al proceso político. Esta Sentencia invalida parcialmente un plan federal para regular la destrucción de residuos porque la ley «*commandered*» las legislaciones de los Estados al requerirles a dictar leyes de acuerdo con las directrices del Congreso. La *Low-Level Radioactive Waste Policy Amendments Act* de 1985 responsabilizaba a los Estados de regular la destrucción de desechos de bajo nivel de radiactividad, fijando un plazo máximo para que cada Estado dictara una legislación uniéndose a otros Estados o dispensando facilidades para dicha destrucción dentro del Estado. El Estado que no lo hiciera en ese plazo máximo, 1.º, no recibiría ciertas subvenciones; 2.º, no podría entrar en los lugares de la destrucción, y 3.º tendría que hacerse cargo de las basuras generadas en ese Estado. No se discutió la legitimidad del Congreso para regular esta materia dentro de su poder de comercio interestatal, pero *New York v. United States* afirmó que el Congreso no podría ejercer ese poder de modo que requiriese a los legisladores estatales jugar un papel predeterminado.

El Tribunal llegó a esta conclusión debido a su retorno a la concepción substancial de la X Enmienda. Según este precepto, los poderes que no se asignan al Gobierno federal, se reservan a los Estados. De aquí se podría deducir, como hiciera Joseph Story en su Comentario a la Constitución, de 1833, que no todos los poderes están otorgados al Gobierno federal, porque sino los Estados no tendrían poderes propios. Y, por tanto, la acción del Congreso debe fundamentarse en uno de los poderes enumerados, y no en un poder general de soberanía federal. *New York v. United States* lleva la deducción un paso más allá, afirmando que se podría identificar la extensión del poder federal determinando primero la extensión del poder de los Estados. Un poder reservado a los Estados no estaría, pues, otorgado al Gobierno federal. Aplicando la X Enmienda como un límite *substantivo* al poder federal de comercio, el Tribunal mantuvo en la Sentencia que este poder no comprende la facultad de dirigir la legislación estatal. Los primeros dos incentivos de la Ley eran válidos porque ofrecían dinero y acceso a los lugares de destrucción de los desechos, pero dejaban libertad a los Estados de actuar o no; sin embargo, el tercero no, pues forzaba a los Estados a dictar una legislación de acuerdo con las directrices del Congreso.

C) Un tercer control de la acción del Congreso que afecta a los Estados

es el establecido en *Gregory v. Ashcroft* (1991). Según doctrina constante del Tribunal Supremo, debe interpretarse que las leyes federales no interfieren con los intereses del Estado, a menos que así lo especifiquen claramente. En el caso que dio lugar a la Sentencia, una ley de *Missouri* exigía la jubilación forzosa de los jueces estatales a los setenta años. El problema era si tal norma entraña o no en contradicción con la *Federal Age Discrimination in Employment Act*, de 1967, o si le era aplicable la excepción que esta ley establecía para «los nombrados a nivel político». La juez O'Connor, escribiendo en nombre de la mayoría, estimó que la dicción literal de esta excepción era ambigua. Y, por tanto, allí donde la finalidad de la ley federal no estaba claramente expresada, no podía leerse como si estuviera en conflicto con las normas estatales; en consecuencia, dado que el Congreso no se refería expresamente a los jueces estatales, el Tribunal afirmó que estaban excluidos de la excepción. De modo que la regla establecida en *Gregory v. Ashcroft* es que el Tribunal Supremo puede realizar una interpretación de una ley federal intentando evitar que entre en conflicto con los poderes soberanos de un Estado. Según hemos visto, la Sentencia *Lopez* cita explícitamente *Gregory v. Ashcroft*. El principal beneficio del «equilibrio de poderes constitucionalmente ordenado» entre los dos niveles de gobierno, el federal y el estatal, es que garantiza mejor la libertad individual: «en la tensión entre el poder federal y el estatal yace la promesa de libertad». Esto exige un equilibrio adecuado entre ambos poderes, que sean «creíbles» para limitarse mutuamente.

Podemos concluir, por consiguiente, que cuando el Tribunal Supremo fue llamado a fallar el asunto *Lopez*, había elaborado recientemente estas tres limitaciones derivadas de la X Enmienda. Pues bien, aunque la Sentencia anuncia que va a verificar el examen tradicional de la cláusula de comercio (test de bases razonables, principio *Wickard*, test de efectos substanciales), sin embargo, lo sustituye, de modo subrepticio, por el de la X Enmienda y endurece la revisión judicial:

1.º En primer lugar, el Tribunal apreció alguna ambigüedad en anteriores decisiones respecto de si la actividad debe «afectar» o «substancialmente afectar» al comercio interestatal. La Sentencia elige el criterio más exigente: «substancialmente afectar». Recuérdese que, lógicamente, el principal voto discrepante, el de Breyer, prefiere hablar de afectación «significativa» más que «substancial».

2.º Incluso aunque la actividad afectara «substancialmente» al comercio interestatal, ello no sería aún suficiente para apreciar la validez de la ley federal al amparo de la cláusula de comercio; el Tribunal introduce más exigencias:

a) En efecto, la actividad regulada debe ser «comercial» o «económica»; para llegar a esta conclusión, el Tribunal se apoya en la jurisprudencia moder-

na de la cláusula de comercio, concretamente sobre casos que declararon la constitucionalidad de las leyes federales. Estas decisiones habían establecido la regla que «allí donde la actividad económica substancialmente afecte al comercio interestatal, la legislación federal que la regule será constitucional», pero no la distinta que deduce el Tribunal en *Lopez*: «sólo será válida la legislación federal si la actividad es económica». Con la introducción de este límite, el Tribunal pretende, a pesar de sus propias palabras, delimitar esferas autónomas de poder federal y de poder estatal, más que seguir el análisis tradicional de la cláusula de comercio. Es evidente que, según la doctrina constante del Tribunal, el comercio intraestatal puede estar dentro del poder federal de comercio porque afecte al comercio interestatal, no porque sea comercio.

b) Por otra parte, la distinción de si una actividad es o no comercial o económica puede resultar difícil de trazar en algunos casos. La Sentencia no distingue ni argumenta en este punto: simplemente, de modo apodíctico afirma que la posesión de armas no es una actividad económica o comercial. Por el contrario, los Magistrados discrepantes basan su razonamiento, fundamentalmente, en el impacto substancial de tal actividad sobre el comercio interestatal.

3.º El Tribunal se aparta, además, de la jurisprudencia sobre la cláusula de comercio de la era post-*New Deal* de dos maneras:

a) Abandonando la típica deferencia judicial hacia la actividad del Congreso, tal y como se expresa mediante el *rational basis test*: si la ley federal tuviera algún «fundamento racional (o razonable)» para concluir que la actividad regulada afectaba suficientemente al comercio interestatal, el examen judicial debería detenerse ahí. A diferencia del *dissent* de Breyer, la Sentencia no aborda, sin embargo, la cuestión de si el Congreso tenía o no algún argumento o base razonable para dictar la Ley de zonas escolares libres de armas de fuego. El argumento principal del voto discrepante de Souter critica, justamente, este aspecto. Aunque explícitamente no abandona el «*rational basis test*», el Tribunal se aparta de su deferencia hacia el Congreso en favor de su propio juicio de la actividad regulada sobre el comercio (o, para ser más exactos, de su consideración de que la cláusula de comercio no incluye actividades no comerciales o económicas).

b) Ya hemos advertido que la Sentencia de ninguna manera analiza si la actividad regulada, la posesión de armas de fuego en zonas escolares, afecta substancialmente al comercio interestatal (eludiendo el criterio de interpretación corriente del Tribunal en esta materia). La Sentencia, más bien, considera las implicaciones que supondría aceptar las relaciones entre aquella actividad y el comercio interestatal: afirmar que la ley era constitucional, no dejaría ningún área a la exclusiva regulación de los Estados; porque si pudiera regularse, no quedaría ningún resquicio en materia de educación o de Derecho penal —competencias tradicionales de los Estados— a salvo de la legislación federal.

Aquí está la clave para comprender *U.S. v. Lopez*: el Tribunal no concluyó que la posesión de armas tuviera un efecto substancial sobre el comercio, aunque había planteado la cuestión en esos términos, sino que decidió que se quebraría el equilibrio constitucional de poderes federal y estatal si, declarando la constitucionalidad de la ley, se abría la puerta a la regulación federal en dos ámbitos tradicionalmente reservados a los Estados (educación y Derecho penal). Rehnquist rescita en *Lopez* la revocada *National League of Cities v. Usery*.

Sin embargo, son cuestiones diferentes: una actividad de tradicional regulación por los Estados podría muy bien tener efectos substanciales sobre el comercio interestatal (54); que una actividad haya sido históricamente de normación estatal no determina que tenga o no efecto sobre el comercio interestatal. A pesar de ello, el Tribunal afirma taxativamente que toda actividad de regulación tradicional por los Estados forma parte ahora de la determinación de la extensión del poder de comercio federal. Desde *Lopez* es probable, pues, que la cuestión de la soberanía de los Estados pase a convertirse en un elemento explícito del test de la cláusula de comercio.

Combinando estos dos factores, si una actividad tiene un efecto substancial sobre el comercio interestatal y si la actividad es una de las que afecta al ámbito de regulación propio de los Estados, el Tribunal Supremo implícitamente aplicó su análisis de *New York v. United States* —y su regla de que, al determinar la extensión del poder federal de comercio, un tribunal debe considerar previamente la extensión de los poderes reservados a los Estados—. La Sentencia extendió tal regla desde un problema de regulación directa de gobiernos estatales, a cuestiones de legislación relativa a cualquier ámbito de tradicional referencia estatal. *New York* se refería únicamente a leyes federales que ordenaban a los Estados que regularan en un sentido determinado; un tipo de leyes fáciles de identificar y poco frecuentes. Desde *Lopez*, sin embargo, la soberanía estatal podría formar parte del análisis de la cláusula de comercio para cualquier ley (también las que regulan la actividad privada) que afecte a un ámbito de tradicional referencia estatal (fórmula, por cierto, extremadamente vaporosa y abierta (55). De nuevo se retoman categorías tan impracticables e

(54) De hecho, los Estados han regulado tradicionalmente materias en el corazón del comercio interestatal, como, por ejemplo, contratos y derecho de daños. Los Estados han regulado la actividad comercial interestatal tanto que la mayoría de casos de cláusula de comercio concierne la validez no de la legislación federal, sino de la estatal (ver S. M. McJOHN: *Ob.cit.*, pág. 30).

(55) De seguirse radicalmente el criterio establecido en *Lopez*, puede producirse el problema denunciado por la Sentencia de que no habría ningún ámbito a salvo de la legislación federal, pero al revés, en favor de los Estados, dado que éstos legislan sobre una gran variedad de mate-

inseguras como las que abandonó el Tribunal en *García* al revocar *National League of Cities* (del tipo: «funciones íntegra y tradicionalmente estatales»).

En resumen, si el Tribunal mantiene el criterio establecido en *Lopez*, declarará constitucional una regulación de una actividad intraestatal si y sólo si considera: 1.º, que la actividad es una transacción económica o comercial que substancialmente afecta al comercio interestatal, o 2.º, que la ley es parte necesaria de una regulación más amplia de la actividad económica o comercial, o 3.º, que la actividad no es económica o comercial, pero tiene un efecto substancial sobre el comercio interestatal y siempre que no sea de tradicional referencia de los Estados. Por tanto, después de *U.S. v. Lopez*, el examen judicial de la legislación federal a la luz de la cláusula de comercio será más estricto.

B) *La Sentencia en el debate actual sobre el concepto del federalismo: ¿una nueva interpretación de la cláusula de comercio o un aviso al Congreso sobre los límites a su actividad derivados de la soberanía de los Estados?*

United States v. Lopez se aparta, pues, de la interpretación corriente del Tribunal Supremo sobre la cláusula de comercio, sustituyéndola por la reciente doctrina acuñada en torno a la X Enmienda en la línea del *federalismo sustantivo*. Hasta esta Sentencia, el rastro del Nuevo Federalismo puede seguirse en el Tribunal Supremo a través de las siguientes opiniones y decisiones (56): 1.º, el voto discrepante de Rehnquist en *Fry v. United States* (1975); 2.º, la Sentencia *National League of Cities v. Usery* (1976) y las que aplicaron su doctrina hasta que fue revocada por *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985), especialmente *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn.* (1981); 3.º, el voto discrepante de O'Connor en *García* (1985); 4.º, *Gregory v. Ashcroft* (1991); y 5.º *New York v. United States* (1992). En síntesis, el Nuevo Federalismo se apoyaría sobre tres grandes premisas (57):

1.^a Los Estados retienen aspectos cruciales de la soberanía, lo que implica equipararlos, en alguna medida, con Naciones independientes. En su versión más fuerte, la de Rehnquist, Scalia y Thomas, la soberanía de los Estados

rias. Es difícil imaginar cualquier área de la realidad social que no se vea afectada, de alguna manera, por una u otra función tradicionalmente estatal.

(56) Después de *Lopez*, hay que considerar el voto discrepante de Thomas en *United States Term Limits, Inc. v. Thornton* (22 de mayo de 1995), como uno de los más importantes «manifestos» de este Nuevo Federalismo (ver *infra*, págs. 310 y sigs.).

(57) Ver FARBER: *Ob.cit.*, págs. 626 y sigs.

es primaria. Existieron antes que el Estado federal (que es una creación de los pueblos separados de los Estados individuales) y son más fundamentales que él dentro del esquema de poderes diseñado por la Constitución.

2.^a Puesto que, en virtud de la *Supremacy Clause*, el derecho federal prevalece sobre el estatal, para poder afirmar que los Estados retienen alguna forma de soberanía, es inevitable conceder que deben tener algún ámbito de poder exclusivo o, como mínimo, un ámbito en la que el Gobierno federal pueda entrar tan sólo bajo especiales circunstancias. En la versión más clásica del Nuevo Federalismo, tal como se plasmó en *National League of Cities*, este ámbito comprende las «actividades íntegra y tradicionalmente estatales». En *Lopez*, Rehnquist, siguiendo la estela de *New York v. United States*, determinó finalmente la extensión del poder federal de comercio considerando previamente la de los poderes tradicionalmente reservados a los Estados (en el caso: educación y Derecho penal).

3.^a Los nuevos federalistas afirman que los Estados no son simplemente un rasgo estructural de la forma de estado norteamericano, no son un simple hecho de la democracia del país, sino un importante «bien positivo» merecedor de protección. En palabras de Robert Nagel, «un valor fundamental». La asunción básica es que los Estados, por su más directa y «primaria» relación con el pueblo, son algo así como los guardianes de la libertad individual.

Ahora bien, aunque *Lopez* puede caracterizarse como uno de los principales triunfos judiciales del Nuevo Federalismo, lo cierto es que no trata de introducir un corte revolucionario en la comprensión del poder federal de comercio; como ella misma señala expresamente, no busca sustituir los criterios judiciales dominantes desde el *New Deal*. La opinión de Thomas es la mejor confirmación de este hecho: sólo él propugna nuevos estándares interpretativos. El *Chief Justice* Rehnquist pretende en la Sentencia retener algunos aspectos de la exégesis habitual mientras descarta otros. De ahí el esencial carácter *paradójico* de la decisión. Como bien dice Souter, *Lopez* no es un *epochal case*; no pretende instaurar nuevos criterios de interpretación que sustituyan a los anteriores. Su sentido principal parece ser, por el contrario, el de un *mensaje*, enviado por el Tribunal Supremo al Congreso, anunciando un nuevo papel del Tribunal, más activo, en el examen de la legislación federal que afecte al poder de comercio. *Lopez* puede ser entendida como un enérgico recordatorio al Congreso de que no es el único árbitro de su poder constitucional y, sobre todo, de que el Tribunal está muy atento a todo lo que se refiera al examen del equilibrio federal (58). Podría de-

(58) En este sentido se pronuncian, entre otros, McALLISTER: *Ibidem*, págs. 219 y sigs.; la Redacción de la *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 1, págs. 118 y sigs., y McJOHN: *Ibidem*, págs. 33 y sigs.

ducirse de la Sentencia que existe un límite substantivo sobre las regulaciones de ámbitos de tradicional regulación por parte de los Estados (como la educación o el Derecho penal); pero más que dibujar una línea que el Congreso no pueda traspasar en ningún caso, tiene más sentido entender que *Lopez* requiere, en el supuesto de una legislación sobre actividades no comerciales o económicas referida a ámbitos tradicionalmente estatales, que el propio Congreso aporte testimonio de las relaciones de tales actividades con el comercio interestatal o del interés federal en presencia que justifique la regulación. Recuérdese cómo el dato de que la Ley cuestionada no mostraba en absoluto las relaciones con el comercio de la actividad consistente en llevar armas de fuego en zonas escolares, fue determinante para que el Quinto Circuito (59), y a la postre el mismo Supremo (60), estimasen su inconstitucionalidad. De hecho, a las pocas semanas de la Sentencia, el Congreso modificó la Ley, ciñendo la conducta delictiva a quien poseyera, dentro de una zona escolar, un arma de fuego «que hubiera circulado o que de cualquier otro modo afectase al comercio interestatal o internacional» (61).

Este carácter «extraordinario» de la Sentencia *Lopez*, de «*hard*», más que de «*epochal*» *case*, puede verse confirmado si tenemos en cuenta tres factores: 1.º Que no ha inaugurado una clara línea de casos, sino que las decisiones posteriores de los tribunales inferiores han considerado las reglas establecidas en *Lopez* como excepcionales, si bien han adoptado un examen de las leyes más cauteloso (62). 2.º El propio objeto de la ley cuestionada en el caso, que se refería nada menos que a dos áreas de tradicional regulación estatal: educación y Derecho penal. En particular, el Tribunal podría haber sido influido por la progresiva «federalización del Derecho penal», esto es, la creciente tipificación de nuevos delitos federales, que está colapsando a los tribunales federales y planteando serios problemas de compatibilidad con el, en ocasiones, muy diferente régimen jurídico penal de los Estados (63). Incluso ha llegado a interpretarse *Lopez*, en este sentido, simplemente como un intento por parte del Tribunal Rehnquist de limitar la creciente expansión del Derecho penal federal, remitiendo la pequeña actividad delictiva (como la que dio origen al caso) al conocimiento de los tribunales estatales (64). 3.º Y, por último, que el Tribunal Su-

(59) Ver *supra*, pág. 281, nota 21.

(60) Ver *supra*, pág. 285.

(61) De ello se hace eco DEBORAH JONES MERRITT: «Commerce!», *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 3, 1995, pág. 697.

(62) Ver D. J. MERRITT: *Ibidem*, págs. 712 y sigs.

(63) Ver D. J. MERRITT: *Ibidem*, págs. 707 y sigs.

(64) CHARLES B. SCHWEITER: «Street crime, interstate commerce and the federal docket: the impact of *United States v. Lopez*», *Duquesne Law Review*, vol. 34, núm. 1, 1995, pág. 73.

premo sigue dividido, en importantes decisiones posteriores a *Lopez*, entre los partidarios del tradicional federalismo procedimental y los del «Nuevo federalismo». Además de *Seminole Tribe of Florida v. Florida* (de 27 de marzo de 1996), que se refiere a un tema muy concreto, la excepción de inmunidad soberana de los Estados de la XI Enmienda (65), una Sentencia (en la que vence la concepción procedimental) (66) destaca sobre las demás: *United States Term Limits, Inc. v. Thornton*, de 22 de mayo de 1995. Se cuestionaba en este caso una enmienda de la Constitución del Estado de Arkansas que prohibía presentarse como candidatos a las elecciones del Congreso a quienes hubieran servido ya tres mandatos en la *House* o dos en el Senado (67). Confirmando la

(65) Se trata de una Sentencia «favorable» a los Estados. El precepto constitucional aplicable en esta ocasión era la XI Enmienda: «El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier otro Estado extranjero.» El Congreso dictó en 1988 la *Indian Gaming Regulatory Act* para regular el juego de las tribus indias. Esta Ley clasificaba los juegos en tres tipos; el tercero, el concernido en este caso, comprendía juegos como los de casino, tragaperras, carreras de galgos o lotería. Sólo se admitían tales juegos si se cumplían tres condiciones: 1.ª, que fueran autorizados por una resolución que se adoptara por los dirigentes de la tribu, satisfaciendo todos los requisitos que la Ley exigía, y se aprobaran por la *National Indian Gaming Commission*; 2.ª, que se localizaran en un Estado que permitiera tales juegos, y 3.ª, que se llevaran a cabo de conformidad con un convenio entre el Estado y la tribu. La Ley permitía a la tribu requerir al Estado para celebrar dicho convenio, exigiendo que el Estado negociara con la tribu en buena fe. Si el Estado se negaba a entrar en negociaciones con la tribu o no se conducía con buena fe, la Ley otorgaba a la tribu el derecho de demandar al Estado ante los tribunales federales. En septiembre de 1991, la tribu seminola demandó al Estado de Florida por haber rehusado a negociar dicho convenio sobre el juego. La representación del Estado alegó que tal demanda (y la previsión legal en la que se apoyaba) violaban la «inmunidad soberana de los Estados» respecto de las demandas ante tribunales federales que se reconoce en la XI Enmienda. El Tribunal Supremo (ponente —cómo no— Rehnquist) confirmó el argumento del Estado. La comprensión de la XI Enmienda, desde *Hans v. Louisiana* (1890), tiene dos partes: 1.ª, cada Estado es una entidad soberana en el sistema federal norteamericano, y 2.ª, es inherente a la naturaleza de dicha soberanía no poder ser demandado sin su consentimiento. «Es una indignidad someter a los Estados ante los tribunales federales a instancia de particulares». Por el contrario, las opiniones discrepantes de Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer afirmaron que la Enmienda XI no era aplicable a este caso y que, en todo caso, el Congreso podría abrogarla excepcionalmente cuando claramente deseara hacerlo, dentro de sus poderes constitucionales. Para un comentario de este caso, ver HENRY PAUL MONAGHAN: «The Sovereign Immunity Exception», *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 1, 1996.

(66) Fue ponente el juez Stevens.

(67) Enmienda núm. 73, aprobada por el cuerpo electoral de Arkansas el 3 de noviembre de 1992. Su intención se mostraba en el Preámbulo: «El pueblo de Arkansas encuentra y declara que los cargos electos que permanecen demasiado tiempo llegan a estar preocupados sobre todo por la reelección e ignoran sus deberes como representantes del pueblo... ello reduce la participación

decisión del Tribunal Supremo de Arkansas, el Tribunal Supremo federal afirmó que tal enmienda violaba la Constitución federal. La constitucionalidad de la enmienda dependía críticamente de la resolución de estas dos cuestiones: 1.^a, si la Constitución prohíbe a los Estados añadir o alterar las condiciones de elegibilidad específicamente enumeradas en la Constitución (68), y 2.^a, en caso afirmativo, si reviste significado constitucional que la enmienda sea una restricción limitada y no absoluta del acceso a las elecciones. El problema que únicamente nos interesa aquí es el primero (69). El Tribunal había venido sosteniendo, desde *Powell v. McCormack* (1969), que el poder de las Cámaras para juzgar las causas de inelegibilidad de sus propios miembros (art. I, sección 5.^a) no incluye la facultad de añadir otras distintas de las que expresamente figuran en la Constitución. En este caso, los representantes de Arkansas alegaban que el requisito introducido por la enmienda, de no haber agotado cierto número de mandatos electorales, era plenamente constitucional porque la Constitución federal no lo prohibía y la X Enmienda, es decir, el principio de poderes reservados a los Estados, lo permitía. El Tribunal Supremo se muestra en desacuerdo con esta tesis por dos razones: 1.^a Los Estados no se han reservado ningún poder «originario» en este ámbito, y 2.^a, aunque dispusieran de él, habría que concluir que el constituyente intentó que la Constitución fuera la fuente exclusiva de causas de inelegibilidad para los miembros del Congreso (es decir, los *Framers* «despojaron» a los Estados de esa potestad). Ciertamente, reconoce el Tribunal, los Estados retienen una medida importante de soberanía. Pero sólo en tanto la Constitución federal no les haya desprovisto de sus poderes originarios en beneficio del Gobierno federal. Antes de la adopción de la Constitución, los Estados habían estado unidos bajo la Confederación. En ese sistema, «los Estados retuvieron la mayor parte de su soberanía, como Naciones independientes ligadas mediante tratados» (*Wesberry v. Sanders*, 1964).

ciudadana y convierte el sistema electoral en menos libre, menos competitivo y menos representativo que el establecido por los constituyentes.»

(68) Las *Qualifications Clauses* establecen que: «No será representante ninguna persona que no haya cumplido veinticinco años de edad y sido ciudadano de los Estados Unidos durante siete años y que no sea habitante del Estado en el cual se le designe en el momento de la elección» (art. I, sección 2.^a, cláusula 2.^a), y «No será senador ninguna persona que no haya cumplido treinta años de edad y sido ciudadano de los Estados Unidos durante nueve años y que, al tiempo de la elección, no sea residente del Estado por parte del cual fue designado» (art. I, sección 3.^a, cláusula 3.^a).

(69) Respecto del segundo, el Tribunal contesta negativamente: el límite de mandatos electorales, como cualquier otro requisito, incuestionablemente restringe la capacidad de los votantes para votar libremente a quienes ellos deseen (violando, en consecuencia, uno de los principios fundamentales de la democracia representativa).

Por medio de la Constitución, los constituyentes crearon un Gobierno nacional enteramente distinto; asumieron un sistema nacional uniforme, «rechazando la idea de que la Nación fuera una colección de Estados». En vez de ello, «establecieron un vínculo directo entre el Gobierno nacional y el pueblo de los Estados Unidos». En dicho Gobierno, «los representantes están vinculados primariamente no al pueblo de cada Estado, sino al pueblo de la Nación». Como observara el juez Story en el siglo pasado, «cada miembro del Congreso es un representante de la Unión, derivando sus poderes de la Constitución y no de los Estados».

En su voto concurrente (y también decisivo en esta decisión, como lo fuera en *Lopez*, aunque cambiando de grupo judicial), el juez Kennedy subraya que mediante la creación del sistema federal fue el pueblo entero de los Estados Unidos quien afirmó su identidad política y unidad de objetivos (70). Pues bien, «un carácter distintivo del Gobierno nacional, la señal de su legitimidad, es que debe su existencia al pueblo entero que lo crea» (71). En cierto sentido es verdad que «el pueblo de cada Estado retiene su identidad política propia», pero de ello «no se sigue que la única identidad política de un americano sea la de su Estado de residencia». Esto negaría el *dual character* del Gobierno federal. Aunque limitado en su objeto, el Gobierno federal debe ser controlado por el pueblo sin colateral interferencia por parte de los Estados; que no pueden invadir la esfera de la soberanía federal —según ocurre con la enmienda de la Constitución de Arkansas— como corolario de la afirmación según la cual el Gobierno federal debe ser mantenido dentro de los límites de su propio poder cuando invade materias reservadas a los Estados (como ocurrió en *Lopez*). En consecuencia, «no cabe duda, si queremos preservar...el carácter federal (de la Nación), que existe un Derecho federal de ciudadanía, una relación entre el pueblo de la Nación y su Gobierno nacional, en la que los Estados no pueden intervenir».

Por su parte, la opinión discrepante del juez Thomas, a la que se unió Rehnquist, es un magnífico ejemplo de declaración de principios del «Nuevo

(70) Reitera algunos de los argumentos esgrimidos en *Lopez*: «El Federalismo fue nuestro propio descubrimiento de la Nación. Los *Framers* dividieron el átomo de la soberanía. Su idea genial fue que nuestros ciudadanos tuvieran dos capacidades políticas, una estatal y la otra federal, cada una protegida frente a la otra. La Constitución resultante crea un sistema jurídico sin precedentes..., estableciendo dos órdenes de gobierno, cada uno con sus propias obligaciones y derechos respecto del pueblo que les sostiene y al que representan».

(71) Kennedy cita en su apoyo a J. Madison: la Cámara de Representantes «deriva sus poderes del pueblo de América» y al *Chief Justice* Marshall en *McCulloch v. Maryland* (1819): «El Gobierno de la Nación... es enfática y verdaderamente un gobierno del pueblo. En forma y sustancia emana de él.»

Federalismo». Comienza, como hiciera Rehnquist en *Lopez*, remitiéndose a «algunos principios fundamentales» (*first principles*), dado que la mayoría de Jueces en la Sentencia «entiende mal la noción de poderes “reservados” a los Estados». Según Thomas, en virtud de la X Enmienda, «la última fuente de la autoridad de la Constitución es el consentimiento del pueblo de cada Estado individual, no el consentimiento del pueblo indiferenciado de la Nación como un todo». Y por ello el pueblo de cada Estado no necesita apoyarse en un explícito otorgamiento de poderes por parte de la Constitución federal en orden a establecer nuevos requisitos electorales para sus representantes en el Congreso. Nada en la Constitución priva al pueblo de cada Estado del poder de prescribir condiciones de elegibilidad para los candidatos que pretenden representarlos en el Congreso; la Constitución simplemente guarda silencio sobre esta cuestión y donde la Constitución calla, no se prohíbe actuar a los Estados o al pueblo. El procedimiento de ratificación de la Constitución (art. VII) muestra que ésta sólo entraría en vigor una vez ratificada en convención por el pueblo de nueve Estados; por tanto, sólo para esos Estados, de modo que la Constitución «no vincularía, por ejemplo, al pueblo de Carolina del Norte hasta que su cuerpo electoral la ratificara». Cuando los Estados adoptaron la Constitución federal, el pueblo de cada Estado entregó, desde luego, parte de su autoridad; pero «como el pueblo de los diversos Estados son la única fuente del poder, el Gobierno federal no tiene más autoridad que la conferida por la propia Constitución». Son los Estados los que retienen los poderes del pueblo (Enmienda X), luego pueden ejercer todos los poderes menos los que la Constitución les prohíba. Cuando la Constitución emplea la palabra «pueblo» se refiere al de cada Estado: el artículo V llama a la ratificación de la Constitución mediante convenciones de los pueblos de cada Estado y la elección de los miembros del Congreso (e incluso la del presidente) (72) se hace Estado por Estado (73). En

(72) De manera que un candidato a la Presidencia puede perder la elección a pesar de haber obtenido la mayoría de votos en todo el país.

(73) «Los científicos de la política pueden discutir sobre quién ostenta la «primaria lealtad» de los miembros del Congreso una vez que llegan a Washington...pero desde la época constituyente hasta hoy la *selección* de los Representantes y Senadores de cada Estado ha sido entregada por entero al pueblo de cada Estado o a su legislador... El propio nombre de «Congreso» sugiere una representación de distintas entidades. De modo coherente con la complejidad de nuestro sistema federal, una vez que los representantes elegidos por el pueblo de cada Estado se reúnen en el Congreso forman un cuerpo nacional y están más allá del control de los Estados hasta la siguiente elección. Pero la selección de representantes en el Congreso es indisputablemente un acto del pueblo de cada Estado, no algo tan abstracto como el pueblo de la Nación entendida como un todo. Cuando el pueblo de Georgia elige a sus representantes, está actuando como el pueblo de Georgia, no como agentes del pueblo indiferenciado de la Nación como un todo».

pocas palabras, «la noción de soberanía popular que subyace a la Constitución no borra la fronteras estatales, sino que las marca». El pueblo de cada Estado retiene sus identidades políticas separadas (74). Thomas analiza críticamente la opinión de la mayoría (75), concluyendo que acierta cuando afirma que los *Framers* esperaban que los procedimientos electorales crearan un «vínculo directo» entre los miembros del Congreso y el pueblo, pero que se equivoca radicalmente al no caer en la cuenta de que dicho vínculo se establece entre los representantes y el pueblo de cada Estado (76); hay que evitar leer en las *Qualifications Clauses* más cosas de las que ellas mismas dicen.

Esta opinión de Thomas y Rehnquist revela bien a las claras el rostro del Nuevo Federalismo, sin necesidad de suavizarlo a fin de ganarse el apoyo de otros Jueces para lograr la mayoría en una decisión concreta, como ocurriera en *United States v. Lopez*. Demuestra también el profundo calado de la disensión actual en el seno del Tribunal respecto del concepto de federalismo que la Constitución norteamericana abraza.

V CONCLUSION: UNA SENTENCIA «TRANSACCIONAL»

Con *United States v. Lopez*, por tanto, el Tribunal Supremo no ha preten-

(74) Incluso en el lenguaje donde otros han encontrado la confirmación de la unidad nacional, Thomas halla una aseveración del estatuto fundamental de los Estados respecto de la Nación: «Las sonoras palabras iniciales de la Constitución —*We the People of the United States*— confirman en alguna medida esta misma idea. En la Constitución, después de todo, «los Estados Unidos» es un nombre plural. El Preámbulo que la Convención de Filadelfia aprobó antes de enviar la Constitución al Comité de Estilo es incluso más claro. Comenzaba: “*We the People of the States of New-Hampshire, Massachusetts, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia*”... El Comité de Estilo adoptó la actual fórmula porque no estaba claro que todos los Estados fueran a ratificar la Constitución».

(75) Según la mayoría, los Estados sólo poseen aquellos poderes que la Constitución explícitamente les garantiza o que disfrutaban antes de que la Constitución fuera adoptada; pero esta idea es incoherente con la X Enmienda, con el hecho de que todos los poderes públicos derivan su autoridad del poder de los Estados. La lectura correcta de la X Enmienda es, por el contrario, que a menos que la Constitución federal expresamente lo prohíba, los Estados retienen todos los poderes. El único apoyo para el punto de vista de la mayoría sobre la X Enmienda procede del Tratado de Derecho Constitucional de Joseph Story (1833), «una persona brillante, pero que ni siquiera perteneció a la generación fundadora», por lo que no representa el entendimiento «originalista», sino tan sólo el propio (su posición es la que incorpora el Tribunal: los poderes reservados a los Estados son sólo aquellos de los que disfrutaban antes de la ratificación de la Constitución federal).

(76) Así que «el pueblo de Georgia no tiene nada que decir sobre quién selecciona el de Massachusetts para representarle en el Congreso».

dido ambiciosamente paralizar la creciente federalización del Derecho norteamericano, sino tan sólo reaccionar contra algunos de sus excesos. Es un mensaje del Tribunal al Congreso para que éste se sujete a cierto *restraint* cuando intente regular materias no claramente comerciales o económicas y de tradicional normación por parte de los Estados. La Sentencia es intrínsecamente *transaccional* (77): anuncia una potencial limitación sobre el poder federal de comercio, pero acepta atenerse (al menos, formalmente) (78) a los precedentes jurisprudenciales deferentes hacia la legislación federal; afirma el papel independiente del Tribunal a la hora de revisar las leyes federales dictadas al amparo de la cláusula de comercio, pero tan «sólo» añade un elemento al *rational basis test*, la exigencia de que el Congreso muestre de alguna manera la relación entre la actividad regulada y el comercio interestatal (en los casos-límite de regulación de actividades intraestatales no claramente comerciales, y de tradicional referencia estatal); evoca, en fin, el federalismo substantivo, pero acaba admitiendo también las premisas del procedimental. En efecto, si se acepta que *Lopez* no ha revocado los precedentes jurisprudenciales del Tribunal sobre la cláusula de comercio, sino que simplemente ha postulado un examen judicial más estricto (apoyándose no el Derecho de casos sobre el poder federal de comercio, sino en la reciente interpretación de la X Enmienda), puede concluirse que su efecto final ha sido el de añadir a la actividad legislativa federal un nuevo *límite procedimental*: la aportación, por parte del Congreso, de pruebas que revelen el interés federal en juego o la relación de la actividad regulada con el comercio interestatal. Así que, «irónicamente» (79), una Sentencia que se parecía mucho, en principio, a *National League of Cities* (defendiendo un ámbito de libertad estatal frente a la regulación federal), a *New York v. Unites States* (determinado el alcance del poder federal sólo una vez establecido el de los Estados) y a *Gregory v. Ashcroft* (exigiendo una interpretación que podríamos denominar de «concordancia práctica» de la legislación federal con la estatal), acaba asemejándose también a *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, un asunto que remitía la determinación del equilibrio de intereses

(77) Quizá sólo de esta manera Rehnquist podría asegurarse la mayoría de votos en la decisión; según se ha visto, la posición de Kennedy y O'Connor en esta Sentencia es de una «concur-rencia incómoda» con los principios de Rehnquist o Thomas —y la Sentencia *Term Limits*, dictada menos de un mes después, así lo confirma—.

(78) Ya que, en la práctica, como hemos tenido ocasión de analizar, dice seguir los criterios jurisprudenciales dominantes desde el *New Deal*, pero se aparta implícitamente de ellos.

(79) McJOHN: «The impact...», *ob.cit.*, pág. 32.

federales y estatales al proceso político (80). La afilada y recurrente polémica en el interior del Tribunal Rehnquist sobre el concepto del federalismo continúa abierta.

(80) En esta decisión, que revocó *National League of Cities*, el Tribunal no halló que la aplicación de una ley federal, la *Fair Labor Standards Act*, a la regulación de una materia tradicionalmente estatal, el transporte colectivo (el metro), violara la soberanía de los Estados. Literalmente sostendrá que: «Aparte de la limitación de la autoridad federal inherente a la naturaleza delegada de los poderes del Congreso en el art. I, sección octava, de la Constitución, los principales medios elegidos por los *Framers* para asegurar el papel de los Estados en el sistema federal yace en la misma estructura del Gobierno Federal. No es una novedad afirmar que la composición del Gobierno federal fue diseñado en gran medida para proteger a los Estados frente al Congreso... La efectividad del proceso político federal para preservar los intereses de los Estados es evidente incluso hoy en el curso de la legislación federal.»