

# LOS EFECTOS FORMALES DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO \*

ENRIQUE ALONSO GARCIA

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. ESTUDIO DE LAS DIVERSAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES: A. *La invalidación judicial de las leyes*. B. *Nulidad total o parcial*. C. *Invalidación del texto o de su aplicación*. D. *Invalidación versus extensión*. E. *Retroactividad o prospectividad del cambio de doctrina*.—3. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la expresión «efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad» intento describir los resultados de esos juicios sobre el sistema de fuentes del Derecho de cualquier ordenamiento jurídico. En una palabra, qué ocurre con la ley declarada inconstitucional y qué ocurre con los hechos y actos (1) que se basaban en la ley ahora declarada inconstitucional.

He preferido esta terminología en lugar de otros términos paralelos, quizá más usados, como simplemente el efecto del juicio de inconstitucionalidad (2), las consecuencias jurídicas de la invalidación judicial (3) o el efecto jurídico de las sentencias que declaran que una ley es inconstitucional (4), porque quería acentuar (A) que el tema al

(\*) El presente comentario formaba un pequeño capítulo de mi tesis doctoral: «La naturaleza de la justicia constitucional: El ejemplo norteamericano».

(1) Utilizo los términos hechos y actos en el sentido jurídico tradicional español.

(2) TRIBE: *American Constitutional Law* (1978), pp. 23-27.

(3) GUNTHER: *Cases and Materials on Constitutional Law* (10.<sup>a</sup> ed., 1980), pp.34-35.

(4) GRANT: *The Legal Effect of a Ruling that a Statute is Unconstitutional*, 1978, Det Coll L Rev 201.

que ahora nos enfrentamos no es el de las fuentes sustantivas del juicio de constitucionalidad en sí mismo, la nueva regla constitucional sustantiva emitida por el Tribunal Supremo, sino sólo los efectos ya descritos, y (B) que el problema es más extenso que el del mero examen del tema de la retroactividad-prospectividad, tema que, más o menos, ha polarizado o monopolizado la discusión en Estados Unidos acerca de los efectos de la inconstitucionalidad (5).

Existen varios caminos para intentar llegar al centro del problema de la naturaleza de la justicia constitucional; es decir, si supone o no legislación o administración.

El primero consiste en examinar si existe o no una función judicial sustantiva distinta del fenómeno de administración entendida en sentido material (fijación de *policies*, no *principles* por los jueces). El fenómeno hace referencia a si por la vía del enjuiciamiento constitucional pueden llegar los jueces a la administración cotidiana de instituciones públicas como puedan ser las escuelas, las cárceles, los programas de vivienda o las oficinas de empleo, por ejemplo.

El segundo consiste en el estudio de las fuentes sustantivas de los juicios de constitucionalidad: legislación puede entonces oponerse a interpretación. Al proceso de creación de la norma constitucional más concreta, por medio de la interpretación, norma más concreta que equivale a la Constitución misma, es a lo que denomino eficacia material.

El tercero hace referencia precisamente al análisis de los efectos formales de las sentencias: legislación puede oponerse aquí no a interpretación, sino a «adjudicación» o enjuiciamiento (6).

A partir de ahora nos sumergimos en este tercer campo.

---

(5) Véanse las citas en notas supra 2-4. Quizá los autores que más ampliamente y sistemáticamente han tratado el tema son CAPELLETTI & COHEN: *Comparative constitutional law. Cases and materials* (1978). Ellos hablan de «los efectos del control de constitucionalidad». En España, hablando del Tribunal Supremo norteamericano, emplea la expresión «efectos de la declaración de inconstitucionalidad». GARCÍA PELAYO: «Derecho constitucional comparado» (Ed. *Revista de Occidente*, 8.ª ed., 1987), página 432.

(6) Es curioso comprobar cómo la tradición europea, cuando habla de «legislación» por los Tribunales constitucionales, incluyendo Kelsen (y tal vez por eso), se fija sólo en este aspecto de los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad y no en el mucho más interesante que consiste en el examen de si el proceso mismo de interpretación responde al método político jurídico.

2. EL ESTUDIO DE LAS DIVERSAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES (\*)

A) *El efecto normal: la «invalidación» judicial de las leyes*

«La mera lectura del artículo 55,2 de la LOTC evidencia que la resolución de los recursos de amparo es una competencia de las Salas, que no aparece limitada en el supuesto de que la sentencia haya de fundarse en que la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. Lo que sucede es que el juicio de la Sala se circunscribe al caso concreto planteado, por lo que su conocimiento sobre la constitucionalidad de la Ley es meramente instrumental y no produce los efectos generales previstos en el artículo 38 de la LOTC (...). El Pleno es el órgano competente para decidir acerca de la constitucionalidad de la Ley, con efectos *erga omnes*, de acuerdo con los artículos 10, *a*), y 38 de la LOTC.» (STC de 10 de noviembre de 1981. Cuestión de constitucionalidad número 48/1981.)

«Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.» (Art. 38,1 de la LOTC.)

«En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.» (Art. 40,2 de la LOTC.)

Qué deba entenderse por «invalidación judicial», no está todavía claro en el actual Derecho constitucional norteamericano.

La doctrina que se contenía en varios casos ya antiguos no ha sido reformulada en las últimas décadas y, lo que es más importante, no estudia directamente el tema por ser normalmente *obiter dicta*.

Por una parte, *Norton v. Shelby County* (7) afirmaba que una ley inconstitucional deviene nula o, mejor, era nula *ab initio*; no existía

(\*) A efectos de una comparación, que nos parece muy útil, hemos creído conveniente hacer determinadas referencias, al inicio de algunos epígrafes, al Tribunal Constitucional español (Ley Orgánica y sentencias).

(7) 118 US 425 (1886).

en el mundo jurídico (8); teoría que es perfectamente comprensible y que sigue la llamada «teoría oracular» de la función judicial (9).

Por otra, la jurisprudencia de algunos tribunales estatales, como *Shepard v. Wheeling* (10), afirmaba que la sentencia del Tribunal Supremo sólo se aplica a las partes; que no tiene eficacia *erga omnes*. Aunque este tipo de afirmaciones nunca han sido emitidas por tribunales federales (11), ha sido mantenida, sin embargo, a veces por otros agentes federales (12). Incluso muy recientemente la teoría ha vuelto a ser afirmada de nuevo por los tribunales estatales.

Como nos cuenta RENDLEMAN, «cuatro años después de que el Tribunal Supremo sostuviera la inconstitucionalidad de una ley de Virginia, prohibitoria de matrimonios interraciales (13), un soldado negro y su novia, blanca, solicitaron una licencia matrimonial en Calhoun

(8) «Una ley inconstitucional no es Derecho; no otorga derechos; no impone deberes; no protege nada; es tan inoperativa como si nunca hubiera sido promulgada». *Norton v. Shelby County*, 118 US 425, 442 (1886). Véase también en este sentido la opinión del constitucionalista que más influencia ejerció, incluso en el Tribunal Supremo, en el siglo XIX. COOLEY: *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*, 8.ª ed., 1911, pp. 259-260.

(9) El mundo judicial norteamericano se mueve en torno a dos teorías constantes acerca de la naturaleza de la función judicial: la teoría «oracular» y la «creativa». La primera supone que el juez descubre el Derecho. No añade nada al texto en el que aquél estuviera plasmado. Es la versión blackstoniana de la tarea judicial, que quebró en los Estados Unidos, como corriente única, en el primer tercio del siglo XX ante los ataques de la *sociological jurisprudence*, J. Cardozo y el realismo jurídico. La segunda propone que la primera es pura falacia, ya que los casos de aplicación estricta de la norma extrajudicial son mínimos, siendo el supuesto normal la creación del Derecho, no sólo para el caso concreto, por los jueces. Sobre ambas concepciones y su respectiva aceptación a lo largo de la historia del Derecho norteamericano, véase WHITE: *The American judicial tradition* (Oxford University Press, 1976), p. 2 (aunque toda esta preciosa obra está orientada desde este punto de vista). En el fondo, el siglo XIX planteó este mismo problema en Inglaterra con la oposición de Bentham al jurista más prestigioso del siglo XVIII, William Murray, posteriormente Lord Mansfield.

(10) 4 SE 635 (W Va 1887).

(11) FIELD: *The effect of an unconstitutional statute* (1935), en p. 7, n., cita tres casos del Tribunal Supremo como sosteniendo esta posición: *Dahneke-Walker Milling Co. v. Bondurant*, 257 US 282 (1921); *Yazoo & MRV co. v. Jackson Vinegar Co.*, 226 US 217 (1912) y *Jeffrey v. Blagg*, 235 US 571 (1914). Estos casos, sin embargo, no hablan para nada de este tema, sino que sólo estaban intentando aclarar la diferencia entre la invalidez de leyes *on their face* o *as applied*, tema que tendremos ocasión de estudiar un poco más adelante.

(12) Véase 39 Ops. Atty. Gen. 22 (1937), comentando la derogación de la doctrina del Tribunal Supremo de *Adkins v. Children's Hospital*, 261 US 525 (1923), por el propio Tribunal Supremo en *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937) y donde afirmaba que la ley anulada por el primer caso estaba automáticamente en vigor.

(13) *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

County, Alabama. El juez denegó la licencia porque era "ilegal". Un *deputy attorney general* se mostró de acuerdo afirmando que "cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos enjuicia un caso su sentencia sólo vincula a las personas que se ven afectadas en ese caso concreto... No puede decirse que un solo fallo borre todas estas leyes de todos los libros de códigos en todo Estados Unidos". Pocos días después un tribunal federal de distrito declaró que la ley de Alabama era inconstitucional, requiriendo en el fallo al *Attorney General* que aconsejara a todos los jueces estatales que la ley carecía totalmente de validez (14)».

Hay casos todavía más sangrantes, como el de *Williams v. Georgia* (15). Williams había sido condenado a muerte; la sentencia fue apelada porque el condenado entendía que el procedimiento de selección de jurados discriminaba a los negros. El Tribunal Supremo, después de la condena, había admitido precisamente la inconstitucionalidad de ese sistema de selección. En apelación, dicho Tribunal Supremo devolvió el caso al Tribunal Supremo de Georgia para que lo reconsiderase a la luz de la nueva doctrina. Este último confirmó la sentencia, negándose a «rendir poderes soberanos de este Estado». «Inexplicablemente —dicen, con razón, GROSSMAN y WELLS (16)—, pese a este desafío directo, el Tribunal Supremo denegó varias nuevas peticiones de revisión y Williams fue ejecutado.»

En todo caso una afirmación parece alcanzar unanimidad: «la declaración de inconstitucionalidad no opera exactamente igual que si se tratase de la derogación de una ley. Todos los tribunales aceptan esto (17)».

En palabras de GRANT, «cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos establece que una ley es inconstitucional, su sentencia tiene efecto *erga omnes* por sólo una razón —puede dejar de lado cualquier otro fallo por cualquier otro tribunal... que intente aplicar esa ley (18)».

Así, pues, la «invalidación» de la norma (término con el que se designa la función del Tribunal Supremo) no se deriva sino de su inaplicación en todo caso análogo.

(14) El caso era *United States v. Brittain*, 319 F Supp 1058 (N D Ala. 1970). La historia la he tomado de RENDLEMAN: *Prospective Remedies in Constitutional Adjudication*, 78 W Va L Rev 155, 158, 168, n. 83 (1976).

(15) 394 US 375 (1953).

(16) GROSSMAN & WELLS: *Constitutional law and judicial policy making* (Wiley and Sons, ed., 2.ª ed., 1980), p. 54.

(17) FIELD: *Op. cit. supra*, nota 11, p. 10.

(18) GRANT: *Op. cit. supra*, nota 4, p. 217.

Esta creencia general, sin embargo, supone reconocer que la eficacia de las sentencias del Tribunal Supremo es la de la doctrina jurisprudencial, no la de la ley general, por eso a veces se producen estas disfunciones.

Sin embargo, a nadie se le escapa que la afirmación de GRANT es real y el Congreso de los Estados Unidos es el primero que tiene por totalmente invalidada toda ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo, llevando un cuidadoso registro de las mismas, aunque no hay acto formal posterior de derogación, que no tiene sentido (19).

El tema además ofrece la especialidad de que el fallo de las sentencias del Tribunal Supremo no declara nada constitucional o inconstitucional, pues se limita al aspecto procesal: «revocamos» o «afirmamos» la sentencia del tribunal inferior, por lo que la declaración de inconstitucional en sí misma forma parte del fundamento del fallo y no de éste (20).

El tema, pues, enlaza de esta forma con la doctrina del precedente (21).

Baste aquí para acabar el señalar que el tema no preocupa en absoluto a la doctrina norteamericana.

Sólo recientemente MILLER ha vuelto a sacarlo a discusión pública para reafirmar los mitos tradicionales. Pero su reafirmación de estos principios tradicionales es útil porque nos lleva al convencimiento de que en último término el tema de las fuentes del Derecho puede trasladarse del origen de las normas al de su vigencia y de aquí al de la sociología jurídica.

Efectivamente, al contrario que GRANT, MILLER reafirma el principio de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es sólo aplicable al caso concreto (*law of the case* y no *law of the land*), por lo que, al contrario de lo que ocurre con una ley, no existe obligación de seguir-

---

(19) Puede verse una lista de las leyes federales declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo desde 1803 hasta 1977, en total 104, lista que contiene la cita literal del precepto anulado y de la enmienda o artículo de la Constitución que la motivó, en *The Supreme Court. Justice and the Law* (Congressional Quarterly, sept. 1977, 2.ª ed.), pp. 168 a 173.

(20) De todas formas la publicación de las sentencias va precedida de un pequeño resumen que consta de dos partes: *Syllabus* y *Held*, que se corresponden con la materia tratada y resumen de la declaración del Tribunal Supremo, equivalente esta última al fallo, pero con los fundamentos muy resumidos incluidos. En todo caso, se trata de un resumen oficioso de los recopiladores (aunque oficiales) que no tiene valor alguno.

(21) GUNTHER: *Op. cit. supra*, nota 3, por ejemplo, afirma en p. 34, que «por ejemplo, alguna eficacia práctica de las sentencias de los Tribunales federales y del Tribunal Supremo más allá de las partes está asegurada por la ordinaria adherencia judicial al principio de *stare decisis*».

la, sino predicción de enjuiciamiento futuro en el mismo sentido. Sólo en las *class actions* (22) las sentencias tienen más de un destinatario y por eso precisamente se instituyeron tales acciones.

En último término, el que los otros poderes constitucionales sigan las sentencias del Tribunal Supremo, incluidos los tribunales federales inferiores (23), depende de su propia voluntad o de quien posea la fuerza final de coacción (24).

MILLER y GRANT están, sin embargo, de acuerdo pese a su aparente contradicción: el poder de la sentencia de anulación es un poder que se basa en la hipotética anulación futura de la actividad en ella amparada, mientras el poder de la ley, se dice, obliga a todos los ciudadanos desde que es promulgada.

Quien incumple la sentencia no siendo parte en el proceso no incumple la ley, cosa que no ocurre respecto de un texto legal.

De todas formas, la respuesta final de si existe realmente diferencia a nivel de vinculación general de todos los ciudadanos por parte de ambas es demasiado amplia como para ser tratada aquí. Depende de la vigencia efectiva o no de la ley-sentencia y ese tema es quizá sólo solucionable por la sociología del Derecho, vista la falta de *consensus* que la Teoría General del Derecho ha generado en cuanto al valor de la jurisprudencia como fuente.

El ejemplo de H. L. A. HART, el profesor de Filosofía del Derecho de Oxford, relativo al juego con o sin árbitros (25), es el que mejor explica la distinción de MILLER entre la ley y sentencia.

Sin embargo, ocurre que el árbitro puede crear un nuevo juego (26), como el propio MILLER reconoce que ocurre en Norteamérica *al dictar el Tribunal Supremo reglas con una pretensión de universalidad que se deduce de la propia gramática*; reglas que, por otra par-

(22) Son acciones procesales en que el o los demandantes pueden pedir al Tribunal que certifique que la sentencia se va a aplicar a un colectivo con independencia de que alguno o algunos miembros del colectivo (desde vecinos de una localidad hasta usuarios en el pasado de una autopista de peaje) no quieran ni puedan ejercitar la acción.

(23) Miller hace referencia a un celeberrimo trabajo de MURPHY: *Lower Courts Checks on Supreme Court Power*, 53 Am Pol Sci Rev 1017 (1959) que describe las formas de evasión de mandatos del Tribunal Supremo por los Tribunales inferiores.

(24) MILLER & SCHEFFLIN: *The Power of the Supreme Court in the Age of the Positive State: A Preliminary Excursus*, 1967, Duke L J 273, 289 y ss.

(25) *El concepto de Derecho* (Ed. Nacional de México, 1980), p. 181. La idea de Hart es que cuando en un juego se acepta al árbitro no es para que éste fije las reglas, sino para que las haga respetar. Las reglas existen con independencia de que haya o no árbitro.

(26) Véase Id., pp. 182 y ss.

te, son aceptadas de hecho, salvo las extrañas excepciones, algunas de las cuales ya hemos relatado, por todos los poderes públicos y ciudadanos como *normas* constitucionales sustantivas.

En todo caso tampoco está claro en Estados Unidos el tema de si la modificación de la doctrina por el Tribunal Supremo hace que las leyes, antes inconstitucionales y ahora no, tengan que volver a ser promulgadas para considerarlas vigentes. TRIBE indica que *Chicot County v. Baxter State Bank* (27) contiene la afirmación por el Tribunal Supremo de que una ley no necesita ser repromulgada si dicho tribunal deroga su propia doctrina. Sin embargo, el citado caso lisa y llanamente no dice eso, ni cosa que se le parezca.

De hecho el Tribunal Supremo no ha afirmado nunca ese principio aunque sí lo han hecho, como ya hemos visto (28), miembros del ejecutivo federal.

De todas formas conviene recordar que si se produjera algún supuesto absurdo de pretensión de aplicación de leyes antiguas, inconstitucionales durante largo tiempo (el Tribunal Supremo no suele modificar rápidamente el precedente), el Tribunal Supremo podría valerse de la doctrina de la inconstitucionalidad de las leyes obsoletas (29) para decretar su invalidación.

Las afirmaciones constantes y reiteradas de la doctrina y jurisprudencia norteamericana acerca de la nulidad (*voidness*) o anulabilidad (*voidableness*) de la ley inconstitucional no hacen referencia a este tema, sino al de los efectos de la sentencia no sobre la ley, sino sobre los actos-hechos basados en esa ley. A la ley misma, como norma, le da igual: no será aplicada de ahora en adelante. Pero para los hechos y actos jurídicos que se amparaban en ella la disyuntiva es otra. Y es precisamente esta disyuntiva lo que los jueces o la doctrina discuten cuando hablan de nulidad (30) o anulabilidad (31) de las leyes. Este tema será examinado posteriormente en estas páginas, al tratar del debate de la retroactividad-prospectividad (32). Es esta falta de distin-

(27) 308 US 371, 374 (1940). TRIBE: *Op. cit. supra*, nota 2, p. 25.

(28) Véase *supra*, nota 12.

(29) Véase BICKEL: *The least dangerous branch* (Bobbs & Merrill, ed. 1962), páginas 154-156.

(30) Véase texto que acompaña a las notas 6-9.

(31) Véase *Chicot County v. Baxter State Bank*, 308 US 371, 374 (1940). Esta teoría de la anulabilidad era muy popular en la época de auge de la teoría «oracular». Fue una sentencia de C. J. Lemuel Shaw, uno de los más famosos jueces norteamericanos, aunque no llegó al Tribunal Supremo, la del caso *Wellington v. Petitioners*, 16 Pick 87, 96 (Mass 1834), la que estableció por primera vez la teoría de la anulabilidad.

(32) Véase *infra*, apartado E.

ción entre qué ocurre con la ley y qué ocurre con los hechos-actos que se amparaban en esa ley lo que produce el *pastiche* y la poca claridad de ideas que en general acerca de este tema muestran tanto la doctrina como la jurisprudencia norteamericanas (33).

B) *Inconstitucionalidad total o parcial*

«Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad declarará igualmente la nulidad de los preceptos, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.» (Art. 39,1 de la LOTC.)

«Los artículos y disposiciones de la Ley no enumerados en el párrafo anterior (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 9.º, disposición transitoria 1.ª y disposición final 2.ª de la Ley de Cataluña 6/1980, de 17 de diciembre, por la que se regula la «transferencia urgente y plena de las Diputaciones Catalanas a la Generalidad») establecen previsiones y normas que tienen un carácter puramente instrumental y accesorio respecto de las contenidas en los que acabamos de citar. Anulados éstos en razón de su inconstitucionalidad, desaparece también, en la medida en que son puramente instrumentales, la eficacia de aquéllos, acerca de los cuales no cree necesario este Tribunal, sin embargo, hacer ningún pronunciamiento explícito.» (STC de 28 de julio de 1981. Recurso de inconstitucionalidad 40/1981.)

La historia de las doctrinas jurisprudenciales relativas a los casos de inconstitucionalidad total o parcial está en Estados Unidos íntimamente ligada a la historia de las llamadas «cláusulas de separabilidad (*severability clauses*)» (34).

(33) Véase, por ejemplo, el claro lío que se arman: FIELD: *Op. cit. supra*, nota 11, o TRIBE: *Op. cit. supra*, nota 2, pp. 23-25.

(34) La típica cláusula de separabilidad es la siguiente: «si cualquier precepto de esta ley, o de su aplicación a cualquier persona o circunstancia, es declarada inválida, el resto de la ley o la aplicación de esos preceptos a otras personas o circunstancias no se verá afectada por esa declaración». Estas cláusulas comenzaron a aparecer en la segunda década de este siglo, siendo los *Ohio Tax Cases*, 232 US 576 (1914), la primera decisión del Tribunal Supremo estudiando su eficacia.

Nos llevaría demasiado tiempo revisar ahora esa historia (35). Podemos aceptar como doctrina pacífica: A) Que la cuestión siempre recibió un tratamiento de interpretación de la ley (*statutory interpretation*), tanto de la ley como de la cláusula, interpretación que en último término determinó una construcción muy especial de la presunción de constitucionalidad (36). B) Que ambos tipos de inconstitucionalidad parcial, *on its face* y *as applied*, nulidad del texto o de alguna de sus aplicaciones, estaban sometidas al mismo enfoque y por ello las cláusulas de separabilidad suelen recoger ambos tipos. C) Que el hecho de que la ley fuera estatal o federal tenía una importancia realmente relevante porque el Tribunal Supremo prefería deferir a los tribunales estatales el juicio del ámbito de la validez total o parcial de la ley estatal. D) Que el criterio usado por el Tribunal Supremo consistía en que la inconstitucionalidad de parte de una ley (su lenguaje o su aplicación) no afectaría al resto: a) siempre que los preceptos o sus aplicaciones válidos fueran capaces de surtir eficacia jurídica por sí solos, o b) siempre que se probara que el legislador habría pretendido que éstas permanecieran como válidas, aunque se anulasen otros preceptos o aplicaciones (37). Pero ambos criterios no estaban en relación de jerarquía e incluso aunque hubiera una cláusula de separabilidad, el Tribunal Supremo decidía caso por caso si invalidar todo o parte de la ley (38). E) Que el juicio acerca del ámbito de la invalidación dependía de los puntos de vista que los magistrados concretos

---

(35) Para un análisis francamente bueno de esa historia hasta 1937 véase Note: *Separability and Separability Clauses in the Supreme Court*, 51 Harv L Rev 76 (1937).

(36) Véase *Williams v. Standard Oil Co.*, 278 US 235 (1929). J. SUTHERLAND articuló cuidadosamente la presunción de forma que «en ausencia de tal declaración legislativa (la cláusula de separabilidad), se presume que la intención del legislador es la de que la ley sea efectiva como una integridad (...) El efecto de la declaración legal es el de crear, en lugar de la presunción descrita, justamente la contraria, la de la validez de parte de la ley por sí mismas». Id., pp. 241-242.

(37) Véase *Dorchy v. Kansas*, 264 US 286, 289-290 (1924). El segundo factor allí enumerado puede interpretarse también en un sentido contrario a la teoría de la presunción formulada por J. SUTHERLAND: no se daría a la cláusula esa fuerza de presunción, ya que, dado que el legislador no podía saber de antemano qué partes de la ley serían declaradas inconstitucionales, su intención no podría ser constatada sólo por la cláusula. La regla fijada en *Dorchy* sería pues la de que la cláusula *es importante pero no esencial* para determinar la nulidad parcial de la ley. Por otra parte, se trata de una de esas normas judiciales que pese a ser *obiter dictum* acaba configurándose como auténtica doctrina jurisprudencial, ya que en último término el Tribunal Supremo acabó reenviando la determinación de la extensión de la nulidad al Tribunal Supremo de Kansas.

(38) Véase Note: Cit. *supra*, nota 35.

tuvieran acerca de la sustancia de la ley invalidada (39), como se vio muy claro en la jurisprudencia contraria al *New Deal*, donde los jueces conservadores declaraban sistemáticamente la nulidad total de las leyes de Roosevelt, mientras los liberales intentaban hacer prevalecer su validez (y nulidad) parcial.

El Tribunal Burger, como sus predecesores, interpreta las cláusulas de separabilidad siguiendo la regla de *Dorchy*: las cláusulas suponen «una norma de interpretación que puede ayudar a veces a determinar la intención del legislador. Pero se trata de una mera ayuda; no un mandato inexorable» (40).

En *Tilton v. Richardson* (41) el Tribunal Burger, siguiendo líneas jurisprudenciales anteriores (42), dijo que «la ausencia de una cláusula expresa de separabilidad en la ley no impone el rechazo de la totalidad de la misma».

La presencia de la cláusula tampoco ha sido considerada, pese a la doctrina que intentara establecer J. SUTHERLAND, como una presunción de constitucionalidad parcial.

Tomando como ejemplo los casos de la cláusula de aconfesionalidad de la primera enmienda, área en la que el Tribunal Supremo se ha visto constantemente envuelto por primera vez en su historia con el Tribunal Burger, podemos apreciar claramente este proceso interpretativo.

En la gran mayoría de los casos es sólo el elemento de la posibilidad de permanencia del precepto por sí sólo de la regla de *Dorchy*, lo que determina el resultado: algunas partes de un programa de subvenciones a instituciones religiosas son consideradas constitucionales y algunas otras no, bien porque afectan a otro tipo de instituciones, bien porque se entiende que no van contra la cláusula de aconfesionalidad. Dado que estas últimas partes tienen eficacia jurídica por sí solas, son mantenidas (43).

(39) Id., pp. 110-114.

(40) *Dorchy v. Kansas*, 284 US 286, 290 (1924).

(41) 403 US 672, 684 (1971).

(42) El Tribunal Burger se ha limitado a seguir la doctrina anterior. Véase, por ejemplo, *United States v. Jackson*, 390 US 570, 585 n. 27 (1968), donde el Tribunal Warren separó del *Federal Kidnapping Statute* un precepto permitiendo la imposición de la pena de muerte sólo en caso de juicios por jurados: «En último término, la determinación de la nulidad parcial o total rara vez depende de la presencia o ausencia de ... la cláusula de separabilidad».

(43) Véase, por ejemplo, *Meeke v. Pittinger*, 421 US 349 (1975), invalidando la inmensa mayoría de un programa de Pennsylvania en una decisión en que curiosamente los jueces se dividieron 3-3 respecto de las partes que abarcaba la nulidad.

Pero incluso en aquellos casos en que la parte no declarada inconstitucional de la ley podría permanecer y tener eficacia jurídica por sí sola, el Tribunal Burger ha habido veces en que ha declarado todo el programa inconstitucional.

En *Sloan v. Lemon* (44) el Tribunal Supremo anuló una ley basándose precisamente en la cláusula de aconfesionalidad. Pero los padres que mandaban a sus hijos a escuelas privadas no religiosas (aproximadamente el 10 por 100 del total de las escuelas privadas de Pennsylvania) querían que el programa se les aplicara percibiendo, por tanto, las subvenciones estatales, ya que la aplicación de esa ley para las escuelas laicas era claramente constitucional. El programa contenía, además, una cláusula de separabilidad.

El hipotético argumento a favor de la nulidad total fundamentado en la cláusula de *equal protection* (si las escuelas religiosas no las reciben, no pueden recibir ayuda las no religiosas) fue rechazado por el Tribunal Supremo como «absolutamente espúreo» (45).

El único argumento que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta para decidir la nulidad total fue el de que si considerara esa parte constitucional estaría legislando, ya que la categoría «escuelas religiosas-lai-cas» no aparecería para nada en el programa (46).

Lo que el Tribunal Supremo realmente quería decir con el argumento de la dicotomía ya señalada, era que un programa pensado para todas las escuelas privadas no podría limitarse a su aplicación al 10 por 100 de dichas escuelas. El argumento es racional y lógico, pero carece totalmente de fundamento constitucional. El único motivo posible que existía para la total invalidación es el de que la legislatura estatal probablemente no habría promulgado el programa si hubiera sabido el resultado de su nulidad para el 90 por 100, es decir, para las escuelas religiosas.

Pero, ¿pueden los tribunales llevar a cabo esa presunción de lo que habría hecho el legislador? El que el Parlamento pueda siempre promulgar un programa con un ámbito de aplicación más reducido, en este caso al 10 por 100, no es respuesta adecuada, ya que siempre podría igualmente derogar el programa si el Tribunal Supremo hubiera decidido dejar como válida su aplicación a los padres cuyos hijos asistían a escuelas privadas laicas.

El argumento cuantitativo (10 por 100 *versus* 100 por 100) es un

---

(44) 413 US 825 (1973).

(45) *Id.*, p. 834.

(46) *Id.*, p. 833-835.

típico fundamento de oportunidad. Resulta obvio que si la ley se hubiera promulgado como ayuda sólo para ese 10 por 100 nunca habría sido invalidada como inconstitucional.

Y, sin embargo, tampoco puede decirse que el Tribunal Supremo no hubiera pretendido ajustarse lo más posible a la finalidad de esa ley hipotetizando la posible *voluntas legislatoris*.

C) *Invalidación de leyes «on their face» o «as applied» (anulación de leyes como inconstitucionales en sí mismas o anulación de su aplicación concreta)*

«Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero. Lo anterior no significa que el Tribunal tenga que renunciar a poder establecer lo que se ha llamado acertadamente una sentencia interpretativa, a través de la cual se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. Se observará que esta labor interpretativa tiene por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio, lo que podría entenderse como interpretación en un sentido más amplio, que sería la deducción o reconstrucción del mandato normativo mediante la puesta en conexión de textos. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional.» (STC de 8 de abril de 1981. Recurso de inconstitucionalidad 192/1980.)

Dados unos presupuestos de hecho, el Tribunal Supremo puede elegir declarar una ley inconstitucional *on its face* o solamente *as applied*. Puede considerarse inconstitucional cualquier posible aplicación de la ley, implicando ello que el texto mismo, y no su concreta interpretación o aplicación, en un caso dado, es inconstitucional; o, por

el contrario, el texto puede permanecer intacto pero la concreta interpretación y/o aplicación ser declarada inconstitucional.

El que el Tribunal Supremo se decida por uno u otro modelo depende del propio texto de la ley. De todas formas, el Tribunal Supremo ha adoptado desde siempre la regla en favor de la invalidación de las leyes sólo normalmente *as applied*. En palabras de J. JACKSON, «es la aplicación de la ley lo que nosotros revisamos, no la cuestión abstracta y académica que pueda plantearse en algún caso más dudoso» (47). Recuérdese que *en teoría* «todo es recurso de amparo» en Norteamérica, no existiendo el control abstracto de normas.

Esta regla, que procede de la versión «suave» de la presunción de constitucionalidad (48) y del requisito de que se trate de un *auténtico «caso o controversia»* del artículo III de la Constitución, admite excepciones (49) que no sólo se derivan de la necesidad, sino también de una elección judicial por una técnica concreta (50).

(47) Voto particular de J. JACKSON en *Saia v. New York*, 334 US 558 (1948).

(48) No la versión de la presunción de constitucionalidad que se relaciona con la concepción del *judicial review* como un método de averiguación de hechos sociales; véase NOTE: *The Presumption of Constitutionality*, 31 Col L Rev 1138 (1931), sino en la versión consistente en el entendimiento general de que el Tribunal Supremo debe ser por norma deferencial con las decisiones de los órganos representativos, ya que son el órgano democrático por excelencia. Para esta distinción de ambos tipos de presunciones véase BREST: *Processes of constitutional decision making* (1978), p. 1008. Véase *infra*, p. 711.

(49) Véase, por ejemplo, TRIBE: *Op. cit. supra*, nota 2, p. 711: «Desde luego, prácticamente toda ley (...) es potencialmente aplicable para coartar el ejercicio de derechos constitucionales; se piensa que ese peligro ordinariamente no es suficiente para invalidar la ley como tal, sino simplemente para invalidar su aplicación en contra de las actividades constitucionalmente protegidas». Véase, en el mismo sentido, GUNTHER: *Op. cit. supra*, nota 3, p. 1186.

(50) Uno de los supuestos más claros de invalidación de las leyes con independencia de su aplicación, aparte de la *overbreadth* y *void for vagueness*, que vamos a estudiar a continuación, es el derivado del reparto de competencias constitucionales. Como J. BRANDEIS vio muy claramente, cuando la validez de una ley está en juego porque el órgano que la promulgó era incompetente, lo cual es aplicable tanto a problemas de federalismo como a los de la teoría de la delegación de poderes entre órganos federales, la ley debe invalidarse totalmente. Por el contrario cuando no existe tal problema porque el órgano *prima facie* es competente (aunque naturalmente haya sobrepasado su competencia material, pues, si no, la ley sería constitucional) sólo puede ser normalmente invalidada *as applied*. La cuestión tenía gran trascendencia antes de la supresión del *writ of error*, porque daba lugar a recursos distintos (*error-certiorari*) para poder llegar al Tribunal Supremo. Véase el voto particular de J. BRANDEIS en *Dahnke-Walker Co. v. Bondurant*, 257 US 282, 294 (1921).

### C.1 La «*overbreath doctrine*»

Aunque debemos reconocer que el Tribunal Supremo ha decidido algunas veces invalidar leyes *on their face* fuera del ámbito de la primera enmienda (51), haciéndolo con una especial justificación de la excepcionalidad de la medida, ha sido la *overbreath doctrine* de las libertades de expresión, asociación y reunión el área en la que el Tribunal Supremo lo ha hecho constantemente y, además, con la intención explícita de proteger especialmente esos valores.

Si las decisiones del Tribunal Supremo acerca de la nulidad parcial o total puede decirse que en último término dependen de los distintos puntos de vista que acerca del motivo sustancial de inconstitucionalidad de los preceptos tenga dicho Tribunal Supremo (52), esta última motivación, cuando se aplica a la primera enmienda, aparece con toda claridad: se trata de una técnica usada por el Tribunal Supremo para prevenir un efecto disuasorio de la expresión o asociación constitucionalmente protegida, efecto disuasorio que produce o puede producir la promulgación de *overbroad statutes* (53). Por *overbroad statutes* se entienden aquellas normas, especialmente sancionadoras en un sentido amplio, cuyo lenguaje permite que se incriminen conductas protegidas normalmente por la primera enmienda. El ejemplo típico son las «alteraciones de orden público» o la pertenencia a asociaciones o participaciones en reuniones de ac-

---

(51) Aparte de los derivados de la *void for vagueness doctrine* y del reparto competencial, pueden verse *United States v. Reese*, 92 US 214, 221 (1875) (donde el Tribunal Supremo se negó a introducir palabras limitadoras del tipo penal porque ello suponía «sustituir el poder judicial por el legislativo... Limitar esta ley... supondría hacer una nueva ley, no hacer cumplir la anterior. Nuestra tarea no es ésa». Se trata en realidad de un antecedente muy claro de la *void for vagueness doctrine*, como se verá posteriormente); *Scales v. United States*, 367 US 203, 211 (1961), y, sobre todo, *Marchetti v. United States*, 390 US 39 (1968) (donde el Tribunal Supremo anuló totalmente las leyes federales que establecían el impuesto sobre juegos de apuestas, que obligaba a los sujetos pasivos a inscribirse en un registro especial sobre la base de que, al estar casi todas estas apuestas penalizadas, podía constituir un supuesto de obligación a los delincuentes a renunciar al privilegio de autoacusación de la quinta enmienda. El Tribunal Supremo se negó a salvar la ley limitándola, como proponía el Gobierno, a restringir el uso de esos datos por los fiscales).

(52) Véase el texto que precede y acompaña a la nota 39.

(53) Acerca del aspecto de lucha contra los efectos disuasorios de la *overbreath doctrine*, véase especialmente TRIBE; *Op. cit. supra*, nota 2, pp. 710-12. No entraremos en el tema colateral a la doctrina de si el *chilling effect* es suficiente a efectos de legitimación, aunque este aspecto debe tenerse siempre *in mente* al hablar de esta doctrina. Para el que quiera estudiarlo detenidamente, véase NOTE: *The Chilling Effect in Constitutional Law*, 69 Col L Rev 808 (1969).

tividades antiamericanas (en realidad debiera ser a-americanas, *un-american*) que dieron pie a la jurisprudencia que enjuició los procesos derivados de la «caza de brujas».

El Tribunal Warren fue especialmente pródigo en la utilización de esta técnica para declarar inconstitucionales normas intimidatorias del ejercicio de los derechos de la primera enmienda pese a que su aplicación en los casos que enjuiciaba fuera constitucional. Le bastaba al Tribunal Warren que la ley en abstracto fuera disuasoria del ejercicio de derechos fundamentales aunque en el caso concreto hubiera habido una auténtica alteración de orden público, por ejemplo.

¿Cuál es la jurisprudencia reciente en este área?

El Tribunal Burges ha recortado, pero no eliminado, esta doctrina. Lo que estudiaremos a continuación es si en este proceso de recorte ha habido alguna conciencia o idea de que la *overbreath doctrine*, tal y como fue desarrollada hasta los últimos años del Tribunal Warren, cuando alcanzó la doctrina su punto álgido, daba lugar de alguna forma a algún tipo de legislación judicial.

Los principales casos, dejando de lado el ataque explícito a dicha doctrina por J. BLACK en *Younger v. Harris* (54), son *Coates v. Cincinnati* (55), *Gooding v. Wilson* (56), *Broadrick v. Oklahoma* (57), *Parker v. Levy* (58), *Erznoznik v. Jacksonville* (59), *Bates v. Sate Bar of Arizona* (60) y *Schaumburg v. Citizens for a Better Enviroment* (61).

A primera vista la doctrina era «especialmente atractiva para algunos magistrados porque daba la apariencia de dejar abiertas alternativas a las legislaturas. Al indicar el Tribunal Supremo que puede haber tipificaciones más concretas a las que puedan acogerse las legislaturas, crea la apariencia de intervenir en decisiones legislativas más marginalmente que lo que lo haría si utilizara directamente el *balancing* (62) ... Ellas (las decisiones de *overbreath doctrine*) pretenden ocuparse con los medios para alcanzar fines legítimos,

(54) 401 US 37 (1971).

(55) 402 US 611 (1971).

(56) 405 US 518 (1972).

(57) 413 US 601 (1973).

(58) 417 US 733 (1974).

(59) 422 US 205 (1975).

(60) 433 US 350 (1977).

(61) 444 US (1980).

(62) El *balancing* es el método de interpretación constitucional que consiste en el contrapeso de intereses constitucionalmente protegidos. Se aplica como método casi único para determinar qué límites a la libertad de expresión pueden considerarse constitucionales.

no con decisiones realmente quasilegislativas» (63). Pero, por otra parte, J. BLACK opinaba que el anular *on their face* a las leyes por motivos de inconstitucionalidad en cierto modo «no casa con la función de los tribunales federales» de resolver «casos y controversias» concretos (64).

Así, pues, se plantea en estos casos la misma situación que en los casos que enjuiciaban la validez de las cláusulas de separabilidad: el Tribunal Supremo puede ser acusado de legislación en ambos lados de la alternativa. Si el Tribunal Supremo decide limitar la aplicación de una ley recurriendo al *balancing*, método de interpretación más usual cuando se trata de la primera enmienda, puede ser acusado de estar haciendo una nueva ley al contrapesar intereses, función típicamente legislativa y, por otro lado, si decide invalidar la ley *on its face*, también puede afirmarse que el Tribunal Supremo no está teniendo en cuenta el requisito de que se trate de un «caso o controversia», sino que está haciendo juicios abstractos de constitucionalidad.

¿Tuvo el Tribunal Burger en cuenta de alguna forma estas ideas acerca del principio de separación de poderes o del principio federal que subyacen, ambos, en ambas posturas, especialmente la de J. BLACK, al recortar el alcance de la *overbreath doctrine*?

En ninguno de estos casos afloraron las dudas de J. BLACK explícitamente. Los votos particulares en *Coates v. Cincinnati* (65), *Gocding v. Wilson* (66), la trilogía del año 1972 (67), *Erznoznik v. Jacksonville* (68) y *Schaumburg v. Citizens for a Better Environment* (69), así como las opiniones mayoritarias en *Broadrick v. Oklahoma* (70), *Arnett v. Kennedy* (71) y *Bates v. State Bar of Arizona* (72) se basan absolutamente todas ellas en motivos sustantivos: la extensión de los poderes de policía estatales (73) para regular «palabras provocado-

(63) GUNTHER: *Op. cit. supra*, nota 3, p. 1188.

(64) *Younger v. Harris*, 401 US 37, 52 (1971).

(65) 402 US 611 (1971).

(66) 405 US 518 (1972).

(67) *Rosenfeld v. New York*, *Lewis v. New Orleans* y *Brown v. Oklahoma*, en 408 US 901, 913 y 914, respectivamente, los tres sumarisimamente despachados. *Lewis II*, 415 US 130 (1974), produjo al volver al Tribunal Supremo tras el pronunciamiento del tribunal estatal, al que el Tribunal Supremo había reenviado el caso para mejor estudio, la invalidación de la ley en aplicación de la *overbreath doctrine*.

(68) 422 US 205 (1975).

(69) 444 US (1980).

(70) 413 US 801 (1973).

(71) 416 US 134 (1974).

(72) 433 US 350 (1977).

(73) El *State police power* es la potestad genérica de regulación pública de

ras» (74), el reparto de propaganda a domicilio (75), el orden público en los cines para automóviles (76), los anuncios comerciales (77) y la conducta como algo diferente de la pura expresión (78), todas ellas actividades cuya restricción no genera la invalidez de la ley *on its face* según la jurisprudencia reciente del Tribunal Burger, pese a que las leyes enjuiciadas *podieran* ser utilizadas por los Estados para restringir reuniones o expresiones constitucionalmente permitidas.

Solamente en *Coates v. Cincinnati* (79) enfocaron el tema los votos particulares desde el requisito del caso o controversia y no se basaron para ello tanto en una acusación de legislación como en la carencia de datos en los autos acerca de las actividades de *Coates* (80).

Aun así, C. J. BURGER cita el requisito del caso o controversia que sirviera de base a la doctrina de *Younger v. Harris* (81) en su primera afirmación acerca de la limitación de la doctrina en *Gooding v. Wilson* (82). Merece la pena, pues, tenerse en cuenta. El límite a la doctrina obedece de alguna forma no sólo a consideraciones de derecho sustantivo (la extensión de los poderes de policía de los Estados para regular esas facetas de la libertad de expresión), sino también a criterios institucionales acerca de la función que los tribunales deban llevar a cabo en los juicios de constitucionalidad.

El énfasis de J. WHITE en *Broadrick v. Oklahoma* (83) en el carácter excepcional («*strong medicine*») de la doctrina que protege especialmente la primera enmienda, aunque expresamente basado en valores sustantivos (conducta *versus* pura expresión), así como en la

---

alguna materia. Fue y es el título habilitante por excelencia de lo que en España sería el intervencionismo administrativo. En Estados Unidos hace referencia al intervencionismo público, venga del poder (legislativo-ejecutivo-judicial) que venga.

(74) Véase *Gooding v. Wilson*, *supra* nota 66.

(75) Véase *Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, *supra* nota 69.

(76) Véase *Erznoznick v. Jacksonville*, *supra* nota 68.

(77) Véase *Bates v. State Bar of Arizona*, *supra* nota 72.

(78) Véase *Broadrick v. Oklahoma*, *supra* nota 70.

(79) 402 US 611 (1971).

(80) Efectivamente, en *Coates* el Tribunal Burger declaró inconstitucional *on its face* una ordenanza de *Cincinnati* que prohibía a tres o más personas reunirse en las aceras y comportarse allí de forma que pudieran molestar a otros peatones. La ordenanza fue anulada a la vez por vaga. Respecto a la anulación por *overbread*, la justificación de la sentencia reside en que el derecho de reunión no puede ser restringido simplemente porque su ejercicio pueda molestar a alguien. El único dato que los autos demostraban era que *Coates* era un estudiante que se estaba manifestando. Los cuatro magistrados disidentes acentuaron que la carencia real de datos en los autos no aconsejaba anular la ordenanza *on its face*.

(81) 401 US 37 (1971).

(82) 405 US 518 (1972).

(83) 413 US 601 (1973).

legitimación, puede ser interpretada también como una manifestación de antilegislación abogando por una jurisprudencia limitada al caso concreto: «nuestros tribunales constitucionales no son comités que tengan asignada como función prevalente la de enjuiciar necesariamente la validez de las leyes de la nación».

Este aspecto institucional del recorte de la doctrina por el Tribunal Burger no debe nunca olvidarse.

### C.2 La «void for vagueness doctrine»

Aunque la anulación de leyes por aplicación de la *overbreath doctrine* sea el supuesto más llamativo de anulación de leyes *on their face*, no es el único.

De hecho, el Tribunal Supremo se limitó a expandir estas anulaciones al campo de la primera enmienda, pues ya existían en otros supuestos, singularmente en el caso de las leyes juzgadas inconstitucionales por vagas (*vagueness doctrine*), doctrina que viene aplicándose desde principios de siglo aunque cada vez sean menos los supuestos que llegan al Tribunal Supremo.

Conceptualmente *overbreath* y *vagueness* son distinguibles, aunque normalmente ambas acusaciones se solapan de forma que es muy difícil encontrar un *overbroad statute* que no sea a la vez «vago».

«Una ley es nula *on its face* cuando es tan vaga que personas "con inteligencia común deben necesariamente hacer adivinanzas para entender su significado y difieren en sus juicios acerca de las posibles aplicaciones de esa ley"» (84), es decir, «cuando la legislatura tipifica conductas sancionables de una forma tan indefinida que la línea entre la conducta permitida y la prohibida deviene una tarea de adivino» (85).

La inconstitucionalidad de las leyes «vagas» se canaliza a través de la cláusula de *due process*: toda persona debe ser informada con un mínimo de precisión acerca de las conductas prohibidas. Es, pues, en cierto modo el equivalente del principio de tipicidad continental aunque no esté limitado al campo penal o administrativo-sancionatorio (86), sino que se extiende a toda norma restrictiva de derechos (87).

Tiene, pues, un doble fundamento sustantivo: existen esferas de

(84) TRIBE: *Op. cit. supra*, nota 2., p. 718, citando *Conally v. General Construction Co.*, 268 US 385, 391 (1926).

(85) *Idem*.

(86) Véase artículo 25, 1, de la Constitución Española.

(87) De todas formas, el Tribunal Supremo sólo lo aplica en normas de carácter sancionador.

libertad individual que podrían verse coaccionadas por la existencia de la ley vaga, a la vez que se estima como valor en sí mismo la certeza de la ley.

Junto a esta motivación sustantiva existe otra de carácter estructural que entronca el tema con la teoría de la delegación. Como el mejor tratadista de esta doctrina pusiera de relieve (88), lo que la doctrina prohíbe es que se delegue en autoridades inferiores la determinación del contenido de la ley; los jurados, administradores, fiscales o jueces locales, etc., no pueden tener un ámbito de discrecionalidad tan extenso.

La *overbreath doctrine* supondría una especificación por cuanto extiende los efectos de la doctrina de la «vaguedad» a la protección de los derechos de la primera enmienda y permite, a la vez, una legitimación en la impugnación de la ley por terceros a los que claramente no se ha aplicado inconstitucionalmente dicha ley (89).

En todo caso ambas doctrinas producen la invalidez de la ley con independencia de que quepan aplicaciones constitucionales de la misma (90).

#### D) *Extensión versus invalidación*

«En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido: 1) Declarar la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente nulidad del artículo 28, número 2, última parte, del texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, relativo a la jubilación por incapacidad permanente, que dice así: «sin que tampoco el que hubiere sido jubilado por esta causa pueda mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación.» (STC de 10 de noviembre de 1981. Cuestión de constitucionalidad 48/1981.)

---

(88) AMSTERDAM: *The Void for Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, 109 U Pa L Rev 67 (1960). Se trata de una *Note* firmada.

(89) Véase, en general, NOTE: *Standing to Assert Constitutional Ius Tertii*, 88 Harv L Rev 423 (1974).

(90) Sobre la *void-for-vagueness doctrine* véase, en general, aparte de la obra citada en la nota 88, BICKEL: *The least dangerous branch* (Bobbs-Merrill ed., 1962), páginas 152 y ss. Como prueba de que el Tribunal Burger la sigue usando pode-

### D.1 *El camino hacia Welsh*

Una ley inconstitucional presenta no sólo los problemas de si: *a)* es borrada o no de los códigos, o *b)* será invalidada total o parcialmente, *c)* *on its face* o *as applied*. Puede presentar también la cuestión de si va a ser o no invalidada.

Existen situaciones en las que, debido a la dinámica del precepto constitucional implicado, los juicios de inconstitucionalidad pueden llevar a una solución alternativa: la invalidación o la extensión de la ley.

Este tipo de alternativa, ya antigua, ha aflorado sólo recientemente en las sentencias del Tribunal Supremo y, lo que es más importante, se ha visto recientemente involucrada en el debate acerca de la ratificación o no de una enmienda constitucional propuesta por el Congreso (91).

El fenómeno es fácilmente explicable ya que es la cláusula de *equal protection* la que con más frecuencia plantea la alternativa y sólo plantea problemas reales con las leyes que establecen las prestaciones típicas del Estado de Bienestar, leyes que afectan a la localización de gran cantidad de recursos económicos (92).

---

mos citar *Papachristou v. Jacksonville*, 405 US 156 (1972), donde por unanimidad el Tribunal Supremo anuló por inconstitucional una ordenanza local que incriminaba conductas como las de «vagabundos o personas disolutas que mendigan por ahí», «borrachos comunes», «deambulantes nocturnos», «personas que vagan de sitio en sitio sin perseguir ninguna finalidad u objetivo legal». La sentencia de J. DOUGLAS la anuló *on its face* tanto por falta de tipicidad, que hacía imposible saber cuáles eran realmente las conductas incriminadas, como por animar «arrestos y condenas arbitrarias y erráticas».

(91) El tema es uno de los que se alegaban en contra de la ratificación por los Estados de la que no llegó a ser enmienda 27, el ERA (*Equals Rigths Amendment*), cuyo texto aprobado por el Congreso reza como sigue:

«Sección 1. La igualdad de derechos ante la ley no será denegada ni restringida por razón de sexo ni por los Estados Unidos ni por ningún Estado.

Sección 2. El Congreso podrá reforzar la aplicación de este artículo a través de la legislación que corresponda.

Sección 3. Esta enmienda entrará en vigor dos años después de la fecha de ratificación.»

«Aquellos que se oponen a la enmienda temen que su ratificación no produzca la invalidación de todas las leyes protectoras de las mujeres que hayan sido promulgadas para su beneficio. Los que la apoyan creen que las leyes actualmente en vigor que benefician a las mujeres deben extender su acción protectora a los hombres», dice NOTE: *Extensión v. Invalidation of Underinclusive Statutes: A Remedial Alternative*, 12 Col J of L & Soc Prob 115, 124 (1975).

(92) Por eso el tema sólo se ha planteado en toda su extensión cuando una parte sustancial de la población, las mujeres, por ejemplo, adquieren el *status* de «categoría sospechosa» a efectos de la aplicación del principio de igualdad.

Paradójicamente el Tribunal Supremo no estudió por primera vez esta cuestión en un caso del principio de igualdad, sino en uno de la primera enmienda. *Welsh v. United States* (93) presentaba a examen por el Tribunal Supremo una ley en la cual los objetores de conciencia que se opusieron a la guerra «basados en creencias religiosas» podrían pedir la exención del servicio militar.

El enfoque tradicional del tema de la extensión antes de *Welsh* había sido uno de interpretación de la ley. Cuando una ley era parcialmente inconstitucional, el Tribunal Supremo simplemente interpretaba el lenguaje de dicha ley como incluyendo la clase de personas o situaciones inconstitucionalmente excluidas. Así, «creencias religiosas» eran interpretadas como incluyendo creencias éticas aunque fueran ateas.

Toda declaración de inconstitucionalidad de una ley *as applied* últimamente consistía en «añadir lenguaje» en el texto de la ley, porque cuando una aplicación específica de esa ley aparece prohibida por inconstitucional la ley debe ser leída como excluyendo esa posible interpretación. La decisión judicial completa las palabras de la ley. Cuando el Tribunal Supremo rehúsa «añadir lenguaje» es cuando invalida la ley *on its face* (94).

Pero cuando la pretensión que se pide por las partes consiste precisamente en que se añada lenguaje debido a que la ley discriminadora incluye a menos de los que debiera incluir (*underinclusiveness*), entonces es cuando el problema se plantea en toda su extensión, ya que lo atacado no es una *aplicación* inconstitucional de la ley, sino una supuestamente inconstitucional *denegación o no-aplicación* de dicha ley.

---

No se circunscribe, sin embargo, a la aplicación de la cláusula de igualdad. Como ejemplo de su aplicación en la cláusula de privilegios e inmunidades véanse los casos citados en Note: *Op. cit. supra*, nota anterior, p. 118, n. 7. Más dudoso es considerar, como hace la citada Note, que la jurisprudencia del *procedural due process* plantee realmente la alternativa extensión-invalidación. Cuando se exigen como necesarios determinados requisitos procedimentales (audiencia o motivación, por ejemplo) realmente la ley no es extendida. La legislatura no tiene posibilidad alguna de elección: el procedimiento administrativo tiene que incluirlos. Véanse, por ejemplo, *Goldberg v. Kelly*, 397 US 254 (1970): el *due process* exige que un beneficiario de prestaciones sociales deba ser oído antes de la cesación de sus beneficios; *Bell v. Burson*, 402 US 535 (1971): derecho de audiencia para la determinación de la culpa en un accidente antes de que se suspenda el permiso de conducir. Todos estos casos suponen realmente la constitucionalización de garantías procedimentales administrativas, cuya existencia es absolutamente necesaria.

(93) 398 US 333 (1970).

(94) Véanse, por ejemplo, los casos citados en la nota 51.

Sólo las cláusulas cuya aplicación se resuelve últimamente en evitar una discriminación (la cláusula de comercio, las cláusulas de privilegios e inmunidades y la cláusula de igualdad) pueden plantear el tema en su dimensión total.

Existe, sin embargo, otra cláusula que, aunque originalmente pensada para configurar un ámbito positivo de libertad (no para evitar discriminaciones), ha adquirido en tiempos recientes un contenido negativo de carácter antidiscriminatorio: se trata de la cláusula de libertad religiosa. Al fin y al cabo en toda Constitución reciente o en todo Tratado Internacional de Derechos Humanos la cláusula usual que regula el principio de igualdad incluye una serie de motivos ilegales (sexo, condición social, raza...) entre los cuales se suele añadir el de la no discriminación por motivos ideológicos o religiosos.

No es pues de extrañar que *Welsh* fuera el primer caso en el cual salió a la luz el debate entre la extensión y la invalidación.

Volveremos más tarde a *Welsh*, pero antes merece la pena estudiar qué ocurría con todos los casos de aplicación del principio de igualdad antes de que se empezara a plantear el tema.

El estudio más agudo que existe acerca de las aplicaciones del principio de igualdad, el de TUSSMAN y TEN BROEK (95), ya se ocupó de él: «Los tribunales tienen sólo el poder de destruir, no de reconstruir» (96). Si los tribunales vuelven a escribir la ley, extendiéndola, están realmente realizando una tarea legislativa, aunque podrían eludir este problema institucional teniendo en cuenta en sus decisiones la intención, constatable, de la legislatura» (97).

Los casos que aplicaron el principio de igualdad antes de 1937 simplemente habían procedido a incluir los miembros de la categoría excluida dentro del esquema de la ley (98). Pero ya en el primer caso de la *New Equal Protection* (99) el Tribunal Supremo tuvo que enfrentarse a él.

(95) TUSHMAN & TEN BROEK: *The Equal Protection of the Laws*, 37 Cal L Rev 341 (1949).

(96) *Idem*, p. 373.

(97) Véase *idem*, pp. 365-66.

(98) La cláusula de igualdad se aplica a instituciones tan básicas, que la actividad normal de los Estados habría sufrido un *shock* si se hubiesen invalidado las leyes o simplemente era inconstitucional suprimirlas: juicios por jurados en *Struder v. West Virginia*, 100 US 303 (1879); derecho al ejercicio del comercio en *Yick Wo v. Hopkins*, 118 US 356 (1886)..., y entonces llegó *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896), con la doctrina de la constitucionalidad de la idea de «separados, pero iguales», que estranguló la operatividad real de la cláusula durante casi un siglo.

(99) Se denomina *New Equal Protection* a la mayor eficacia de la cláusula

Es muy corriente admitir hoy en día que *Skinner v. Oklahoma* (100) es un caso de *substantive due process*, es decir, de reconocimiento de derechos sustantivos, disfrazado en un traje de *equal protection*. Esta es probablemente la razón por la cual, para evitar la categorización de la doctrina que se fijaba en el caso como *substantive due process*, doctrina totalmente rechazada tanto por el propio Tribunal Supremo como por todo el pueblo norteamericano en aquellos años, J. DOUGLAS propuso un *remedy* alternativo perfectamente de acuerdo con la dinámica operativa del principio de igualdad (cláusula que, por el contrario, comenzaba entonces a potenciarse): «Mr. J. Douglas... se dio cuenta de que existían dos variantes posibles como las de extender la aplicación de la ley hasta cubrir al grupo excluido o la de no aplicar tampoco la ley al grupo que no razonablemente había sido incluido. El Tribunal Supremo declinó el determinar por cuál de las posibles variantes debería decidirse el Estado y simplemente revocó la sentencia del tribunal estatal» (101). En último término el Tribunal Supremo de Oklahoma sostuvo que la ley no podía ser extendida: «No podemos (...) usar la cláusula de separabilidad (...) para invadir la esfera legislativa de forma que hagamos así coincidir la norma con los requisitos de la cláusula de igualdad» (102).

Merece, pues, la pena acentuar que, A), el Tribunal Supremo remitió la decisión de la cuestión a los tribunales estatales (porque indudablemente, y correctamente, pensaba que se trataba de una cuestión de interpretación de la ley estatal y que por tanto él no tenía potestad para extender la aplicación de la ley), y que, B), el Tribunal Supremo nunca pensó que se tratara de una cuestión de carácter remedial, sino que lo configuró como una cuestión sustantiva de interpretación de la ley estatal. Por ello, el Tribunal Supremo de Oklahoma

---

en base a la construcción de «categorías sospechosas» o «intereses fundamentales», obra del Tribunal Warren.

(100) 316 US 535 (1942). El caso, la primera aplicación exorbitada de la cláusula de igualdad, es de lo más curioso. En una de las sentencias típicas de J. DOUGLAS, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional por contrario a la igualdad la posibilidad de esterilizar delincuentes. El Tribunal Supremo, con el problema del enfrentamiento con Roosevelt, todavía reciente, no se atrevió a constitucionalizar un derecho sustantivo a la integridad corporal (el propio Tribunal Supremo había admitido en sentencia de J. HOLMES la constitucionalidad de la esterilización como pena en *Buck v. Bell*, 274 US 200 (1927), recurrió para ello entonces al argumento de que la ley de Oklahoma sólo imponía esa pena a los condenados por delitos de torpeza moral (*felonies of moral turpitude*) dos o más veces, mientras que exceptuaba de su imposición a los condenados por delitos políticos, apropiación indebida y otros delitos del mismo tipo.

(101) *Welsh v. United States*, 398 US 333, 381 n. 14 (1970).

(102) *Skinner v. State*, 195 Okla 106-07, 155 P 2d 715, 716 (1945).

le dio el mismo enfoque que si se tratara de una cuestión de inconstitucionalidad parcial o total (103). El carácter remedial, y no sustantivo, del tema fue una innovación de J. HARLAN en *Welsh*, como tendremos ocasión de ver.

El segundo caso que citaría como precedente J. HARLAN en *Welsh* es *Iowa-Des Moines National Bank v. Bennett* (104). En este caso lo que estaba en juego no eran las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sino las consecuencias de una *administración o aplicación* inconstitucional de dicha ley (105). El *remedy* no implicaba en ningún caso la posibilidad de que la ley tuviera que ser cambiada. Aquí la noción de que se trataba de un *remedy* tenía plena razón de ser. De todas formas, aunque no entrara en conflicto la búsqueda del *remedy* concreto con el principio de separación de poderes (extensión o invalidación), sí podía producir conflictos con el principio federal porque la decisión concreta del *remedy* podía haber sido perfectamente remitida a su decisión al nivel estatal.

Con estos precedentes llegamos a *Welsh v. United States* (106). El voto particular concurrente de J. HARLAN afirmaba que la intención del Congreso era claramente la de no otorgar la exención del servicio militar a aquellos que se oponen a la guerra por motivos no religiosos. Así la ley era inconstitucional, aunque no estuviera constitucionalizado todavía el derecho fundamental a la objeción de conciencia. Este no reconocimiento del rango constitucional de dicho derecho (era un derecho meramente legal y para motivos no religiosos) fue precisamente lo que planteaba el problema, ya que el Tribunal Supremo, que en esta época quería huir de la constitucionalización de derechos sustantivos, sin embargo, se vio obligado a utilizar el principio de igualdad dando un contenido negativo (antidiscriminatorio) a través de dicha cláusula a un derecho que podía haber sido perfectamente reconocido sólo sobre la base de la existencia de la cláusula

---

(103) *Id.* El Tribunal Supremo de Oklahoma afirmó que «la ley claramente incluye a los condenados por hurto ... a la vez que claramente excluye a los condenados por apropiación indebida. No podemos, por tanto, usar la cláusula de separabilidad como se nos ha pedido».

(104) 284 US 239 (1931).

(105) Dos bancos habían sido adecuada y legalmente sometidos al pago de un impuesto, pero no sus competidores, para quienes los tipos impositivos habían sido inferiores a lo debido. La solución de la disputa ofrecía la posibilidad de elección entre dos medidas: liquidar por la cantidad auténticamente debida a los competidores o devolver la cantidad cobrada a los demandantes. La opinión unánime del Tribunal Supremo, redactada por J. BRANDEIS, optó por la segunda.

(106) 398 US 333 (1970).

de libertad ideológica implícita en la de libertad de expresión de la primera enmenda.

Esta reconducción del tema al principio de igualdad planteó precisamente el de si la solución era extender la objeción de conciencia a todos los que se opusieran a la guerra por motivos fueran ideológicos o religiosos o, por el contrario, igualar a todos los ciudadanos no reconociendo la posible exención del servicio militar en ningún caso.

Para J. HARLAN esta segunda cuestión era de carácter sustantivo y no de carácter remedial. «Cuando una ley es defectuosa debido a la no-inclusión, existen dos alternativas distintas: el tribunal puede o bien declarar su nulidad y ordenar que sus beneficios no se extiendan a la categoría que los legisladores intentaban beneficiar, o bien puede extender la cobertura de la ley hasta incluir a todos los agraviados por la exclusión» (107).

La ley que había sido atacada en *Welsh* tenía también una cláusula de separabilidad (108). J. HARLAN siguió la célebre regla de *Dorchy* (109) considerando a la cláusula como no decisiva en el tema. Pero entonces dio un salto en su argumentación: «Al ejercer la enorme discrecionalidad conferida por la cláusula de separabilidad es, desde luego, necesario medir la intensidad con que el Congreso ha pretendido legalizar la objeción de conciencia (*the intensity of commitment to the residual policy of consciencions objection*), así como tomar en consideración el grado de disfunción potencial del esquema legal que ocurriría si se optara por la extensión en vez de por la derogación» (110).

J. HARLAN intentó, pues, redefinir la finalidad global de la ley. Pero, rompiendo con los esquemas tradicionales, no pensó que se tratara de una cuestión de simple interpretación de dicha finalidad buscando la *voluntas legislatoris*, sino que trató el problema intentando objetivar, conforme a valores constitucionales, cuál debería haber sido dicha finalidad global de la ley: «La *policy* de exención de los objetos de conciencia por motivos religiosos tienen una larga tradición en este país y supone el reconocimiento de la importancia, en una sociedad pluralista y abierta, del valor de la reconciliación, cuando

---

(107) Id., p. 361.

(108) Véase id., p. 364.

(109) Véase el texto que acompaña a las notas 37 y 40. J. HARLAN también citó *United States v. Jackson*, 390 US 570, 585 n. 27 (1968), que ya hemos examinado en *supra* nota 42.

(110) *Welsh v. United States*, 398 US 333, 365 (1970).

sea posible, entre la individualidad de la creencia y las exigencias prácticas del recto gobierno» (111).

De esta forma concluía que «cuando una *policy* tiene raíces tan hondas en la historia, existe una razón realmente importante para que un tribunal se arriesgue a reconstruir una ley siempre que esta reconstrucción pueda hacerse dentro del marco de dicha ley y sin que esto se oponga a otras metas del legislativo, aunque ello pueda implicar no simplemente la eliminación del artículo defectuoso, sino la reconstrucción a partir de sus cimientos. Así, pues, estoy preparado para aceptar la generalización de los posibles motivos de objeción de conciencia, pero no como un reflejo de cuál sea la finalidad del Congreso a través de esta ley, sino como una pura creación judicial del derecho que permite el proceso de interpretación constitucional» (112).

J. HARLAN fue el único magistrado que abiertamente admitió que la extensión *versus* la invalidación no era una cuestión de interpretación legal, sino un tema ligado a los problemas que plantea la interpretación constitucional en general, problemas en los cuales las fuentes últimas del derecho a las que el Tribunal Supremo recurre son las mismas que cuando se adjudican otros problemas sustantivos (historia y tradición son las fuentes en este caso).

Es la finalidad general y objetiva de la ley lo que debe tomarse en cuenta, pero en el sentido de que el Tribunal Supremo no tiene que examinar las palabras siquiera de la ley que se declara inconstitucional, ni tampoco la voluntad específica de la legislatura acerca de qué partes de esa ley puedan ser mantenidas o no, extendidas o no, sino en el sentido de que el Tribunal Supremo tiene que examinar los valores generales que han sido plasmados en esa ley y compararlos con los reconocidos por el texto de la Constitución o con las fuentes generales del Derecho constitucional si el precepto concreto es una cláusula abierta, como ocurre con la cláusula de aconfesionalidad de la primera enmienda.

Este es precisamente el valor del enfoque de J. HARLAN: proporciona a la vez a los tribunales una discrecionalidad mucho mayor (valores constitucionales en general), pero a la vez mucho más restringida (límites generales a las posibilidades de fuentes utilizables en la interpretación constitucional).

---

(111) Véase *id.*, pp. 365-66.

(112) *Id.*, p. 366.

Su voto particular concurrente alcanza mucho más sentido si se compara con los votos particulares disidentes y con el voto mayoritario. La mayoría (113) había procedido simplemente a «añadir lenguaje» como si se tratara de una cuestión de simple interpretación de la ley. Los disidentes (114) «se mostraban de acuerdo con J. HARLAN en que el Congreso había excluido explícitamente al objetor "no religioso", pero a partir de entonces tomaron otro camino ... pensando ... que el Tribunal Supremo no tiene potestades para reescribir una ley; a su juicio, si la limitación de la ley a los objetores de conciencia por motivos religiosos contradecía la cláusula de aconfesionalidad, la exención del servicio militar debería ser anulada para todos» (115).

## D.2 Desde *Welsh* hasta *Westcott*: adjudicación «sub silentio»

Como ponen de relieve los dos principales, y únicos, artículos que se han ocupado recientemente del tema (116), después de *Welsh* el Tribunal Supremo siguió un proceso irregular extendiendo normalmente la ley, pero reenviando a veces la cuestión a los tribunales estatales, otras veces a las legislaturas estatales o simplemente creando, otras veces, a favor del Congreso una zona deferencial de toma de decisión en la localización de beneficios del Estado de Bienestar (117).

(113) Voto formulado por J. BLACK, al que se unieron J. J. DOUGLAS, BRENNAN y MARSHALL.

(114) Voto formulado por J. WHITE, al que se unieron C. J. BURGER y J. REHNQUIST.

(115) Este buen resumen del contenido del voto particular ha sido tomado de GINSBURG, *Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, 28 Clev St L Rev 301, 309 n. 47 (1979).

(116) GINSBURG, *op. cit. supra*, nota anterior, y NORE, *cit. supra* nota 92.

(117) Como casos de extensión pueden citarse *Gómez v. Pérez*, 409 US 535 (1973); *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 415 US 250 (1974); *Weber v. Aetna Casualty Co.*, 408 US 164 (1972); *Graham v. Richardson*, 403 US 365 (1971); *New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill*, 411 US 619 (1973); *Frontiero v. Richardson*, 411 US 677 (1973), y *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 US 636 (1975), es decir, casi todas las anulaciones de leyes prestacionales por discriminación por razón de sexo y algunas de las que constitucionalizan derechos prestacionales. Como casos de remisión del tema a los Tribunales estatales, véanse *Orr v. Orr*, 440 US 288 (1979); *Wengler Druggist Mutual Insurance Co.*, 446 US, 100 S Ct 1540 (1980), y *Stanton v. Stanton*, 421 US 7 (1975), es decir, la anulación de discriminaciones «benignas» por razón de sexo (los hombres piden los beneficios de leyes protectoras de las mujeres). Como ejemplo de jurisprudencia que reenvía el tema al parlamento estatal véase *Craig v. Boren*, 429 US 190 (1976). Como caso de referencia al Congreso véase *Califano v. Jobst*, 434 US 47 (1977), aparte de la jurisprudencia que apreció la inconstitucionalidad de las leyes que prohibían el destino de cualquier fondo público a la financiación de abortos, es decir, *Maher v. Roe*, 432 US 464 (1977), y *Harris v. McRae*, 448 US (1980).

Los artículos citados han intentado racionalizar los criterios usados por el Tribunal Supremo: federalismo; quién debe soportar la carga de la extensión; hasta qué cantidad; supone o no la extensión de las prestaciones una especie de indemnización por el pasado discriminatorio; juega para algo la naturaleza de privilegio o de carga de la desigualdad configurada por la ley..., etc. Todos éstos son criterios que parecen jugar, según dichos artículos, como los factores de la variable que el Tribunal Supremo suele tener en cuenta.

Volveremos a ellos posteriormente. Lo que ahora, sin embargo, nos interesa es el hecho de que el Tribunal Supremo simplemente no motivaba sus decisiones: no discutía en absoluto los posibles argumentos ni siquiera en los casos en que los tribunales inferiores habían discutido el tema explícitamente en el texto de la decisión apelada u objeto de *certiorari* (118).

### D.3 *Westcott: el Tribunal Supremo habla*

Por fin, en *Califano v. Westcott* (119) entró el Tribunal Supremo en el fondo del tema.

La sección 407 de la Ley de la Seguridad Social, que regula el programa de ayuda a familias con hijos económicamente dependientes con padre desempleado (*Aid to Families with Dependent Children, Unemployed Father —AFDC-UF— Program*), otorgaba beneficios para las familias cuyos hijos de ellas dependientes se habían visto privados de soporte familiar debido al desempleo del padre, pero no establecía dichos beneficios en el caso de que la desempleada fuera la madre.

El Tribunal Supremo sentenció unánimemente que la ley no podía sobrevivir el *test* intermedio de la cláusula de igualdad (*equal protection intermediate scrutiny*) (120).

---

(118) Véanse, por ejemplo, *Moritz v. Commissioner*, 469 F 2d 466 (10th Cir., 1972), *cert. denied*, 412 US 906 (1973); *Robinson v. Johnson*, 352 F. Supp 848 (D Mass 1973), *revised on other grounds*, 415 US 361 (1974), y *Harrigfeld v. District Court*, 95 Idaho 540, 5LL P 2d 822 (1973). Los tres extendieron, respectivamente, exenciones tributarias, beneficios para veteranos de guerra y sistemas de cómputo de la antigüedad en el puesto de trabajo.

(119) 433 US 76, 47 USLW 4817 (1979).

(120) Es el *test* de la cláusula de igualdad que se aplica a las discriminaciones por razón de sexo, a las discriminaciones raciales benignas con reserva de cuota o a las llamadas *irrebutable presumptions*.

Pero, sin embargo, se dividió 5-4 acerca del tema de la extensión o la invalidación (121).

La opinión mayoritaria, que favorecía la extensión, tenía dos partes. En la primera de ellas, A) admitía que la alternativa no tenía carácter sustantivo, sino carácter remedial; así pues, entendía que «la elección puede soportarse simplemente sobre la base de la equidad» (122); pero B) usó una serie de argumentos en los que basar esa equidad: el evitar las dificultades a los beneficiarios (los hijos) a quienes el Congreso realmente había intentado proteger; la cláusula de separabilidad de la Ley de Seguridad Social; el principio contradictorio, ya que ninguna de las partes pedía la supresión del programa; y, sobre todo, el precedente de los casos adjudicados *sub silentio*. En todo caso la mayoría dejó muy claro que no estaba «elaborando aquí las condiciones que deberían determinar la invalidación en vez de la extensión de leyes federales que otorgaran beneficios sociales y que fueran *underinclusive*» (123).

Es la segunda parte de la opinión mayoritaria, sin embargo, la que para nosotros tiene más interés: el director del Ministerio de *Public Welfare* del Estado de Massachusetts había manifestado que prefería un tipo concreto de extensión. Se mostraba de acuerdo en que tanto el padre como la madre deberían ser, en plano de igualdad, capaces de calificar a la familia como indigente a efectos de la obtención de beneficios, pero propuso el que los beneficios se otorgaran «solamente si el padre en cuestión, fuera el marido o la mujer, podía demostrar que él o ella era, a la vez de desempleado, el principal sostenedor de la familia (*principal wage-earner*)» (124). Su argumento se basaba en que la voluntad del Congreso había sido la de ayudar a familias que hubieran devenido indigentes por el desempleo del principal sostenedor de la familia. El Tribunal Supremo rechazó este argumento porque: A) podía dejar a familias, que actualmente estaban recibiendo ayuda, sin ella; B) la propuesta del director «se acerca mucho a pedirnos que ejercitemos prerrogativas legislativas»; C) el sistema de hacer a ambos padres beneficiarios no es ajeno a la ley, mientras que el concepto de «soporte económico de la familia» sí lo es (125), y

---

(121) J. Blackmun redactó el voto mayoritario, al que se unieron J. J. Brennan, White, Marshall y Stevens. J. Powell formuló un voto particular, concurriendo en parte y disidente en otra parte, voto al que se unieron C. J. Burger y J. J. Stewart y Rehnquist.

(122) 47 USLW 4817, 4821 (1979).

(123) *Idem*.

(124) *Idem*.

(125) El Tribunal Supremo utiliza el término *breadwinner* (ganador del pan).

D) los Estados podrían siempre abandonar la puesta en práctica de este programa si no estuvieran satisfechos con la sentencia.

En todo caso, el Tribunal Supremo se declaró asimismo «mal equipado a la vez para estimar los costos relativos de los distintos sistemas de cobertura y para calcular el efecto que niveles diferentes de gasto tendrían en el alivio del sufrimiento humano» (126).

Frente a estas alegaciones, los magistrados que formularon el voto particular disidente en parte respondieron con el mismo tipo de enfoque, pero con un resultado totalmente distinto.

También admitieron, como hiciera J. HARLAN, que el enfoque consistía «en que, al elegir entre estas alternativas, un tribunal debería intentar acomodar lo máximo posible las *policies* y juicios de valor expresados en el conjunto del esquema legal». Es decir, los valores que la ley en su conjunto intenta plasmar. Pero no se mostraban en absoluto de acuerdo con la apreciación de la voluntad del Congreso que había hecho la mayoría: «el Tribunal Supremo no debería usar sus poderes remediales para tergiversar la *voluntas legislatoris*» (127). Citando también otros precedentes (128), los disidentes proclamaron que «el dejar la solución del tema al Congreso es especialmente deseable en casos como éste, cuando la alocución y distribución de beneficios sociales es una función típicamente del poder legislativo» (129). Finalmente, el voto particular afirmaba que «el hecho de que ninguna de las partes haya pedido aquí la invalidación... es irrelevante. Este tema debe decidirse buscando la auténtica voluntad del Congreso, no el interés de las partes» (130).

¿Cómo partiendo de la mayoría y los disidentes del mismo enfoque pueden ambos llegar a resultados tan distintos?

En primer lugar, está claro que ambos trataron de tomar en consideración la voluntad del Congreso. Pero se puede fácilmente argüir

La ley proveía, efectivamente, beneficios a familias en que cualquiera de los padres hubiera resultado incapacitado para el trabajo, con independencia de que el incapacitado fuera o no el principal soporte económico de la familia, concepto que, de introducirse por el Tribunal Supremo en el esquema legal, sería nuevo.

(126) 47 USLW 4817, 4822 (1979).

(127) «Está muy claro que el Congreso pretendió excluir el pago de beneficios a familias donde sólo uno de los padres no tiene trabajo, y el principal soporte económico de la familia sigue, en cambio, trabajando.» Idem.

(128) Los recogidos en la nota 118 *in fine*.

(129) 47 USLW 4817, 4822 (1979). Omitimos la parte del voto particular que contesta a los argumentos de que la invalidación causaría dificultades a actuales beneficiarios y de que puede operar por analogía lo dispuesto en la ley para las incapacidades laborales. La respuesta es, por lo demás, muy fina y merece la pena verla.

(130) Id., nota a pie de página núm. 2.

contra la mayoría que, como dice la minoría, el Congreso quiso otorgar prestaciones teniendo como unidad básica la familia; y, contra esta posición, no sólo la cláusula de separabilidad, sino el hecho de que no podía presumirse que el Congreso habría preferido paralizar el otorgamiento de las prestaciones, quedando los beneficiarios totalmente descubiertos.

En segundo lugar, ambas opiniones rechazan abiertamente que el Tribunal Supremo pueda tener en cuenta factores de oportunidad (el costo presupuestario del aumento del programa). Atribuyen este método al órgano legislativo.

En tercer lugar, el precedente no goza realmente de valor, ya que había precedentes en ambos lados en las adjudicaciones *sub silentio* de la jurisprudencia anterior.

En cuarto lugar, ambas opiniones pretendían averiguar la finalidad del esquema legislativo global, pero diferían, sin embargo, totalmente en el valor que debería darse, respectivamente, al interés público y al interés de las partes.

¿Cuál es entonces la auténtica motivación de los votos?

Antes de que contestemos a esta pregunta tenemos que traer a colación otras decisiones recientes del Tribunal Supremo. Dejando aparte el recorte de las líneas de jurisprudencia del Tribunal Warren, que intentaban constitucionalizar las desigualdades por razón económica o que intentaban constitucionalizar derechos prestacionales, recorte llevado a cabo por el Tribunal Burger, en donde formalmente no había inconstitucionalidad sustantiva (precisamente estos casos lo que impidieron fue que se constitucionalizaran como sustantivos estos derechos), el Tribunal Supremo ha examinado recientemente el tema de la extensión en los casos que pretendían que el aborto fuese incluido en las prestaciones sociales sanitarias (131).

Como en *Westcott*, existía un interés con relevancia constitucional: la interrupción del embarazo en éstos, la discriminación por razón de sexo en aquéllos. Pero en *McRae*, el Tribunal Supremo rechazó el argumento de la extensión: «traducir la limitación del ejercicio del poder público que está implícita en la cláusula de *due process* en una obligación positiva del Estado de subvencionar, supondría que el Congreso estaría constitucionalmente obligado a pagar los costos sanitarios de un aborto de una mujer pobre, incluso si dicho Congreso no hubiere promulgado un programa de Seguridad Social para subven-

---

(131) Véase *supra* nota 117 *in fine*.

cionar las prestaciones de servicios sanitarios. Nada en la cláusula de *due process* soporta este resultado tan extraordinario».

Este raciocinio aplicado a *Westcott* implicaría que el programa AFDC-UF era inconstitucional, porque si no el Congreso tendría que haber pagado a aquellas familias en que la desempleada fuera la madre incluso si el programa no hubiera existido, lo cual es totalmente falso.

¿Cuál es entonces la diferencia real que existe ente *Westcott* y *McRae*?

Metodológicamente, lo que ha ocurrido es que *McRae* ha convertido la cuestión de la extensión de la ley en una sustantiva, para usarla después contra el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad en sí mismo, lo cual constituye un modo muy peculiar de razonar.

Las cuestiones sustantivas, tanto en *Westcott* como en *McRae*, eran, respectivamente, si una ley que deniega beneficios a las mujeres debería ser considerada inconstitucional (*Westcott*) y si una denegación de beneficios constituye una carga demasiado pesada en un derecho fundamental o si el Congreso puede elegir entre primar a un valor no constitucional sobre uno constitucional (*Mahe-McRae*). Estos juicios sustantivos deberían haber sido hechos con total independencia de sus efectos formales que constituyen un juicio posterior. Una vez que la ley es hipotéticamente declarada inconstitucional, entonces es cuando debe plantearse la siguiente pregunta: ¿la inconstitucionalidad motiva la invalidación o la extensión de la ley?

Sólo en los casos en los que la extensión de una prestación o servicio público es precisamente lo que se pide que se reconozca como derecho constitucional debería el tema aparecer como parte del juicio de constitucionalidad-inconstitucionalidad en sí mismo, y no como una segunda parte derivada del juicio sustantivo anterior de inconstitucionalidad.

¿Por qué se operó entonces esa «conversión» del tema en un tema sustantivo en *McRae* cuando hasta *Westcott* estaba claro que era una segunda parte de naturaleza o carácter remedial?

Con independencia del hecho de que sólo un magistrado hizo cambiar el equilibrio (132), ¿podríamos argumentar que la única diferencia entre *Westcott* y *Mahe-McRae* reside en el tipo de valor (*policy*) plasmado en cada una de las leyes?, ¿puede estar la diferencia en el hecho de que mientras una mayoría de magistrados favorece la igual-

(132) El voto de J. WHITE.

dad por razón de sexo, no es, en cambio, tan favorable, hoy en día, a la línea jurisprudencial que escandalosamente inaugurara *Roe versus Wade* (133)?

Con independencia de que esto sea verdad, lo que admito que realmente es, existe además otro motivo que indudablemente motivó al Tribunal Supremo.

Mientras en *Westcott* (134) el Congreso no había hablado en absoluto acerca del tema de la extensión, sí lo había hecho en *McRae* (135). Lo que este diálogo Tribunal Supremo-Congreso revela es que el Tribunal Supremo consideró un factor importante que en *McRae* la extensión era ya automáticamente un *remedy* casi imposible, porque habría implicado el oponerse claramente a la voluntad del legislativo. La manifestación expresa del Congreso jugaba aquí como una expresión del *consensus* social que el Tribunal Supremo siempre tiene en cuenta a la hora de proceder a constitucionalizar intereses o derechos.

Sólo hay una explicación, pues, posible a la contradicción entre *Westcott* y *Maher-McRae*, y ésta es la de que es el reconocimiento que el Tribunal Supremo da a los valores que las leyes en su conjunto realzan lo que determina en último término la alternativa extensión versus invalidación. Esta jerarquización de valores sustantivos es la misma que el Tribunal Supremo utiliza siempre que sale a relucir la finalidad de la ley. Es la que resuelve el tema de la nulidad parcial o total, el de la invalidación de la ley *on its face* o *as applied*. Y será el que resuelva, como veremos a continuación, el de la retroactividad-prospectividad de la decisión judicial.

E) *La eficacia sobre los hechos y actos cuya legalidad se basaba en la ley ahora declarada inconstitucional: la retroactividad o prospectividad del cambio de doctrina jurisprudencial*

«Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia

---

(133) 410 US 113 (1973).

(134) 47 USLW 4817 (1979). El Congreso, ciertamente, podría posteriormente reestructurar la ley, pero hasta el momento la representación del Gobierno Federal (en Estados Unidos es el *Attorney General* quien asume la defensa del Estado y el Congreso no interviene en el proceso) simplemente defendió la constitucionalidad sustantiva de la ley.

(135) *Harris v. McRae*, 448 US (1980), examinó la constitucionalidad de una ley modificadora de las prestaciones sanitarias con la expresa intención del Congreso de reaccionar frente a *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.» (Art. 40, 1, LOTC.)

«Pues bien, es claro que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.» (Sentencia de 31 de marzo de 1981. Recurso de amparo número 107/1980.)

«Es claro que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución, desde el momento de su entrada en vigor, y para las anteriores al texto constitucional desde la fecha en que éste inició su vigencia.» (Sentencia de 1 de junio de 1981. Cuestión de inconstitucionalidad número 231/1980.)

El tratamiento moderno del llamado «debate de la prospectividad» es parcial, ya que se limita a enfocar el tema desde los criterios utilizados por los Tribunales Warren y Burger para llevar a la aplicación retroactiva o prospectiva de parte de su jurisprudencia: sus decisiones relativas a los requisitos constitucionales del proceso penal. Así, pues, su perspectiva es demasiado estrecha.

El moderno estudio de la historia en general de la eficacia de las sentencias intenta dibujar una situación del siglo XIX, que, como mínimo, no arroja ninguna luz sobre el tema.

Evidentemente fue J. HOLMES quien señaló: «No creo que este Tribunal Supremo tenga autoridad para afirmar en general que sus decisiones sólo hacen ley para el futuro. Las decisiones judiciales han sido retroactivas desde hace aproximadamente mil años» (136). Pero esta afirmación simplemente no es verdad si se toma en su sentido absoluto. Todo el moderno estudio del debate ha partido de la idea de que esta afirmación es verdad y, por lo tanto, no ha comprendido realmente la dinámica que subyace al tema de la prospectividad (137).

No es simplemente verdad que las decisiones constitucionales hubieran tenido eficacia retroactiva, al menos, durante mil años. La «teoría oracular», incluso en el punto álgido de aplicación, tenía sus límites. Podemos incluso atrevernos a afirmar que la regla en realidad era la contraria: las decisiones de inconstitucionalidad eran aplicadas normalmente con carácter sólo prospectivo; el principio de *seguridad jurídica* y el de *cosa juzgada* imponían su fuerza.

Cuando una cuestión había sido sometida a juicio no apelado o no decidida, de acuerdo con la doctrina constitucional de aquel momento, la decisión impediría obviamente el que se volviera a enjuiciar esa cuestión, pese al cambio de doctrina del Tribunal Supremo.

«Los Tribunales estatales ... sostuvieron que una decisión acerca de una cuestión federal vincula a las partes cuando la sentencia no ha sido apelada, incluso aunque una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en otro caso posterior fijara la cuestión de una manera diferente» (138). Esta regla se aplicó, por ejemplo, a todos los juicios y a todos los pronunciamientos a que había dado lugar *Hepburn v. Griswold* (139).

Este límite también ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en tiempos más recientes, como C. J. HUGHES afirmó en *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*: «Los tribunales inferiores habían procedido sobre la teoría de que una Ley del Congreso, habiendo sido declarada inconstitucional, no es ley; que esa ley es inoperativa,

(136) *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 US 349, 372 (1910) (voto particular).

(137) Como un buen resumen de la historia del tema en el Derecho Constitucional Norteamericano, aunque partiendo de este enfoque falso, véase NORE, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, 71 Yale L J 907 (1962). Esta Note constituye el estudio-base para la doctrina que ha estudiado el tema de la prospectividad con posterioridad. Por cierto, *overruling*, en la terminología jurídica norteamericana, significa cambio explícito de doctrina constitucional judicial por los propios tribunales.

(138) FIELD: *Op. cit. supra* nota 11, p. 153, citando *People ex re Bank v. Russell*, 283 111 520, 119 N E 617 (1918) y *Beck v. State*, 198 Wisc 242, 219 N W 197 (1928).

(139) 8 Wall 603 (1869), cuando fue cambiada la doctrina jurisprudencial en él contenida por los *Legal Tender Cases*, 12 Wall 457 (1871).

no otorgando derecho alguno ni imponiendo ningún deber...; está bastante claro, sin embargo, que tales amplias afirmaciones acerca del efecto de una sentencia de inconstitucionalidad pueden aceptarse sólo con reservas. La existencia real de una ley con anterioridad a dicha decisión es un hecho operativo y puede tener consecuencias que no pueden ser ignoradas. El pasado no puede ser simplemente borrado por decisiones judiciales... Es manifiesto a partir de numerosas decisiones que no puede justificarse la afirmación omnicomprendensiva del principio de retroactividad absoluta» (140). CHICOT COUNTY sostuvo que una decisión no apelada aplicando una ley federal era cosa juzgada, pese al fallo del Tribunal Supremo, en otro caso posterior de que dicha ley era inconstitucional.

Queda, sin embargo, un problema: ¿qué ocurre con las relaciones jurídicas que no habían sido llevadas a los tribunales? La teoría de la cosa juzgada explica la situación de las relaciones que en último término acabaron en una sentencia, pero no las restantes.

Imaginémonos que en 1982 el Tribunal Supremo anula un artículo de la Ley de Seguridad Social por discriminar en materia de filiación inconstitucionalmente. Ese artículo hipotético ha estado, a lo mejor, denegando prestaciones durante cuarenta años (pensemos en la promulgación de la Ley de la Seguridad Social en los Estados Unidos). ¿Puede un miembro de la clase que había sido inconstitucionalmente excluida pedir una pensión desde el año 1937, cuando no la pidió (hasta 1982), pensando que el artículo de dicha ley era perfectamente constitucional, conforme a la propia doctrina del Tribunal Supremo? ¿No se aplican automáticamente las limitaciones sustantivas o procesales de la accionabilidad? La retroactividad judicial siempre ha estado limitada por normas sustantivas, como las que regulan la prescripción, o por normas procesales, como los plazos.

En todo caso, si hemos acentuado que la regla era la contraria (prospectividad), sólo lo hacíamos por interés dialéctico. La verdad es pura y simplemente que no había regla alguna. El tema era, en parte, uno de *remedies*. ¿Qué sentido tiene afirmar que una decisión es retroactiva si, por ejemplo, no se puede pedir indemnización de daños y perjuicios? ¿Qué sentido tiene declarar un contrato nulo, porque nula era la ley en la cual se basaba, cuando la otra parte contratante no puede pedir la devolución de lo que había pagado?

Sólo con muchas confusiones y dudas, y sólo por una parte insignificante de la doctrina, se ha puesto de relieve esta vinculación entre

(140) 308 US 371, 374 (1940).

el debate de la prospectividad-retroactividad y el uso de *remedies* constitucionales (141).

En realidad la respuesta a lo que J. HOLMES (142) y J. CARDOZO (143) consideraban un absoluto había sido dada desde largo tiempo antes por el Derecho norteamericano, y el Tribunal Supremo ha seguido dando estos tipos de respuesta, aunque algunas veces con el enfoque absolutista y otras con el enfoque remedial.

Como un ejemplo típicamente prospectivo, a partir del enfoque remedial, en el siglo XIX pueden citarse los casos en los que el Tribunal Supremo denegó la posibilidad de recobrar impuestos declarados inconstitucionales (143 bis) o multas (144) no pagadas bajo protesta. También pueden perfectamente ponerse ejemplos de retroactividades, enfocadas desde el punto de vista absoluto, como el principio general del Derecho penal o procesal-penal, de que «la libertad personal es un derecho demasiado preciado para ser derrotado por las tecnicidades de la cosa juzgada, y el *habeas corpus* cuando dicho derecho se ha visto infringido por una ley nula» (145).

Fue precisamente esta regla absoluta de la retroactividad en los casos penales lo que motivó el debate de 1965; debate que ha extendido su «absolutismo» a áreas que se encontraban fuera del proceso penal, expansión que se debe en su integridad a la obra del Tribunal Burger.

Hasta entonces sólo «magistrados individuales habían, de vez en cuando, avanzado la sugerencia de que algunos fallos nuevos muy concretos del Tribunal Supremo deberían recibir un efecto meramente prospectivo (o un efecto retroactivo limitado)» (146). Sin embargo, en 1965 el Tribunal Supremo estudió la posibilidad de declarar la incons-

---

(141) Véase GRANT: *Op. cit. supra* nota 4, p. 238.

(142) Véase *supra* nota 139 y el texto que la acompaña.

(143) Véase CARDOZO: *The nature of the judicial process* (1921), pp. 146-47.

(143 bis) «La regla jurídica a aplicar en ausencia de Ley es la de que los impuestos ilegalmente recaudados no pueden ser recuperados, salvo que se hubieran pagado bajo protesta... La regla se aplica tanto a los impuestos ilegales como a los inconstitucionales.» FIELD: *Op. cit. supra* nota 11, p. 251, citando *Elliott v. Swartwout*, 10 Pet 137 (1836). Como ejemplo de un caso en que el pago bajo protesta por una tribu india motivó la recuperación de impuestos inconstitucionales, véase *Ward v. Board of County Commissioners*, 253 US 17 (1920).

(144) «Los Tribunales federales parecen igualmente severos en la aplicación de reglas denegatorias de la devolución (de multas inconstitucionales ya pagadas).» FIELD: *Op. cit. supra* nota 11, p. 272, citando *United States v. Gettinger*, 272 US 734 (1927).

(145) *Idem*, p. 154.

(146) MISHKIN: *Foreword: The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law*, 79 Harv L Rev 56, 57 (1965). Allí mismo recoge todos los

titucionalidad de leyes penales, o procesales-penales, y de aplicar la decisión sólo prospectivamente. Desde *Linkletter v. Walker* (147), e incluso desde antes; desde *Mapp v. Ohio* (148), cuya regla lla extensión de la *exclusionary rule* (149) a los Estados era aquella cuya retroactividad o prospectividad se discutía en *Linkletter*, la literatura acerca del tema ha sido realmente extensa (150). También desde *Linkletter*

votos particulares en que J. J. Harlan, Whittaker y Frankfurter lo habían propuesto.

(147) 381 US 618 (1965).

(148) 387 US 643 (1961).

(149) La *exclusionary rule* supone que no puede incorporarse al proceso como prueba toda aquella evidencia sobre la que el Estado haya puesto sus manos inconstitucionalmente. Su finalidad, obviamente, es la de disuadir a la policía de utilizar métodos de investigación inconstitucionales. En Europa esa regla es totalmente impensable, canalizándose la solución del problema a través de la penalización de esas actividades tipificándolas como delito, pero sin que en ningún momento den lugar a no poder aportar la prueba al proceso.

(150) Véanse BENDER: *The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: Mapp v. Ohio*, 110 U Pa L Rev 650 (1962); NOTE, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, 71 Yale L J 907 (1962); NOTE, *Collateral Attack on Pre-Mapp v. Ohio Convictions Based on Illegally Obtained Evidence in State Courts*, 17 Rutg L Rev 587 (1962); CURRIER: *Time and Change in Judge Made Law: Prospective Overruling*, 51 Va L Rev 201 (1965); MEADOR: *Habeas Corpus and the Retroactivity Illusion*, 50 Va L Rev 1115 (1964); MORRIS: *The End of an Experiment in Federalism — A Note on Mapp v. Ohio*, 36 Wash L Rev 407, 431-33 (1961); TORCIA & KING: *The Mirage of Retroactivity and Changing Constitutional Concepts*, 68 Dick L Rev 269 (1962); TRAYNOR: *Mapp v. Ohio at Last in the Fifty States*, 1962 Duke L J 319; WEINSTEIN: *Local Responsibility for the Improvement of Search and Seizure Practice*, 34 Rocky Mt L Rev 150 (1962); NOTE: *Limitations of Judicial Decisions to Prospective Operation*, 46 Ia L Rev 600 (1961); MISHKIN: *Op. cit. supra* nota 150; SCHAEFER: *The Control of 'Sunburst': Techniques of Prospective Overruling*, 42 N U L Rev 631 (1967); SCHWARTZ: *Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin*, 33 U Chi L Rev 719 (1966); H·SLER: *Retroactivity Re-Thought: The Hidden Costs*, 24 U Maine L Rev 1 (1972); MALLAMUD: *Prospective Limitations and the Rights of the Accused*, 58 Ia L Rev 321 (1970); ROSSUM: *New Rights and Old Wrongs: The Supreme Court and the Problem of Retroactivity*, 33 Emory L J 381 (1974); NOTE: *Retroactivity and Prospectivity — Current Trends in the Law of Retroactive Decision Making*, 7 Wake F L Rev 500 (1971); COMMENT: *Linkletter, Shott, and the Retroactivity Problem in Escobedo*, 64 Mich L Rev 832 (1966); BLUMENFELD: *Retroactivity under O'Callahan: An Analytical and Statistical Approach*, 60 Geo L J 551 (1972); HADDAD: *Retroactivity Should Be Re Thought: A Call for the End of the Linkletter Doctrine*, 60 J Crim L & Ps 417 (1969); NOTE: *Retroactivity in Civil Suits: Linkletter Modified*, 42 Ford L Rev 653 (1974); COMMENT: *Constitutional Rules of Criminal Procedure and the Application of Linkletter*, 18 J Pub L 193 (1967); WELLINGTON: *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83 Yale L J 221, 254-62 (1973); BEYTAGH: *Ten Years of Non-Retroactivity: A Critique and Proposal*, 61 Va L Rev 1557 (1975).

El tema ha sido también cuidadosamente tratado en obras más generales: BICKEL: *The supreme court and the Idea of Progress* (1970), pp. 54 y ss.; WHITE: *The American Judicial tradition* (Oxford University Press, 1976), pp. 359 y ss., y BREST: *Op. cit. supra* nota 48, 1137 y ss.

el Tribunal Supremo se ha auténticamente «peleado» para elaborar una jurisprudencia coherente en, al menos, 36 casos (151), casos en los que han aparecido muchísimos temas diferentes, que van desde la instrumentación técnica del *habeas corpus* federal (152) hasta las nociones blackstonianas de la función judicial (153).

Un intento de describir cronológicamente toda esta línea de decisiones nos llevaría realmente demasiado lejos (154), y no es en realidad la finalidad de este trabajo.

Si consideramos, en cambio, de interés el resumir todos estos temas generales que a lo largo de tan extenso debate se han planteado: a) Si la retroactividad está íntimamente ligada o no a la «teoría oracular» acerca de la función judicial (155). b) Si la solución del problema reside o no en el texto de la Constitución (156). c) Si el Tribunal Su-

(151) *Linkletter v. Walker*, 381 US 618 (1965); *Tehan v. United States*, 382 US 406 (1966); *Johnson v. New Jersey*, 384 US 719 (1966); *Stovall v. Denno*, 388 US 293 (1967); *Witherspoon v. Illinois*, 391 US 510 (1968); *Roberts v. Russell*, 392 US 293 (1968); *De Stefano v. Woods*, 392 US 631 (1968); *McConnell v. Rhay*, 393 US 2 (1968); *Arsenault v. Massachusetts*, 393 US 5 (1968); *Berger v. California*, 393 US 314 (1968); *Fuller v. Alaska*, 393 US 80 (1968); *Allen v. State Board of Elections*, 393 US 544, 572 y ss. (1969); *Desist v. United States*, 394 US 244 (1969); *Halliday v. United States*, 394 US 381 (1969); *Jenkins v. Delaware*, 395 US 213 (1969); *Cipriano v. City of Houma*, 395 US 701 (1969); *Phoenix Kolodziejski*, 399 US 204 (1970); *Williams v. United States*, 401 US 646 (1971); *Mackey v. United States*, 401 US 687 (1971); *United States v. United States Coin & Currency*, 401 US 715 (1971); *Chevron Oil Co. v. Hudson*, 404 US 97 (1971); *Adams v. Illinois*, 405 US 278 (1972); *Ivan v. City of New York*, 407 US 203 (1972); *Kirby v. Illinois*, 408 US 682 (1972); *Milton v. Wainwright*, 407 US 682 (1972); *Moore v. Illinois*, 408 US 786, 800 (1972); *Morrisey v. Brewer*, 408 US 786, 800 (1972); *Robinson v. Neil*, 409 US 505 (1973); *Lemon v. Kurtzman II*, 411 US 192 (1973); *Michigan v. Paine*, 412 US 47 (1973); *Gosa v. Mayden*, 413 US 655 (1973); *Michigan v. Tucker*, 417 US 433 (1974); *Daniel v. Louisiana*, 420 US 31 (1975); *United States v. Peltier*, 422 US 531 (1975); *Bowen v. United States*, 422 US 916 (1975), y *Hankerson v. North Carolina*, 432 US 233 (1977).

(152) Véanse especialmente los trabajos de MISHKIN y SCHWARTZ, citados en la nota 150. También el de MEADOR, citado en la nota. En jurisprudencia véanse MACKAY y HANKERSON.

(153) Este es el fundamento de los reiterados votos particulares de J. BLACK, comenzando por el de *Linkletter*. La opinión mayoritaria de *Linkletter* fue redactada por J. CLARK como una crítica de la «teoría oracular».

(154) El mejor resumen de toda la jurisprudencia, resumen cronológico y detallista, es, sin duda, el de Beytagh, citado en la nota 150. Por cierto, el propio Tribunal Supremo citó como resumen autorizado en *Hankerson v. North Carolina*, 432 US 233, 246 (1977). Remito a su lectura para el lector que quiera familiarizarse con esta área jurisprudencial.

(155) *Linkletter*, criticando la «teoría oracular» blackstoniana, dice explícitamente que «la tarea de los jueces es crear nuevo derecho, no mantener y explicar el viejo». J. CLARK se apoyó además expresamente en AUSTIN y la teoría analítica que reconoce la labor auténticamente creadora de los jueces para rellenar los *interstitial gaps* (vacíos legales).

(156) El primer caso, *Linkletter* ya planteó abiertamente este tema: «Creemos que la Constitución ni prohíbe ni requiere el efecto retroactivo.»

premo debe resolver el tema apelando a la oportunidad o a principios jurídicos (157). *d*) En el caso de admitirse lo primero, cuál de ambos tipos de criterios debiera prevalecer (158). *e*) Si el federalismo como principio es suficientemente importante para justificar el reenvío o, al menos, el retraso en el anuncio por el propio Tribunal Supremo de la sentencia relativa a la efectividad de la nueva regla anunciada en otro caso anterior, retraso hasta que los tribunales inferiores, y especialmente los estatales, hayan tenido una previa oportunidad de pronunciarse específicamente sobre este tema (159). *f*) Si el requisito de que se trate de un caso o controversia del artículo III de la Constitución hace imposible la existencia de decisiones judiciales puramente prospectivas (160). *g*) Si el momento para trazar la línea depende de

(157) Esta fue otra de las constantes acusaciones de J. BLACK, sobre todo cuando uno de los factores que la mayoría contrapesaba era el número de presos que podrían quedar libres. J. HARLAN, que acompañó a la mayoría hasta *Desist* para renegar a partir de entonces abiertamente de la doctrina de la prospectividad, criticó la totalidad de la jurisprudencia dictada, hasta entonces como totalmente carente de principios generales.

(158) Compárese *Desist*, pp. 249-51, con *Jenkins v. Delaware*. En el primero el Tribunal Supremo estableció una clarísima jerarquía entre los diversos factores contrapesados en *Linkletter* y, sobre todo, en *Stovall v. Denno* (quizá el caso que más factores contrapesa), siendo el más importante «el de la finalidad perseguida por la nueva norma que enuncia como sustantiva el Tribunal Supremo». La confianza de los Estados en la constitucionalidad de la norma anterior y el efecto real (número de procesos que deben repetirse y si se pueden o no realmente repetir) tienen gran peso «sólo cuando la finalidad de la nueva norma sustantiva no favorece claramente ni la prospectividad ni la retroactividad». En *Jenkins*, por el contrario, p. 218, la mayoría del Tribunal Supremo, aun reconociendo que la desigualdad que la prospectividad genera es uno de los más importantes factores a tener en cuenta, lo rechazó en este caso porque la desigualdad «debe contrapesarse contra el ímpetu que proporciona la nueva norma a la efectividad de reformas que la Constitución exigía desde hace tiempo, reformas que sin la prospectividad no podrían llevarse a cabo».

(159) Compárese *Linkletter*, cuatro años después de la implantación de la nueva norma sustantiva, con *Johnson v. New Jersey*, que decidió el efecto prospectivo de una norma sustantiva que sólo tenía una semana (*Miranda v. Arizona*, otra de las sentencias «escandalosas» del Tribunal Warren), con *Stovall*, que fue anunciado el mismo día que el caso en el que se cambiaba la vieja doctrina, o con *Witherspoon*, que por primera vez estableció en el mismo caso a la vez la nueva norma sustantiva y su eficacia temporal. Véase especialmente el voto particular de J. HARLAN en *Mackey*: «es intolerable que nos arroguemos la autoridad para ser los únicos que pueden hablar sobre este tema». Esta afirmación tenía el sentido de proponer que el Tribunal Supremo dejara *in toto* la resolución del tema a los Tribunales estatales más que sugerir que el Tribunal Supremo, antes de pronunciarse sobre la eficacia del cambio de doctrina, dejara que los Tribunales estatales resolvieran varios casos para tener opiniones diversas, que fue lo que había hecho en *Linkletter*.

(160) Véase NOTE: *Prospective Overruling...*, cit. supra nota 154, pp. 930-33. Compárense las afirmaciones contenidas en *Stovall* en el sentido de que los dos acusados eran los únicos beneficiarios de la nueva norma «porque era una con-

la estructuración de técnicas procesales o, por el contrario, del momento en que se comete la violación constitucional (161). *h*) Si el enfoque debe ser similar en todos los tipos de adjudicación: ordinaria y constitucional y, dentro de éstas, constitucional-civil, penal u otras (162). *i*) Si la naturaleza sustantiva o procesal de la nueva regla anunciada por el Tribunal Supremo cambiando su doctrina es un factor relevante o no a tenerse en cuenta (163). *j*) Si los cambios en la división de la jurisdicción de los tribunales debido a la interpretación constitucional (164), o los llamados *double-jeopardy cases* (165) tienen una naturaleza sustantiva o procedimental. *k*) Si el carácter realmente innovador de la nueva sentencia respecto de la anterior, y por ello la confianza en la antigua regla que tenían las autoridades estatales o

secuencia inevitable de la necesidad de que la interpretación constitucional por el Tribunal Supremo no sea un mero *dictum*, con el voto particular de J. DOUGLAS en *Adams v. Illinois*, p. 286 n. 3, afirmando lo contrario, y especialmente con *Morrissey*, que determinó que ciertos procedimientos que constitucionalmente tenían que seguirse en las revocaciones de las decisiones de las *parole boards* (es decir, los órganos que determinan la duración de la pena que el juez fija indefinidamente) no tenían por qué aplicarse a las partes del caso en que así se decidía. *Stovall*, por su parte, decía también que el alcance de la retroactividad a las partes del proceso en realidad sólo obedece al temor del Tribunal Supremo de desanimar a los abogados defensores a proponer reformas ante el hecho de que sus defendidos no se iban a beneficiar de ellas. Véase la obra de SCHWARTZ, citada en la nota 150.

(161) *Linkletter* permitió aplicar la nueva regla sustantiva a todos los casos cuya tramitación procesal se encontrara en fase, al menos, de recurso directo; *Johnson* la aplicó a todos los procesos que comenzaran después de anunciada la regla; *Stovall*, por fin, dio la primacía al momento en que se producían los hechos ahora inconstitucionales.

(162) Véase la afirmación explícita del Tribunal Supremo en *Halliday*, p. 832, en el sentido de que las decisiones no constitucionales deben regirse en cuanto a la retroactividad o prospectividad por los mismos criterios que la jurisprudencia establecida desde *Linkletter*. Véase también la afirmación de C. J. BURGER en *Kurtzman II*: «Los apelantes no ofrecen ningún argumento persuasivo para limitar al moderno enfoque de la jurisprudencia constitucional a los casos procesales penales.»

(163) En *US v. US Coin & Currency*, el Tribunal Supremo afirmó por primera vez tajantemente que las doctrinas constitucionales cuya finalidad no es la de corregir requisitos constitucionales del proceso penal, sino prohibir directamente la penalización (o sanción en general) de conductas, tienen eficacia retroactiva. Es decir, la retroactividad de la ley penal o sancionadora más favorable, pero aplicado a la sentencia y no a la ley como en nuestro artículo 40, 1 LOTC.

(164) Véase *Gosa*, donde el Tribunal Supremo sostuvo que una decisión anterior que fijaba la regla sustantiva de que los militares tienen que comparecer ante los jueces ordinarios por todo delito no conectado con un acto de servicio, regla formulada por el Tribunal Supremo en *O'Callahan v. Parker*, 395 US 258 (1969), tenía carácter prospectivo. Véase la obra de BLUMENFELD, citada en la nota 154.

(165) Véase *Robinson v. Neil*.

personas privadas (166) es el factor más importante o no (167). Y 1) Si el problema tiene una naturaleza remedial o sustantiva (168).

Probablemente no he mencionado todos los temas que salieron a relucir en el debate de la prospectividad, pero, al menos, creo que he mencionado los suficientes como para comprender perfectamente por qué en todos estos casos la división de opiniones entre los magistrados ha sido total; división en la cual el cambio de un presidente del Tribunal Supremo no ha tenido en absoluto ningún tipo de consecuencias (169).

Las ideas que acerca del tema tienen los magistrados del Tribunal Supremo eran y son fijas, precisamente porque se dan cuenta de que se mueven en un terreno inseguro, pero, de todas formas, fundamental para la concepción particular que de la función judicial tenga cada uno de ellos. No creo que sea fácil encontrar cualquier otro tipo de debate constitucional actual en el que las individualidades del Tribunal Supremo se reflejen tan claramente en las sentencias.

En todo caso, lo que a nosotros nos pueda interesar más es que todos estos factores han hecho que cambie de coordenadas todo el debate entre los magistrados y la doctrina constitucionalista norteamericana. En su origen, la postura de la retroactividad estaba vinculada a la concepción típicamente «oracular» judicial: el Tribunal Supremo no crea Derecho, dice lo que el Derecho es y era, de ahí la postura de J. BLACK (170). A la vez J. CLARK y el resto de los que apoyaron su sen-

(166) Véase el factor reformista en nota 161. Naturalmente, la confianza en la constitucionalidad del ordenamiento es un factor de mucho mayor peso cuando se trata de personas privadas, en campos naturalmente ajenos al del derecho constitucional procesal penal. Los intereses de titulares privados de deuda pública fueron tomados muy en consideración, por ejemplo, en *Cipriano y Kolodziejski*, casos ambos de bonos municipales declarados inconstitucionales.

(167) Este factor de confianza, que en último término no es sino la variante norteamericana del principio de seguridad jurídica, aparece en todas las sentencia y ha sido decisivo en muchas de ellas como en el ya visto *Johnson* (*supra* nota 161) o en *Russell*, donde el Tribunal Supremo dijo que la regla que anunció el derecho constitucional a carearse con los testigos, anunciada en *Burton v. United States*, 391 US 123 (1968), debía haber sido claramente anticipada por los fiscales desde otro caso anterior que formulaba otra regla sustantiva distinta, pero en línea parecida.

(168) *Linkletter* le dio a todo el tema un carácter «absoluto». Pese a ello, de vez en cuando, el Tribunal Supremo hace hincapié en que el tema es uno de hallar el *remedy* en equidad adecuado, como en *Kurtzman II*.

(169) Sólo se ha apreciado con el cambio de presidente del Tribunal Supremo una variante clara, la extensión de la visión «absoluta» fuera del campo penal, o procesal penal, constitucional.

(170) Véase *supra* nota 157.

tencia en *Linkletter* eran conscientes de que la prospectividad aportaba decididamente una nueva visión de la jurisprudencia como fuente del Derecho a la vez que, por ello, aceptaban criterios de oportunidad (número de presos que podían verse libres al no poderse repetir los procesos por falta de pruebas) (171).

Este enfoque originario era el que favorecía el «escándalo» que la doctrina de la prospectividad provocó.

Sin embargo, en primer lugar, lo único que se había operado era una minusvaloración del valor libertad personal que fundamentara el origen de la regla de la retroactividad en materia penal o procesal-penal (172), y, en segundo lugar, esos factores de oportunidad que recogiera *Linkletter* son todos reconducibles a principios jurídicos (el de seguridad jurídica o el de la seguridad ciudadana, típicamente, por ejemplo, en el caso citado). En tercer lugar, la multiplicación de esos factores han hecho aparecer un sistema muy complejo de valores e intereses, todos ellos constitucionalmente relevantes, cuya adjudicación se resuelve últimamente en un contrapeso y jerarquización de los mismos conforme a uno de los métodos de interpretación constitucional que hoy se mueve dentro de la ortodoxia interpretativa, el llamado *balancing of interests* (173).

En realidad, cuando se resalta el carácter remedial del tema (174) lo que ocurre es que se intentan acentuar dos temas distintos: la mayor libertad en el uso de ese método que en su uso en otros campos constitucionales, motivada precisamente por la complejidad de todos los factores, y el presunto rango de estas sentencias que algunos han defendido como *constitutional common law* (175).

Ahora bien, ello no impide que el método sea estrictamente ortodoxo.

Así, TRIBE, por ejemplo, ha puesto de relieve que, en cuanto a este segundo aspecto, «a pesar del énfasis retórico del Tribunal Supremo en el carácter remedial ... el propio Tribunal Supremo ha intentado tomar en consideración el estatus 'constitucional' de esta jurisprudencia» a la vez que, por lo que al primero se refiere, esta jurisprudencia

---

(171) *Idem* y nota 161.

(172) Véase *supra* nota 149 y el texto que la acompaña.

(173) Véase *supra* nota 62.

(174) Véase *Kurtzman II*.

(175) El llamado *constitutional common law* propone que hay sentencias del Tribunal Supremo cuya modificación no necesitaría una reforma constitucional, sino una simple ley ordinaria.

«refleja no tanto un contrapeso de factores de oportunidad ... como un reconocimiento de una jerarquía de valores e intereses constitucionales pese a que esa jerarquía sea, y lo es, discutida y discutible» (176).

### 3. EL PROBLEMA COMUN: LA ÚNICA GUÍA APARENTE ES EL ARTÍCULO III

El único artículo que contiene la Constitución norteamericana, o incluso las leyes procesales o judiciales, que haga referencia al tema de los efectos formales es el requisito de que exista un caso o controversia del artículo III.

Así, se ha alegado como limite a la teoría de la prospectividad (177) a la invalidación de leyes *on their face* (178) y, aunque no tan explícitamente, las mutuas acusaciones de que están legislando que en los casos de inconstitucionalidad parcial (179) o en los de extensión versus invalidación (180) se cruzan las mayorías y minorías del Tribunal Supremo tienen, indudablemente, este motivo básico.

Cualquiera que sea la concepción particular de la función judicial que uno pueda tener, la realidad es que existen precedentes suficientes para permitir la afirmación de que la Constitución o las leyes no hablan acerca de este tema o, al menos, no se enfrentan a él directamente. El requisito de que se trate de un caso y controversia sólo puede funcionar como principio sustantivo, pero no como mandato formal. Puede ser un principio que pueda ayudar a resolver el problema, pero no da ninguna solución clara a ninguno de ellos.

Cuando hablo de que puede ser la única guía como principio quiero decir que puede funcionar como un reflejo de otros principios constitucionales, el de separación de poderes, el federal o, incluso, el de la existencia de una función institucionalmente judicial.

En este caso, además, el último de los principios, es decir, el de la existencia de una función institucionalmente judicial, no pretende distinguir la función judicial por contraposición a la administrativa, sino por contraposición, claramente, a la legislativa: eficacia *erga omnes* de las declaraciones de inconstitucionalidad, invalidación de leyes en sí mismas y con independencia de su aplicación al caso concreto, la extensión de beneficios o la nulidad total de leyes parte de las cuales

(176) TRIBE: *Op cit. supra* nota 2, p. 26.

(177) Véase *supra* nota 163.

(178) *Younger v. Harris*, 401 US 37 (1971).

(179) Véase nota 46.

(180) Véanse notas 126, 129 y el texto que las acompaña.

podrían subsistir, se parecen todas ellas más a las nociones convencionales de legiferación que a las de adjudicación.

Ahora bien, ello no es así. Y no lo es porque la legiferación como algo distinto de la adjudicación o enjuiciamiento no se caracteriza por ninguna de estas notas.

La invalidación de las leyes, incluso con pretensiones de generalidad, no plantea sino el eterno problema de la jurisprudencia como fuente del Derecho, por lo que nos estamos moviendo dentro de los cánones de la ortodoxia jurídica en lo que a la eficacia de las sentencias se refiere.

Tampoco puede pretenderse que una mayor libertad en la solución de los temas de la nulidad total o parcial o de la extensión o invalidación configure al Tribunal Supremo como un órgano legislativo.

Efectivamente, si nos fijamos en la jurisprudencia de ambos campos, lo que el Tribunal Supremo pretende es averiguar la *voluntas legislatoris* a toda ultranza. La nulidad será total o parcial según se acerque más o menos a la hipotética voluntad del que hizo la ley. La ley discriminadora será extendida a la categoría excluida o será anulada para todos, según el Congreso o los Parlamentos estatales pudiera pensarse que pretendieron una u otra.

Ninguna sentencia del Tribunal Supremo pretende hacer tabla rasa de este canon tradicional de la interpretación de las normas. Presuponer, por ejemplo, que la nulidad parcial respeta más la voluntad del legislador (como hace nuestra LOTC) es una simple presunción que puede o no concordar con la realidad. Lo que sí es verdad es que la mayor tradición continental del canon de interpretación de la ley conforme a la *voluntas o ratio legis*, por encima de la *voluntas o ratio legislatoris*, hace a los legisladores y constituyentes continentales tratar de limitar las posibilidades de los Tribunales constitucionales que, en su búsqueda de esa *voluntas legislatoris*, pueden abusar más de la discrecionalidad.

Pero en último término, ambos sistemas son iguales porque la presunta primacía del canon subjetivo (versus objetivo-continental) en el Tribunal Supremo es falsa y lo es porque el Tribunal Supremo «objetiva» a su vez la finalidad de la ley (181). Dados los problemas que su-

---

(181) A lo largo del estudio de las distintas alternativas hemos visto cómo una de las piezas esenciales de la jurisprudencia consiste en tratar de averiguar la finalidad a la que responde el esquema legal «en su conjunto». En realidad no se trata más que de la versión norteamericana de lo que los italianos denominan «exceso de poder legislativo», es decir, la idea de que los principios constitucionales constituyen la finalidad perseguida por el legislador, idea que es básica para comprender la aplicación de cláusulas como la de igualdad, por ejemplo.

pone la búsqueda de la voluntad de los cuerpos representativos, el Tribunal Supremo presupone finalidades de las normas conforme a valores constitucionales sustantivos.

El voto concurrente de J. HARLAN en *Welsh* (182) tuvo la virtud, a mi juicio, de racionalizar perfectamente lo que el Tribunal Supremo estaba haciendo. La moderna versión de la extensión de leyes sociales equivale según MICHELMAN a la quasi-constitucionalización de los *welfare rights* (183).

La nulidad parcial o total va a ser decidida, en último término, por esa misma técnica. Ella ya se puso de relieve con la anulación de las leyes del *New Deal* (184) y el tema no ha dejado de enfocarse desde este punto de vista.

Vimos muy claramente cómo una multiplicidad de factores reconducibles a principios jurídico-constitucionales era lo que producía una jurisprudencia de intereses en consonancia con métodos hoy clásicos u ortodoxos de la interpretación judicial de la Constitución (185).

Queda, sin embargo, el problema de la anulación *on their face* de las leyes que se oponen a las libertades de la primera enmienda. Efectivamente, dentro de una función judicial ortodoxamente concebida sólo cabe doctrina judicial y, por tanto, es impensable *a priori* la anulación de leyes, porque darían lugar a la inconstitucionalidad en casos hipotéticos, aunque en el caso concreto enjuiciado su aplicación es claramente constitucional.

Esto sólo ocurre en los *overbroad statutes*, ya que cuando la anulación de la ley *on its face* lo es por «vaga», es el principio de tipicidad (valor sustantivo) o la estructura de poder (valor adjetivo) lo que justifica su inconstitucionalidad y cualquier persona a la que se aplique la ley tiene un interés suficiente en esos valores a efectos de la impugnación.

En la *overbreath doctrine* el fundamento hay que buscarlo de nuevo también en los valores sustantivos. Se trata de una doctrina que es hereditaria de la *preferred position* que tienen las libertades de la primera enmienda.

Enfocado el tema desde el punto de vista de los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad, parece una contradicción con la eficacia tradicional de la jurisprudencia. Pero si se enfoca desde el

(182) Véanse pp. 207 y ss.

(183) Véase mi trabajo en el número 4 de esta misma REVISTA.

(184) Véase *supra* texto que acompaña a la nota 39.

(185) Véase *supra* nota 180 y el texto que la acompaña.

punto de vista de los valores sustantivos, no entra en contradicción con los métodos tradicionales de interpretación constitucional por los Jueces. La primera enmienda goza en Estados Unidos de un carácter parecido al de «orden público constitucional» que configuran nuestros derechos fundamentales y libertades públicas (186). Este valor especial será o no criticable, pero en todo caso lo será desde la óptica de la crítica que se formule a la jurisprudencia de intereses en sentido amplio como método de interpretación constitucional, no desde la de los efectos formales.

Este breve repaso de la auténtica dinámica que opera tras los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad nos ha servido, pues, para poner de manifiesto que pretender definir la naturaleza de la justicia constitucional a partir de ellos es una forma de esconder el auténtico problema subyacente.

Este no es otro que el de los métodos de interpretación constitucional en sí mismos.

No puede afirmarse concluyentemente que cualquiera de las soluciones concretas que se adopten acerca de los efectos formales de las sentencias sean más o menos «legislativas» que el uso de las respectivas soluciones alternativas (invalidación-aplicación; prospectividad-retroactividad; anulación *as applied-on-its face*; extensión-invalidación; nulidad parcial-total).

Sólo el estudio de los métodos de interpretación constitucional, el de las fuentes de donde extraen los Jueces subnormas constitucionales, que equivalen a la Constitución misma, puede resolver directamente el tema de cuál sea la naturaleza de la justicia constitucional.

Normalmente, en Europa, y en España, en concreto, también sucede así; el legislador ha limitado más los posibles pronunciamientos de los Tribunales constitucionales acerca de los efectos formales. Una visión extremadamente rígida podría llevar a la conclusión de que lo han hecho por entender que no se corresponden las alternativas que prohíben con las nociones tradicionales de qué sea administrar justicia y cuál sea el papel de los Jueces. No discuto que así sea. Pero también puede entenderse que, al darse cuenta de que el ejercicio de la función de la jurisprudencia constitucional plantea *inexorablemente* estas alternativas, los legisladores prefieren «darle solucionado» el tema a los Tribunales. Este segundo punto de vista implicaría que los legisladores

---

(186) Véase mi trabajo «¿Es retroactiva la Constitución?», que está pendiente de publicación en el número 15 de la *Revista de Derecho Político* de la UNED.

son conscientes de que no contradice directamente la noción de administración de justicia cualquiera de esas alternativas.

En Europa existe una tradición mucho mayor de regulación legal de aspectos procesales. La legitimación, la acción, la pretensión, etc., no son creación jurisprudencial, sino criaturas de la ley. Lo mismo ocurre con la eficacia de las sentencias. En esto sí difiere el ordenamiento jurídico norteamericano; ahora bien, esta diferencia tiene su razón de ser en el respectivo «peso social» de los distintos poderes constitucionales, no en la naturaleza de la función judicial en sí misma.

