

# LAS MUTACIONES JURISPRUDENCIALES EN LA CONSTITUCIÓN (\*)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (\* \*)

SUMARIO: 1. LAS PRIMERAS FORMULACIONES DOCTRINALES ACERCA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES.—2. CONCEPTO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL.—3. TIPOS DE MUTACIONES CONSTITUCIONALES: LA TRADICIONAL CLASIFICACIÓN DE DAU-LIN.—4. FUENTES DE LAS QUE PUEDEN PROCEDER LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES.—5. LAS MUTACIONES GENERADAS A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE LA *SUPREME COURT* NORTEAMERICANA:—A) *La importancia de las dissenting opinions en el American judiciary y su contribución al dinamismo de la jurisprudencia y del Derecho constitucional.*—B) *Algunos grandes dissents y las mutaciones constitucionales que propiciaron.*

---

(\*) Ponencia preparada para el *Seminário avançado sobre Mutações Constitucionais*, organizado por el *Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, 23-24 Abril 2014.

(\*\*) Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Messina (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú con sede en Lima. Autor de más de una treintena de libros publicados en Colombia, Italia, México, Perú y España, y de más de medio millar de artículos publicados en obras colectivas y revistas científicas de más de una veintena de países de Europa y América Latina. Director del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AlbJC)*, que edita el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

C) *Las mutaciones producidas con ocasión de la interpretación de la contract clause.*—D) *Las mutaciones desencadenadas por la jurisprudencia de la Marshall Court, muy particularmente el reconocimiento de los implied powers.*—E) *La grave mutación constitucional desencadenada por el Dred Scott case (1857).*—6. REFLEXIÓN FINAL.

## 1. LAS PRIMERAS FORMULACIONES DOCTRINALES ACERCA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES.

I. Fue García Pelayo el primero que en España acuñó la expresión “mutación constitucional”, al identificar la distinción que, desde Laband, venía haciendo la ciencia jurídica alemana entre los términos *Verfassungsänderung* y *Verfassungswandlung*, mediante, respectivamente, el binomio reforma constitucional/mutación constitucional(1), expresión esta última que, desde entonces, quedó consagrada entre nosotros(2). Tiempo atrás, Fernando de los Ríos, al traducir la *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek, había identificado el término *Verfassungswandlung* (literalmente, cambio o transformación constitucional) como modificación constitucional(3). Por su parte, Legaz Lacambra, en su traducción de la *Teoría General del Estado* kelseniana, recurrió a la expresión más literal, “cambio de constitución”(4).

Paul Laband fue a su vez el creador de la expresión que nos ocupa, que acuñó en su obra *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, (Dresden, 1895), si bien en su escrito no dio una definición detallada

---

(1) Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 8ª ed., 1961, p. 137.

(2) Buena prueba de ello la encontramos en la traducción que de la *Verfassungslehre* de Loewenstein, —versión alemana, dicho sea al margen, de la edición original en lengua inglesa, *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957— a la que incorporó su monografía *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, hizo Gallego Anabitarte. Es justamente en la parte dedicada a esta monografía (*Sobre la esencia, técnica y límites de la reforma constitucional*) en donde se diferencia el par binomial mutación constitucional/reforma constitucional. Cfr. al respecto, Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ediciones Ariel, 2ª ed., 1970, pp. 164-180.

(3) “Un caso muy frecuente de <modificación constitucional> en las Constituciones llamadas rígidas —puede leerse en la obra— es el que se lleva a cabo valiéndose de leyes simples o resoluciones”. Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, traducción de la 2ª edición alemana por Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1981, p. 406.

(4) “No es, pues, un fenómeno específico de las normas constitucionales, —puede leerse en la obra de Kelsen— sino propio de todos los dominios del Derecho, el hecho del <cambio de constitución>, consistente en que el manejo de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente”. Hans KELSEN, *Teoría General del Estado*, traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 15ª ed., 1983, p. 332.

del concepto, manteniendo en lo básico que una mutación de la Constitución se producía tan pronto como el texto constitucional dejaba de coincidir con la situación real. Sería Georg Jellinek quien, en su *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlín, 1906), obra que sería el fruto de una conferencia pronunciada en marzo de 1906 en la Academia jurídica de Viena, no sólo se detendría en el concepto, profundizando en algunos puntos de la problemática suscitada por estas mutaciones, sino que también, de modo paulatino, lograría ir introduciendo el concepto entre la doctrina(5), aunque por otro lado no le faltaba la razón a Smend cuando apostillaba(6) que el Profesor de Heidelberg, más que exponer una teoría jurídica de las mutaciones constitucionales, lo que hacía solamente era una descripción empírica de casos y tipos importantes.

La creación de Laband, el gran jurista del Imperio alemán, respondía a una preocupación patente: el Derecho constitucional del Imperio guillermino se había desarrollado y transformado, incluso sensiblemente en ciertas materias, y, sin embargo, todo ello se había producido sin que se llevaran a cabo las necesarias reformas de la Constitución de 1871, pues si bien es verdad que, en ocasiones, tales cambios intentaron encauzarse a través de las pertinentes reformas de la Constitución, la sistemática oposición del *Reichstag* o del *Bundesrat* las frustraron. Se producía así una problemática nada desdeñable: la contraposición entre las normas jurídicas constitucionales escritas y la situación jurídica real. El problema no dejaba de ser realmente incómodo para la dogmática del positivismo jurídico, al surgir directamente de la relación en tensión existente entre norma jurídica y realidad jurídica, y al no poder resolverse con los conceptos jurídicos manejados por esa misma dogmática positivista, lo que en último término entrañaba un serio cuestionamiento de toda su metodología. No debe extrañar por lo mismo que Laband apenas profundizara en esta problemática, mientras que Jellinek, once años después, viniera a concluir entresacando tan sólo de su estudio la enseñanza de que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la

---

(5) En tal sentido, Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, traducción de Christian Förster y Pablo Lucas Verdú, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29.

(6) Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 131, nota 9.

distribución del poder estatal, para añadir de inmediato, que las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica(7)

En el fondo de todo ello se hallaba también la generalizada idea acerca del carácter inmovible de la Constitución. Es cierto que frente a la exclusiva utilización del método jurídico formalista llevada a cabo por Gerber y Laband, con la consiguiente exclusión de los elementos históricos, sociológicos, económicos y éticos del ámbito del Derecho público, Jellinek defenderá un dualismo metodológico. “La doctrina general del Estado —escribe el Profesor de Heidelberg(8) — ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia: el Estado es, de un lado, una construcción social y, de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en doctrina social y doctrina jurídica del Estado. Por consiguiente, la doctrina general del Estado abarca: la doctrina general sociológica del Estado (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) y la doctrina general del Derecho político (*Allgemeine Staatsrechtslehre*)”. Jellinek deja clara de esta forma la interconexión entre lo político y lo jurídico(9), y junto a ello, al igual que harán posteriormente Kelsen, Schmitt, Smend o Heller, el Profesor de Heidelberg tendrá muy presente la realidad histórica concebida como un hecho social indisolublemente unido a la evolución estatal y constitucional. Como entre nosotros escribiera Lucas Verdú(10) , en el

---

(7) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, traducción de Christian Förster y Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 84.

(8) Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 8.

(9) En el Prólogo de la obra que ahora interesa particularmente, su *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek* (Berlín, Verlag von O. Häring, 1906), Jellinek precisa que: “El curso de esta investigación se mueve en los linderos entre el Derecho constitucional y la política. Siempre he sostenido la separación metódica y la unión científica de ambas disciplinas. Hoy, sin embargo, cuando el Derecho constitucional ha experimentado en Alemania una configuración jurídica tan rica, se plantea, cada vez más, la exigencia de investigaciones políticas complementarias y avanzadas”. Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, op. cit., p. 3.

(10) Pablo LUCAS VERDÚ, “Estudio Preliminar”, en la obra de Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., pp. XI y ss.; en concreto, p. XVII.

fondo de toda metodología histórica subyace el convencimiento de que la historia no se limita a mostrar la serie de los fenómenos sociales, sino sus formas vitales, su crecimiento y desaparición. En su *Allgemeine Staatslehre*, el gran jurista nacido en Leipzig escribirá: “El fundamento descriptivo de todas las ciencias sociales y entre ellas de las del Estado, es la Historia, la cual expone y fija los hechos sociales, trazando su evolución y mostrando el enlace externo e interno que existe entre ellos mismos”(11). Esa metodología histórica que sigue Jellinek contribuye a explicar su preocupación por los cambios institucionales, que no normativos, que son los que justamente sitúan al científico ante las mutaciones constitucionales. La tranquilidad existente en el Imperio alemán en la época en que Laband y Jellinek escriben sus respectivos trabajos explica esa visión de trasfondo acerca del carácter inmovible de la Constitución de 1871. Por lo mismo, será menester llegar a la agitada Alemania weimariana, en la que ya es imposible hablar de quietud política, cuando el Estado liberal de Derecho quiebra ante las amenazas de la derecha y de la izquierda, para que se tome conciencia del alcance y significado de las mutaciones constitucionales y del quebrantamiento de la *Reichsverfassung*(12). A ello contribuirá de modo muy significativo un discípulo de Rudolf Smend, el chino Hsü Dau-Lin, autor de un espléndido ensayo sobre el tema(13).

II. Laband, considerado el *Kronjurist* (el jurista principal) del Imperio guillermiano, reconocimiento justamente ganado por su impresionante obra sobre el Derecho público del Imperio alemán (*Das Staatsrechts des deutschen Reiches*), se haría eco de una serie de cambios en el ámbito de la Administración, de la Hacienda y de la Justicia federales que condujeron a la aparición de una situación constitucional incompatible con la Constitución de 1871, pero que de hecho se impusieron(14). Entre esas mutaciones, por hacernos eco de algunas de las aludidas por este autor, cabe mencionar: la creación

---

(11) Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 7.

(12) Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV (Constitución de 1978 y transformación político-social española), Madrid, Editorial Tecnos, 1984, p. 140.

(13) Hsü DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1932. En su versión española, *Mutación de la Constitución*, op. cit.

(14) Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 95.

de un sistema de autoridades administrativas federales, lo que parecía difícilmente compatible con la previsión del art. 15 de la *Reichsverfassung*; el cambio en el *status* jurídico del Canciller del *Reich* en base a la ley de suplencia de 1878; la instauración de una justicia federal, y el derecho de iniciativa del Emperador. En relación a esta última mutación, puede recordarse que el *Bundesrat* se componía de representantes de los miembros de la Federación; sólo en cuanto tales tenían derecho a presentar propuestas ante la Cámara. El Emperador en cuanto tal no era miembro de la Federación, sino tan sólo Rey de Prusia. El Canciller del *Reich*, según la letra de la Constitución, no podía presentar ninguna moción como tal. Sin embargo, de hecho, gran parte de las mociones que partían de la presidencia se presentaron en el *Bundesrat* por el *Reichskanzler* en nombre del Emperador (*Kaiser*), lo que se tradujo en que el número de mociones imperiales predominara sobre las mociones prusianas. “Así, diría Laband, la *Reichsverfassung* experimentó un cambio significativo sin que a su texto se hubiera añadido nada”(15).

En su descripción básicamente empírica del fenómeno analizado, Jellinek se haría eco asimismo de algunos otros casos de mutaciones de la Constitución imperial. Así, refiriéndose a la necesidad política como transformadora de la Constitución(16), aludiría a cómo se había transmutado la previsión constitucional que atribuía al Emperador convocar al *Bundesrat* y al *Reichstag*, inaugurarlos, suspender sus sesiones y clausurarlas. Sin embargo, la última convocatoria del *Bundesrat* había tenido lugar el 22 de agosto de 1883 y, desde entonces, no obstante haber transcurrido casi veintitrés años, este órgano no se había clausurado. El *Bundesrat* se había convertido *de facto* en una cámara permanente, en contraposición a lo dispuesto por el texto de la Constitución del *Reich*, hecho, como es obvio, por entero inaceptable para los constitucionalistas alemanes, que, sin embargo, en muchos casos, habían optado por ignorarlo, como acontecía con Laband, quien en su magna obra se limitaba a afirmar que “el *Bundesrat* no es una asamblea permanente como lo fue el *Bundestag* en Francfort...., sino que se reúne tan sólo temporalmente cuando se le convoca”. Laband no reconocía una eficacia constitucional derogatoria

---

(15) *Apud* Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 33.

(16) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, *op. cit.*, pp. 29-35.

al Derecho consuetudinario y, en coherencia con su posición, ignoraba la realidad constitucional. Frente a ello, Jellinek reconocía que el *fait accompli*, el hecho consumado, era un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al que toda oposición de las teorías legitimistas era, en principio, impotente. Con tal visión, el Profesor de Heidelberg era plenamente coherente con su reconocimiento de la fuerza normativa de lo fáctico, que en términos clásicos venía a equivaler al aforismo *ex facto jus oritur*(17) (el derecho nace del hecho), afirmación sin duda positivista, pero que en el diseño del autor en cierto modo se contrapesaba a través de su consideración del Derecho como un *minimum* ético, el mínimo ético que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo(18).

La Ley sobre la lugartenencia, suplencia o sustitución, de 17 de marzo de 1878, auspiciada por Bismarck, es considerada asimismo por Jellinek como una mutación constitucional operada mediante la *necessitas*. A través de ella se facultaba al Emperador para que designara sustitutos del Canciller responsables y, por lo tanto, con derecho de refrendo si éste lo solicitaba en caso de impedimento. De esta forma, los sustitutos dependían de la voluntad del *Reichskanzler*, pero en realidad éste no podía dirigir las tareas de todas las autoridades superiores del *Reich*. Pero además, la Constitución caracterizaba al Canciller del *Reich* como el único ministro responsable del mismo, lo que, tras la mencionada ley, ya no coincidía con la realidad.

Acaso fuera la llamada “cláusula Frankenstein”, —cuya denominación, innecesario es decirlo, es tributaria de la celeberrima novela romántica de Mary Shelley, *Frankenstein or the modern Prometheus* (1818), cuyo personaje artificial pronto adquiriría el valor de mito— la ejemplificación paradigmática de las mutaciones producidas por la legislación ordinaria, lo que se explica porque al faltar un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las

---

(17) De modo análogo, Pablo LUCAS VERDÚ, “Estudio Preliminar”, *op. cit.*, pp. XXIX-XXX.

(18) La relación en que se encuentra el Derecho con la Ética, escribe Fernando de los Ríos, es la de la parte al todo; mas la proporción ética, digámoslo así, del Derecho, difiere de un pueblo a otro y de uno a otro momento en la vida de la cultura de cada pueblo”. Fernando DE LOS RÍOS, “Prólogo del traductor”, en la obra de Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. XXV.

leyes, una ley inconstitucional generaba un quebrantamiento de la Constitución y, en último término, una verdadera mutación constitucional. Y en ello existe una cierta convergencia doctrinal(19). La citada cláusula contenía diversas previsiones contrarias a los artículos 38 y 70 de la Constitución del Imperio. Según tales preceptos, los ingresos aduaneros y determinados impuestos debían atribuirse a la administración del *Reich*, habiendo de ingresarse en la caja del *Reich* para hacer frente a los gastos correspondientes. A través de esta cláusula se dispuso, entre otras previsiones, que el rendimiento de los ingresos fiscales por tabaco y bebidas alcohólicas se transfiriera a los *Länder* al final de cada año, una vez descontada una cierta cantidad (130 millones de marcos). Por consiguiente, de acuerdo con la Constitución, las cantidades recaudadas a través de esos impuestos habían de ingresarse “en la caja del *Reich*”, pero con tal cláusula en realidad esos ingresos se hacían “a través de la caja del *Reich*”, lo que vulneraba el art. 38, si bien tal contradicción desaparecería tras la reforma de la Constitución llevada a cabo en 1904. Como recuerda Hesse, Laband calificaría la “cláusula Frankenstein” no sólo como un cambio de la situación constitucional sino como una “profunda reforma de la Constitución”, no obstante dejar subsistente el texto de la misma(20).

Pero las mutaciones constitucionales en modo alguno eran patrimonio exclusivo de la Constitución del Imperio. Unos pocos años después de la publicación de Laband, Jellinek recordaba(21), que en el gran Ducado de Baden, el Gran Duque, de acuerdo con la Constitución de 1818, ejercía todos los derechos del poder estatal por sí mismo según las condiciones constitucionalmente establecidas. Entre tales derechos no figuraba en forma explícita el ejercicio del derecho de gracia, si bien el texto habilitaba al Gran Duque para aminorar las penas establecidas o indultarlas totalmente; en cualquier caso, el derecho de gracia fue ejercido con frecuencia, tanto para amnistías generales hasta 1857, como en casos singulares hasta 1865. Con posterioridad, la opinión gubernamental cambió en este punto, muy

---

(19) Cfr. al respecto, Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 406. Asimismo Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 41-42.

(20) Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 95.

(21) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. 21.

posiblemente bajo la presión de la idea de que era preferible intervenir lo menos posible en el funcionamiento de la administración de justicia. Así las cosas, una función ejercida imparcialmente por el Gran Duque durante casi medio siglo fue *de facto* eliminada. Como señalaba el Profesor de Heidelberg, la letra de la Constitución no se había cambiado, pero ella misma había sufrido una profunda mutación en un punto que no carecía de importancia.

También en Francia se podían constatar en la época mutaciones constitucionales. Loewenstein recuerda(22) como un ejemplo significativo de las mismas, bajo la Tercera República, la atrofia del derecho de disolución del Presidente frente al Parlamento, expresamente contemplado por el art. 5 de la Ley de 25 de febrero de 1875, “relative à l’organisation des pouvoirs publics”(23). No obstante la previsión constitucional, durante la III República tan sólo en una ocasión (mayo de 1877) se hizo uso por el Presidente (se trataba del Presidente MacMahon) del derecho de disolución, una disolución que tuvo todos los ribetes propios de un golpe de Estado. El Presidente de la República, enfrentado con la Cámara de Diputados, envió una carta reprobatoria a Jules Simon, Presidente del Consejo de Ministros, quien presentó la dimisión. MacMahon nombró entonces al duque de Broglie, quien formó un gobierno que fue rechazado por la Cámara, que, a la par, reafirmó el principio del gobierno parlamentario. Tras lograr el respaldo del Senado, MacMahon disolvió la Cámara y convocó al cuerpo electoral, pero las elecciones celebradas en octubre de 1877 propiciaron una Cámara de la misma mayoría que la anterior. Ante ello, MacMahon terminó presentando la dimisión en enero de 1879, y de resultas de todo ello se iba a producir una suerte de atrofia o consunción del derecho de disolución, que ya no volvería a ser ejercido durante el régimen de la Tercera República. Con ello, el desuso o *desuetudo* se tradujo en una verdadera mutación constitucional, aunque Jellinek sostuviera

---

(22) Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 2ª ed., 1970, p. 169.

(23) Según el art. 5º de la mencionada Ley constitucional: “Le Président de la République peut, sur l’avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des Députés avant l’expiration légale de son mandat. – En ce cas, les collèges électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois”.

que de ninguna manera podía concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resultarían obsoletas(24). Pero lo cierto y verdad es que aunque el Derecho supremo del Estado sea, por su propia esencia, como sostiene Jellinek, imprescriptible, la realidad es que en el caso en cuestión la norma constitucional quedó en estado de hibernación. Prueba fehaciente de ello sería que el Presidente de la República Alexandre Millerand (que ocupó la Presidencia entre 1920 y 1924), que siempre había abogado por el restablecimiento del derecho de disolución presidencial, a modo de contrapeso frente a la omnipotencia parlamentaria, enfrentado a la Cámara de Diputados en 1924 no se atrevió a ejercer tal derecho. En fin, como bien se ha dicho(25), la posición del Presidente, que el constituyente francés creyó asegurar con cierta fuerza (así, declarándolo irresponsable y otorgándole el derecho de disolución) se debilitó merced a una mutación constitucional.

Parece bastante evidente, que a través de las situaciones descritas lo que se estaba produciendo era el acoplamiento entre la realidad jurídica normativa y la siempre cambiante realidad política, por utilizar los términos de Pedro de Vega(26), o entre la constitución escrita y la constitución efectiva, como diría Pierandrei(27), situación que, supuestamente, explicaría la historicidad de la constitución, su dinamismo, su carácter cambiante, encaminado a lograr a *living constitution*. Y en ello, la mutación respondería a idéntico objetivo que la reforma. Pero lo cierto es que entre una y otra la diferencia existente era patente e insalvable: mientras la primera no altera el enunciado normativo del precepto, tal no es el caso obviamente de la reforma constitucional. De ahí que el fenómeno no pasara inadvertido por la doctrina, y de ahí asimismo el inicio del tratamiento dogmático de este peculiar fenómeno constitucional.

---

(24) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. 51.

(25) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 36-37.

(26) Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, p. 180.

(27) Franco PIERANDREI, “La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite> della Costituzione”, en la obra recopilatoria de trabajos de su autor, *Scritti di Diritto Costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1965, Volume primo, pp. 81 y ss.; en concreto, p. 85.

## 2. CONCEPTO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL.

I. Laband, como antes se dijo, fue quien creó el concepto de mutación constitucional, pero no dio una definición precisa del mismo. En realidad, lo que vino a hacer es identificar con tal concepto aquellos cambios de la situación constitucional (*Verfassungszustand*) del Imperio, por utilizar la expresión de Hesse, que no tuvieron un reflejo formal en la letra de la Constitución. Jellinek, por su parte, vino a identificar el fenómeno de la mutación mediante su contraposición a la reforma constitucional. Mientras por ésta entiende la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas, por mutación de la Constitución identifica aquella modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o consciencia de tal mutación(28). Se ha subrayado la percepción que en esta definición se puede atisbar del “impacto psicologizante” (intencionalidad, voluntad consciente)(29), lo que no debe extrañar si se tiene presente que el psicologismo es un elemento que en la *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek convive con el factualismo normativo, la deontología y la misma teología. Sin embargo, a nuestro modo de ver, este modo de proceder a la hora de conceptualizar la mutación constitucional, cuando menos, es discutible, pues la visión del Profesor de Heidelberg se circunscribe a contraponer reforma y mutación y a circunscribir su diferenciación al elemento volitivo presente en una modificación, pero no en la otra, y este rasgo diferencial, y sobre ello volveremos más adelante, parece más bien irrelevante; bien es verdad que de la definición de Jellinek se desprende que una mutación constitucional puede cambiar tanto el contenido, el sentido de la norma, como la situación constitucional(30), y esta caracterización es bastante más significativa.

La visión amplia de la mutación aparece claramente recogida en la definición que de la misma acoge Kelsen, para quien el hecho del “cambio de constitución” (traducción que, como ya se dijo, dará Legaz Lacambra a la expresión alemana) consiste en que “el manejo

---

(28) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 7.

(29) Pablo LUCAS VERDÚ, “Estudio Preliminar”, *op. cit.*, pp. LXIX y XXX.

(30) En sentido análogo, Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 92.

(más adecuado sería hablar de aplicación) de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente, ya atribuyendo a las palabras invariables del texto constitucional un sentido que no es el primitivo, ya formándose una práctica constitucional en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible de la constitución”(31). En fin, entre la doctrina más clásica, Heller ve en estas mutaciones el fenómeno que hace posible que la permanencia de la norma pueda armonizarse con el cambio ininterrumpido de la realidad social, pues la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transformándose en la corriente imperceptible de la vida diaria, con lo cual puede suceder que, “no obstante permanecer inmutable el texto del precepto jurídico, su sentido experimente una completa revolución, aunque quede salvaguardada la continuidad del Derecho ante los miembros de la comunidad jurídica”(32).

Dau-Lin iba a mantener una posición similar. Partiendo de la idea general de que una mutación constitucional significa una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional, iba a terminar sosteniendo la doble naturaleza del concepto de mutación constitucional, que conecta a su vez con la doble naturaleza de la Constitución: por un lado, una suma de normas legales positivas, por otro, un modo de existencia del Estado. A partir de aquí, el Profesor chino diferencia una mutación del texto de la Constitución o mutación en sentido formal, de una transformación del sistema o de su significado, o lo que es igual, una mutación en sentido material(33). Cuando las normas positivas de la Constitución escrita ya no guardan congruencia con la situación constitucional real, cuando surge una diferencia entre el Derecho constitucional escrito y el efectivamente válido, entonces estamos ante una mutación del texto de la Constitución, o lo que es igual, una mutación en sentido formal. Pero junto a ella, puede hablarse asimismo de mutación constitucional cuando en la realidad de la vida estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema previsto por la Constitución, siendo indiferente si la nueva realidad así surgida está en contradicción di-

---

(31) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 332.

(32) Hermann Heller, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 6ª ed. en español, 1968, p. 277.

(33) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 169.

recta con ciertas normas de la Constitución, o si formalmente ni siquiera toma contacto con su texto. En este caso nos hallamos ante una mutación constitucional en sentido material.

Ya en tiempos más recientes, Loewenstein<sup>(34)</sup> ha visto en la superposición del texto de la Constitución por la práctica constitucional la esencia del fenómeno designado como mutación constitucional, y Hesse nos ha recordado que tanto el *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) como la doctrina actual entienden que una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente<sup>(35)</sup>. Y entre la doctrina italiana, es de destacar la aproximación al fenómeno de las que él denomina “modificaciones tácitas” de la Constitución por parte de Pierandrei, quien las describe como aquella situación a consecuencia de la cual el orden supremo del Estado viene a expresarse en el curso del tiempo de modo diverso a aquel querido por los preceptos de la propia Constitución, que permanecen inalterados. Dicho de otro modo, las modificaciones tácitas del texto constitucional se producen cuando “permanendo immutate le formule scritte, la realtà giuridica viene a configurarsi diversamente da ciò che in passato sembrava voluto dalle formule medesime o che potrebbe ancora apparire voluto da esse, secondo il loro significato palese e immediato”<sup>(36)</sup>.

Entre la escasa doctrina española que se ha ocupado de las mutaciones constitucionales, cabe comenzar recordando a García Pelayo, al que ya nos referimos con anterioridad, quien en los años cincuenta del pasado siglo se hacía eco de cómo en los Estados que no habían sufrido cambios formales en la expresión normativa de su Constitución, no por eso habían dejado de producirse en ellos alteraciones tan esenciales, tan arraigadas, tan normalizadas y tan vigorosas, que “la explicación de su sistema jurídico escapa al esquema y a los conceptos clásicos del Derecho constitucional tradicional”<sup>(37)</sup>. Para quien fuera

---

(34) Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 168.

(35) Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 91.

(36) Franco PIERANDREI, “La Corte costituzionale e le <modificazioni tacite> della Costituzione”, op. cit., pp. 83 y 91.

(37) Manuel GARCÍA-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 8ª ed., 1961, p. 31.

el primer Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, por mutación constitucional había de entenderse aquella transformación constitucional en la que permanece invariable su texto, o dicho de otro modo, en la que se aprecia una incongruencia entre las normas escritas y la realidad jurídico-constitucional(38). A su vez, Jiménez de Parga(39) ha seguido la noción acuñada por el *BVerfG*, que, tal y como acaba de decirse, en síntesis, entiende por mutación un cambio del contenido de la norma que, conservando la misma redacción, adquiere una significación diferente. Lucas Verdú, sin duda, quien una mayor atención ha venido prestando al fenómeno del que nos estamos ocupando, parece hacer suya la definición de Dau-Lin, viendo en estas mutaciones la incongruencia existente entre los preceptos constitucionales y la realidad, lo que propicia la consiguiente tensión entre normatividad y realidad constitucionales(40). En fin, De Vega(41), tras caracterizar la mutación como una modificación del ordenamiento constitucional al margen del procedimiento formal de la reforma, pone con evidente acierto el dedo en la llaga, por así decirlo, cuando argumenta que, si bien decir que la mutación constitucional implica una modificación en el contenido de las normas que, conservando el mismo texto, adquieren un significado diferente, puede representar una aproximación clarificadora al fenómeno de la modificación no formal de la Constitución, ello dista todavía mucho de constituir una explicación definitiva sobre este fenómeno, entre otras razones, porque ni existe un concepto unívoco de mutación constitucional, ni se ha precisado una tipología adecuada de las mismas, ni se ha establecido un pronunciamiento unánime sobre su alcance y valor jurídico, ni tampoco, añadiríamos ya por nuestra cuenta, sobre sus límites.

II. De cuanto hasta aquí se ha expuesto creemos que bien podrían extraerse unos elementos conformadores de la caracterización de la mutación constitucional. Ante todo, y en contraposición a la re-

---

(38) *Ibidem*, p. 137.

(39) Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, “Reforma y mutaciones constitucionales”, en *Otrosí.net* (Revista online del Colegio de Abogados de Madrid), 25-08-2011, p. 1 del texto al que se accede a través de la siguiente dirección electrónica: <http://www.otrosi.net/articulo/reforma-y-mutaciones-constitucionales-po>.

(40) Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, *op. cit.*, pp. 179-180.

(41) Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, pp. 180 y 182.

forma, la mutación nos situaría ante una modificación del texto constitucional producida al margen del procedimiento formal de reforma. Nos parece bastante evidente que en “a living Constitution” se puede atisbar una permanente dialéctica entre permanencia y cambio, por cuanto la Constitución permanece porque cambia y a su vez cambia para mantener su permanencia, lo que no es sino el corolario obligado de la relación que mantiene la norma jurídica con la realidad social y política a la que se ha de aplicar. El texto constitucional tiene una inequívoca vocación de permanencia, de perdurar el mayor tiempo posible, pero es claro a su vez que la constitución está ligada a las contingencias de cada momento histórico. Como ha escrito Pierandrei(42), la constitución escrita es el esquema formal que garantiza la unidad de la organización del Estado en sus confrontaciones con las diversas fuerzas políticas, pero por debajo de ello el ordenamiento concreto, empapado por la realidad social, se desenvuelve de modo incesante.

Así las cosas, podemos plantearnos cuál es la relación en que se encuentran en tal proceso de “vivificación”, de *aggionamento* constitucional si así se prefiere, la reforma y la mutación. No hace falta de mucha argumentación para constatar que una y otra se hallan en una relación autoexcluyente. Las relativamente escasas reformas que ha sufrido la Constitución norteamericana, para sus más de dos siglos y cuarto de vida constitucional, se explican en gran parte (al margen ya, desde luego, de otros factores, como la propia dificultad del procedimiento de reforma) por el permanente proceso de ajuste, de puesta al día constitucional, que ha llevado a cabo la *Supreme Court*, y que se ha traducido en verdaderas mutaciones constitucionales a las que con toda propiedad podríamos aplicar las ya aludidas palabras de Hermann Heller: tales mutaciones han propiciado que el sentido del texto experimente una completa revolución. Bastaría para constatarlo con recordar la sentencia dictada en el caso *Roe v. Wade* (enero de 1973), en el que la Corte Suprema, por una *seven-two opinion*, fundamenta el aborto libre en la protección del derecho a la intimidad (*privacy*) de la mujer, que a su vez se sustenta en la *due process clause* de la XIV Enmienda, considerándose de esta forma

---

(42) Franco PIERANDREI, “La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite> della Costituzione”, *op. cit.*, p. 90.

como un trasunto de la libertad civil, que garantiza a cualquier ciudadano un reducto de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos.

A la inversa, como constata Konrad Hesse(43), la razón de la escasa importancia de la mutación constitucional en la República Federal no se encuentra tan sólo en la repercusión que debe atribuirse a la presencia de una justicia constitucional de amplias proporciones, sino que lo decisivo ha sido la praxis de frecuentes reformas constitucionales característica de la evolución constitucional de la República Federal desde sus comienzos. Dicho en otros términos, reforma y mutación mantendrán una relación inversamente proporcional. Cuanto menos se recurra al procedimiento de reforma formal de la Constitución en mayor medida proliferarán las mutaciones. Cree así Pedro de Vega que una y otra aparecen por lo mismo no sólo como excluyentes, sino también como complementarias, pero, claro está, para poder ver si, efectivamente, una mutación complementa la reforma, más bien habría que decir que la falta de la misma, habrá que atender a si la mutación se mantiene dentro de los inexcusables límites que sobre ella pesan, pues no es descartable que la mutación entrañe una deriva del texto constitucional que termine generando, sin más, una quiebra del mismo.

La mutación no sólo se produce por un cambio en el significado de un precepto constitucional, de resultas de una interpretación que evoluciona a lo largo del tiempo para acomodarlo a las nuevas circunstancias sociales o políticas (el cambio de significado de muchos de los términos de la Constitución norteamericana sería el ejemplo paradigmático al respecto), sino que también nos situamos ante ella cuando, como dijera Kelsen, una práctica constitucional asentada se revela en manifiesta oposición a la letra constitucional. El Profesor De Vega(44) apunta al respecto un ejemplo que nos parece incuestionable: el caso del mandato imperativo, que, no obstante hallarse expresamente prohibido en un gran número de textos constitucionales, se presenta, sin embargo, como una realidad indiscutible en la actual democracia representativa, en la que los parlamentarios, *de facto*, vie-

---

(43) Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 89-90.

(44) Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 183-184.

nen obligados a seguir las instrucciones y dictados de los partidos por los que han sido elegidos sin poder actuar libremente, ni tan siquiera votar en conciencia en aquellas cuestiones que más profundamente pueden afectar a sus más íntimas convicciones morales, éticas, religiosas... etc. Estamos por entero de acuerdo con el gran maestro español en que estas dos manifestaciones del mismo fenómeno de la mutación constitucional distan de ser equiparables, y por lo mismo difícilmente pueden ser objeto de un tratamiento similar. Mientras la mutación generada por la interpretación jurídica es perfectamente asumible, mucho más controvertible se nos presenta la segunda modalidad, que parece hacer reverdecer la situación que Jellinek describiera un siglo atrás: “El desarrollo de las Constituciones muestra.... que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica”(45).

III. Un tema de notable interés atañe al de si ciertas características pueden considerarse o no elementos constitutivos del concepto de mutación constitucional. El primero de esos supuestos rasgos constitutivos sería el factor temporal. Una mutación constitucional requeriría así de un período de tiempo más o menos dilatado. Coincidimos por entero con la apreciación de Hesse(46), que rechaza que este factor temporal pueda tratarse de un elemento definitorio del concepto, por cuanto los procesos que dan lugar a una mutación constitucional no tienen relación alguna con el carácter más o menos remoto de la entrada en vigor de la Constitución. El período de tiempo de vigencia de la misma es, pues, irrelevante. Quizá podría atenderse al mismo en el hipotético caso de una mutación por *desuetudo* o desuso, pero este caso plantea una problemática diferente a la que nos referiremos más adelante.

Otro elemento cuya necesidad a los efectos definitorios de la mutación se ha de valorar es el que presupone el carácter intencional o inconsciente del cambio constitucional. Como ya indicamos, Jellinek veía en la ausencia de intención o de consciencia de la mutación un

---

(45) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, *op. cit.*, p. 84.

(46) Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 92-93.

rasgo característico de la misma, que utilizaba justamente para contraponerla a la reforma constitucional. Atender al carácter volitivo o no del acto conducente a la mutación no deja de plantear un problema difícil de resolver como es el que supone entrar a valorar la intencionalidad subyacente a cualquier acto. En Jellinek, como ya señalamos, esa visión enlaza con la corriente del psicologismo, que en sus días tuvo un cierto desarrollo en su aplicación a las ciencias sociales; además, habría que añadir que esa actitud psicologizante entroncaba con la preocupación ética del Profesor de Heidelberg. Por todo ello, no creemos que deba atenderse a este factor a la hora de definir lo que ha de entenderse por mutación. Y en sintonía con lo que se acaba de decir, tampoco parece un elemento atendible el que la mutación se produzca de un modo expreso o bien de forma implícita o tácita, aunque, como ya se ha visto, haya autores que al referirse a estos cambios constitucionales los identifican como “mutaciones tácitas”. También Kelsen, a la hora de visualizar estas mutaciones, se refiere a que el cambio de las normas constitucionales se produce “insensiblemente”(47), como ya señalamos. Si como venía a decir Jellinek, los hechos conducentes a la mutación no han de ir acompañados de la consciencia del cambio constitucional, que se produciría por tanto inconscientemente, en lo que al actor desencadenante de la mutación se refiere, no pudiendo ser considerada como tal toda mutación consciente, ello supondría tanto como la exclusión de la categoría de las mutaciones constitucionales de las más frecuentes, las que se producen en sede judicial con ocasión de la interpretación constitucional, verdaderamente paradigmáticas en los Estados Unidos. Ello no tendría ningún sentido. Por lo mismo, este elemento no puede considerarse constitutivo del concepto de mutación constitucional(48).

Hesse(49), siguiendo una pauta que ha tendido a extenderse entre la doctrina más moderna, con la que se acota la mucho más amplia visión de la mutación sustentada por la primera dogmática iuspublicista alemana, considera inadmisibile dentro de este concepto aquella contradicción existente entre la situación constitucional y la ley cons-

---

(47) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 332.

(48) Análogamente se manifiesta Konrad Hesse, en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 93.

(49) *Ibidem*, pp. 93-94.

titucional, lo que justifica por el hecho de que ello presupone argumentar a diferentes niveles; lo que cambia, nos dice Hesse, no es el contenido de la norma constitucional, en cuya determinación colabora su texto, sino otra cosa. Por tanto, el citado autor entiende que el concepto de mutación debiera quedar limitado a modificaciones del contenido de normas constitucionales que no ven alterado su texto. Esta argumentación no deja de ser, cuando menos, hartamente discutible. Para comprobarlo nos bastará con recordar un ejemplo de la Constitución americana. En su redacción inicial, este texto nada preveía acerca de la limitación del mandato presidencial. Sin embargo, desde el primer momento, esto es, desde la Presidencia de George Washington, se entendió que el período de ejercicio del Presidente se hallaba limitado a tan sólo dos mandatos. Franklin Delano Roosevelt quebró una convención que, aunque no se hallaba escrita, se había venido respetando durante siglo y medio, al presentarse en noviembre de 1940 para un tercer mandato presidencial, siendo además elegido para el mismo. No nos cabe la más mínima duda de que con ello, aunque no se vulnerara ninguna norma constitucional escrita, se produjo una mutación constitucional, y ello creemos que bien podría verse confirmado por la definitiva aprobación en 1951 de la vigésimo segunda Enmienda, a cuyo tenor, ninguna persona podría ser elegida más de dos veces para el cargo de Presidente. Con tal Enmienda venía a corroborarse que Roosevelt había alterado una regla constitucional no escrita, impidiéndose para el futuro que tal mutación pudiese pervivir. Con la tesis un tanto formalista sustentada por Hesse, el supuesto mencionado no sería reconducible a la categoría de las mutaciones constitucionales.

### 3. TIPOS DE MUTACIONES CONSTITUCIONALES: LA TRADICIONAL CLASIFICACIÓN DE DAU-LIN.

No obstante los más de tres cuartos de siglo transcurridos desde la publicación de la obra de Dau-Lin, lo cierto es que la tipología que de las mutaciones constitucionales formuló el autor chino sigue siendo de referencia obligada. Él diferenció cuatro clases de mutación constitucional<sup>(50)</sup>: 1) La mutación debida a una práctica política que no viola formalmente la constitución y para cuya regulación no

---

(50) Cfr. al respecto, Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 31 y ss.

existe ninguna norma constitucional. 2) La mutación por imposibilidad de ejercer ciertas competencias y atribuciones constitucionales. 3) La mutación resultante de una práctica opuesta, contradictoria, con los preceptos constitucionales. 4) Finalmente, la mutación que se genera a través de la interpretación constitucional.

El primer tipo de mutación se produce porque aunque la práctica en cuestión no se oponga formalmente a un específico precepto constitucional, de la misma puede surgir un Derecho en contradicción con el conjunto de varias previsiones constitucionales o de todo el entramado constitucional. Entre los varios ejemplos reconducibles a este tipo de mutación que menciona el autor chino, podemos recordar uno de ellos. La Constitución norteamericana partía del principio de separación de poderes, que impedía al Ejecutivo cualquier tipo de relación oficial con el Legislativo. Sin embargo, la práctica configuró la institución de las Comisiones parlamentarias permanentes, correspondiendo cada una de ellas a un Departamento del Gobierno. Estas Comisiones vinieron a encauzar la relación entre el Congreso y los titulares de los respectivos Departamentos del Ejecutivo norteamericano. La conexión entre el Gobierno y el Congreso se canalizó a través de esta vía, no obstante las previsiones constitucionales.

El segundo tipo de mutación se genera por la imposibilidad de ejercer unas determinadas competencias de poder que se contemplan de modo específico en la Constitución, por lo que las normas constitucionales en cuestión dejan de ser, *de facto*, Derecho vigente. Ya Jellinek, un cuarto de siglo antes de Dau-Lin, se refirió a la mutación de la Constitución por desuso de facultades estatales<sup>(51)</sup>, a la *desuetudo* pues. Sin embargo, el autor chino no iba a seguir exactamente la posición del gran jurista de Leipzig; bien al contrario, iba a mostrarse en desacuerdo con la tesis sustentada por Jellinek, pues, a su juicio, y creemos que le asiste toda la razón, la Constitución no se transforma por el desuso sino por la imposibilidad de cumplirla, de suerte que desuso sólo es una de las causas. Dicho de otro modo, para Dau-Lin, lo determinante de este tipo de mutación no es la falta de ejercicio de una competencia, sino el hecho de que aunque el titular de la misma quisiera ejercerla las circunstancias políticas o una nueva realidad con-

---

(51) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, *op. cit.*, pp. 45-53.

textual se lo impediría. Con anterioridad, ya tuvimos oportunidad de referirnos al ejemplo más característico: la atrofia en la Francia de la Tercera República del derecho de disolución presidencial.

El tercer tipo lo encontramos en la mutación que se produce de resultas de una práctica en clara contradicción con los preceptos constitucionales. La ya referida “cláusula Frankenstein”, establecida por la legislación ordinaria, es citada por nuestro autor como uno de los varios ejemplos reconducibles a este tipo de mutación, como también se puede traer a colación la transformación, igualmente comentada, que sufrió la situación del Bundesrat en el Reich imperial de resultas de una práctica contradictoria con las previsiones constitucionales. De acuerdo con las mismas, el Bundesrat no era una asamblea permanente, pues tan sólo se reunía cuando fuera convocado, si bien esa convocatoria debía hacerse anualmente. Sin embargo, como ya expusimos, el Bundesrat no se clausuró desde 1883, convirtiéndose en realidad desde ese año en un órgano permanente.

El último tipo de mutación es el resultado de la interpretación constitucional. La Constitución, nos dice Dau-Lin(52), experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas. El ya mencionado cambio en el ejercicio del derecho de gracia por parte del Gran Duque de Baden sería un ejemplo de este tipo de mutación, como también lo sería la interpretación dada al art. 4º de la Constitución de Prusia de diciembre de 1848, que establecía que: “Todos los prusianos son iguales ante la ley. No hay privilegios estamentales ni de rango”. Este precepto, en la práctica, se interpretó con tantas restricciones que, de hecho, no tuvo alcance jurídico. Innecesario es decir que será en los Estados Unidos donde de modo paradigmático encontraremos este tipo de mutaciones, pero a ello nos referiremos de modo específico más adelante.

Con su tipología, el autor chino explora bastante exhaustivamente las distintas vías por donde, como dijera García Pelayo(53), la vida y la historia penetran en la rigidez del texto constitucional y, desde

---

(52) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 45.

(53) Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 138.

luego, en modo alguno los cambios aludidos se limitan a aspectos accesorios sin penetrar en la entraña o en la esencia de la constitución. El muestrario de posibilidades que contempla Dau-Lin es pues muy amplio. Pero la misma generalidad y amplitud del muestrario le resta validez llegado el momento de abordar la operatividad jurídica de cada mutación. Porque como pone de relieve la doctrina(54), y es algo que no creemos requiera de mucha argumentación, no es lo mismo la mutación que se produce por el desuso de una competencia, que la práctica que contradice frontalmente la constitución o la mutación resultante de la interpretación constitucional.

Parece bastante claro que el valor jurídico a dar a una mutación constitucional habrá de ponerse en conexión más o menos estrecha con la fuente de la que proviene la mutación. Y en ello nos centramos a continuación.

#### 4. FUENTES DE LAS QUE PUEDEN PROCEDER LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES.

I. Fue Pierandrei quien hace medio siglo diferenció dos tipos de las que él denominaba mutaciones tácitas en función de las fuentes de proveniencia de las mismas: las resultantes de actos de los órganos fundamentales del Estado y las derivadas de hechos normativos, esto es, de hechos que por sus características particulares resultan idóneos para establecer una regla jurídica en el momento en que tienen lugar(55). Dicho en otros términos, las mutaciones pueden provenir de actos jurídicos de los órganos estatales, que como es lógico pueden ser actos normativos o actos jurisdiccionales, o bien de hechos que acaecen en el ámbito social de un modo tal como para terminar plasmando en el plano del Derecho positivo el principio o regla inmanente al mismo; de ahí que se hable de hechos normativos, siendo particularmente dignos de atención las costumbres constitucionales y las reglas convencionales. En tanto en cuanto este trabajo ha de centrar su objeto en las mutaciones jurisprudenciales, no podemos entrar en el análisis deta-

---

(54) Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 189.

(55) Franco PIERANDREI, "La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite>...", *op. cit.*, pp. 93-94.

llado de esos otros actos o hechos de los que pueden provenir las mutaciones, Ello no obstante, no queremos dejar de hacer algunas referencias, por superficiales que puedan ser, a los actos jurídicos normativos y a las dos categorías de hechos normativos mencionados.

II. Los textos legales, es evidente, pueden llegar a generar auténticas mutaciones constitucionales, aunque en realidad, en casos tales, o en algunos de ellos por lo menos, sería mucho más adecuado hablar de una verdadera quiebra o ruptura de la Constitución (*Verfassungsdurchbrechung*). Y ni siquiera la existencia de un órgano de garantía constitucional, de un Tribunal Constitucional, impide a veces tales mutaciones, que en realidad son rupturas. En el caso español, bastaría con pensar en algunos Estatutos de Autonomía, en la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, en lo atinente al cambio que introdujo en el proceso de integración del Consejo General del Poder Judicial(56), o en la LOAPA, si bien es verdad que en este último caso el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad.

Ya Jellinek, con vistas a explicar estas mutaciones desencadenadas por actos normativos, aducía que los límites de la Constitución, como los de la ley, (nosotros apostillaríamos que muchísimo más que los de la ley, particularmente en aquellas constituciones de consenso, como la española, en las que, en muchos preceptos, el acuerdo entre posiciones políticas contrapuestas se ha fraguado sobre la base de plasmar en la Constitución normas en muchas ocasiones en abierta contradicción) son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que las leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no querían o, por lo menos, no pretendían explícitamente(57).

Dau-Lin se hacía eco a su vez de cómo una ley ordinaria podía transformar un precepto constitucional y al faltar instancias especiales para examinar su constitucionalidad, podía quedar indemne. Y mencionaba al respecto como ejemplo la famosa “cláusula Fran-

---

(56) Idéntico juicio sostiene quien fuera Presidente del Tribunal Constitucional, el Profesor Jiménez de Parga. Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, “Reforma y mutaciones constitucionales”, *op. cit.*, p. 1.

(57) Georg Jellinek, *Reforma y mutación...*, *op. cit.*, p. 15.

kenstein”(58). Pero el autor chino no se limitaba a poner como ejemplo de estos actos jurídicos normativos las leyes, refiriéndose asimismo a los reglamentos de los órganos estatales supremos, en lo que coincidiría por entero Pierandrei(59), justificando tal circunstancia en que las normas constitucionales, al instituir los órganos fundamentales del Estado, son extremadamente esquemáticas y lacónicas, correspondiendo a esos mismos órganos, a través de sus disposiciones internas, precisar su significado concreto, completándolo e integrándolo. De ahí que no haya que extrañarse si, a consecuencia de esos reglamentos o disposiciones internas, la Constitución termina presentándose “nella sua effettiva realtà”, con una configuración diversa de la que pudiera parecer deseada por su texto escrito.

Mayor aún es el riesgo de mutación constitucional cuando el constituyente, con la finalidad de soslayar enfrentamientos políticos, aplaza la solución de los problemas mediante el fácil, pero peligroso, recurso de reenvío a las leyes orgánicas u ordinarias, habilitando de esta forma al legislador para normar cuestiones materialmente constitucionales, con el subsiguiente peligro de que a través de tales normaciones se generen mutaciones constitucionales que pueden tener todo el perfil de una auténtica quiebra constitucional. España es un buen ejemplo de ello.

III. El fenómeno de la mutación constitucional se ha explicado con frecuencia por la literatura recurriendo al Derecho consuetudinario, a las costumbres constitucionales, lo que encuentra una lógica incontrovertible si se atiende a que la mutación se coloca en el terreno de los hechos y no en la órbita de las normas. Sin embargo, como ya recordaba Dau-Lin(60), una opinión frecuentemente mantenida ha rechazado que en el campo del Derecho constitucional sea posible una formación de Derecho consuetudinario.

El Derecho consuetudinario, aunque la ciencia jurídica ha remontado su origen a los juristas romanos, es más bien un resultado de

---

(58) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 41-43.

(59) Franco PIERANDREI, “La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite>...”, op. cit., p. 105.

(60) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 109.

la idea jurídica romántica de la escuela histórica, que no es sino la reducción de todo el Derecho al espíritu del pueblo (*Volksgeist*), que duerme en el pueblo del Estado. Luego se abandonará la idea del espíritu del pueblo, exigiéndose como condición y fundamento del Derecho consuetudinario dos elementos: uno puramente material, la repetición del hecho, del comportamiento o de la práctica de que se trate, y otro más bien espiritual, la *opinio iuris et necessitatis*. A partir de aquí, brotarán al menos dos teorías del Derecho consuetudinario, una de ellas, que encuentra en Jellinek a su principal formulador, en clave sociológica, y que se va a basar en la fuerza normativa de lo fáctico, de los hechos, doctrina harto discutible por cuanto confunde lo ideal con lo existencial. Para Dau-Lin(61), el elemento del deber (*sollen*) de una norma jurídica nunca resulta del elemento del ser (*sein*), sino que brota de la valoración inmanente del Derecho pre-existente de la naturaleza humana.

Sin entrar en mayores detalles, resulta patente que, desde la óptica del Derecho constitucional, el problema más acuciante que aquí se plantea es el relativo a la convicción jurídica. En pura lógica, esa convicción habría de mantenerse por la ciudadanía en general(62), aunque no faltan quienes sostienen que en la realidad no es así, pues serán los autores de tales comportamientos y prácticas reiteradas, que no son otros que los titulares de los poderes y órganos del Estado, quienes no sólo, mediante su actuación repetitiva, terminarán conformando el elemento material, sino que también en tales actores terminará residiendo el elemento espiritual, algo que en modo alguno puede admitirse, pues si bien es cierto que las costumbres constitucionales, al margen ya de versar materialmente tan sólo sobre aspectos constitucionales, se distinguen de las restantes costumbres por no ser fruto de la conducta espontánea de los miembros de la colectividad socialmente organizada, en cuanto que derivan del comportamiento de los órganos estatales, ello no quiere decir que de esa diferencia derive el que la *opinio iuris et necessitatis* haya de corres-

---

(61) *Ibidem*, p. 123.

(62) Como escribe Pierandrei: “Non può essere produttivo di un diritto il nudo fatto, quello dell’abitudine inerte o quello della forza, bensì può esserlo e lo è il fatto particolarmente qualificato, ma quest’ultimo si qualifica in virtù dell’atteggiamento spirituale della collettività”. Franco PIERANDREI, “La Corte Costuzionale e le <modificazioni tacite>...”, *op. cit.*, p. 107.

ponder asimismo a los miembros y titulares de esos mismos órganos. Por lo demás, como ha puesto de relieve De Vega(63), aquí nos encontramos con un contrasentido inadmisibile: el de conferir valor jurídico autónomo a prácticas políticas sobre las que hay que presumir que se encuentran estrictamente regladas por la norma constitucional. Y a todo ello, que ya por sí mismo sería suficiente para descartar una mutación constitucional de resultados de una costumbre, habría que añadir la dificultad de verificar la convicción jurídica requerida para que pueda hablarse de una auténtica costumbre.

IV. Como antes se dijo, dentro de los hechos normativos también se han ubicado las reglas convencionales, esto es, las *conventions of the constitution* inglesas o los *usages of the Constitution* norteamericanos. Digamos con carácter previo que Wheare entendió necesario hacer una distinción entre los términos *usage y convention*(64). Por *convention* el Profesor de Oxford entendía “a binding rule, a rule of behaviour accepted as obligatory by those concerned in the working of the Constitution”(65), mientras que “*by usage is meant no more than a usual practice*”, si bien Wheare admitía claramente que un uso podía llegar a ser una convención. Es claro que nuestro autor piensa fundamentalmente en las convenciones constitucionales inglesas.

Una constitución, escribía Jennings(66), no funciona por sí misma; tiene que ser hecha funcionar por los hombres. “It is an instrument of national co-operation, and the spirit of co-operation is

---

(63) Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 197.

(64) Sir Kenneth C. WHEARE, *Modern Constitutions*, London/New York/Toronto, Oxford University Press, 2nd edition in Oxford Paperbacks University Series, reprinted, 1967, p. 122.

(65) En un momento posterior Wheare pone como ejemplo de convención constitucional el que en las Constituciones de los países miembros de la *British Commonwealth* que han conservado la forma monárquica de gobierno, es usual encontrar que la Reina, o su representante, el *Governor-General*, tienen garantizados poderes para rehusar su asentimiento a una ley. Sin embargo, apostilla el Profesor de Oxford, “in all these cases it is accepted that, by convention, this power will not be exercised”. Sir Kenneth C. WHEARE, *Modern Constitutions*, *op. cit.*, p. 124.

(66) Sir Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, University of London Press Ltd., 5th edition, reprinted, 1963, p. 82.

as necessary as the instrument”. Las convenciones constitucionales son las reglas elaboradas para dar efecto a esa cooperación. Como los efectos de una constitución deben cambiar con las cambiantes circunstancias de la vida nacional, los hombres tienen que hacer funcionar el viejo Derecho en orden a satisfacer las nuevas necesidades. Las convenciones constitucionales (*constitutional conventions*) son las reglas que ellos elaboran; parece claro pues, que las convenciones se dirigen a asegurar que la constitución opere, funcione, en la práctica de acuerdo con la teoría constitucional prevalente en cada momento, y de todo ello se desprende que la convención presupone la ley (67). Y aunque el propio autor, estableciendo un parangón entre la ley y la convención, ponía de relieve que mientras la ley podía ser cambiada a través de la legislación, una convención era más bien difícil de cambiar abruptamente (“a convention is rather difficult to change abruptly”), más adelante apostillaba que la convención podía ser rota con impunidad (“the convention may be broken with impunity”)(68). Ya Dicey(69) había diferenciado con toda nitidez “the law of the constitution”, “a body of undoubted law”, de “the conventions of the constitution”, consistentes en máximas o prácticas que, aunque regulen la conducta ordinaria de la Corona, de los Ministros y de otras personas de conformidad con la Constitución, no son con exactitud leyes en absoluto (“are not in strictness laws at all”). Y también este autor, al abordar el problema de las sanciones a través de las cuales hacer cumplir las convenciones constitucionales, admitía la frecuencia de su incumplimiento: “the special articles of the conventional code are in fact often disobeyed”(70).

No ha de extrañar por tanto que Dau-Lin, bien que a partir del estudio de las reglas convencionales llevado a cabo por Hatschek, termine considerando que, en cuanto las convenciones constitucionales son tan particulares que pueden modificarse fácilmente, caracterizándose por su notable flexibilidad, tales convenciones no deben ca-

---

(67) “Generally speaking, —escribe Jennings— it is perfectly true that the conventions presuppose the law”. Sir Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, *op. cit.*, p. 83.

(68) Sir Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, *op. cit.*, pp. 132 y 136, respectivamente.

(69) A. V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London/New York, Macmillan & Co. Ltd./St. Martin’s Press, 10th edition, reprinted, 1961, p. 24.

(70) *Ibidem*, pp. 440-441.

lificarse como normas jurídicas, como normas del *law of the Constitution*, ya que las normas del *law* tienen que ser constantes y las *conventions of the Constitution* son, sin embargo, de una naturaleza elástica(71). Bastante tiempo después, también Rescigno consideraba(72), que el hecho de que para estas reglas falte un juez y falten asimismo sanciones institucionales encaminadas a predeterminar su coercibilidad, no es un defecto del ordenamiento, sino más bien una característica necesaria adecuada a su objeto. Estas reglas han de quedar sin juez y sin sanciones institucionales porque las mismas vienen libremente creadas y cambiadas por los sujetos políticos interesados, asentándose en un acuerdo tácito y comúnmente informal entre ellos, respetándose hasta tanto esos sujetos consideren oportuno mantener el acuerdo o no tengan la suficiente fuerza política para mutarlo.

Y en cuanto a los *usages of the Constitution* norteamericanos, que a menudo versan sobre relevantes materias constitucionales, son simples reglas consuetudinarias que aunque se observan de hecho, no se basan en una prescripción constitucional, ni en una ley. En su más clásico libro, *The American Commonwealth*, Bryce ya se ocupó de ellos. “Custom, —escribía(73)— which is a law-producing agency in every department, is specially busy in matters which pertain to the practical conduct of government”. Bryce reconocía más adelante que algunos de los rasgos del *American government* a los que se debe principalmente su naturaleza no se apoyan ni en la Constitución ni en ningún texto legal, sino tan sólo en los usos o costumbres. Los usos o costumbres han surgido en torno a la Constitución y afectan profundamente a su funcionamiento, pero no son partes de la Constitución, ni necesariamente atribuibles a cualquier disposición específica suya. Más aún, recuerda Bryce(74), que en algunas ocasiones los tribunales se han considerado obligados a declarar alguna ley o acto ejecutivo hecho de conformidad con una costumbre (“in pursuance of usage”) contrario a la Constitución. ¿Qué sucede entonces? En teoría, la deci-

---

(71) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 135.

(72) Giuseppe Ugo RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 4ª edizione riveduta, 1999/2000, p. 446.

(73) James BRYCE, *The American Commonwealth*, Vol. I, New York, The Macmillan Company, new edition completely revised, 1911, p. 394.

(74) *Ibidem*, p. 398.

sión judicial es concluyente y debe detener cualquier progreso posterior en el camino que se ha declarado inconstitucional. No ha de extrañar a la vista de estas consideraciones que Dau-Lin considerara evidente que el problema de la mutación constitucional no se puede resolver con el concepto de la regla convencional(75). Con todo, no se puede olvidar que un autor tan relevante como Loewenstein ha considerado(76), que en los Estados Unidos el Derecho constitucional estatuido ha sido a lo largo de las generaciones tan modificado por el uso constitucional no escrito que los *Founding Fathers* tendrían realmente que hacer un gran esfuerzo para reconocer su creación. Y Wheare parece situarse en una posición análoga, llegando a poner a los Estados Unidos (junto a la Francia de la III República) como un curioso ejemplo de “nullification of legal powers conferred, or at any rate not denied, in the Constitution”(77). Es claro, y así lo explicita el propio autor, que Wheare se está refiriendo a la limitación de la reelección presidencial para un tercer mandato, no expresamente prohibida por el texto de la Constitución, como ya se dijo, hasta que entró en vigor la Enmienda XXII, pero admitida por una convención constitucional en tal sentido. Desde luego, parece claro que para el Profesor de Oxford, tanto las convenciones como los usos constitucionales cambian las Constituciones de muy diversos modos(78) (así, por ejemplo, mediante el traspaso de poder legal de unas manos a otras, del que Wheare pone algunos ejemplos en relación a los Estados Unidos).

No muy distinta a la del autor chino es la mucho más recientemente esbozada posición de Pierandrei(79), para quien las modificaciones tácitas de la Constitución no pueden derivar de las reglas convencionales, entre otras razones, porque éstas no son reglas jurídicas; derivan de una serie de comportamientos seguidos por los órganos fundamentales del Estado en la explicación de sus funciones y en la determinación de sus relaciones, y es claro que si tales comportamientos debiesen de generar verdaderas normas jurídicas ha-

---

(75) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 145.

(76) Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 167.

(77) Sir Kenneth WHEARE, *Modern Constitutions*, *op. cit.*, p. 125.

(78) Cfr. al respecto, Sir Kenneth WHEARE, *Modern Constitutions*, *op. cit.*, pp. 129-130.

(79) Franco PIERANDREI, “La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite>...”, *op. cit.*, pp. 119-120.

brían de venir acompañados por la *opinio juris et necessitatis*. Las reglas convencionales no pueden así modificar en sentido propio la Constitución escrita, lo que como es evidente no significa que no puedan producir consecuencias de gran importancia en el ámbito del funcionamiento del Estado, al venir a determinar el funcionamiento de las instituciones supremas en orden a los criterios a seguir en el ejercicio de la respectiva actividad, precisando, suavizando incluso, sus relaciones y contactos recíprocos. Se podría decir que las normas del texto escrito de la Constitución “formano l’intelaiatura della costituzione, ma che poi il <corpo> di quest’ultima viene in gran parte determinato, insieme con le consuetudini, delle regole convenzionali”(80). En cualquier caso, ello no hace sino confirmar que el orden constitucional del Estado no puede ser plenamente comprendido si no se toman en consideración los modos en que las normas escritas se plasman en la realidad institucional.

En definitiva, las convenciones constitucionales se producen casi siempre en estrecha conexión con una norma escrita, adquiriendo una predominante importancia interpretativa que incluso puede manifestarse en el sentido de revelar un principio implícito en el texto constitucional.

##### 5. LAS MUTACIONES GENERADAS A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE LA *SUPREME COURT* NORTEAMERICANA.

I. Entre los actos jurídicos de los que pueden provenir las mutaciones constitucionales los más característicos son, sin género alguno de duda, los actos jurisdiccionales. La mutación constitucional, escribía Dau-Lin(81), cabe particularmente a través de la interpretación cuando los preceptos constitucionales se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. O como en tiempos recientes ha declarado el

---

(80) *Ibidem*, pp. 123-124.

(81) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 45.

*BVerfG*, un precepto constitucional puede sufrir un cambio de significado “cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un nuevo significado o en una nueva relación”(82).

La interpretación de la Constitución por medio de decisiones judiciales está en la base de las grandes mutaciones constitucionales que ha experimentado la Constitución norteamericana. Como reconocía la doctrina hace ya cerca de un siglo(83), el problema de la interpretación de la Constitución es capital en la práctica y en la teoría del Derecho constitucional norteamericano. En ningún otro país del mundo la Constitución se ha interpretado tanto como allí, en ningún otro ordenamiento jurídico la interpretación de la Constitución ha jugado un papel tan importante como en los Estados Unidos. La causa de ello quizá haya de verse no sólo en su brevedad y concisión y asimismo, desde luego, en su permanencia y escaso número de reformas, sino también en su ingenuidad. Bryce, en un pasaje bien conocido, y muchas veces recordado, escribió al respecto: “Probably no writing except the New Testament, the Koran, the Pentateuch, and the Digest of the Emperor Justinian has employed so much ingenuity and labour as the American Constitution, in sifting, weighing, comparing, illustrating, twisting, and torturing its text. It resembles theological writings, in this, that both, while taken to be immutable guides, have to be adapted to a constantly changing world, the one to political conditions which vary from year to year and never return to their former state, the other to new phases of thought and emotion, new beliefs in the realm of physical and ethical philosophy”(84). Aunque fueran más sabios que Justiniano antes de ellos o que Napoleón después, los *Framers*, según el propio Bryce, previeron que su trabajo necesitaría ser aclarado a través del comentario judicial. Pero ellos estaban lejos de poder conjeturar acerca de la enorme deformación a la que algunas de sus expresiones se verían sujetas en el esfuerzo de aplicarlas a los nuevos hechos o circunstancias.

---

(82) *Apud* Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 88.

(83) Hsü DAU-LIN, *Mutación...*, *op. cit.*, p. 89.

(84) James BRYCE, *The American Commonwealth*, Vol. I, New York, The Macmillan Company, new edition completely revised, 1911, pp. 374-375.

Como además este es el tema de nuestra ponencia, vamos a prestar una atención absolutamente preferente a las mutaciones experimentadas por la Constitución de 1787 de resultas de su interpretación por la *Supreme Court*, atendiendo con carácter previo a las *dissenting opinions*, dada la relevancia que las mismas han tenido en la evolución, incluso mutación, del Derecho constitucional norteamericano. Esos *dissents*, en muchos casos, están en la base de un cambio de la interpretación constitucional que conduce de modo inexcusable a una verdadera mutación. De ahí que prestemos una inicial atención al rol de las *dissenting opinions* en la evolución jurisprudencial, que en bastantes ocasiones es tanto como decir de la propia evolución, y a veces mutación, constitucional. Innecesario es decir, que no siempre ni mucho menos tal evolución o mutación ha sido la resultante última de un previo *dissent*.

A) *La importancia de las dissenting opinions en el American judiciary y su contribución al dinamismo de la jurisprudencia y del Derecho constitucional.*

I. Si la *judicial review* es uno de los rasgos más identitarios del sistema jurídico norteamericano, pues, como ha escrito Ginsburg, “constitutional review by courts is an institution that has been for some two centuries our nation’s hallmark and pride”(85), el *dissent* es a su vez el sello de calidad de las *opinions* o sentencias, muy particularmente del Tribunal Supremo(86), y, por lo mismo, bien podría

---

(85) Ruth Bader GINSBURG, “Speaking in a judicial voice”, en *New York University Law Review* (N. Y. U. L. Rev.), Vol. 67, number 6, December 1992, pp. 1185 y ss.; en concreto, p. 1205.

(86) Para el actual *Supreme Court Justice* Antonin Scalia, nombrado Juez del Supremo en 1986, el sistema de las también llamadas *separate opinions* ha convertido al Tribunal Supremo en el foro central del debate legal. Antonin SCALIA, “Remarks on dissenting opinions”, en *L’opinione dissenziente*, a cura di Adele Anzon, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 411 y ss.; en concreto, p. 421. A su vez, para Vigoriti, “le opinioni dissenzienti dei giudici supremi rappresentino, per la qualità delle stesse e la posizione dell’organo, la manifestazione più nota ed articolata dell’istituto, e quindi il punto di riferimento naturale di qualunque indagine sul tema”. Vincenzo VIGORITI, “Corte costituzionale e <dissenting opinions>”, en *Il Foro Italiano*, anno CXIX, n° 7-8, Luglio/Agosto 1994, pp. 2060 y ss.; en concreto, p. 2061.

afirmarse que del conjunto del sistema judicial americano. Hasta tal punto se valora el instituto procesal del *dissent* en Estados Unidos que se ha llegado a decir que “America was founded in dissent”(87), o que “America would not be America without dissenting opinions”, pues es a través de una constante crítica y supervisión como se descubren las goteras del tejado (“the leak in the roof”), como aparecen las roturas de las presas (“the break in the dam”) y como se ponen al descubierto los desgarros en el ropaje de la justicia (“the rent in the garment of justice”)(88). En sintonía con todo ello se ha constatado la familiaridad con la que los *judicial dissents* se han incorporado desde el primer día al sistema judicial norteamericano(89), lo que a su vez se ha puesto en conexión, de un lado, con el énfasis del individualismo y de la libertad de expresión que impregna el “American spirit”(90), y de otro, con la idea de que no existe un permanente y básico dogma constitucional, lo que a su vez se traduce en que el principio vital de la *Supreme Court* sea no el de unidad, sino el de diversidad(91).

La adecuada comprensión del vigor del instituto del *dissent* no puede prescindir de la consideración relativa a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano. Nos hallamos ante un sistema de *common law* históricamente connotado por el carácter personalizado de las decisiones judiciales, de las que constituye buena muestra la prác-

---

(87) Edward C. VOSS, “Dissent, Sign of a Healthy Court”, en *Arizona State Law Journal* (Ariz. St. L. J.), Vol. 24, 1992, pp. 643 y ss.; en concreto, p. 643.

(88) Michael A. MUSMANNO, “Dissenting Opinions”, en *Kansas Law Review* (Kan. L. Rev.), Vol. 6, 1957-1958, pp. 407 y ss.; en concreto, pp. 408-409.

(89) “It is plainly evident —afirmaba Roberts hace un siglo— that the public has been familiar with judicial dissents from the first days of our American judiciary and that such opinions were viewed with no alarm by either the profession or laity”. V. H. ROBERTS, “Dissenting Opinions”, en *American Law Review* (Am. L. Rev.), Vol. 39, 1905, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 29.

(90) Brennan, nombrado *Supreme Court Associate Justice* en 1956 por el Presidente Eisenhower, cargo que ejercería durante 34 años, calificaría el *dissent* como un derecho (“the right to dissent”), tildándolo como “one of the great and cherished freedoms that we enjoy by reason of the excellent accident of our American births”. William J. BRENNAN, JR., “In Defense of Dissents”, en *The Hastings Law Journal* (Hastings L. J.), Vol. 37, 1985-1986, pp. 427 y ss.; en concreto, p. 438.

(91) Charles AIKIN, “The role of dissenting opinions in American Courts”, en *Il Politico*, Anno XXXIII, 1968, nº 2, pp. 262 y ss.; en concreto, pp. 264-265.

tica inicial de formulación de las sentencias a través de las llamadas *seriatim opinions*. Dicho de otro modo, los *dissents* encontrarían perfecto encaje en un sistema judicial personalizado, bien diferente del modelo burocrático, unitario e impersonal de los sistemas de *civil law*, en los que la salvaguarda de la unidad colegial, protegida por el secreto de las deliberaciones, obscurece todo atisbo personalista.

Para darnos una idea de la relevancia que en el plano constitucional presentan los *dissents*, recordaremos que en los debates académicos que periódicamente han tenido lugar en Norteamérica acerca de qué textos podían ser considerados canónicos, esto es, “canons of constitutional law”(92), no faltan autores que defienden la inserción del *dissent* dentro de esos cánones, aunque sea más bien con el perfil de anticánones..

En definitiva, la escritura de *dissenting* o *minority opinions* se ha convertido así en una fase normal del modelo de acción judicial norteamericano, utilizando los *Justices in dissent* numerosas vías para la formulación de su desacuerdo, tal y como recuerda la doctrina(93): *separate opinion, concurring opinion, concurring in the result, dissent in part, dissent from a per curiam...*

El hecho de que el instituto en cuestión se considere en nuestro tiempo “a regular component of Supreme Court decision making”(94), no debe hacernos olvidar que no siempre fue visualizado así en la vida del Tribunal Supremo. Bien al contrario, en el curso de sus primeros años de existencia, el Tribunal desarrolló una regla ins-

---

(92) Particular importancia tiene al respecto el trabajo de los Profesores de Yale y Texas, J. M. BALKIN y Sanford LEVINSON, “The Canons of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review* (Harv. L. Rev.), Vol. 111, 1997-1998, pp. 963 y ss. Para ellos, los *canons* no son simples colecciones de textos. Técnicas, enfoques, formas de argumentación o discusión, ejemplos standards e incluso historias clásicas pueden ser igualmente canónicos a una disciplina o cultura.

(93) Charles AIKIN, “The United States Supreme Court: The Judicial Dissent”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart (JÖR)*, Band 18, 1969, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 468.

(94) Matthew P. BERGMAN, “Dissent in the judicial process: discord in service of harmony”, en *Denver University Law Review (Denv.U. L. Rev.)*, Vol. 68, 1991, pp. 79 y ss.; en concreto, p. 79.

titucional que favorecía fuertemente las opiniones únicas, viéndose las opiniones disidentes como una forma de “desobediencia institucional”, siendo por lo mismo desaconsejadas. Y aunque esta visión no dejara de ser fugaz, y hoy el *dissent* se haya incorporado al paisaje natural del *American judiciary*, es lo cierto que no han faltado, ni faltan, percepciones críticas de esta institución procesal.

II. Un criterio mayoritariamente compartido acerca del *dissent* es el de que éste propicia una jurisprudencia evolutiva. Mortati insistió mucho en este argumento. Vale la pena recordar sus, por lo general, siempre sabias reflexiones: “L’adozione dell’istituto del dissenso vale ad attenuari il pericolo di cristallizzazioni della giurisprudenza costituzionale, del suo ancorarsi ai propri precedenti in modo così rigido da distaccarla dalla valutazione dei concreti interessi sociali che nella costituzione vivente ricercano la loro fondamentale salvaguardia, ed alla lunga, da privarla del vero fundamento della sua autorità, qual è quello che proviene da una stretta adesione al sentimento popolare”(95). Más aún, para el relevante Profesor italiano, que también fuera *Giudice costituzionale*, el dinamismo jurisprudencial no puede alcanzarse más que por medio de la apertura hacia el exterior a través del *dissent*(96), e innecesario es que añadamos por nuestra parte que en la base de ese mismo dinamismo nos encontramos con las mutaciones constitucionales. Otro gran iuspublicista italiano, Lombardi, haría suya la posición de Mortati en su integridad(97).

También entre la doctrina germana se ha subrayado este argumento. Así, Heyde puso de relieve(98) que los *Sondervoten* hacen

---

(95) Costantino MORTATI, “Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali”, en *Problemi di Diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana* (Raccolta di Scritti – III), Milano, Giuffrè Editore, 1972, pp. 839 y ss.; en concreto, p. 857.

(96) *Ibidem*, p. 855.

(97) Giorgio LOMBARDI, “Pubblicità e segretezza nelle deliberazioni della Corte costituzionale”, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Anno XIX, nº 3, Settembre 1965, pp. 1146 y ss.; en concreto, p. 1150.

(98) Wolfgang HEYDE, “Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart (JÖR)*, 19. Band, 1970, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 217.

unas considerables aportaciones a la evolución del Derecho constitucional (“Beitrag zur Fortentwicklung der Verfassungsrecht”). En la misma dirección, Heusinger entiende que la apertura, esto es, la publicidad de los *dissents* (“Offene dissenting votes”) dobllega la petrificación (“der Versteinerung”) de ese Derecho(99). Algo análogo se ha reconocido en relación al valor de este instituto en Canadá. La Jueza del Tribunal Supremo de este país, L’Heureux-Dubé, es rotunda cuando afirma que “les opinions dissidentes, mines de possibilités et de potentiel, peuvent contribuer de façon importante au développement du droit”(100).

En Estados Unidos, innecesario es decir que este ha sido uno de los argumentos más recurrentes en defensa de las *separate opinions*. El *Chief Justice* Hughes, en sus célebres reflexiones sobre el instituto del *dissent*, subrayaba este efecto dinamizador de las *dissenting opinions* al poner de relieve que las mismas han tenido una poderosa influencia sobre el desarrollo jurídico(101). Hace ya más de un siglo, Roberts ya enfatizaba sobre lo que él tildaba de acusación general de impotencia que pesaba sobre las *dissenting opinions*, considerando que tal tacha estaba muy mal fundamentada, para añadir a continuación, que un estudio cuidadoso de los distintos “*American cases*” ofrecía abundantes refutaciones de esa acusación y probaba que el llamado “*scholarly and logical dissent*” tenía un efecto tanto sobre las decisiones subsecuentes como sobre determinadas modificaciones legislativas. “In such cases —añadía finalmente el propio autor(102)— the well considered opinion of the dissenting judge is often the clarion voice of a whole people lifted in protest against laws which have either become obsolete or unjust”. En fin, hace pocos

---

(99) Bruno HESINGER, “Überlastung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofes und Mittel zur Abhilfe”, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 76. Band, Heft 5/6, Dezember 1963, pp. 321 y ss.; en concreto, p. 338.

(100) Claire L’HEUREUX-DUBÉ, “La pratique des opinions dissidentes au Canada”, en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, número 8, Octobre 1999/Février 2000, pp. 5 y ss. (del texto al que se accede a través de la página web del Conseil: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers>), en concreto, p. 6.

(101) Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 70.

(102) V. H. ROBERTS, “Dissenting Opinions”, *op. cit.*, p. 26.

años, Kornhauser y Sager tildaban las *concurring and dissenting opinions* de “important guides to the dynamic meaning of a decision by the Court”(103).

Por lo demás, es patente que en Estados Unidos algunos *dissents* han tenido un efecto notable sobre el desarrollo del Derecho en general y del Derecho constitucional en particular. Como en los años cincuenta del pasado siglo afirmaba el *Justice* de la Corte Suprema de California Jesse W. Carter, “judicial history shows that the dissenting opinion has exercised a corrective and reforming influence upon the law”(104). Los cambios que en el ordenamiento han posibilitado los *dissents* han sido a veces casi inmediatos.

Muchas libertades constitucionales se han alcanzado en Estados Unidos a través del *dissent*, o por lo menos han tenido su origen en este instituto procesal. Recordemos, por ejemplo, que la trascendental teoría de la *preferred position* es identificada como tal por primera vez en un *dissent* del *Chief Justice* Harlan F. Stone, en el caso *Jones v. Opelika* (1942), si bien, como recuerda la doctrina, aunque inno- minada, se debe a otro relevante *Associate Justice*, Benjamin Nathan Cardozo, que la formuló en el caso *Palko v. Connecticut* (1937), en el que Cardozo expresaría la *opinion of the Court*(105).

---

(103) Lewis A. KORNHAUSER and Lawrence G. SAGER, “The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts”, en *California Law Review (Cal. L. Rev.)*, Vol. 81, 1993, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 9.

(104) Jesse W. CARTER, “Dissenting Opinions”, en *The Hastings Law Journal (Hastings L. J.)*, Vol. 4, 1952-1953, pp. 118 y ss.; en concreto, p. 118.

(105) En el *Palko v. Connecticut case*, la Corte Suprema, incidentalmente, distinguió, a iniciativa del *Justice* Cardozo, y en referencia al mayor o menor vigor de las garantías del *due process of law*, los derechos reconocidos en la primera parte del *Federal Bill of Rights* de los ulteriores. Los primeros venían a asumir un valor condicionante del conjunto del sistema. Cardozo admitió que algunas partes del *Bill of Rights* (que en principio regían tan sólo frente a los poderes federales) se habían aplicado a los Estados, pero no como una consecuencia automática de que las ocho primeras Enmiendas se hubiesen incorporado como parte de la garantía del *due process* de la XIV Enmienda, sino más bien porque en el concepto del *due process* habían sido absorbidas algunas protecciones con base en que las mismas eran fundamentales a las nociones americanas de libertad y de justicia. En los términos de Cardozo, tales derechos imponían límites sobre los Estados porque “they represented the very essence of a scheme of ordered liberty, (...) principles of justice so rooted in the traditions and conscience of our people, as to be ranked fundamental”. *Apud* Paul KENS, “Palko

Por otro lado, el *dissenter*, en ocasiones, sugiere una determinada legislación como la respuesta a un problema que él ve en la decisión (106). El caso *Goldman v. United States* (1942) constituye un buen ejemplo de ello. En esta decisión la *Supreme Court* consideró que el empleo por agentes federales de detectores de conversaciones telefónicas no violaba la garantía que la Cuarta Enmienda establece frente a los registros y detenciones arbitrarias (“against unreasonable searches and seizures”); dicho de otro modo, tal actuación no violaba “the search and seizure provisions of the Fourth Amendment”. En su *dissenting opinion*, el Justice Frank Murphy sugirió, entre otras cosas, que podía pensarse en un proyecto de ley que permitiera el empleo de aparatos de intervención telefónica a los agentes federales, pero sólo de conformidad con un mandamiento judicial (“a judicial warrant”). De este modo, la privacidad o intimidad personal sería protegida frente a las intrusiones gubernamentales indiscriminadas sin que ello supusiera serios daños para las medidas necesarias de resultados de la aplicación de la ley. El *dissent* estaba ampliando el ámbito de protección de la Cuarta Enmienda.

## B) *Algunos grandes dissents y las mutaciones constitucionales que propiciaron.*

I. *La Marshall Court* (1801-1835) ha venido siendo considerada tradicionalmente como un Tribunal de decisiones preponderantemente unánimes, pero esta es una idea que debe relativizarse notablemente, pues la Corte que durante más de un tercio de siglo presidió John Marshall está lejos de poder presentársenos como monolítica. Ciertamente es que Marshall acabó con el pronunciamiento anterior del Tribunal, basado en la práctica inglesa de las *seriatim opinions*, propi-

---

v. Connecticut”, en *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, edited by Kermit L. Hall, New York, Oxford University Press, first issued as an Oxford University Press paperback, 2000, p. 230. Cfr. asimismo, Augusto CERRI, “Il <principio> come fattore di orientamento interpretativo e come valore <privilegiato>: Spunti ed ipotesi per una distinzione”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXII, 1987, Fasc. 6, pp. 1806 y ss.; en concreto, p. 1806.

(106) Cfr. al efecto, Richard B. STEPHENS, “The function of concurring and dissenting opinions in courts of last resort”, en *University of Florida Law Review (U. Fla. L. Rev.)*, Vol. V, 1952, pp. 394 y ss.; en concreto, pp. 406-407.

ciendo una única *opinion of the Court*; sin embargo, la unanimidad no se iba a prolongar durante mucho tiempo. La llegada a la Corte en 1804 del Justice William Johnson, “his most independent colleague”, como lo calificaría Currie(107), tuvo mucho que ver con ello. En 1805 rompía por vez primera con la referida unanimidad al presentar una *concurring opinion* en el caso *Huidekoper’s Lessee v. Douglas*. Ello no obstante, se viene considerando de modo bastante generalizado(108), que la primera quiebra formal de la tradición de unanimidad se produjo en el caso *Simms & Wise v. Slacum* (1806), en el que el Justice William Paterson suscribió el primer auténtico *dissent*. Tras el mismo, con la quiebra de la disciplina judicial defendida por el *Chief Justice*, los *dissents* dejaron de ser una rareza.

Muchos han sido los *dissents* formulados en estos más de dos siglos de vida del Tribunal Supremo(109) y muy numerosos también los Jueces disidentes. Un buen número de ellos ha sentado las bases que posteriormente han conducido a la Corte a introducir mutaciones constitucionales; algunos, incluso, han pasado a la historia, en gran parte por su visión profética. En una conocida afirmación de Barth, se trata de los “Prophets with Honor”(110). Se trata, dicho de otro modo, de los *dissents* que a menudo revelan la congruencia entre la Constitución y los “evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”. En la sentencia dictada en el caso *Trop v. Dulles* (1958), la Corte acogió esa alusión a los *standards* de decencia que el progreso de las sociedades va imponiendo. El Tribunal decidió que la expatriación por cualquier razón constituía un “cruel and unusual punishment” prohibido por la Octava Enmienda.

---

(107) David P. CURRIE, “The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801-1835”, en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Vol. 49, 1982, pp. 646 y ss.; en concreto, p. 647.

(108) Así, entre otros, Karl M. ZOBELL, “Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration”, en *Cornell Law Review (Cornell L. Rev.)*, Vol. 44, 1958-1959, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 195.

(109) No podemos detenernos en datos estadísticos, pero sí remitirnos a otro trabajo de nuestra autoría. Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional: una visión de Derecho comparado*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, tomo I, pp. 263 y ss.

(110) Alan BARTH, *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, New York, Alfred A. Knopf, 1974.

II. Profética sería la visión del *Justice* John Marshall Harlan en el celeberrimo caso *Plessy v. Ferguson* (1896), en el que, frente a la infame doctrina de la Corte, que apoyó la segregación racial impuesta por algunos Estados en base a la denigrante doctrina de que un trato “separado pero igual” no violaba el derecho de los ciudadanos a la igual protección ante la ley, el Juez Harlan escribió en su *dissent* unas memorables palabras: “Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens”. El *dissent* de Harlan se convertiría medio siglo después en la doctrina unánime de la *Supreme Court* en el célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), que deshizo la doctrina “separate but equal”, desencadenando una mutación constitucional de extraordinaria relevancia en el ámbito del ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Harlan representó la quintaesencia de la voz que grita en el desierto, pero esa voz, a la postre, resultó profética.

John Marshall Harlan fue nombrado *Associate Justice* por el Presidente Hayes en 1877, ocupando el cargo hasta su muerte en 1911. Con su *dissent* en *Plessy v. Ferguson* llegó a ser un verdadero héroe popular(11). El destino del Juez Harlan fue el de interpretar la ley de modo diverso al de sus colegas en numerosos casos, bien que con el resultado de que sus puntos de vista no fueron olvidados, sino que años después de su muerte fueron adoptados por el Congreso o por la propia *Supreme Court*. Por lo mismo, en los años cincuenta del pasado siglo ZoBell pudo decir: “His contemporary <greatness> was as much a matter of quantity as of substance of dissent” .

En *Plessy*, sus palabras llegaron a ser verdaderamente proféticas frente a la doctrina “separados pero iguales” (*separate but equal*), dominante en la jurisprudencia de la *Supreme Court* a fines del siglo XIX y reflejada en la controvertida sentencia(113), de la que sería

---

(111) Como “a judicial folk-hero” lo califica Matthew P. BERGMAN, en “Dissent in the judicial process...”, *op. cit.*, p. 82.

(112) Karl M. ZOBELL, “Division of opinion...”, *op. cit.*, p. 200.

(113) Los hechos del caso creemos que son bien conocidos, no obstante lo cual los resumiremos brevemente. El Sr. Homer Plessy era ciudadano mulato de Nueva Orleans. Integraba un grupo de personas constituido para cuestionar jurídicamente la constitucionalidad de una ley del Estado de Louisiana de 1890 que obligaba a las compañías ferroviarias a dis-

ponente el *Justice* Henry Billings Brown. Algunas de las reflexiones vertidas en el *dissent* de Harlan son realmente de un valor universal, intemporales y, desde luego, reflejan una visión humanista del Derecho:

“In view of the Constitution, in the eye of the law, —escribe el disidente— there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the laws. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved”.

Nunca un símil fue tan afortunado con vistas a poner de relieve la profunda impregnación de la Constitución por el principio de igualdad, particularmente en relación al color de la raza, como el de la “Constitución daltónica” (*color-blind Constitution*) utilizado por Harlan. Pero además, en su voto particular, Harlan profetizará el devenir con una extraordinaria visión de futuro, poniendo de relieve que algún día esta sentencia había de ser juzgada tan perniciosa como la *Dred Scott opinion*:

“It is to be regretted —escribe el *Justice* Harlan en los párrafos finales de su *dissent*— that this high tribunal, the final expositor of the fundamental law of the land, has reached the conclusion that it is competent for a state to regulate the enjoyment by citizens of their civil rights solely upon the basis of race. In my opinion, the judgment this day rendered will in time prove to be quite as pernicious as the decision made by this tribunal in the *Dred Scott Case* (...). The present decision, it may

---

poner de vagones para blancos y para negros. A fin de evitar cualquier control federal, el Tribunal Supremo de Louisiana había buscado la oportunidad de precisar que esa ley no se aplicaba al comercio interestatal. Con el fin de disponer de una causa a partir de la cual poder pleitear, el Sr. Plessy hizo un recorrido ferroviario dentro del Estado, negándose a viajar en el vagón destinado a los negros, siendo de resultas de ello arrestado, e iniciándose así un proceso en el que adujo que la ley de Louisiana violaba las Enmiendas XIII y XIV de la Constitución. Tras perder, como era obvio que acontecería, sus pleitos en los aún racistas tribunales sureños de su Estado, el Sr. Plessy acudió a la *Supreme Court*, que, lamentablemente, no iba a hacer otra cosa que corroborar la interpretación discriminatoria de los racistas de Louisiana, revistiéndola, eso sí, de un hipócrita lenguaje igualitario.

well be apprehended, will not only stimulate aggressions, more or less brutal and irritating, upon the admitted rights of colored citizens, but will encourage the belief that it is possible, by means of state enactments, to defeat the beneficent purposes which the people of the United States had in view when they adopted the recent amendments of the Constitution” (se refiere a las llamadas *Reconstruction Amendments*).

En su apelación al futuro, el *Justice* Harlan, como subrayaría otro gran Juez, Brennan(114), trascendía, sin menospreciarlo, el análisis legal puramente mecánico; buscaba también anunciar las verdades constitucionales fundamentales. Harlan habló no sólo a sus colegas, sino también a la sociedad de su tiempo y, lo que aún es más importante, a través del tiempo, a las generaciones posteriores. El impacto de un *dissent* de este tipo también sería captado por sus detractores, y no sólo sureños(115).

La sentencia objeto del *dissent*, como bien se ha dicho(116), legitimó “an era of state-sponsored racial segregation that governed virtually every aspect of economic, social, and political relationships among the races”. Con ello, además, la sentencia mutó constitucionalmente lo establecido en las llamadas Enmiendas de la Reconstrucción, en donde parece claro que no era la visión del principio de igualdad sustentada por la Corte la que latía en el texto de la Decimocuarta Enmienda, como medio siglo después la propia *Supreme Court* vendría a corroborar.

III. En forma análoga, por recordar otro histórico caso, Oliver Wendell Holmes, en su bien conocido *dissent* en el caso *Lochner v. New York* (1905), se convirtió en el guía de la crítica emitida por la ge-

---

(114) William J. BRENNAN, Jr., “In Defense of Dissents”, *op. cit.*, p. 432.

(115) En una, en su época, importante revista jurídica publicada en Boston, un californiano, o por lo menos residente en Los Ángeles, escribía en 1905: “Among the forms which Dissent has taken the most harmful is that which may be called the <Dissent of Warning>. The office of this is to criticize the opinion of the court, and to warn an innocent public against the ills which will surely befall it if the court persists in its erroneous course”. William A. BOWEN, “Dissenting Opinion”, en *The Green Bag* (A Monthly Illustrated Magazine Covering the Higher and the Lighter Literature of the Law), Vol. XVII, Boston (Mass.), 1905, pp. 690 y ss.; en concreto, p. 696.

(116) Thomas Jefferson KNIGHT, “The dissenting opinions of Justice Harlan”, en *The American Law Review* (*Am. L. Rev.*), Vol. LI, 1917, pp. 481 y ss.; en concreto, p. 499.

neración posterior respecto de la doctrina del *substantive due process* (117) y de la libertad de contratación. Nacido en Boston (1841) e hijo de un médico, Profesor de Anatomía y Psicología de la Universidad de Harvard, Holmes fue Juez de la Corte Suprema de Massachusetts (1882-1889) y Presidente de dicho Tribunal (1899-1902) antes de ser nombrado, en diciembre de 1902, por el Presidente Theodore Roosevelt *Associate Justice* de la la Corte Suprema, cargo en el que permanecería hasta su retirada de la Corte en enero de 1932, con más de 90 años, falleciendo en 1935. Holmes, ha escrito de él ZoBell(118), “was and remains the best known figure who has ever been connected with the Supreme Court and one of the four or five most widely regarded individuals in American government history”.

La llegada de Holmes a la *Supreme Court* anuncia una nueva era, la del llamado *liberal dissent*(119), lo que sin ningún género de dudas

---

(117) La cláusula del *due process of law*, contemplada por la Enmienda V y reproducida más tarde por la sección primera de la Enmienda XIV, ratificada tras la Guerra Civil, fue visualizada dentro del ámbito del *criminal process* en un doble sentido: *procedural due process* y *substantive due process*, lo que no significaba un abandono del ámbito procesal penal, sino tan sólo que dentro del mismo algunas garantías tenían un contenido más sustantivo, como por ejemplo, la no obligación de responder por un delito “unless on a presentment or indictment of a Gran Jury”. Sin embargo, ya antes de la Guerra Civil, y el caso *Dred Scott* (1857) es un buen ejemplo de ello, comenzó a acudirse a la Quinta Enmienda como una garantía sustantiva de determinados derechos de propiedad. Esta jurisprudencia se consolidó hacia finales de siglo, en el caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897), en el que la *Supreme Court* sentó la doctrina de que la libertad garantizada por la Constitución incluye el derecho de toda persona “to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts”, contratos éstos que puedan resultar apropiados para la realización de tales objetivos. En sintonía con tal doctrina, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Louisiana que, a juicio del Tribunal, privaba a un ciudadano de su libertad contractual. La ley en cuestión, en síntesis, prohibía actuar como intermediarios de seguros a empresas que no estuviesen autorizadas para realizar operaciones en dicho Estado. En virtud de esa ley, se prohibió a la sociedad Allgeyer, de Louisiana, contratar con una compañía de seguros de Nueva York, que no se encontraba autorizada para operar en el Estado de Louisiana. Progresivamente, el contenido sustantivo de la Quinta Enmienda se acentuó, lo que, innecesario es decirlo, incrementó notablemente el activismo judicial.

(118) Karl M. ZOBELL, “Division of opinion...”, *op. cit.*, p. 201.

(119) John T. GANOE, “The passing of the old dissent”, en *Oregon Law Review (Or. L. Rev.)*, Vol. XXI, 1941-1942, pp. 285 y ss.; en concreto, p. 287.

debe de ponerse en estrecha conexión con su mismo talante. En el muy relevante homenaje que le tributara la *Harvard Law Review* con ocasión de su nonagésimo cumpleaños, que todavía celebró como *Associate Justice*, Cardozo, que al año siguiente, tras su retirada, le sustituiría en el Supremo, ubicándose en la misma línea de pensamiento(120) , recordaba de Holmes: “Men speak of him as a great Liberal, a lover of Freedom and its apostle”, para apostillar de inmediato: “All this in truth he is, yet in his devotion to Freedom he has not been willing to make himself the slave of a mere slogan”(121). El título de “gran liberal y apóstol de la libertad”, en último término, no era, como el propio Cardozo reconocía, sino el resultado de una circunstancia inequívoca: nadie como Holmes había trabajado más incesantemente para demostrar la verdad de que los derechos nunca son absolutos, aunque siempre se encuentran en lucha y encaminados a que sean declarados en sí mismos como tales.

En los años veinte, tras la incorporación de Brandeis a la Corte (exactamente en 1916), las palabras “Justices Holmes and Brandeis dissented” llegaron a ser un estribillo familiar en las discusiones acerca del trabajo de la *Supreme Court*, y poco tiempo después, tras la llegada a la Corte de Stone (en 1925), un nuevo estribillo se consolidó: “Holmes, Brandeis and Stone dissenting”, convirtiéndose en “the hallmark of liberalism with respect to constitutional issues”(122).

Muchos han otorgado a Holmes el título de “the Great Dissenter” (123); sin embargo, la realidad estadística nos revela que, desde una

---

(120) “Cardozo —escribiría Griswold— was appointed in his place and carried on the same tradition, though with his own lustre”. ERWIN N. GRISWOLD, “Owen J. Roberts as a Judge”, en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 104, 19155-1956, pp. 332 y ss.; en concreto, p. 335.

(121) Benjamin N. CARDOZO, “Mr. Justice Holmes”, en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XLIV, 1930-1931, pp. 682 y ss.; en concreto, p. 687.

(122) Carl Brent SWISHER, “The Supreme Court-Need for Re-Evaluation”, en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, Vol. 40, No. 7, November 1954, pp. 837 y ss.; en concreto, p. 842.

(123) Así lo reconoce, entre otros muchos Karl M. ZOBELL, en su clásico y documentadísimo trabajo, “Division of opinion in the Supreme Court...”, *op. cit.*, p. 202. En idéntico sentido, y dentro de la doctrina europea, Carmelo GERACI, en la “Introduzione” a la obra de Oliver W. Holmes, *Opinioni dissenzienti*, a cura di Carmelo Geraci, Milano, Giuffrè, 1975, pp. V y ss.; en concreto, p. XI.

óptica cuantitativa, Holmes no fue un gran disidente. Schwartz recuerda(124) que mientras Holmes ocupó su puesto como Juez en la Corte Suprema, ésta dictó unas 6000 sentencias; Holmes tan sólo formuló *dissenting opinions* o se adhirió a las presentadas por otros Jueces en 70 ocasiones. Esta misma circunstancia condujo a que el gran jurista londinense Sir Frederick Pollock, muy buen amigo de Holmes, en el monográfico que al gran Justice dedicara la *Harvard Law Review* con ocasión de convertirse en nonagenario, ocupando aún su puesto de Juez en la Corte, escribiera: “Some people seem to think that Mr. Justice Holmes is always dissenting. Does he really dissent much oftener than his learned brethren, or is the impression due to the weight rather than the number of the dissents?”(125). No puede haber la más mínima duda de que la fama de nuestro personaje como *dissenter* es la resultante no tanto del número de sus disidencias cuanto del impacto, de la fuerza de sus *dissents*.

Esta misma fuerza de convicción de los *dissents* de Holmes puede explicar que un elevado número de ellos se convirtieran antes o después en Derecho vigente. ZoBell ha hecho hincapié en el dato, harto elocuente, de que el número de *dissents* de Holmes que llegaron a convertirse en Derecho es notablemente superior a la media de los que lo logran (“an uncommon degree, Justice Holmes’ dissenting opinions became the law”). Un dato asimismo harto significativo es el de que esa conversión se produjo en un más reducido lapso de tiempo. “The post-1937 Court —escribe al respecto McCloskey(126)— in effect adopted the criterion urged by Justice Holmes in his classic series of dissents during the first three decades of the century”.

En 1905, Holmes escribirá su más célebre *dissent*. Nos referimos, claro está, al formulado en el caso *Lochner v. New York*. La sentencia dictada en el *Lochner case*, que el *Chief Justice* Rehnquist califica-

---

(124) Bernard SCHWARTZ, “The Judicial Ten: America’s Greatest Judges”, en *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 4, 1979, pp. 405 y ss.; en concreto, p. 421.

(125) Frederick POLLOCK, “Mr. Justice Holmes”, en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XLIV, No. 5, March, 1931, pp. 693 y ss.; en concreto, p. 695.

(126) Robert G. MCCLOSKEY, *The American Supreme Court*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 2nd edition, revised by Sanford Levinson, 1994, pp. 124-125.

ría como una de las más desafortunadas decisiones de la Corte(127), representa uno de esos momentos de la historia del Tribunal en el siglo XX en que los jueces, temporalmente, se hicieron la ilusión de que el movimiento de progresiva normación de la vida social y laboral podía ser interrumpido más que retrasado por los pronunciamientos judiciales. Las excepciones que los jueces admitieron en sus decisiones frente a las leyes reguladoras de los horarios laborales (*hours laws*), particularmente el principio relativo a las ocupaciones insalubres, no podían ocultar el hecho de que una rigurosa línea había sido trazada.

El conocido como “caso de las panaderías” (*bakeshop case*) se produjo a raíz de una ley del Estado de Nueva York que dispuso la prohibición de que los panaderos trabajaran más de diez horas al día. Una empresa de panadería de Utica, que había sido multada en dos ocasiones por contravenir tal norma legal, recurrió aduciendo que la ley era inconstitucional al establecer una legislación discriminatoria en cuanto vulneradora del principio de igualdad. La controversia que se planteó el Juez Rufus Wheeler Peckham, ponente de la sentencia, fue la de qué debía prevalecer: si la libertad de contratación o, por el contrario, el *police power* estatal. Definiendo la posición mayoritaria (en una *five/four* opinion) el Justice Peckham consideró que la ley traspasaba el límite marcado constitucionalmente frente al ejercicio por los Estados de sus competencias de policía. La mayoría rechazó que la ley tuviera un fundamento razonable, viéndola como una injerencia ilegítima en los derechos de los ciudadanos (tanto trabajadores como patronos) a pactar sus horarios de trabajo como mejor les conviniera.

Esta sentencia, junto a otras dos dictadas en esos mismos años por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, serían los casos en los que el Presidente Theodore Roosevelt fundamentó las bases de su crítica a los tribunales, propiciando su famosa *Charter of Democracy*, en un discurso pronunciado en Columbus (Ohio), en 1912, en el que se manifestó a favor del *recall* de los jueces.

En su celeberrimo y ensalzado *dissent*, el Juez Holmes comenzó señalando que el caso en cuestión se había decidido en base a una teo-

---

(127) William H. REHNQUIST, *The Supreme Court. How It Was How It Is*, New York, Quill/William Morrow, 1987, p. 205.

ría económica que una gran parte del país no compartía. A la posteridad pasaría su bien conocida afirmación de que: “the Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer’s Social Statics”, alusión con la que Holmes se refería a la obra que el filósofo y sociólogo británico Herbert Spender (1820-1903) había publicado en 1851 (*Social Statics or The Conditions Essential to Human Happiness Specified, and the First of Them Developed*); en ella, el filósofo defensor del evolucionismo (de hecho, este libro era uno de los varios de Spender en que éste plasmó las doctrinas del darwinismo social) sostendría una radical defensa del principio del *laissez faire*. Más adelante, Holmes expresará su rechazo respecto de la idea de que una Constitución encarna una determinada teoría económica: “A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States”.

“Creo —manifestará Holmes para concluir su *dissent*— que la palabra <libertad>, tal como consta en la Decimocuarta Enmienda, es tergiversada cuando se la toma para impedir las consecuencias naturales de una opinión dominante, a no ser que pueda afirmarse que una persona sensata y razonable necesariamente reconocería que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como han sido entendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y de nuestro Derecho. No se requiere investigación alguna para demostrar que no puede pronunciarse tan radical condena contra la ley que nos ocupa. Una persona razonable podría considerarla una medida adecuada en pro de la salud”(128).

El *dissent* no sólo sentó las bases para la posterior retirada por parte de la Corte de su peculiar interpretación del *substantive due process*, sino que se convirtió en un elemento decisivo en la legiti-

---

(128) El texto de la sentencia *Lochner v. New York* puede verse en Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2006, pp. 172 y ss.; el *dissent* de Holmes, en pp. 183-185.

mación de las *dissenting opinions*, e incluso, como se ha dicho(129), en que éstas se vieran rodeadas de un aura de fantasía. Y por encima de todos los demás *dissents*, éste marcará el inicio de una nueva era.

La posición de Holmes se convertiría en la doctrina mayoritaria cuando la *Supreme Court*, en un célebre *overruling*, derribó el precedente *Lochner*, renunciando a toda interferencia judicial en la legislación industrial y laboral de los Estados, en el bien conocido caso *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), sentencia de la que fue ponente el *Chief Justice* Charles Evans Hughes. La Corte Suprema, con su doctrina inicial sobre el *substantive due process*, enormemente expansiva, había mutado la Constitución; ahora, con ese trascendental *overruling*, volvía a mutar el significado constitucional dado en sede judicial a la mencionada cláusula.

C) *Las mutaciones producidas con ocasión de la interpretación de la contract clause.*

I. Ya Jellinek, en su estudio sobre las mutaciones constitucionales, se hizo eco de la importancia que en este ámbito de las mutaciones había tenido la interpretación de la *contract clause* o cláusula del contrato(130), lo que es enormemente revelador de la trascendencia de la interpretación de esa cláusula, más aún si se tiene en cuenta que algunas trascendentales decisiones con ella relacionadas, como la *Blaisdell opinion* (1934) son bastante posteriores al momento en que Jellinek publicó su obra.

Los incisos finales del párrafo primero de la Sección 10 del Artículo I de la Constitución norteamericana prevén que: “No state shall.... pass.... *ex post facto law*, or law impairing the obligation of contracts....” (“Ningún Estado.... aprobará leyes *ex post facto* o leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos”). Esta última disposición enuncia la famosa *contract clause* o cláusula de los contratos.

---

(129) Laura Krugman RAY, “Justice Brennan and the jurisprudence of dissent”, en *Temple Law Review* (*Temp. L. Rev.*), Vol. 61, No. 2, Summer, 1988, pp. 307 y ss.; en concreto, p. 310.

(130) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 24-25.

La *contract clause*, aunque pueda resultar sorprendente, se convirtió en el siglo XIX, o por lo menos en una buena parte del mismo, en la disposición constitucional de mayor relevancia, hasta el extremo de que, como escribe Siegel(131), la comprensión de esta cláusula en el siglo XIX es central para el entendimiento de la historia constitucional americana, y en el marco de la misma, según otros autores, para el propio desarrollo del federalismo(132).

Para comprender la inclusión constitucional de una cláusula como esta es necesario tener en cuenta los frecuentes abusos que las legislaturas estatales iban a cometer sobre los derechos de propiedad en el período que media entre la Independencia y la aprobación de la Constitución federal. Para Beard(133), “dos pequeñas cláusulas” constitucionales encarnan las principales demandas de los propietarios de bienes muebles frente al “agrarismo” (“agrarianism”): la interdicción de la emisión estatal de papel moneda (recogida en el mismo párrafo que la *contract clause*) y la prohibición de menoscabar los compromisos dimanantes de los contratos. En el núm. 7 de los *Federalist Papers*, Hamilton se iba a hacer eco de la relevancia de la cláusula de los contratos, al identificar las “laws in violation of private contracts” como una de las posibles causas de disputas entre los Estados de la Unión, incluso de la hostilidad entre ellos, por cuanto tales leyes vendrían a equivaler a “agressions on the rights of those states, whose citizens are injured by them”(134).

---

(131) Stephen A. SIEGEL, “Understanding the Nineteenth Century Contract Clause: The Role of the Property-Privilege Distinction and <Takings> Clause Jurisprudence”, en *Southern California Law Review* (S. Cal. L. Rev.), Vol. 60, 1986-1987, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 3-4.

(132) Sobre esa conexión entre la contract clause y el desarrollo del federalismo norteamericano ha hecho especial hincapié Boyd, para quien esta cláusula “has proven particularly important in American constitutional history and in the development of American federalism”. Steven R. BOYD, “The Contract Clause and the Evolution of American Federalism, 1789-1815”, en *The William and Mary Quarterly* (*Wm. & Mary Q.*), Third Series, Vol. 44, No. 3 (Monográfico sobre “The Constitution of the United States”), July, 1987, pp. 529 y ss.; en concreto, p. 529.

(133) Charles A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York/London, The Free Press/Collier-MacMillan Limited, first Free Press paperback edition, 1965, p. 179.

(134) Alexander HAMILTON, James MADISON and John JAY, *The Federalist or, the new Constitution*, edited with an Introduction and Notes by Max Beloff, Oxford (Great Britain), Basil Blackwell, 1948, p. 30 (El núm. 7, obra de Hamilton, en pp. 25-31).

Ello añadiría una explicación adicional a la razón de ser de la constitucionalización de esta cláusula.

El rampante activismo judicial de la *Marshall Court* iba a hacer devenir la cláusula en cuestión la base de una sorprendente expansión de la *judicial review*. La *contract clause* se iba a convertir en el depósito de la doctrina judicial de los “derechos adquiridos” (*vested rights*) y de un amplio conjunto de limitaciones judicialmente deducidas de la *higher law* sobre el poder legislativo estatal, e incluso, según Levy (135), en “the link between constitutionalism and capitalism”. En el corto espacio de tiempo de una década, Marshall, con su conocida habilidad y su lógica incontrastable, había extraído la *contract clause* de sus oscuros orígenes y hecho de ella una de las normas más vitales de toda la Constitución. En ello se vería ciertamente favorecido por el principio de la santidad de los contratos (*sanctity of contracts*) celebrados entre individuos en ejercicio de los derechos que el *common law* les reconocía; tal principio, profundamente arraigado en el *natural law*, conformaría una de las normas centrales del pensamiento liberal a lo largo de todo el siglo XIX. Para los juristas americanos, ese mismo principio se traducía en que los derechos de un individuo adquiridos de conformidad con la ley vigente al tiempo en que se celebraba un contrato eran “derechos adquiridos” (*vested rights*) y permanecían inalterables, salvo que mediara el consentimiento en otro sentido del individuo.

La primacía de la *contract clause* también asumirá una deuda inmediata con el *Chief Justice*, que derivará de la interpretación enormemente amplia que Marshall, y con él su Tribunal, darán a esta cláusula, de modo muy particular en la sentencia *Fletcher v. Peck* (1810), en la que considerarán que la cláusula en cuestión se extendía a los contratos públicos y no sólo a los privados. Marshall iba además a extender el significado de la noción de “contrato” para incluir no sólo a un “executory contract”, esto es, un contrato con promesa de cumplimiento en una fecha futura, sino también a un contrato ejecutado (“an executed contract”), que en el *Fletcher* case incluía concesiones legislativas anteriores, que no podían ser revocadas.

---

(135) Leonard W. LEVY, *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York/London, MacMillan Publishing Company/Collier MacMillan Publishers, 1988, p. 130.

Los años subsiguientes a la *Fletcher decision*, y en particular los más de tres lustros que median entre 1810 y 1827, nos sitúan ante varias interpretaciones relevantes de la *contract clause*, siendo de resaltar los casos *State of New Jersey v. Wilson* (1812), *Terrett v. Taylor* (1815), *Sturges v. Crowninshield* (1819), *Trustees of Dartmouth College v. Woodward* (1819), *Green v. Biddle* (1823) y *Ogden v. Saunders* (1827). La mayoría de ellos, aunque no todos, afectaban a contratos públicos, y en la mayor parte de los mismos la Corte se inclinó por una interpretación expansiva de la cláusula. Así, en *New Jersey v. Wilson*, consideró que una concesión de inmunidad fiscal era un contrato reconducible a la cláusula; en el *Dartmouth College case*, entendió que una carta de constitución de una sociedad era igualmente un contrato a los efectos de la *contract clause*; en fin, en *Green v. Biddle*, la Corte protegió un contrato formalizado entre dos Estados frente a su posible menoscabo. Particular importancia tuvieron asimismo los casos relativos a leyes de quiebras. En *Sturges*, la Corte consideró que una ley estatal de quiebras era inconstitucional con respecto a los contratos hechos con anterioridad a su promulgación, mientras que en *McMillan v. McNeill* (1819) la Corte se pronunció del mismo modo con respecto a los contratos hechos subsiguientemente a una ley de insolvencia (o de quiebras) estatal, lo que implicaba admitir también la protección de la cláusula frente a las leyes con efectos prospectivos, doctrina esta última que la Corte anuló en *Ogden v. Saunders*, pronunciándose aquí Marshall en *dissent*.

A través de su jurisprudencia acerca de esta cláusula, la *Marshall Court*, como es obvio, acotó significativamente las facultades legislativas estatales, lo que en algunos casos se tradujo en una recepción social muy crítica hacia tales sentencias, como aconteció, por ejemplo, con la sentencia dictada en el *Green v. Biddle case*, muy impopular en Kentucky, al anular una ley del Estado por violación de la cláusula en cuestión. El rechazo del fallo llegó al extremo de que el mismo fue ampliamente eludido por los legisladores estatales e ignorado por los jueces. Con esta jurisprudencia Marshall y su Tribunal dieron un alcance a esta cláusula de tal magnitud que es dudoso que ese fuera el significado que los constituyentes tuvieron en mente al consagrar la *contract clause*, con la consecuencia que ello tuvo en la delimitación de las potestades legislativas estatales, pudiéndose por todo ello hablar de una clara mutación constitucional de resultados de la interpretación de la cláusula en sede judicial.

II. La cláusula de los contratos, con el paso del tiempo, iba, sin embargo, a presentar notables oscilaciones. Pocas disposiciones de la Constitución, ha escrito Merrill(136), han experimentado más dramáticos altibajos (“ups and downs”) que la *contract clause*. Recordaba Cardozo en uno de los trabajos que publicara antes de incorporarse en 1932 a la *Supreme Court*(137), de la que llegaría a ser uno de sus grandes *Associate Justices*, las palabras de Pascal, “le droit a ses époques”, que el Profesor Hazeltine, a inicios de los años veinte del pasado siglo, reformulaba así: “the law has its epochs of ebb and flows”. Esta famosa observación iba a ser revivida más de medio siglo después por Schwartz, para proyectarla sobre la cláusula que venimos analizando, de la que bien se puede decir, efectivamente, que ha tenido épocas de flujo y de reflujo, pudiéndose considerar el primer siglo de la República como su “estación de crecida” (“flood season”) (138).

La *Taney Court* (1836-1864) no iba a alterar de modo radical la construcción jurisprudencial de esta cláusula llevada a cabo por Marshall, aunque la importante sentencia dictada en el caso *Charles River Bridge v. Warren Bridge* (1837) incidió sobre la interpretación expansiva que John Marshall había venido sosteniendo de la misma.

El proceso de inicio del eclipse de la *contract clause* iba a comenzar en los lustros siguientes a la Guerra Civil, y en ello tendrá mucho que ver, en un primer momento, la entrada en la escena constitucional de la *due process clause*. Ya a mediados del siglo XIX el *due process*, según Mason(139), un concepto convenientemente impreciso (“a conveniently vague concept”), se encontraba en muchas

---

(136) Thomas W. MERRILL, “Public Contracts, Private Contracts, and the Transformation of the Constitutional Order”, en *Case Western Reserve Law Review (Case W. Res. L. Rev.)*, (Case Western Reserve University School of Law, Cleveland, Ohio), Vol. 37, 1986-1987, pp. 597 y ss.; en concreto, p. 597.

(137) Benjamin N. CARDOZO, “A Ministry of Justice”, en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XXXV, 1921-1922, pp. 113 y ss.; en concreto, p. 126.

(138) Bernard SCHWARTZ, “Old Wine in Old Bottles? The Renaissance of the Contract Clause”, en *Supreme Court Review (Sup. Ct. Rev.)*, Vol. 1979, 1979, pp. 95 y ss.; en concreto, p. 98.

(139) Alpheus Thomas MASON, “Myth and Reality in Supreme Court Decisions”, en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, Vol. XLVIII, 1962, pp. 1385 y ss.; en concreto, p. 1391.

Constituciones estatales, y a él se iba a recurrir como una suerte de barrera capaz de contener la creciente marea (y los consiguientes abusos) de la democracia Jacksoniana(140). Había, se decía, ciertos derechos privados absolutos, incluyendo los derechos de propiedad, que se situaban más allá del alcance de las mayorías populares. Una legislatura, se argumentaba frente al inicial entendimiento puramente formal del concepto, podía ir más allá de sus facultades constitucionales aun cuando cumpliera con las formas y procedimientos propios del *due process*; de ahí que se soslayara abiertamente la idea de que el *due process* implicaba tan sólo límites procesales, interpretándose que la *due process clause* establecía límites tanto sobre lo que puede hacerse como sobre cómo debe hacerse. Como es fácil percibir, este entendimiento sustantivo, por así decirlo, de la cláusula en cuestión entrañaba un serio problema: el de la enorme potenciación de la discrecionalidad judicial que presuponía.

La *contract clause* fue paulatinamente disminuyendo en relevancia en la medida en que la *Supreme Court* fue otorgando a la *due process clause* una amplitud que iba a hacer de ella un santuario aún más global para los intereses económicos de lo que la *contract clause* lo había sido. A ello habría de añadirse el hecho del progresivo desplazamiento de la noción de derechos adquiridos (*vested rights*) por la de los derechos sustantivos como concepto central del pensamiento jurídico norteamericano en relación con el ejercicio de derechos frente al Estado(141). Si la concepción anterior a la Guerra de Secesión acerca del rol del *federal judiciary*, en lo atinente a hacer respetar los derechos frente a las actuaciones estatales, vino dictada por su decisión de proteger tan sólo los que eran concebidos como *vested rights* frente al Estado y su rechazo de la protección de los *substantive rights*, al considerarse como una decisión judicial demasiado política (“too political”)(142), ello iba a cambiar de modo sustancial en los lustros siguientes al fin de la contienda civil.

---

(140) Elegido en noviembre de 1828, Andrew Jackson fue Presidente de los Estados Unidos en dos mandatos, entre 1829 y 1837.

(141) Cfr. al respecto, James L. KAINEN, “Nineteenth Century Interpretations of the Federal Contract Clause: The Transformation From Vested to Substantive Rights Against the State”, en *Buffalo Law Review (Buff. L. Rev.)*, (State University of New York at Buffalo), Vol. 31, 1982, pp. 381 y ss.; en concreto, p. 382.

(142) *Ibidem*, p. 404.

No fue la anterior la única circunstancia desencadenante del profundo declive de la *contract clause* en los años de cierre del siglo XIX. En dicho declive tendrá mucho que ver el establecimiento por la *Supreme Court* de un conjunto de limitaciones que iban a operar sobre la aplicación de la cláusula. Schwartz se ha referido<sup>(143)</sup> a las más relevantes: 1) la limitación de la aplicación de la cláusula a aquellos casos concernientes a leyes con efecto retroactivo, no a aquellas otras que tuviesen un efecto prospectivo; como al respecto señala la doctrina<sup>(144)</sup>, que la *contract clause* carecía en absoluto de aplicación prospectiva se convirtió con rapidez tras la *Ogden opinion* en un dogma convencional; 2) la consolidación del principio hermenéutico de que los contratos públicos habían de ser estrictamente interpretados en favor del Estado; 3) la regla de que el Estado no podía hacer un contrato en sentido opuesto a ciertas facultades gubernamentales básicas e inalienables, y que los intentos estatales de hacerlo así, con ignorancia de tal regla, eran nulos y, por lo mismo, no creaban obligaciones contractuales reconducibles al significado de la *contract clause*, y 4) en fin, la regla de que los contratos públicos, particularmente las *corporate charters*, o estatutos corporativos o societarios, podían quedar sujetos a la facultad reservada del Estado de reformarlos o revocarlos. Innecesario es decir que tales limitaciones iban a ir adquiriendo carta de naturaleza jurisprudencial con la finalidad última de proteger el interés público frente a las posibles consecuencias negativas que para el mismo pudieran derivarse de una actuación legislativa imprevisora, que de otro modo podrían convertirse en invulnerables al amparo de la *contract clause*.

III. La *contract clause* estaba redactada en la Constitución en términos muy amplios, no aludiéndose a ningún límite, lo que, como era obvio, no entrañaba que en sede judicial no pudieran fijársele límites. Esos límites no sólo han sido el fruto del reconocimiento en sede judicial de específicos poderes estatales, como sería el caso del *police power*, o del *power of eminent domain*, sino que también han derivado de la fijación por la Corte de criterios hermenéuticos de notable relevancia, cuyo paradigma sería la doctrina de la *strict construction*.

---

(143) Bernard SCHWARTZ, "Old Wine in Old Bottles?...", *op. cit.*, p. 99.

(144) Stephen A. SIEGEL, "Understanding the Nineteenth Century Contract Clause...", *op. cit.*, p. 57.

El *police power* estatal se ha considerado(145) difícil de entender y aún más dificultoso de definir y de ubicar dentro de algunos límites. Hace ahora justamente un siglo la Corte Suprema, en *Atlantic Coast Line Co. v. Goldsboro* (1914), aludía al poder de policía en los siguientes términos: “It is settled that neither the contract clause nor the due process clause has the effect of overriding the power of the State to establish all regulations that are reasonably necessary to secure the health, safety, good order, comfort, or general welfare of the community”(146). Así pues, la regulación de la salud, la seguridad, el buen orden, la comodidad o el bienestar general de la comunidad legitimaban para la Corte el ejercicio del *police power* estatal. Y en sintonía con la protección de tales bienes, la *Supreme Court* ha admitido de modo reiterado que una legislatura estatal goza de amplia discreción a la hora de discernir los objetivos que pueden llevarla a interferir sobre las obligaciones dimanantes de los contratos.

La enorme popularidad del concepto de *police power* sólo puede explicarse en función de las circunstancias de los años subsiguientes a la desaparición de John Marshall (1835): el radical cambio que la Corte va a experimentar con la llegada a la *Chief Justiceship* del suroño Roger B. Taney, el acceso al poder en 1828 del nuevo partido Jacksoniano (aunque, como ya se dijo, Andrew Jackson no llegará a la Presidencia de los Estados Unidos hasta 1829), con la definitiva desaparición de los últimos indicios de los Federalistas, los nuevos problemas económicos que iban a ir haciendo acto de presencia, y, por encima de todo, el problema de la esclavitud.

En 1868, el destacadísimo Thomas M. Cooley publicaba su clásica obra *Constitutional Limitations*, cuya trascendencia llegó a equipararse a la de la aprobación de la XIV Enmienda(147). En el libro, Cooley se

---

(145) Collins DENNY, Jr., “The Growth and Development of the Police Power of the State”, en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. XX, 1921-1922, pp. 173 y ss.; en concreto, p. 173.

(146) *Apud* Edward S. CORWIN, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 12th edition, 2nd printing, 1961, p. 84.

(147) Refiriéndose a la obra de Cooley, el Decano Stason escribía: “It has been authoritatively written that the appearance of this volume may be accorded significance, so far as American constitutional history is concerned, not far short of another great event of 1868 –the ratification of the Fourteenth Amendment to the American Constitution”. *Apud* Ruth Locke ROETTINGER, *The Supreme Court and State Police Power: A Study in Federalism*, Washington D.C., Public Affairs Press, 1957, p. 13.

hacia eco del nuevo concepto, caracterizando así el *police power*: “La policía de un Estado, en un sentido amplio, abarca su sistema de reglamentación interna a cuyo través se busca no sólo preservar el orden público e impedir infracciones contra el Estado, sino también establecer, a efectos de las relaciones entre ciudadano y ciudadano, aquellas reglas de buenos modos y buena vecindad que se fijan con el fin de impedir un conflicto de derechos y asegurar a cada uno el ininterrumpido disfrute de lo suyo en la medida en que es razonablemente coherente con un disfrute semejante de derechos por los demás”(148).

Aunque también en relación con este concepto, que tanta trascendencia constitucional iba a tener, corresponde a Marshall el mérito de haberlo acuñado en el caso *Brown v. Maryland* (1827), habrían de pasar diez años hasta que el concepto fuera de nuevo utilizado en el caso *Mayor of the City of New York v. Miln* (1837). Sin embargo, sería otra sentencia dictada ese mismo año 1837, en el caso *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, la que iba a marcar el primer paso en el establecimiento de límites respecto de la doctrina sentada en relación a la *contract clause* en el *Dartmouth College case*, bien que esos límites frente a la operatividad jurídica de la *contract clause* provinieran no tanto del *police power* cuanto, fundamentalmente, de la doctrina hermenéutica de la *strict construction*. En los *License cases* (1847), el *Chief Justice* Taney procedió a dar una luminosa definición del concepto del *police power* y, sin el más mínimo ánimo de exhaustividad, en *Moore v. Illinois* (1852) la Corte retornó a este último concepto. De la trascendencia que la doctrina del *police power* había adquirido antes de la Guerra Civil da buena cuenta la reflexión de Corwin, para quien las dos principales doctrinas del Derecho constitucional americano que incidían sobre el poder legislativo estatal antes del inicio (en 1861) de la fratricida contienda eran la doctrina de los derechos adquiridos y la del *police power*. Ambas doctrinas eran en cierto modo complementarias por cuanto, según el ilustre profesor(149), representaban la reacción sobre cada una de las otras tempranas teorías en conflicto con ellas: la teoría de los derechos naturales y la de la soberanía legislativa, respectivamente.

---

(148) *Apud* Ruth Locke ROETTINGER, *The Supreme Court and State Police Power...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

(149) Edward S. CORWIN, “The Basic Doctrine of American Constitutional Law”, en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. XII, No. 4, February, 1914, pp. 247 y ss.; en concreto, p. 247.

IV. Tras la Guerra de Secesión y la posterior reconstrucción, hubo un *impasse* en los casos concernientes a derechos contractuales. Sin embargo, en la segunda década posterior a la guerra, la cuestión adquirió una renovada importancia. Así, en 1877, la Corte iba a volver a pronunciarse en torno a este problema. Dos casos planteaban el tema de si una Asamblea legislativa estatal, al otorgar *charters* corporativas, estableciendo de esta forma unas relaciones contractuales, podía echar por la borda, por así decirlo, su *police power*. El primero de ellos fue *Beer Co. v. Massachusetts*, en el que se presentó una cuestión referida al licor, materia fértil en casos ante la Corte en la época. A la compañía le había sido otorgada su franquicia unos años antes como compañía de elaboración de cerveza, y cuando una ley de Massachusetts prohibió el consumo de bebidas alcohólicas, la *Beer Co.* planteó un litigio al entender que, con tal ley, el Estado destruía su franquicia al prohibir la venta de su producto en Massachusetts. La *Supreme Court* decidió que, habiéndose reservado el Estado el derecho a modificar o derogar la franquicia, podía prohibir la venta del producto sin por ello violar la *contract clause*, y además, que el Estado no podía en ningún caso renunciar a su derecho a controlar las bebidas alcohólicas, pues tal control caía dentro de su *police power*.

En 1880, la Corte Suprema iba a dictar una decisión verdaderamente fundamental en la cuestión que nos ocupa, en el caso *Stone v. Mississippi*. Un sector de la doctrina americana ve en esta sentencia el inicio del declive de la cláusula de los contratos. Al reconocer la Corte de modo específico la excepción del *police power* frente a la *contract clause*, esta decisión pavimentó el camino para la que, a la postre, habría de suponer la casi total postergación de la misma, esto es, la sentencia dictada en el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell* (1934). Una vez que el concepto del *police power* iba a evolucionar en el siglo XX para incluir la facultad estatal de contribuir al bienestar público (“the public welfare”) a través de la redistribución de los recursos, los Estados iban a poder legítimamente justificar una amplia variedad de menoscabos de derechos contractuales de carácter retroactivo(150).

---

(150) Cfr. al respecto, Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS, “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, en *Hastings Constitutional Law Quarterly* (*Hastings Const. L. Q.*), (University of California. Hastings College of Law. San Francisco, Cal.), Vol. 14, 1986-1987, pp. 525 y ss.; en concreto, p. 540.

El caso *Stone v. Mississippi* se planteó al hilo de la aprobación por la Legislatura de Mississippi de una *charter* por la que se otorgaba una franquicia para dirigir una lotería durante veinticinco años. Justamente el siguiente año la nueva Constitución del Estado prohibía el juego de lotería. La *Supreme Court*, mencionando dos casos anteriores, consideró que un Estado no puede hallarse limitado por tal tipo de contrato, y que además, ningún contrato estatal podía limitar el *police power*, que era, pues, irrenunciable. De esta forma, la Corte avaló la proscripción de la lotería. El *Chief Justice* Morrison Waite, expresando con términos vigorosos, la *opinion of the Court*, argumentaba:

“No legislature can bargain away the public health or the public morals. The people themselves cannot do it, much less their servants. The supervision of both these subjects of governmental powers is continuing in its nature, and they are to be dealt with as the special exigencies of the moment may require. Government is organized with a view to their preservation, and cannot divest itself of the power to provide for them. For this purpose the largest legislative discretion is allowed, and the discretion cannot be parted with any more than the power itself”(151).

La sentencia descansa en dos consideraciones básicas, una de las cuales, que es además la que aquí interesa, se halla perfectamente reflejada en el texto transcrito, aunque tanto una como otra, por sí solas, serían suficientes para otorgar una sólida fundamentación a la decisión. La primera de ellas es que una legislatura estatal no puede echar por la borda la salud y la moral, por lo que cualquier intento de hacerlo así sería nulo y no crearía ninguna obligación de conformidad con la *contract clause*. La segunda (intrascendente en el tema que aquí interesa) es que el derecho a dirigir una lotería no es un derecho de propiedad sino un privilegio, y por lo mismo no cae dentro del ámbito de los derechos protegidos por la cláusula de los contratos.

En los años subsiguientes a *Stone v. Mississippi*, y hasta ya próximo el cambio de siglo, otros muchos litigios situaron a la *Supreme Court* ante casos en los que la *contract clause* se iba a ver limitada por

---

(151) *Apud* Maurice H. MERRILL, “Application of the Obligation of Contract Clause to State Promises”, en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Vol. 80, 1931-1932, pp. 639 y ss.; en concreto, p. 661.

el *police power* estatal. La doctrina<sup>(152)</sup> ha distinguido en estas sentencias dos tipos de *police power*: de un lado, el que se halla cercanamente conectado con la salud y seguridad públicas y con la moral, que no puede ser echado por la borda (“cannot be bargained away”), y de otro, el que tiene que ver con el bienestar general, que, por el contrario, puede ser apartado, o lo que es igual, que del mismo se puede prescindir llegado el caso. Esta diferenciación, que, como fácilmente se aprecia, se traduce en que se pueda postergar o no el ejercicio del *police power*, iba a comenzar a perder su sentido en 1896, al sentar la Corte el principio de inalienabilidad de todo el poder de policía. Y así, en el caso *Louisville & Nashville R. R. v. Kentucky*, la Corte decidía que la facultad dada a una compañía de ferrocarriles, a través de su *charter*, para comprar una línea paralela no impedía una prohibición posterior, a fin de consolidar la existencia de líneas férreas paralelas y en competencia. Ya en el nuevo siglo, la Corte iba a acentuar aún más esta doctrina, que relegaba a un rol cada vez más secundario la *contract clause*. Y así, en el caso *Atlantic Coast Line R. R. v. Goldsboro* (1914), la *Supreme Court*, como ya tuvimos ocasión de señalar parcialmente con anterioridad, y ahora reiteraremos en su totalidad, sostenía: “Se halla establecido que ni la *contract clause* ni la *due process clause* tienen el efecto de anular la competencia del Estado para establecer todas aquellas regulaciones que sean razonablemente necesarias para asegurar la salud, la seguridad, el buen orden, la comodidad o el bienestar general de la comunidad; que no puede abdicarse de este poder ni echarlo por la borda, y que es inalienable incluso mediante una expresa concesión, y que cualesquiera contratos y derechos de propiedad se consideran sujetos a su ejercicio razonable”.

V. La culminación de este progresivo proceso de relativización de una cláusula antaño tan relevante como lo fue la *contract clause* se iba a producir con el *Blaisdell case*. En 1934, el Corte Suprema decidía el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell* a través de una ajustada sentencia (*five to four*) que mostraba la profunda división del Tribunal a la hora de afrontar los casos relacionados con la crisis económica derivada de la Gran Depresión. El *Chief Justice* Hughes formulaba la *opinion of the Court*. En lo que ahora interesa,

---

(152) Así, entre otros, Collins DENNY, Jr., “The Growth and Development of the Police Power...”, *op. cit.*, p. 186.

el efecto de la sentencia sobre la *contract clause* fue tan radical que ha dado pie a algunos autores a hablar del “destripamiento de la cláusula del contrato” (“the evisceration of the contract clause”)(153), por cuanto con ella la Corte cambió el significado de la cláusula en su aspecto decisivo. Influenciada por la depresión y por el creciente descontento existente con la jurisprudencia del *substantive due process*, la Corte adoptó un muy indulgente modelo de revisión de la legislación de ayuda al deudor, a pesar del hecho de que justamente ese tipo de legislación fue el principal “mal” que en su origen pretendió combatir la *contract clause*.

La Corte iba a recurrir para resolver el caso al llamado “test de razonabilidad” (*the reasonableness standard*), que, aunque nunca ha sido claramente definido, ha sido utilizado por la Corte para sustituir por su propia decisión la de la legislatura estatal en cuanto a la conveniencia del acomodo de los derechos dimanantes del contrato con los intereses públicos en competencia. El “test de razonabilidad” permite a la Corte decidir independientemente lo urgente y extendido de un problema social y si su importancia justifica el menoscabo contractual. También le permite evaluar independientemente la eficacia de un determinado programa, en el caso en cuestión, de política social(154).

En el *Blaisdell* case la legislación cuestionada ante la Corte era una ley de Minnesota de 1933, la *Mortgage Moratorium Act*, que autorizaba a los tribunales estatales, cuando fueren instados a ello por un deudor que atravesare momentos difíciles (“a beleaguered debtor”), a considerar exenta su propiedad de la ejecución de una hipoteca, “mientras continúe la emergencia y en ningún caso más allá del 1º de mayo de 1935”. La ley en cuestión había sido aprobada por una legislatura especialmente sensibilizada ante los graves problemas de los granjeros que tenían que hacer frente a la ejecución de sus hipotecas por impago. Aunque pueda admitirse con Wright(155), que el

---

(153) Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS, “The Contract Clause: A Return...”, *op. cit.*, pp. 541-542.

(154) Cfr. al respecto, YALE-NOTE, “A Process-Oriented Approach to the Contract Clause”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 89, 1979-1980, pp. 1623 y ss.; en concreto, pp. 1639-1640.

(155) Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr., *The Contract Clause of the Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1938, p. 110.

texto legal, cuidadosamente redactado, intentaba proteger los intereses tanto del deudor como del acreedor (aunque no podamos entrar ahora en detalles sobre el mismo), era obvio que incidía con efectos retroactivos sobre unas relaciones contractuales cuya existencia alteraba.

En aplicación del “test de razonabilidad” el *Chief Justice* no intentará negar que la ley afectaba frontalmente a la esencia misma de la *contract clause*. Lo que tratará por el contrario es de ver si el texto se encontraba justificado como un razonable ejercicio del poder reservado del Estado. Hughes iba a declarar de modo expreso, que la Corte no estaba vinculada por el entendimiento originario de la cláusula. Antes bien, a juicio del *Chief Justice*, el Tribunal debía considerar el caso “a la luz de la completa experiencia adquirida, no meramente de lo que se dijo un centenar de años atrás”, y teniendo en cuenta el creciente reconocimiento de las necesidades públicas, la salvedad del razonable ejercicio del poder protector del Estado puede interpretarse en todos los contratos. Se advierte de igual forma en la sentencia, que la legislatura estatal siempre retiene la facultad de legislar en interés de la salud, moral y seguridad públicas. Si la legislación se dirige a un fin legítimo y las medidas adoptadas son razonables y apropiadas a ese fin, no importa si los contratos se ven afectados incidental, indirecta o directamente. En fin, argumenta el *Chief Justice* Hughes, aunque el poder del Estado no puede ejercerse para destruir la limitación constitucional, pueden surgir circunstancias “in which a temporary restraint of enforcement may be consistent with the spirit and purpose of the constitutional provisions and thus be found to be within the range of the reserved powers of the state to protect the vital interests of the community”.

El razonamiento nos parece impecable, pues los derechos dimanantes de un contrato no pueden sobreponerse a los intereses vitales de una comunidad, mucho menos aún en unos momentos de una tan profunda crisis económica como la que atravesaban los Estados Unidos en esos años. La Corte, innecesario es decirlo, consideró plenamente constitucional la ante ella cuestionada ley de Minnesota.

La *Blaisdell opinion* iba a ejercer un influjo determinante, pues a partir de esta sentencia, no obstante los términos bastante rotundos de la *contract clause*, la finalidad pretendida por la misma y la interpretación jurisprudencial a ella dada, los tribunales y la Corte Suprema

iban a mutar su interpretación, pues ya no iban a interpretarla para prohibir cualquier daño o menoscabo causado sobre los derechos contractuales, sino que, por el contrario, iban a proceder a ponderar los derechos privados de los contratantes con el interés público. De esta forma, el *police power*, en su conexión con la *contract clause*, iba a propiciar un notable incremento de la discreción judicial, al posibilitar que los tribunales llevaran a cabo una tarea de ponderación de los derechos frente a las pretensiones y objetivos de los Estados, con el interés público como último referente.

La mutación constitucional que este cambio jurisprudencial introduciría tendría en los años subsiguientes una notable relevancia. Podría perfectamente decirse, que la *Supreme Court* pasó a interpretar la cláusula de los contratos como si la disposición constitucional estuviese redactada en estos términos: “No state shall pass any law unreasonably impairing the obligation of contracts”(156). Innecesario es decir que los *Framers* en absoluto pensaron en el criterio de la razonabilidad a la hora de visualizar la prohibición acogida por esta cláusula, aunque ciertamente ese criterio no les fuera del todo ajeno, bastando para constatarlo con recordar la Cuarta Enmienda, integrante del llamado *Bill of Rights*, que proscribe los “unreasonable searches and seizures”.

D) *Las mutaciones desencadenadas por la jurisprudencia de la Marshall Court, muy particularmente el reconocimiento de los implied powers.*

I. Acabamos de referirnos a la *contract clause* y ya hemos tratado acerca de la enormemente expansiva interpretación que de esta cláusula mantuvo la *Marshall Court*, desbordando de largo, a nuestro entender, el mucho más limitado ámbito constitucional dado a la cláusula por los constituyentes. Qué duda cabe que con su interpretación de la cláusula, que perduró al menos hasta la Guerra Civil, la Constitución experimentó una clara mutación. Pero posiblemente las mutaciones constitucionales que de modo más común se ponen en el

---

(156) En forma análoga, Douglas W. Kmieć and John O. Ginnis, “The Contract Clause: A Return...”, *op. cit.*, p. 544.

haber de John Marshall son las relativas al establecimiento de la *judicial review*, aunque ciertamente no toda la doctrina se muestre de acuerdo en que la *judicial review of legislation* fue una innovación atribuible al *Chief Justice*, y desde luego nosotros nos ubicamos entre quienes piensan de ese modo, y al reconocimiento de los *implied powers*. Como es sobradamente conocido, una y otra aportación, si la primera se admite como tal, encuentran su encaje en los casos *Marbury v. Madison* (1803) y *McCulloch v. Maryland* (1819).

Jellinek, un siglo atrás, destacaba la relevancia de la creación jurisprudencial de la doctrina de los *implied powers*, estableciendo un cierto vínculo entre esta mutación constitucional y las pocas leyes de reforma constitucional (ningún país del mundo, apostillaba, cuenta con tan escasas leyes modificadoras de la Constitución). Esta permanencia notoria, escribía el Profesor de Heidelberg(157), es posible por la doctrina de los *implied powers*, para añadir a renglón seguido: “En el texto de la Constitución duermen hasta ahora poderes desconocidos que descubre la legislación y luego, definitivamente, les da vida el juez”. Además, el arte del intérprete no consiste en la interpretación externa sino en la interna. “Que la interpretación sea firme y despierta, (pues) si no interpretáis, entonces subsiste lo que está debajo”. Estas palabras poéticas, añadirá Jellinek(158), se convierten en la máxima suprema para la mutación de la Constitución mediante la interpretación judicial.

También Dau-Lin se haría amplio eco de las mutaciones implícitas en la interpretación de Marshall, una interpretación que va a caracterizar como *a loose construction*, esto es, como una interpretación libre, abierta, y que iba a girar en torno a dos propuestas esenciales, ya explicitadas por Bryce(159): la primera, la de que cada poder que se alega que se halla investido en el gobierno nacional (o federal) debe demostrarse que ha sido otorgado, pues no hay presunción en favor de la existencia de tal poder; por el contrario, la carga de la prueba descansa en quienes sostienen su existencia; la segunda, la de que una vez que se ha establecido el otorgamiento por el pueblo, esto es, por

---

(157) Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 26-27.

(158) *Ibidem*, p. 27.

(159) James BRYCE, *The American Commonwealth*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 379-380.

la Constitución, de un poder al gobierno nacional, ese poder ha de ser interpretado ampliamente. “The strictness applied in determining its existence —apostilla Bryce— gives place to liberality in supporting its application”. Esto, que, siempre según Bryce, sería el punto de vista impuesto por el sentido común, se vería fortalecido por los términos de la Constitución, que autoriza al Congreso “to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof”. (Art. I, sección 8, *in fine* de la Constitución).

Para el autor chino(160), la meta y el resultado de la *loose construction* de la Constitución fue la doctrina de los *implied powers*, doctrina que confió al Congreso una plenitud de poder que nunca se hubiera podido extraer sólo del texto constitucional. La doctrina en cuestión repercutió sobre todo en tres campos del mayor alcance: 1) con base en el poder del Congreso de establecer impuestos y acuñar moneda, se estableció un banco y una aduana nacionales; 2) con apoyo en el poder para regular el comercio, el Congreso legisló sobre el tráfico de mercancías y personas por todo el país, sobre la navegación y la inmigración; 3) en fin, con apoyo en el poder para conducir la guerra, se adoptaron durante la Guerra de Secesión medidas de un enorme impacto sobre los derechos de los Estados miembros y de fortalecimiento de la posición del gobierno federal, que al término de la contienda se vieron respaldadas jurisprudencialmente. Los llamados *legal tender cases*(161) son la viva manifestación de esta orientación.

II. La *legal tender controversy* resultó de la decisión del Secretario del Tesoro con Lincoln, Salmon P. Chase, (que a partir de 1864 sería nombrado para la *Chief Justiceship*), encaminada a ayudar a la financiación de la guerra, de emitir papel moneda no redimible en especies, que fue conocido popularmente como *greenbacks*. Para asegurar la aceptación de los “greenback dollars” se propuso que el Con-

---

(160) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 97.

(161) Una síntesis de los mismos puede verse en Gerald T. DUNNE, “Legal Tender Cases”, en *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, edited by Kermit L. Hall, New York, Oxford University Press, first issued as an Oxford University Press paperback, 2000, pp. 157-158.

greso les diera curso legal para las deudas y los impuestos. Esto significaba que los acreedores eran obligados a aceptar los *greenbacks*. El Congreso promulgó así la *Legal Tender Act* de 1862. Pero los *greenbacks* vieron rápidamente depreciado su valor. La doctrina de los *implied powers* vinculada con la dirección de la guerra y con la facultad de pedir a préstamo se invocó repetidamente en el Congreso para justificar la calidad de curso legal otorgada a los “greenback dollars”.

La validez de la *Legal Tender Act* fue cuestionada en el caso *Hepburn v. Griswold*, decidido en Febrero de 1870 por una ajustada votación de 4-3, en la que el ahora *Chief Justice Chase*, junto a tres de sus colegas, revirtió su original reluctancia y derribó la ley, considerándola inconstitucional. La muerte de dos de los jueces sureños que habían participado en la *Dred Scott opinion* (1857) y el cese de un tercero (John Campbell) en 1861, para unirse a la causa confederada, habían dejado al Tribunal muy debilitado por la lentitud de Lincoln en proveer a los nuevos nombramientos, quizá por sus reticencias frente a la Corte(162). Sin embargo, tras esa sentencia, las dos vacantes existentes en la Corte iban a cubrirse con rapidez, pues ahora el Presidente Ulysses S. Grant procedía a cubrirlas ese mismo año de 1870, con lo que quiso otorgar a la Corte su reconstituida fuerza de nueve Jueces. Casi inmediatamente, el remozado Tribunal volvió a conocer de los nuevos argumentos esgrimidos acerca de la constitucionalidad de la *Legal Tender Act*. La *Hepburn opinion* parecía condenada por las obvias reacciones de los deudores, temerosos de tener que pagar sus deudas en oro cuando ellos habían tomado préstamos en papel. Dos nuevos casos, *Knox v. Lee* y *Parker v. Davis*, decididos, respectivamente, en Febrero y Abril de 1871, por una sentencia *five to four*, vinieron a revertir la situación. Ya en el primero de ellos, *Knox v. Lee*, un caso que venía referido a deudas contraídas después de la aprobación del mencionado texto legal, el Justice William Strong, expresando la *opinion of the Court*, observaba que tales obligaciones *ex post facto* constituían la mayor parte de la deuda del país, considerando la injusticia de anular tan sólo la aplicación retroactiva

---

(162) Tal circunstancia no sería del todo extraña, pues, según Steamer, “those American presidents who have occupied the office during a time of great emergency have always viewed the Court, when staffed by men not of their choosing, as a hostile adjunct of the machinery of government. Lincoln was no exception”. Robert J. STEAMER, *The Supreme Court in Crisis. A History of Conflict*, Boston, The University of Massachusetts Press, 1971, p. 98.

del texto legal, lo que conducía a la mayoría del Tribunal a respaldar la constitucionalidad de la *Legal Tender Act*. De resultas de todo ello, los *Legal Tender Cases* vinieron a propiciar unos amplios poderes por parte del Congreso en relación a la moneda y al dinero en circulación, pero a la par dañaron la reputación de la Corte, tanto en relación a su independencia política como a su propia coherencia.

III. Llegados aquí hemos de hacer algunas reflexiones acerca de la tan trascendental doctrina de los poderes implícitos (*implied powers*) establecida por la Corte Suprema en *McCulloch v. Maryland*. Recordemos ante todo que Marshall siempre se opuso a un entendimiento de la Constitución de 1787 como si de un mero código legal se tratara. “We must never forget —aduciría justamente en la *McCulloch opinion*— that it is a constitution we are expounding”. En esta familiar frase, dirá Frankfurter(163), Marshall expresó “the core of his constitutional philosophy”. Y otro gran Juez, Cardozo, resumiría en pocas pero geniales palabras el significado de esa afirmación, con la que, según él, Marshall quería decir que mientras “statutes are designed to meet the fugitive exigencies of the hour”, “a constitution states or ought to state not rules for the passing hour, but principles for an expanding future”(164). Cualesquiera que fueren las esperanzas de los *Framers* con el texto, Marshall asumió que ellos habían querido que aquél permaneciera “for ages to come”(165). De ahí que el *Chief Justice* asumiera como tarea propia “to fix for all times the basic meanings of the Constitution, to establish the constitutional system so clearly and so authoritatively that attempts at deviation would prove futile”(166).

En 1790, y tras un enfrentamiento entre el Secretario de Estado, Thomas Jefferson, y el Secretario del Tesoro, Alexander Hamilton,

---

(163) Felix FRANKFURTER, “John Marshall and the judicial function”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 69, No. 2, December, 1955, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 218.

(164) Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven and London, Yale University Press, 36th printing, 1975, p. 83.

(165) “A Constitution —escribirá Marshall en el caso *Cohens v. Virginia* (1821)— is framed for ages to come, and is designed to approach immortality as nearly as human institutions can approach it”.

(166) Donald G. MORGAN, “The Origin of Supreme Court Dissent”, en *The William and Mary Quarterly* (*Wm. & Mary Q.*), Vol. 10, No. 3, July, 1953, pp. 353 y ss.; en concreto, p. 361.

en el que el Presidente Washington terminó decantándose en favor de la posición del último, el primer Congreso procedió a crear un Banco nacional cuya duración se limitó temporalmente; de hecho, en 1811 caducó el período inicialmente fijado y el Presidente Madison no quiso prorrogarlo, si bien cinco años después Madison cambió de criterio, al constatar la relevancia que para las finanzas federales tenía la existencia de un Banco federal, más aún tras la ruina que para el país supuso la guerra contra Inglaterra de 1812. De esta forma, en 1816 el Congreso, mediante una ley, volvió a aprobar la creación de un Banco federal.

En 1818, el Estado de Maryland dictó una ley por la que todos aquellos bancos no estatales, y por tanto el Banco federal, venían obligados a pagar un elevado impuesto. El Sr. McCulloch, director de la sucursal del Banco de los Estados Unidos en Baltimore, la capital del Estado de Maryland, se negó a pagar el impuesto estatal, por lo que el Estado lo llevó a juicio ante los tribunales. Aunque perdió en primera instancia, el caso, como no podía ser de otro modo, llegó finalmente a la *Supreme Court*. La relevancia del litigio era patente, pues como trasfondo del mismo se hallaba la cuestión del reparto de poder entre la Unión y los Estados. Ante la Corte se plantearon dos cuestiones distintas, pero en relación: la primera, si la Unión podía crear un banco propio; la segunda, si en caso afirmativo, un Estado podía exigirle el pago de un impuesto. Para lo que aquí interesa, presenta particular interés la primera de esas cuestiones.

La sentencia(167) comenzaba recordando que la potestad en ese momento en discusión ya había sido ejercida por el *First Congress*, de lo que entresacaba que sería un atrevimiento poco común afirmar que la medida entonces adoptada era una usurpación de poder carente de la más mínima fundamentación constitucional. El Tribunal rechazaba el argumento del abogado de Maryland de que la Constitución no era un acto emanado del pueblo sino de los Estados. A su modo de ver, el Gobierno procede directamente del pueblo, está “ordenado y establecido” por él, con el fin de “formar una unión más

---

(167) La sentencia puede verse en Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2006, pp. 122 y ss.

perfecta, establecer la justicia, velar por la tranquilidad interna.... y asegurar para todos nosotros y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad”. El Gobierno de la Unión es pues incontestable y verdaderamente un Gobierno del pueblo.

El Tribunal admitía poco después algo obvio, como era que entre los poderes enumerados en la Constitución no estaba el de crear un banco o una sociedad mercantil. Pero dicho esto, apostillaba que, “contrariamente a los *Artículos de la Constitución*, ningún precepto de la Constitución excluye los poderes accesorios o implícitos, ni exige que cada una de las competencias que se otorga a la Unión venga expresa y minuciosamente descrita”. “La naturaleza misma de una Constitución —se añade— exige que en ella sólo se establezcan las grandes líneas maestras y los objetivos fundamentales, y que los ingredientes menores que de ellos derivan se deduzcan de la esencia de los objetivos mismos”. Entre otros argumentos, el Tribunal ve confirmada esa conclusión por el hecho de que los constituyentes no incorporasen a la norma fundamental términos restrictivos que impidiesen una interpretación imparcial y equitativa.

Y aunque entre los poderes enumerados no está la palabra “banco” o la locución “creación de una sociedad mercantil”, sí están poderes importantes como el tributario, la deuda pública, reglamentar el comercio, declarar y conducir la guerra, crear y mantener ejércitos y la marina. En definitiva, la espada y el monedero, todas las relaciones exteriores y una parte sustancial de la industria son responsabilidad del Gobierno federal. Y resulta razonable pensar que un Gobierno con tantos poderes, y de cuya ejecución depende el bienestar y la prosperidad de la nación, debe asimismo ser titular de medios suficientes para ponerlos en práctica. “¿Acaso —se pregunta Marshall— podemos interpretar la Constitución —salvo cuando así se deduzca de su tenor literal— de manera que atribuyamos a sus redactores la intención de impedir el ejercicio de los poderes de la Federación, vedando la elección de los medios para llevarlos a cabo?” La Constitución —se responde— no pretendió enumerar los medios a través de los cuales se ejecutan los poderes que confiere. De lo que se trata entonces es de saber hasta dónde pueden utilizarse estas técnicas de ejecución. Y la respuesta de la Corte es que “la Constitución de los Estados Unidos no ha dejado al razonamiento general y abstracto la posibilidad de que el Congreso disponga de los medios ne-

cesarios para la ejecución de los poderes atribuidos al Gobierno. A la enumeración de éstos ha añadido el poder para <elaborar las leyes necesarias y apropiadas para ejecutar los poderes recién mencionados y todos los demás poderes que la Constitución atribuye al Gobierno de los Estados Unidos o a cualquiera de sus departamentos>”. “Esta cláusula —se argumenta más adelante— se inserta en una Constitución que está llamada a permanecer durante muchos años y durante muchas generaciones y que, por consiguiente, debe poder adaptarse a todas las crisis de los asuntos humanos. Establecer de antemano y para siempre los medios con los cuales el Gobierno debe ejercer sus poderes sería tanto como alterar por completo la naturaleza de este texto, convirtiéndolo en una simple ley o código”.

“Admitimos, —va a concluir el Tribunal en lo que ahora interesa— como seguramente todos harán, que los poderes del Gobierno federal están limitados y que estos límites no pueden sobrepasarse. Pero consideramos que la correcta interpretación de la Constitución debe reconocer a la Federación la discrecionalidad para elegir los medios con los que poner en práctica los poderes que le han sido conferidos y que, para beneficio del pueblo, le permiten desempeñar las tareas que tiene encomendadas. Si la finalidad es legítima, por estar amparada por la Constitución, entonces es constitucional cualquier medio o instrumento adecuado a aquélla, si no está prohibido y si puede considerarse dentro del espíritu y la letra del texto constitucional”.

Estos argumentos no sólo llevan al Tribunal a considerar por unanimidad que la ley que crea el Banco de los Estados Unidos es conforme con la Constitución, sino que encierran dentro de sí la doctrina de los poderes implícitos que, como ya se ha dicho, fortalecerá extraordinariamente el poder federal en detrimento del estatal, entranando, qué duda cabe, una verdadera mutación de la Constitución.

No ha de extrañar por lo mismo que el virginiano Spencer Roane, miembro de la *Virginia Court of Appeals*, muy próximo a Jefferson y declarado enemigo de Marshall, publicara en el *Richmond Enquirer*, ese mismo año 1819, y bajo el seudónimo de “Hampden”, cuatro ensayos en los que criticaba con gran dureza la *McCulloch opinion*, dando pie a su vez a que Marshall, con el seudónimo de “A Friend of the Constitution”, le respondiera en la *Alexandria Gazette* con nueve ensayos en defensa de la sentencia.

IV. Nos hemos referido con anterioridad a cómo algún sector de la doctrina ha considerado que otra mutación constitucional establecida por la *Marshall Court* fue la doctrina de la *judicial review of legislation*, que desde luego vino a convertirse en rasgo definitorio del constitucionalismo norteamericano, con la trascendencia sobradamente conocida por todos. No vamos a detenernos en esta doctrina, ni en la argumentación de Marshall en la *Marbury v. Madison opinion*, y ello no sólo porque ello nos introduciría en un tema que desbordaría los límites de este trabajo, sino porque, además, se trata de una cuestión muy bien conocida por cualquier constitucionalista. Pero tampoco vamos a entrar en el tema porque, como hemos intentado demostrar en otro lugar(168), la doctrina en cuestión no es, *stricto sensu*, una creación de Marshall, pues éste se limitó a reflejar en la célebre sentencia una doctrina ya recepcionada desde la época colonial y cuya aceptación entre muchos y muy relevantes juristas de la época era un lugar común.

Fue a fines del siglo XIX, en el contexto de un acalorado debate acerca de si los tribunales estaban ejerciendo su facultad de revisión judicial demasiado enérgicamente, cuando un sector de la doctrina comenzó a cuestionar el instituto de la *judicial review*, considerando que con ella la *Marshall Court* había realizado una “great usurpation” (169). Desde entonces, el tema no ha dejado de ser cuestionado. Posiblemente, fue determinante la postura sostenida por Bickel a inicios de los años sesenta del pasado siglo, en el sentido de considerar la *Marbury decision* como el verdadero punto de partida de la *judicial review*, cuya realización atribuye a Marshall de modo inequívoco cuando aduce, que si algún proceso social se ha hecho en un momento dado y por un acto determinado, es logro de Marshall(170). En una línea no

---

(168) Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, en especial, pp. 37-335.

(169) Así, por poner un ejemplo, entre otros muchos que podrían traerse a colación, en tal sentido se pronunciaría el Prof. Trickett, de la Facultad de Derecho del “Dickinson College”. Cfr. al respecto, WILLIAM TRICKETT, “Judicial Nullification of Acts of Congress”, en *North American Review (N. Am. Rev.)*, Vol. 185, May/August 1907, pp. 848 y ss.

(170) “The institution of the judiciary —escribe Bickel— needed to be summoned up out of the constitutional vapors, shaped, and maintained; and the Great Chief Justice, John Marshall —not singlehanded, but first and foremost— was there to do it and did. If any social process can be said to have been ‘done’ at a given time and by a given act, it is Marshall’s achievement. The time was 1803; the act was the decision in the case of *Marbury v. Madison*”. ALEXANDER M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch (The Supreme Court at the Bar of Politics)*, New Haven and London, Yale University Press, 2nd edition, 1986, p. 1.

muy distante, bien que desde una óptica diferente, Van Alstyne, en un trabajo que sigue siendo de referencia(171), comenzaba escribiendo: “The concept of judicial review of the constitutionality of state and federal statutes by the Supreme Court is generally rested upon the epic decision in *Marbury v. Madison*”, para añadir de inmediato que las controversias que han rodeado el ejercicio de esta facultad por la Corte Suprema exigen de un periódico nuevo examen del concepto de *judicial review* en su fuente, la *Marbury opinion*.

No ha de extrañar por todo lo dicho que el *Marbury* de los tiempos actuales haya sido considerado la piedra angular (“the cornerstone”) de la práctica americana de la *judicial review*(172), un caso seminal que no sólo estableció el derecho a la revisión judicial de la legislación, sino que, drásticamente, también redefinió la noción de separación de poderes surgida de la Convención Constitucional.

Frente al sector doctrinal que se alinea en la posición liderada por Bickel, existe, sin embargo, una extendida opinión, que compartimos, acerca del hecho de que el principio de la *judicial review* se hallaba razonablemente bien establecido en el momento de aprobarse la *Marbury opinion*(173). Un jurista de tanto peso específico como el *Chief Justice* Warren Burger lo aclara, a nuestro entender, con meridiana claridad. Se asume a menudo, razona Burger(174), que la doctrina de la *judicial review* fue invención del *Chief Justice* Marshall en la más famosa de todas sus sentencias. Es verdad, por supuesto, que el *Chief Justice* anunció en primer término esta doctrina clave en el *Marbury case*. Pero Marshall no fue y nunca reclamó ser el creador de la doctrina, ya que él era bien consciente de la creciente aceptación de la

---

(171) William W. VAN ALSTYNE, “A Critical Guide to *Marbury v. Madison*”, en *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, Vol. 1969, number 1, January, 1969, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 1.

(172) Maeva MARCUS, “The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* – and so what?”, en *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, edited by Eivind Smith, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1995, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 44.

(173) Así, para Treanor, “the dominant scholarly view differs from Bickel’s in that it acknowledges the existence of judicial review before *Marbury*, but sees it as limited in scope and as rarity”. William Michael TREANOR, “Judicial Review Before *Marbury*”, en *Stanford Law Review (Stan. L. Rev.)*, Vol. 58, 2005-2006, pp. 455 y ss.; en concreto, p. 461.

(174) Warren E. BURGER, “The Doctrine of Judicial Review. Mr. Marshall, Mr. Jefferson, and Mr. *Marbury*”, en *Current Legal Problems (Faculty of Laws. University College London)*, Vol. 25, 1972, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 4.

idea de que la *constitutional adjudication* era inherente a la propia naturaleza de una Constitución escrita. Es absolutamente claro, añade Burger, que la doctrina americana de la *judicial review* hunde sus raíces en el pensamiento jurídico inglés. Schwartz(175), por su parte, considera que *Marbury v. Madison*, simplemente, confirmó una teoría que era parte de la tradición jurídica americana de la época, derivando tanto de la experiencia colonial como de la revolucionaria.

A nuestro modo de ver, la idea general de la *judicial review*, al igual que la noción de un *higher law*, ya se encontraban arraigadas en la experiencia colonial y, más tarde, también se incardinarian en la estatal. Ciertamente, la Constitución no iba a contemplar de modo específico la facultad de la *judicial review*, pero no es menos cierto que puede sostenerse que la arquitectura del documento, de resultas especialmente de la yuxtaposición de los artículos III y VI y del espíritu del *rule of law* que lo impregnó en su totalidad, parecía conducir hacia algunas formas de control judicial. Como recuerda White(176), la facultad de la *judicial review* había sido muy defendida en el tiempo de los autores de la Constitución y fue una posición intelectual respetable en el ambiente de la jurisprudencia de fines del siglo XVIII. Bien significativo a nuestro juicio es el hecho de que los Federalistas (los comentarios de Alexander Hamilton en el número 78 de los *Federalist Papers*) y los anti-Federalistas (las reflexiones vertidas por “Brutus”, seudónimo según todos los indicios de Robert Yates, uno de los miembros, al igual que Hamilton, de la Convención de Filadelfia por el Estado de Nueva York) concordaran en que la *judicial review* estaba incluida en las disposiciones constitucionales. En análogo sentido, un autor tan importante en la materia como Corwin, cree que no se puede dudar razonablemente de que los miembros de la Convención de 1787 pensaron que la Constitución aseguraba a los tribunales de los Estados Unidos el derecho de pronunciarse sobre la validez de las leyes del Congreso(177). Y más recientemente, otro

---

(175) Bernard SCHWARTZ, *Some Makers of American Law*, Ajoy Law House/Oceana Publications Inc., Calcutta/Dobbs Ferry, New York, 1985, p. 35.

(176) G. Edward WHITE, *The American Judicial Tradition*, (Profiles of Leading American Judges), New York/Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 24.

(177) Edward S. CORWIN, “Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review”, en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. XII, 1913-1914, pp. 538 y ss.; en concreto, p. 543.

autor tan relevante como Tribe(178) no duda en advertir que, en el contexto de su tiempo, el *Marbury case* no representó ninguna nueva toma de poder (obviamente por el *federal judiciary*), pues las Actas de la propia Convención Constitucional sugieren que si los *Framers* no concedieron expresamente a los tribunales federales la facultad de la *judicial review* fue porque supusieron que tal facultad ya estaba otorgada.

En definitiva, la paternidad de la doctrina de la revisión judicial de la legislación no ha de atribuirse sin más a John Marshall, lo que no significa que haya que desconocerle el mérito de haber sido el primero en aplicarla formalmente en una sentencia de la *Supreme Court*, con la trascendencia que a la larga ello habría de tener.

E) *La grave mutación constitucional desencadenada por el Dred Scott case (1857).*

El 6-7 de marzo de 1857 la Corte Suprema aprobaba por una votación *seven-two* la sentencia más detestable de toda su dilatada historia, la dictada en el caso *Scott v. Sandford* (más comúnmente conocido como el *Dred Scott case*), decisión que iba a redactar el *Chief Justice* Taney y de la que iban a formular sendos *dissents* los *Justices* Benjamin R. Curtis y John McLean.

En la América de los años que preceden a la Guerra Civil la más trascendental cuestión constitucional fue, sin ningún género de dudas, la relativa a la esclavitud. La *Taney Court* hubo de afrontar el problema en tres grandes casos: *Prigg v. Pennsylvania* (1842), *Abelman v. Booth* (1859) y el más célebre de todos, *Dred Scott v. Sandford*. En el primero de los casos ya la Corte apoyó una ley federal sobre esclavos fugitivos aun cuando fuera dudoso que la Constitución hubiera habilitado al Congreso para dictar tal ley.

Los Estados del Sur habían tratado consciente y sistemáticamente de convertir a la *Supreme Court* en la ciudadela de la esclavitud (“the

---

(178) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 3rd edition, 2000, Vol. one, p. 212.

citadel of slaveocracy”)(179) y el *Dred Scott case* no fue sino la manifestación patente del éxito de tal esfuerzo. El caso no sólo vino a quebrar el delicadísimo equilibrio en que la Constitución había dejado la explosiva cuestión de la esclavitud, y desde este punto de vista no cabe duda de que, con una visión amplia de este fenómeno, produjo una mutación constitucional, sino, lo que es mucho más grave, operó como un catalizador de la Guerra Civil(180).

Los hechos del caso, en síntesis, eran los que siguen. Dred Scott era un negro nacido en Virginia como esclavo, que fue vendido a John Emerson, un cirujano militar que por su profesión hubo de vivir en diversos Estados. En abril de 1846, Dred Scott y su mujer Harriet plantearon un litigio frente a la viuda de su propietario, fallecido tres años antes, Eliza Irene Sanford, en solicitud de su libertad, ante el *Circuit Court of St. Louis County* del Estado de Missouri, con base en el hecho de haber residido en Illinois y Wisconsin, Estados en los que la esclavitud estaba prohibida, y a la aplicación de la regla “once free, always free”, considerada un auténtico precedente (el principal precedente era el caso *Rachael v. Walker*, resuelto en 1837) y, como tal, vinculante, siéndoles reconocida la libertad. La Sra. Sanford se había vuelto a casar, trasladándose a Nueva Inglaterra y dejando en manos de su hermano, John F. A. Sanford todos sus asuntos en St. Louis. El Sr. Sanford, ahora propietario del que él consideraba como esclavo, apeló ante la *Missouri Supreme Court*, que en 1852 anuló la sentencia de instancia. Para tratar de clarificar en qué medida un tribunal estatal podía derribar el principio “once free, always free”, los abogados de Dred Scott, con base en algunos subterfugios procesales, plantearon un nuevo litigio esta vez ante los tribunales federales. Se inició así el caso *Dred Scott v. John F. A. Sandford*.

Scott podía haber apelado directamente la decisión de la Corte Suprema de Missouri ante la *Supreme Court*, pero el reciente prece-

---

(179) En tal sentido, entre otros, Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 50.

(180) En tal sentido, entre otros muchos autores, Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France)*, New York/Oxford, Oxford University Press, 7th edition, 1998, p. 239.

dente de *Strader v. Graham* (1851) podía haber facultado al Tribunal Supremo para respaldar la decisión de la Corte Suprema de Missouri sin entrar en el fondo de la misma. Como el demandado era el hermano de la Sra. Emerson, residente en Nueva York, la diversidad de ciudadanía estatal hacía posible el conocimiento del caso por los tribunales federales, y a ello se acogieron los abogados de Dred Scott para acudir a la justicia federal. Sin embargo, los racistas abogados de Sandford iban a introducir en el litigio algunas envenenadas cuestiones adicionales, incluyendo entre ellas la relativa a la capacidad de Dred Scott de litigar ante un tribunal federal, dado que una persona de raza negra y en condición de esclavitud no podía ser considerada ciudadano de los Estados Unidos. No menos perturbadora resultó la cuestión de la impugnación de la constitucionalidad del llamado *Missouri Compromise* de 1820, por el que se abolía la esclavitud al norte de una línea geográfica (la llamada línea Mason-Dixon), lo que quedó reflejado en una ley federal de ese mismo año 1820. La competencia del Congreso para prohibir la esclavitud en los Territorios aún no convertidos en Estados había sido reconocida desde mucho tiempo atrás, pero ahora los racistas abogados sureños de Sanford defendían la infame doctrina de que los esclavos eran una propiedad privada protegida por la Constitución de los Estados Unidos y, por lo mismo, que el Congreso no podía abolir la esclavitud en los Territorios. De esta forma, la cuestión litigiosa ya no era la de si Missouri podía remitir a Dred Scott de la esclavitud, sino la de si él había sido libre alguna vez. Tan delicadas eran las cuestiones en juego que la Corte Suprema solicitó a las partes que alegaran dos veces, en febrero y después en diciembre de 1856, un procedimiento muy poco habitual.

La primera posición que pareció imponerse, a la vista del ya citado precedente de *Strader v. Graham*, fue la de confirmar la decisión de la Corte Suprema de Missouri, lo que evitaba a la *Supreme Court* entrar en el fondo del asunto separadamente. Pero las fuerzas dominantes del momento presionaron al Tribunal para que resolviera lo que las instituciones políticas habían sido incapaces de solucionar. Y en sintonía con esas pretensiones, el *Justice* James M. Wayne, de Georgia, propuso que la Corte dictase una nueva sentencia entrando en esas nuevas cuestiones planteadas por el abogado de Sandford, propuesta tras la que podía intuirse lo que este sureño pretendía. Cinco Jueces, todos provenientes de Estados esclavistas,

respaldaron la pretensión de Wayne y de acuerdo con ello el *Chief Justice* Taney escribió la *opinion of the Court*.

No vamos a entrar en el análisis detallado de esta infame y degradante sentencia. Nos limitaremos a recordar algunas de sus insostenibles consideraciones. Taney entendió que “American blacks, even free blacks, were not and could not be citizens of the United States”, pretendiendo apoyar tal consideración en las razones dadas por quienes aprobaron y ratificaron la Constitución de 1787. Según el *Chief Justice*, en 1787, con base en un consenso ya centenario, se consideró que los negros “had no rights which the white man was bound to respect and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit”. Ello, como bien se ha dicho<sup>(181)</sup>, suponía tanto como que “in Taney’s view, the Constitution written by the Framers was clearly pro-slavery”, lo que en absoluto puede considerarse así, por lo que esta interpretación entrañaba una mutación constitucional en un tema tan sensible y tan controvertido, que la misma, como a la postre sucedería, no podría por menos que encender la mecha del polvorín que pocos años después estallaría, produciendo la Guerra Civil.

No contento con tal pronunciamiento, ese detestable presidente de la Corte que fue el racista Taney propició que la sentencia diera un paso más a favor de la esclavitud al declarar, lo que no había sucedido más que en la *Marbury opinion*, la inconstitucionalidad de una ley federal, una ley de 1820 surgida, como antes dijimos, del llamado *Missouri Compromise*. La sentencia interpretó que el Congreso carecía de competencia para prohibir la esclavitud en los territorios de los Estados Unidos. Sobre la base de la peculiar visión del *due process of law* como *substantive due process*, a la que ya hemos tenido oportunidad de aludir, la interpretación de la Corte se encaminó en el sentido de que si la Constitución reconocía el derecho de propiedad sobre los esclavos y no establecía distinciones entre esa propiedad y la de otros bienes de los que fueren propietarios los ciudadanos, ninguna autoridad estadounidense, legislativa, ejecutiva o judicial, podía establecer esa distinción o negar al propietario de es-

---

(181) J. M. BALKIN and Sanford LEVINSON, “The canons of constitutional law”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 111, 1997-1998, pp. 963 y ss.; en concreto, p. 965.

clavos las garantías constitucionalmente establecidas para proteger la propiedad privada(182). De la inconstitucionalidad del texto legal de 1820 derivaba el Tribunal la conclusión de que ni Dred Scott ni su familia habían adquirido la libertad de resultas de su residencia durante un cierto tiempo en territorios situados al norte de la línea Mason-Dixon.

La sentencia con la que la Corte Suprema decidió el *Dred Scott case* mutó gravemente la Constitución en una cuestión tan vital y delicada como la relativa a la esclavitud. Quebró con ello el delicado equilibrio constitucional fraguado por los *Framers* acerca de tan grave problema y, de resultas de todo ello, se convirtió en una chispa que terminó propiciando el dramático incendio de la Guerra Civil. No fue ni mucho menos la única causa de la misma, pero hoy parece bastante admitido por la doctrina que contribuyó de modo significativo al desencadenamiento de la brutal contienda.

## 6. REFLEXIÓN FINAL.

Dau-Lin, hace ya un siglo, mostraba su sorpresa acerca del hecho de que, no obstante las profundas mutaciones ocurridas en la Constitución norteamericana por la vía de la interpretación, a ningún ju-

---

(182) “El derecho de propiedad sobre los esclavos está clara y expresamente afirmado en la Constitución. El derecho al tráfico comercial en este campo, al igual que cualquier otra mercancía o propiedad, se garantizó a los ciudadanos durante veinte años. Y de forma no menos expresa el Gobierno queda obligado a proteger esta propiedad si el esclavo escapa de su dueño. Esto está establecido en términos claros y rotundos, demasiado para que quepa alguna duda. No es posible encontrar en la Constitución nada que otorgue al Congreso mayores atribuciones sobre la propiedad de esclavos que sobre el resto de las propiedades, o que reduzca la protección de aquélla en relación con las garantías de la propiedad en general. Las únicas atribuciones que se le permiten son los poderes de defender al propietario en el ejercicio de sus derechos.

Desde estas premisas, la opinión del Tribunal es que la ley del Congreso que prohíbe a un ciudadano ser propietario de esclavos en el territorio de los Estados Unidos situado al norte de la línea a que antes nos referimos (territorios al norte de una línea situada en los 36 grados y 30 minutos de latitud norte y que no estén dentro de los límites de Missouri) no tiene fundamento constitucional y por consiguiente es nula”. La sentencia puede verse en Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...*, *op. cit.*, pp. 146-160.

rista norteamericano se le había ocurrido plantear la cuestión de la conformidad o no a Derecho de tales mutaciones. “Nadie ha querido afirmar, siquiera aproximadamente, que la interpretación constitucional con sus doctrinas de la *loose construction* y de los *implied powers* es una infracción de la Constitución, tal como se afirma en la doctrina alemana, donde se impugna, por lo general, la juridicidad de este modo de interpretar” (183). Ciertamente, desde que escribiera el autor chino, no se puede decir que ciertos sectores doctrinales no hayan criticado en los Estados Unidos determinadas interpretaciones de la Corte Suprema, e incluso la doctrina que las ha hecho posibles, esto es, la *judicial review of legislation*. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a las críticas que a inicios del pasado siglo iba a desencadenar esta doctrina, que llegó a ser considerada por algunos una auténtica usurpación. No han faltado tampoco autores, incluso en tiempos relativamente próximos, que han tratado de relativizar la fuerza vinculante de las interpretaciones fijadas por la Corte, mientras que otros han llegado al extremo de descalificar el rol que al respecto desempeña la *Supreme Court*, que, en definitiva, está lejos de quedar al margen de la crítica, como hace un siglo observaba Dau-Lin. Pero reconocido esto, es cierto que el problema verdaderamente crucial, que no es otro que el de los límites de las mutaciones constitucionales, no ha sido frontalmente abordado. Por nuestra parte no vamos a entrar en esa problemática, objeto de otra ponencia, aunque consideramos necesario hacer, al menos, alguna reflexión al respecto.

Ciertamente, no faltan autores, como por ejemplo Afonso da Silva (184), que consideran que la interpretación, por sí, no puede producir mutación constitucional (quizá con la sola salvedad de los procesos de interpretación “por analogía o por extensión normativa”, que pueden modificar el alcance de las normas constitucionales); lo que puede es “mostrar que el objeto por conocer se transformó, bien porque la realidad a la que se refiere evolucionó y requiere que el objeto normativo se acomode a ella, si tiene elasticidad suficiente para ello, o porque palabras o expresiones normativas sufrieron cambios se-

---

(183) Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 101.

(184) José AFONSO DA SILVA, “Mutaciones constitucionales”, en *Cuestiones Constitucionales* (Revista Mexicana de Derecho Constitucional), núm. 1, p. 12 del texto que puede verse en esta página web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1.htm>.

mánticos que exigen que su nuevo sentido sea explicitado por la interpretación”. Para el relevante Profesor brasileño es especialmente en esta hipótesis que se dice que el significado de la Constitución norteamericana es hoy muy diferente del original.

Por nuestra parte, y por seguir con las mutaciones jurisprudenciales en Norteamérica, que han constituido el núcleo central de este trabajo, no creemos en modo alguno que las interpretaciones jurisprudenciales que a lo largo de sus más de dos siglos de vida ha venido haciendo la *Supreme Court* se limiten a entrañar en todos los casos, y es posible que ni siquiera en la mayoría de ellos, una mera puesta al día, un *aggiornamento* constitucional. De lo expuesto en las páginas precedentes, creemos que se desprende con cierta claridad que determinadas interpretaciones han supuesto transformaciones, mutaciones, bien significativas de la Constitución que han ido mucho más allá de lo requerido para lograr que el texto se mantuviera como a *living constitution*. Bastaría con recordar el *Dred Scott case* para verificarlo.

Por supuesto, el problema no es exclusivamente norteamericano. También los Tribunales Constitucionales, u otros órganos que, con una u otra denominación, llevan a cabo semejante tarea, han podido incurrir en el mismo, aunque ello haya podido acontecer mucho más esporádicamente. Un Tribunal de esta naturaleza debe actuar, como dijera Pierandrei(185), como el centro de equilibrio de todo el ordenamiento e impedir que el fenómeno de las mutaciones tácitas se resuelva en un deslizamiento de posiciones o, por el contrario, en un neto contraste entre el esquema formal y la realidad del ordenamiento concreto. Que ello deba ser así, como nos parece evidente, no significa, desde luego, que siempre lo sea. Bien al contrario, en ocasiones son estos mismos órganos los que desencadenan la mutación constitucional, y en ello no faltan a veces intereses espurios.

La interpretación constitucional puede entrañar, pues, una mutación que suponga de hecho una verdadera quiebra constitucional; no ha de sorprender por lo tanto, que en el fenómeno de las mutaciones

---

(185) Franco PIERANDREI, “La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite>...”, *op. cit.*, pp. 137-138.

jurisprudenciales de la Constitución se haya visto un serio peligro potencial frente a la normatividad constitucional; de ahí que la cuestión de los límites esgrimibles frente a las mutaciones constitucionales se haya convertido en uno de los problemas nucleares de la hermenéutica constitucional, pues, como viene a decirnos Hesse, las exigencias de la Constitución normativa imponen que la mutación constitucional nunca se convierta en “deriva constitucional”, haciendo de ella, por así decirlo, una “Constitución a la deriva”(186).

Para el gran maestro alemán, la mutación constitucional y sus límites sólo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio “en el interior” de la propia norma constitucional, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución(187). Piénsese que la radical separación entre normalidad y normatividad postulada por los positivistas no condujo sino a la absoluta capitulación de lo normativo ante la fuerza de los hechos. El *fait accompli*, el hecho consumado de Jellinek, en cuanto fenómeno histórico de potencialidad constituyente, es la prueba concluyente de ello. En esta misma línea de formular una teoría de la Constitución que dé cumplida cuenta no sólo de la realidad normativa, sino también de la realidad socio-política que las normas deben regular, se ha de ubicar la aportación doctrinal hecha por Friedrich Müller en 1970, en su artículo “Tesis sobre la estructura de las normas jurídicas”(188).

Derecho y realidad (“Recht und Wirklichkeit”) se requieren en el proceso de aplicación práctica del Derecho. En la aplicación en el caso concreto (“Einzelfall”) se necesita, dirá Müller(189), de una interacción de los puntos de vista (“eines Zusammenspiels von Gesichtspunkten”), el de la teoría jurídica como metáfora abstracta (“als abstrakte Metaphern”), como “Norma” y “Hecho”, y como aparecen igualmente sus relaciones abstractas. Müller diferenciará así el “ám-

---

(186) Pedro CRUZ VILLALÓN, haciéndose eco de la posición de Hesse, en su “Introducción” a la obra de Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. XXVII.

(187) Konrad HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, p. 106.

(188) Friedrich MÜLLER, “Thesen zur Struktur von Rechtsnormen, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, LVI. Band, 1970, pp. 493 y ss.

(189) *Ibidem*, p. 503.

bito normativo” (*Normbereich*), o lo que es igual, las circunstancias de la realidad ordenada, del “programa normativo” (*Normprogramm*), esto es, el mandato de la norma. Para el Profesor de *Freiburg*, “der Normbereich kommt in seiner Grundstruktur für die Rechtsnorm wie für die Entscheidungsnorm nicht als Summe blosser Tatsachen in den Blick, sondern allein in der Perspektive der von der rechtlichen Anordnung, dem Normprogramm, bestimmten Fragestellung”. Ámbito normativo y programa normativo se entrelazan estrechamente, de modo tal que una modificación del ámbito normativo ha de conducir a una modificación del contenido de la norma. Ahora bien, como de nuevo apunta Hesse (190), en concordancia con Müller, donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina, o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional. Dicho de otro modo, por utilizar los términos de Heller, cuando la tensión entre normalidad y normatividad adquiere la dimensión de un conflicto que pone en peligro la misma noción de supremacía constitucional, entonces la única alternativa posible es el acomodo de la norma constitucional a las nuevas exigencias sociales o políticas a través de su reforma, siendo imposible para el intérprete forzar una interpretación de tal norma que, en realidad, lo único que supone es esconder la frontal quiebra de la misma.

---

(190) Konrad HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, p. 109.