CAPÍTULO IV

EFECTOS GENERALES DE LA EXPANSIÓN

La Tesis del Magistrado Harlan II

Hasta ahora hemos descrito dos procesos que ocurrieron simultáneamente: la interpretación de la Enmienda decimocuarta, para hacer virtualmente aplicable a los Estados todas las garantías contenidas en la Declaración Federal de Derechos, y la notable expansión que se ha operado en el ámbito de las garantías mismas. El primer proceso es, desde luego, el más significativo, y bastaría para probarlo decir que es gracias a él que el segundo ha llegado a tener una importancia real, ya que la aplicación de la ley penal continúa siendo un asunto fundamentalmente estatal.

Como ya hemos indicado, el magistrado John Marshall Harlan, miembro de la Suprema Corte desde 1877 hasta octubre de 1911, fue el primero en defender firmemente la tesis de que la Enmienda decimocuarta vuelve aplicable a los Estados la Declaración de Derechos, aunque finalmente sólo tuvo éxito en lo que atañe a la garantía de la Enmienda quinta, relativa a la prohibición de practicar expropiaciones por causa de utilidad pública sin que medie una justa indemnización. Pero aun entonces esa batalla la ganó Harlan fundándose en la teoría, muy distinta, de que el *debido proceso legal* prohíbe apartarse de los principios elementales de la justicia, teoría ésta que es la que, en definitiva, ha servido de base —y no su doctrina original— a la realización de todo el proceso, ya que la Corte, sobre todo a partir de 1960, comprendió que cada vez un mayor número de las garantías específicas de la Declaración de Derechos se volvían básicas para el sentido anglosajón de la justicia, convirtiéndose, por tanto, en requisitos del *debido proceso legal*.

Designado magistrado de la Corte en marzo de 1955, el nieto de Harlan, también llamado John Marshall Harlan (a quien llamaremos Harlan II), fue, hasta su retiro en junio de 1971, uno de los críticos más severos de la doctrina de que la Enmienda decimocuarta hace aplicable a los Estados la Declaración de Derechos. Pero lo que él atacaba era, más bien, la opinión de que toda garantía considerada obligatoria conforme al *debido proceso* tuviera que aplicarse a los Estados con la misma amplitud que se le daba tratándose de casos relacionados con el gobierno federal. Así como hemos visto que Holmes y Brandeis —primeros magistrados que se mostraron dispuestos a aplicar a los Estados las garantías de libertad de expresión contenidas en la Enmienda primera— querían permitir a los Estados “una holgura ligeramente mayor” en sus ordenamientos legales que la que el texto específico de la Enmienda primera le permitía al Congreso, de la misma manera Harlan II insistía en

que, en todos los casos amparados por la Enmienda decimocuarta, los criterios que debían imperar eran los de la razón y la lógica, más que los requisitos técnicos de la Declaración de Derechos con los comentarios e interpretaciones de la Suprema Corte.

A juzgar por sus opiniones, Harlan II tomaba en consideración al menos dos cosas. En primer lugar, creía firmemente en que el principio del federalismo se funda en el respeto a la soberanía interna de los Estados, a la cual reconocía un gran alcance en materia de aplicación de la ley penal de los Estados, ya que estaba muy lejos de pensar que la Declaración de Derechos tal como la interpretaba la Suprema Corte, tuviera las respuestas últimas a los problemas relativos a los procedimientos adecuados de aplicación de la ley. Se inclinaba por una mayor libertad de acción de los Estados para experimentar con procedimientos que la Declaración de Derechos prohibía ante los tribunales federales. En segundo lugar, Harlan II deseaba, aparentemente, que la Corte se dedicara a hacer más justos y razonables los procedimientos de aplicación de la ley del gobierno federal y sus tribunales, a fin de que sirvieran como un modelo al que debieran aspirar los Estados. Además, temía que, de aplicarse a los Estados la Declaración de Derechos con todas sus particularidades llegara inevitablemente un momento en que su interpretación por la Corte la debilitara tanto que ya no pudiera frenar con eficacia las prácticas admitidas en los Estados. En cambio, de mantenerse la separación entre los dos sistemas, podrían elaborarse normas apropiadas para los Estados sin menoscabo de las que se aplican en los tribunales federales.

Existen algunos indicios de que su presagio ya se está cumpliendo. Hemos mencionado con anterioridad que la Corte ha sostenido siempre que no se pueden librar órdenes de cateo para obtener documentos u objetos con el único fin de ser utilizados como pruebas. Pues bien, cuando esta regla de exclusión se aplicó a los Estados, en 1961, inmediatamente predije que pronto iba a ser abandonada. En efecto, muchos Estados, incluyendo el mío propio (California), expresamente autorizan cateos con el objeto de requisar elementos de prueba; y esto resulta tan lógico y razonable que yo no podría siquiera imaginar que la Corte revocara un fallo condenatorio de un tribunal estatal que se fundara sobre este tipo de evidencias. Habían pasado apenas seis años desde mi predicción, cuando, en 1967, la Corte afirmó que

"tribunales y comentaristas han criticado la distinción, hecha en algunos de nuestros casos, entre el secuestro de objetos que únicamente poseen un valor probatorio y el secuestro de instrumentos y frutos (del delito); distinción ésta a la que, no obstante, la Corte de Apelaciones se ha sentido obligada a adherir. En la actualidad, rechazamos tal distinción por cuanto se halla fundada en principios que ya no son admisibles... (y porque) el texto

de la Enmienda cuarta no tolerara una distinción (que) es completamente irracional.”¹

El único disidente fue el magistrado Douglas, quien insistió en la inconstitucionalidad de los “cateos dirigidos a obtener evidencias”.² El Congreso reformó inmediatamente el Código de los Estados Unidos para sacar todo el provecho posible a esta nueva norma.³

Probablemente se habrá colegido ya que, lejos de considerar que este cambio haya hecho descender la jerarquía de las normas constitucionales, es mi opinión que el mismo se ha limitado a enriquecerlas con un poco de sentido común. Pero los desarrollos en el ámbito del juicio por jurado ilustran muy bien su punto de vista.

Hasta el momento, la edición más eruditamente anotada de nuestra Constitución ha sido la que publicó, en 1952, con el título de *The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation*, el “Servicio de Información Legislativa de la Biblioteca del Congreso”, la cual estuvo a cargo del docto y meticuloso profesor Edward S. Corwin, quien, al comentar la disposición de la Enmienda sexta relativa a que “en todo proceso criminal el acusado debe gozar del derecho a ser juzgado por un jurado imparcial”, sostuvo que

el juicio ante jurado exigido por la Constitución comprende todos los elementos que este país e Inglaterra consideraban esenciales, en la época en que aquélla fue adoptada, para dicho tipo de juicio, estableciendo que los miembros del jurado debían ser doce, ni uno más ni uno menos. . . , y cuyo veredicto debía ser unánime.

Dicho pasaje apareció, sin cambio, en la edición de 1964.⁴ La verdad es que nadie protestó contra los requisitos de los doce miembros en el jurado y de la unanimidad de su fallo, y, ya en 1930, la Suprema Corte había declarado que “está fuera de discusión” que la Constitución exige ambos.⁵

Pero, en la práctica, los Estados se apartaron bastante de este criterio. En primer lugar, como he visto, la Corte había declarado que la garantía era aplicable a todos los delitos con excepción de los llamados menores, haciendo especial hincapié en que un delito deja de ser menor cuando la penalidad potencial para el mismo exceda los seis meses de prisión. Entretanto, el Estado

¹ *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 300, 301, 302 (1967).

² *Id.* 314 (opinión disidente).

³ 82 *Stat.* 238 (1968), 18 *U.S.C.* s. 3103 (1971).

⁴ 1952 ed., p. 878; 1964 ed., p. 1001.

⁵ *Patton v. United States*, 281 U.S. 276, 288 (1930). En el caso *Andres v. United States*, 333 U.S. 740, 748 (1948), la Corte estableció: “Tratándose de la aplicación de las Enmiendas Sexta y Séptima, se hace necesaria la unanimidad del veredicto del jurado”. La Enmienda Séptima se refiere al juicio por jurado en materia civil.

de Nueva York solamente concedía el juicio por jurado a los casos juzgados en la ciudad de Nueva York cuya pena pudiera exceder de un año de prisión, disponiendo que en el resto del Estado los jurados se integran con solamente seis miembros. Nueva Jersey, en cambio, permitía que algunos casos con sentencias hasta de un año se juzgaran sin jurado; mientras que Louisiana, yendo aún más lejos, se negaba a otorgar jurado, salvo en aquellos casos en que el delito mereciera pena de prisión con trabajos forzados. Y, aún entonces, el jurado se integraba con doce miembros sólo cuando la sentencia a trabajos forzados fuera inevitable, pero, de no ser así, podían integrarse con cinco miembros. En la primera hipótesis, el veredicto podía darse incluso con una votación de 9 contra 3, exigiéndose la unanimidad solamente en aquellos casos que merecieran la pena capital. Finalmente, los jurados de Florida se limitaban a seis miembros, excepto en los casos susceptibles de ser castigados con pena de muerte; mientras que Oregon aceptaba veredictos con votación mayoritaria de 10 contra 2.

Muchas personas al observar, tanto en éstos como en otros Estados, semejantes desviaciones respecto de las normas contenidas en la Enmienda sexta, llegaron a creer que la Corte nunca se atrevería a interpretar la Enmienda decimocuarta en el sentido de considerar que ella volviera aplicable a los Estados esta disposición de la Enmienda sexta. La expedición de la Ley inglesa de Justicia Penal (*Criminal Justice Act*), de 1967, vino a robustecer esta conclusión, ya que dicha ley autorizaba, inclusive en los relativamente pocos casos que siguieron juzgándose ante jurado, veredictos por mayoría de 10 contra 2 votos. Entretanto, la generalidad de los casos penales ingleses se juzgaban "sumariamente", esto es, ante un juez sin jurado, dificultando así la argumentación de que las disposiciones de la Enmienda sexta resultan "indispensables a un sistema angloamericano de libertad regulada". Sin embargo, apenas un año después de haber abolido Inglaterra el requisito de la unanimidad, nuestra Corte, por votación de 7 contra 2, y sólo porque el caso no había sido juzgado ante un jurado, revocó una sentencia de condena dictada en Louisiana en la que la pena potencial era susceptible de alcanzar hasta dos años de prisión, no obstante que, en la realidad, quedó reducida a 60 días y a una pequeña multa. El fallo sostenía que, debido a nuestro

profundo apego... a la garantía del juicio ante jurado..., como medio de defensa contra la aplicación arbitraria de la ley, éste resulta esencial, en los casos criminales, para el ideal norteamericano de justicia.⁶

El mismo día la Corte revocó una sentencia dictada en Illinois que condenaba al acusado a dos años de prisión por desacato al tribunal, estableciendo que

⁶ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 149, 156 (1968).

los desacatos graves se parecen tanto a otros delitos y graves que, por esa virtud, están sujetos a las disposiciones constitucionales relativas al juicio ante jurado, que ahora son obligatorias para los Estados.⁷

Estos fallos sugerían que tal vez la Corte insistiría en que la pena máxima aplicable a los "delitos menores" (*petty offenses*), susceptibles de ser juzgados sin la presencia de un jurado, fuera de seis meses de prisión, como ciertamente lo decidió dos años más tarde,⁸ con una sentencia que reanudó la discusión sobre casi todos los problemas. Al referirse concretamente a la tesis del caso de Louisiana, de que ni los jurados de 12 miembros ni la unanimidad del veredicto debían imponerse como requisitos a los Estados, la Corte sostuvo que sus "resoluciones relativas a la interpretación de la Enmienda sexta están siempre sujetas a reconsideración, lo cual queda ampliamente demostrado por el presente fallo", que viene a anular toda una serie de decisiones que se remontan al siglo pasado y en las que se sostenía que dicha Enmienda no era aplicable a los Estados.⁹ Como era de esperarse, la consecuencia fue que proliferaran los litigios. Así, en 1970, la Corte confirmó una condena a cadena perpetua por robo, aceptando el veredicto de un jurado integrado por 6 personas;¹⁰ y, en mayo de 1972, confirmó una sentencia a trabajos forzados por robo a mano armada, aceptando el veredicto de un jurado cuya votación fue de 9 contra 3,¹¹ para no mencionar otras condenas que ha confirmado por diferentes crímenes (*felonies*), en las que la votación del jurado ha sido de 11 contra 1 y de 10 contra 2.¹² En conclusión, podemos decir que la opinión imperante ha sido la del magistrado White, según la cual ni el número de miembros ni la unanimidad del jurado son cuestiones que tengan "rango constitucional".¹³

Lo que está claro, en definitiva, es que la decisión de 1970 debilitó el criterio jurisprudencial previamente aceptado, tal como el magistrado Harlan II lo había pronosticado. Y las decisiones de 1972 habrían hecho lo mismo de no haber sido porque la Corte se dividió en una votación de 5 contra 4, y el voto decisivo, del magistrado Powell, quien era un elemento nuevo, no se hubiera basado en una diferente teoría, según la cual, aunque la Enmienda sexta exija que los veredictos sean unánimes, ésta no es aplicable a los Estados. Es decir, que según él los Estados pueden tener normas más flexibles, ya que, si el *debido proceso* exige un jurado, éste no tiene que serlo necesariamente como lo pide la Enmienda sexta. En pocas palabras, Powell está tratando de

⁷ *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194, 198 (1968).

⁸ *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66 (1970).

⁹ 391 U.S., 158n.

¹⁰ *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970).

¹¹ *Johnson v. Louisiana*, 92 S. Ct. 1620 (1972).

¹² *Apodaca v. Oregon*, 92 S. Ct. 1628 (1972).

¹³ *Id.* 1630.

revivir la teoría que Harlan II parecía haberse llevado consigo a la tumba. En qué situación nos deja ésta para el futuro es lo que aún está por verse. Por lo pronto, ello significa que el jurado debe alcanzar un veredicto unánime en los tribunales federales, pero no necesariamente en los estatales, ya que, para citar al magistrado Powell,

no es posible concebir sobre una base sólida que la Enmienda decimocuarta exija la adhesión ciega de los Estados a todas las modalidades que la Enmienda sexta imprime a las normas federales.¹⁴

Por ahora no disponemos de más elementos de información que vengan en apoyo de la predicción de Harlan II. Pero, como ya lo hemos dicho, la aplicación a los Estados, en 1961, de la norma de exclusión relativa al cateo y al secuestro, ha provocado renovados ataques contra esta norma, que probablemente el propio presidente de la Suprema Corte está preparándose a encabezar. Falta por ver, todavía, lo que el futuro nos está reservando. Mas, como quiera que sea, la extensión de las garantías de nuestra Declaración de Derechos a los Estados ha corrido pareja con la ampliación, no con la restricción, de esas garantías.

El Congreso

Ya hemos señalado que, no obstante que en 1928 la Corte Suprema había sostenido que la norma de exclusión de pruebas, de la Enmienda cuarta, no era aplicable a la interceptación de líneas telefónicas o telegráficas (*wire tapping*) y demás mecanismos de espionaje electrónico, seis años después, con motivo de la declaración del Congreso en el sentido de que la mencionada interceptación de líneas constituye un delito federal,¹⁵ cambió su criterio, para sostener la inadmisibilidad de esta clase de pruebas en un proceso penal.¹⁶ En 1967 la Corte contradujo su propia decisión de 1928, sosteniendo que la vigilancia electrónica, aunque no llegue a constituir propiamente una interceptación de líneas ni una invasión física de las posesiones del acusado, está sujeta a las garantías de la Enmienda cuarta.¹⁷ El Congreso aceptó esta decisión, y, al año siguiente, expidió una detallada reglamentación de dichas

¹⁴ *Id.* 1640. (Opinión concurrente).

¹⁵ *Federal Communications Act* de 1934, 48 *Stat.* 1103, s. 605, 47 *U.S.C.* s. 605 (1970).

¹⁶ *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379 (1937). Tampoco podría utilizarse la interceptación telefónica como medio de obtención de otra prueba, la cual sería igualmente inadmisibles en tanto que "fruto de un árbol venenoso". *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939). Se consideró que su empleo no estaba prohibido a los tribunales estatales hasta que, en el caso *Lee v. Florida*, 392 U.S. 378 (1968), se sostuvo lo contrario.

¹⁷ *Katz v. United States*, 339 U.S. 347 (1967).

actividades de espionaje electrónico realizadas en cumplimiento de órdenes de cateo, que ahora integra todo un capítulo del Código Penal.¹⁸

Pero el Congreso no reaccionó de la misma manera frente a las decisiones de la Suprema Corte en materia de confesiones y de interrogatorio policiaco de los sospechosos, como lo prueba su ley de 1968,¹⁹ que estableció que "en todo proceso penal instaurado en los Estados Unidos o en el Distrito de Columbia, será admisible como prueba cualquier confesión... hecha voluntariamente". Y aunque, para determinar la voluntariedad de la declaración, haya de tenerse en cuenta si hubo o no omisión en advertir al acusado de sus derechos constitucionales a la asistencia de un abogado y a guardar silencio, dicha omisión no constituirá, por sí misma, una demostración de la involuntariedad de la confesión. Es obvio que esto es un intento de obligar a la Suprema Corte a reconsiderar sus resoluciones de 1964 y 1966, en los casos *Escobedo* y *Miranda*; aunque todavía está por verse el éxito alcanzado por ese propósito. La ley, en todo caso, adolece de un defecto, y es el de que sólo resulta aplicable a los procesos federales, mientras que el mayor impacto de estas decisiones tiene lugar a un nivel estatal.

Como quiera que sea, debe recordarse que, en 1943, la Suprema Corte sostuvo que ni aun las confesiones voluntarias son admisibles en un proceso federal si han sido obtenidas en el transcurso de una detención ilegal, la cual comienza a serlo a partir del momento en que la autoridad que practica el arresto omite presentar al detenido, "sin dilaciones innecesarias", ante un juez de paz (*magistrate*). Esta decisión se apoyaba más bien en los poderes de control que tiene la Corte sobre los tribunales federales que en alguna disposición constitucional. En su ley de 1968 el Congreso se encargó de limitar el alcance de esa decisión, al establecer que es admisible toda declaración hecha voluntariamente por el acusado dentro de las seis horas siguientes al arresto, o dentro de un lapso mayor, si el juez del proceso lo encuentra razonable, después de valorar todas las circunstancias implicadas en la conducción del reo ante la autoridad judicial.²⁰ Como puede verse, esta disposición contradice francamente el fallo de la Corte, en la medida en que puede interpretarse como una autorización para que la policía practique interrogatorios, por lo menos, dentro de las seis primeras horas siguientes al arresto, ya que —como se recordará— la Corte había sostenido que si

después de que una persona es puesta bajo custodia, o privada en cualquier forma de su libertad, manifiesta de algún modo y en cualquier momento,

¹⁸ 82 Stat. 212 (1968), s. 802, 18 U.S.C. ch. 119, ss. 2510-20 (1970).

¹⁹ *Omnibus Crime Control & Safe Streets Act* de 1968, título II, 82 Stat. 210, ahora 18 U.S.C. s. 3501 (a) y (b) (1970).

²⁰ *Id.* s. 3501 (c)

previo o durante el interrogatorio, que no desea declarar, dicho interrogatorio debe ser suspendido.²¹

Falta por ver todavía si la Corte, ahora que el Congreso ha adoptado una postura firme, llegará o no a retractarse de la suya propia.

Además de las confesiones y del interrogatorio policiaco, el Congreso ha dejado en gran parte a la discreción de los tribunales todo lo relativo a la admisibilidad de las pruebas, y, en realidad, casi todo lo que concierne al procedimiento penal. El futuro de los nuevos criterios que hemos referido está prácticamente en manos de la Suprema Corte. Entretanto, ha empezado a formarse una corriente más conservadora, bajo la guía de los cuatro nuevos magistrados nombrados por el Presidente Nixon en los tres últimos años. Tenemos el presentimiento de que la próxima década va a ser muy distinta de la que nos tocó vivir cuando Warren fue presidente de la Corte, así como que habrá, no sólo una actitud más equilibrada en la solución de los problemas relativos a la aplicación de la ley por las autoridades, sino también una mayor inclinación a tolerar la experimentación a nivel de los Estados.

Pero esto no es más que una conjetura.

El efecto probable de los nuevos criterios

Cualquiera que sea el futuro reservado a estos criterios extraídos últimamente de la Enmienda decimocuarta y de la Declaración de Derechos, los cambios operados en la década de los años sesenta van a dejar una huella profunda y muy significativa, no sólo en el funcionamiento básico del derecho constitucional norteamericano, sino también del derecho común (*common law*) en general, ya que la Corte no tendrá porque sentirse obligada a dar efecto retroactivo a sus decisiones que establezcan una nueva interpretación de la Constitución.

Hasta 1965 la Suprema Corte estuvo dando a sus fallos dictados sobre cuestiones constitucionales todo el efecto retroactivo que le permitió la doctrina de la *res judicata*, tanto si se trataba de la derogación de una tesis de largo historial como de decidir sobre cuestiones aún no planteadas, lo mismo si se trataba de la declaración de inconstitucionalidad de una ley que de la desaprobación de actos de autoridades administrativas o de prácticas anteriores de los tribunales. Los magistrados parecían, de veras, convencidos de que no les quedaba otra alternativa. Además, puesto que el derecho común (*common law*) descansa sobre la ficción de que los tribunales no hacen el derecho sino que tan sólo lo descubren ¿no es lógico concluir que un precedente es derogado,

²¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966).

no porque sea derecho imperfecto, sino porque, en definitiva, nunca ha constituido propiamente derecho²²

Los tribunales estatales se apartaron algunas veces de esta práctica, dándole efecto puramente predictivo a un nuevo criterio, con el apoyo de la Suprema Corte, con tal de que ni el criterio antiguo abandonado por el tribunal estatal ni el nuevo criterio propuesto para los casos futuros fuera violatorio de la Constitución o de las leyes federales. En opinión de la Corte, nuestro sistema federal deja que cada Estado decida por sí mismo esta cuestión,²³ a pesar de que, con anterioridad a 1965, jamás dio a entender que ella misma tuviera semejante poder discrecional respecto del alcance de sus propias decisiones.

La doctrina de que incluso las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de una ley tienen efecto retroactivo, no se inventó con motivo del caso *Marbury v. Madison*,²⁴ si bien se encontraba implícita en la opinión de Marshall. La verdad es que dicha tesis ha estado en vigor desde la época colonial, como lo ilustra el caso *Wintthrop v. Lechmere*, de 1727, en el cual el Consejo Privado del Rey rehusó aplicar a un caso de 1717 una ley de Connecticut de 1699, porque la consideró contraria a la Carta de la Colonia, y, en consecuencia, "nula, sin valor y sin fuerza ni efecto algunos".²⁵ El mismo criterio siguió el magistrado Patterson, en 1795, cuando, al presidir un juicio en el tribunal de circuito del Distrito de Pennsylvania, advirtió al jurado de que, en el momento de decidir sobre el caso, debía ignorar una ley de Pennsylvania de 1787, por ser ésta "inconstitucional e inválida, nula de origen, carente de vida o vigencia, y, por tanto, como si nunca hubiera sido promulgada".²⁶

Pero la formulación clásica y más citada de esta tesis es la que el magistrado

²² En 1 W. Blackstone, *Commentaries* 69-70 (1765) está la formulación clásica: "Los jueces... son los depositarios de las leyes; los oráculos vivientes que deben decidir en todo caso de duda y quienes están obligados por juramento a decidir de acuerdo con la ley de la tierra... Porque es una norma establecida que deben apoyarse en los precedentes en que se hayan ventilado las mismas cuestiones a discusión: así como conservar la balanza de la justicia firme y nivelada y no sujeta a oscilación en cada nueva opinión judicial; y también porque, habiendo sido la ley solemnemente declarada y determinada en ese caso, lo que antes era incierto y tal vez indiferente se ha convertido ahora en una norma permanente, que no está al antojo de cualquier juez posterior alterar o variar, de acuerdo con su propio juicio personal, sino conforme a las leyes y usos de la tierra; ni está facultado para declarar un nuevo derecho, sino para mantener y explicar el antiguo. Sin embargo, esta regla admite excepciones, en caso de que la disposición anterior sea notoriamente contraria a la razón... Pero aun en tales casos, los jueces posteriores no pretenden crear un nuevo derecho, sino reivindicar el antiguo frente a una desintegración. Porque si se encontrara que la decisión anterior es manifiestamente absurda o injusta, debe declararse, no que tal sentencia era un *mal derecho*, sino que no era *derecho*..." (Las cursivas corresponden al original.)

²³ *Great No. Ry v. Sunburst Oil & Ref. Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

²⁴ "Todo acto legislativo contrario a la Constitución, es nulo". *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 177 (1803).

²⁵ 1 J. B. Thayer, *Cases on Constitutional Law* 34, 38 (1895).

²⁶ *Van Horne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dall. (2 U.S.) 304, 320 (C.C.D. Pa. 1795).

Field expresó en el caso *Norton v. Shelby County*, fallado por la Suprema Corte en 1886:

Una ley inconstitucional no constituye propiamente derecho, no confiere facultades, no impone obligaciones, no brinda protección ni crea función alguna, y es, desde el punto de vista legal, tan inoperante como si jamás hubiera sido expedida.²⁷

Pero, desde luego, los tribunales no están facultados para derogar ni abolir una ley. Aunque haya una decisión que la declare inconstitucional, una ley continúa existiendo en los códigos, y si, más tarde, el tribunal cambia de opinión y declara la validez de la misma, la tesis clásica es la de que dicha ley nunca dejó de tenerla.

Sin embargo, esta ficción fue convincente mientras existió la posibilidad de obtener una revisión del juicio sólo a través de la apelación (en la que, consideramos, debe incluirse el auto —*writ*— de *certiorari*), la cual tenía que interponerse inmediatamente o se perdía en forma definitiva. Dicha ficción fue particularmente convincente en los casos criminales, en virtud de que, como ya hemos visto, la apelación contra los fallos de los tribunales federales de primera instancia no fue permitida sino hasta 1889/1891, mientras que las apelaciones ante la Suprema Corte Federal contra los fallos de los tribunales estatales estuvieron permitidas desde un principio, aun en los casos penales, si bien con muy poca base, ya que ni la teoría de la Declaración de Derechos ni la del gobierno federal, relativas al debido proceso, eran aplicables a dichos tribunales.

Pero podría preguntarse qué pasaba con el mandamiento (*writ*) de *habeas corpus*. ¿Acaso no habría éste un amplio camino a la revisión? La respuesta es: no, por lo menos hasta la década de los años treinta. Esto es, que durante tres cuartos de siglo los tribunales federales no pudieron expedir este mandamiento ni siquiera a los funcionarios públicos; y, cuando al fin pudieron hacerlo, en 1867, dicho mandamiento tenía aún poca importancia debido a su reducido alcance, ya que, mediante el mismo, únicamente podía cuestionarse la jurisdicción del tribunal sobre la persona del acusado y sobre el delito imputado. Tal como lo sostuviera unánimemente la Suprema Corte, casi un siglo después de haber entrado en vigor la Constitución:

Por razones de principio que deben considerarse muy arraigadas en la propia, Corte ésta no puede estar facultada a librar dicho mandamiento para que se revise el fallo (del tribunal de la causa), tan sólo sobre la base de que se haya incurrido en un error de procedimiento.²⁸

²⁷ *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425, 442 (1886).

²⁸ *Ex parte Bain*, 121 U.S. 1, 3 (1887).

Es así que, en 1822,²⁹ y luego en 1906, la Corte sostuvo que cualquier reclamación de que el fallo del tribunal de primera instancia hubiera privado al promovente de su garantía contra una auto-incriminación forzada quedaba fuera del alcance del mandamiento en cuestión. En el caso de 1906, la opinión emitida por el magistrado Holmes despejó el problema con dos frases:

Se alega que el promovente fue obligado a declarar en contra de sí mismo, con violación de la Enmienda quinta, porque se le ordenó ponerse de pie y caminar frente al jurado, y porque, durante un descanso, los miembros del jurado se apostaron para observar su estatura y modo de andar. Que esto haya o no constituido una falta, es algo sobre lo cual no vamos a opinar y que cae fuera de la competencia de la Corte.³⁰

Aunque ya desde 1923 la Suprema Corte insinuó que estaba dispuesta a adoptar un criterio más amplio, en relación con el alcance del *habeas corpus*, lo cierto es que no lo hizo sino hasta los años treinta. En 1942, resumió su nuevo criterio en los siguientes términos:

El empleo del mandamiento (*writ*) en los tribunales federales para demostrar la constitucionalidad de una condena por la comisión de un crimen, no queda restringido a aquellos casos en los que la sentencia sea nula por falta de competencia del tribunal que la dictó. Dicho empleo se extiende también a aquellos otros casos de excepción en los que la sentencia condenatoria haya sido emitida con violación de los derechos constitucionales del acusado.³¹

Poco después, la Corte añadió, que cuando

las reclamaciones constitucionales versen sobre cuestiones de hecho controvertidas... el tribunal federal que conozca del mandamiento de *habeas corpus* deberá celebrar una audiencia de pruebas, si es que el solicitante aún no la ha obtenido en forma justa y cabal,

en relación con dichos puntos, sea durante el juicio o en una revisión posterior a la audiencia.³² De esta manera, el *habeas corpus* ha llegado a ser una forma de revisión más amplia que la apelación, la cual sólo puede considerar aquellos errores que se desprendan claramente de las actuaciones del juicio, mientras que el *habeas corpus* puede examinar, inclusive, cuestiones no consideradas en el juicio. Por otra parte, en la actualidad no es nada raro que la

²⁹ *Ex parte Kearney*, 7 Wheat. (20 U.S.) 38 (1822).

³⁰ *In re Moran*, 203 U.S. 96, 105 (1906).

³¹ *Waley v. Johnston*, 316 U.S. 101, 104-5 (1942).

³² *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293, 312 (1963).

Suprema Corte, al negarse a conocer de la apelación, sugiera al promovente que procure obtener la revisión a través del *habeas corpus*.³³

Es parte relevante de la ley el que la Suprema Corte sea el único tribunal federal competente para conocer en apelación de una sentencia dictada por un tribunal estatal; si bien en materia penal ésta es, en nuestros días, una cuestión puramente técnica. Aunque el *habeas corpus* constituye, en principio, un procedimiento civil con entidad propia, de hecho se ha convertido en una forma *extraordinaria* de revisión penal por vía de apelación. Y así, tenemos que cada juez federal se ha transformado prácticamente en un tribunal potencial de apelación respecto de los tribunales estatales de su jurisdicción, para la aplicación de todos estos derechos de la Enmienda decimocuarta recientemente reconocidos, pudiendo el demandante, en consecuencia, seleccionar a sus jueces. Es decir, que la práctica actual en el funcionamiento del *habeas corpus* ¡ha hecho del foro una especie de supermercado!

En contraste con la apelación, que debe ser interpuesta inmediatamente so pena de perderse en forma definitiva el derecho a hacerla valer, el *habeas corpus* no admite ni la doctrina de la cosa juzgada ni disposición limitativa alguna. De manera, pues que "el *habeas corpus* constituye un remedio ilimitado en el tiempo contra cualquier error jurisdiccional o constitucional que se haya cometido en el curso del proceso".³⁴ Algunos sentenciados a cadena perpetua se han valido de él para solicitar que se examinaran nuevas cuestiones hasta treinta y cuarenta años después de que sus condenas se habían convertido, teóricamente, en definitivas. Pero conceder nuevos juicios después de periodos tan prolongados es, por lo general, tanto como garantizar una absolución del condenado, ya que, seguramente, para entonces habrán desaparecido los elementos de prueba necesarios para volver a condenar al promovente de la revisión. Por otra parte, demostrar la legalidad de un cateo efectuado antes del fallo de 1961, por el que la Suprema Corte decidió aplicar la norma de exclusión de pruebas a los Estados, vendría a ser igualmente imposible aunque el lapso de tiempo transcurrido fuera breve, ya que, conforme al derecho vigente en el momento en que el cateo se practicó, pudo no haberse considerado pertinente que la prueba obtenida a través de éste fuera recogida, y, menos aún, conservada. ¿Es que la Suprema Corte, al ampliar el alcance de la Declaración de Derechos y hacer extensiva su aplicación a los Estados, estaba prácticamente abriendo de par en par las puertas de salida de las cárceles?

Al agudizarse el problema durante las décadas de los años cincuenta y

³³ Véase *Cardinale v. Louisiana*, 394 U.S. 437, 439 (1969), en el que la Corte, al desechar un mandamiento de *certiorari* por falta de jurisdicción en virtud de que se apoyaba en una cuestión no planteada ante los tribunales estatales, agregaba que "un recurso federal de *habeas* puede persistir si no hay un procedimiento estatal a través del cual pueda ventilarse la cuestión".

³⁴ *United States v. Smith*, 331 U.S. 469, 475 (1947).

sesenta, varios magistrados, y de modo particular Frankfurter y Harlan, dijeron que ya era hora de pensar seriamente en darles un efecto de mero pronóstico a todas las normas de referencia. En 1956, por ejemplo, la Corte sostuvo que, cuando para la formulación de un escrito de apelación se hiciera necesaria una copia de las actuaciones del juicio y la persona convicta fuese tan pobre que no pudiera pagarla, dicha copia debía extenderse gratuitamente. Si no habíamos mencionado con anterioridad esta decisión es porque la misma se apoyó en la garantía de igualdad frente a la ley que otorga la Enmienda decimocuarta más que en la Declaración de Derechos. De acuerdo con la mayoría, y en realidad decidiendo el sentido de la votación, ya que cuatro de los nuevos magistrados estaban en contra, Frankfurter añadió:

Debemos tomar en cuenta que, indudablemente, hay convictos encarcelados... en cantidades desconocidas para nosotros, cumpliendo sentencias de apelación dictadas hace ya años, tanto por tribunales de los Estados como federales, que, salvo que se lo formule adecuadamente, podrían hacer valer este criterio para pedir que se les vuelva a procesar, alegando haberse encontrado, en la primera ocasión, en una situación de detención ilegal en la que se les negó un derecho que les otorgaba la Constitución federal. Podría responderse, fácilmente, que una reclamación que no fue presentada en su oportunidad... ya no puede ser planteada ahora. Mas esa respuesta es demasiado cómoda. Hay que admitir, con sinceridad, que la decisión que hoy adoptamos introduce un nuevo criterio... Pero el dilema que se nos plantea, como jueces, no se reduce a la disyuntiva entre dictar una nueva decisión necesariamente retroactiva o rechazar los requisitos que demanda la garantía de igualdad ante la ley, tal como ahora se la entiende. Por motivos fundados la ley dispone generalmente para el futuro... No debemos incurrir en el falso supuesto de considerar que el derecho que hoy se declara haya sido siempre derecho... Es mucho más consecuente con el respeto que se merece el derecho aceptar, con sinceridad, las razones que apoyan la tesis de que toda nueva prescripción jurídica tiene un sentido de predicción.³⁶

Parece que lo que Frankfurter quería decir es que el nuevo criterio debía aplicarse a los casos que todavía se encontraban en instancia de apelación, pero no valerse del *habeas corpus* para revocar condenas que ya habían adquirido el valor de cosa juzgada. A pesar de esto la mayoría de los integrantes de la Corte procedió a aplicar dicho remedio, en 1958 y 1961, a personas que habían sido condenadas a cadena perpetua en 1935 y 1940,³⁷ no obstante que, en el segundo caso, el tribunal estatal había declarado, durante la substanciación del juicio, que el convicto de asesinato no era indigente, y que, por lo tanto, la

³⁶ *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 25-6 (1956).

³⁷ *Eskridge v. Washington*, 357 U.S. 214 (1958); *Patterson v. Medberry*, 368 U.S. 839 (1961).

ley estatal —que había reconocido la mencionada prerrogativa mucho antes que lo hiciera la Suprema Corte— no le concedía el derecho a obtener una copia gratuita de las actuaciones del juicio. El tribunal federal que conoció del nuevo proceso, al concederle el *habeas corpus*, permitió al demandante que volviera a alegar esta cuestión y dictó su fallo sosteniendo que la misma había sido resuelta en forma indebida por el tribunal estatal.

En octubre de 1963 la Suprema Corte, sin audiencia previa de alegatos, concedió nuevos juicios a diez convictos por delitos graves (*felonies*) fundándose en que la autoridad no les había facilitado asistencia legal, como lo exigía la resolución dictada por la Corte en marzo de ese año. Frankfurter ya no formaba parte de ésta, pero el magistrado Harlan protestó, declarando que

cuando la Corte se vea obligada a modificar criterios constitucionales ya establecidos respecto de los procedimientos estatales en materia penal, como lo ha hecho en éste y en otros casos recientes, me parece que la cuestión de si los Estados están obligados, según la Constitución, a aplicar retroactivamente el nuevo criterio, con la consecuencia posible de que esto implique la reapertura de casos que ya habían sido definitivamente juzgados conforme a criterios jurisprudenciales vigentes de esta misma Corte, es algo que únicamente debiera decidirse después de una reflexión concienzuda y bien fundada, y es indudable que la ficción de que "el derecho hoy establecido ha sido siempre el derecho", no ofrece ninguna respuesta general a esta cuestión. . . Atendiendo a la rapidez actual con que se están efectuando los cambios constitucionales, parece que ha llegado el momento de que la Corte se ocupe definitivamente de este asunto, tan importante y de tan largo alcance. Sin pretender opinar sobre cómo debieran resolverse los problemas contenidos en estos casos, podría discutir uno o más de ellos a manera de alegatos.³⁸

Después de expresar protestas parecidas en relación con otros casos,³⁹ Harlan se ganó, en 1964, la adhesión de los magistrados Clark y Stewart,⁴⁰ y juntos

³⁸ *Pickelsimer v. Wainright*, 375 U.S. 2, 3-4 (1963) (opinión disidente).

³⁹ *Eskridge v. Washington* y *Patterson v. Medberry*, ambos citados en la nota 37; *La Valle v. Durocher*, 377 U.S. 998 (1964) (disidente frente a la negativa a otorgar el *certiorari*); *Smith v. Crouse*, 378 U.S. 594 (1964) (opinión disidente); *Ruark v. Colorado*, 378 U.S. 585 (1964) (opinión disidente). El magistrado Whittaker se le había unido en el caso *Eskridge*, pero en 1962 éste dejó de pertenecer a la Corte.

⁴⁰ *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368, 427, 439-40 (1964) (opinión disidente). En dicho caso sostuvieron: el Estado de New York "enjuició a Jackson conforme a sus normas vigentes (que) habían sido directamente consideradas y explícitamente aprobadas por esta Corte. . . precisamente siete años antes de que Jackson fuera procesado. Dichas normas fueron implícitamente ratificadas por esta Corte. . . poco menos de un año antes del juicio. Si el concepto del debido proceso tiene tan poca estabilidad como lo sugiere este caso, de tal manera que los Estados no puedan saber a qué atenerse de un año para otro respecto de lo que esta Corte, en nombre de ese debido proceso, les exigirá, resulta indudable que aquéllos tienen cuando menos derecho a ser escuchados en relación con el problema de la retroactividad". (Las cursivas corresponden al original.)

impusieron finalmente su punto de vista, en 1965, en el caso *Linkletter v. Walker*.⁴¹

Linkletter fue sentenciado por robo con allanamiento (*burglary*) en 1959, habiendo sido confirmada la condena, en apelación, en 1960. No hubo solicitud de su parte para que la Suprema Corte revisara su caso. Al año siguiente, a propósito del caso *Mapp v. Ohio*, según hemos visto, se hizo extensivo a los Estados el criterio sobre la inadmisibilidad de todo elemento de prueba requisado a través de un cateo ilegal. Alegando haber sido sentenciado con base en una evidencia de este tipo, Linkletter solicitó de los tribunales del Estado, sin éxito, que lo pusieran en libertad por medio de un *habeas corpus*. A continuación, se dirigió a un juez federal de distrito, solicitando, con igual resultado, que le expidiera dicho mandamiento (*writ*). Entonces intervino la Suprema Corte, la cual, sin resolver sobre la legalidad del cateo de su casa y oficina que se había practicado después del arresto, confirmó la negativa al acusado del remedio en cuestión. Reconociendo haber aplicado el nuevo criterio a todos los casos que estaban pendientes, en apelación, en el momento en que se resolvió el caso *Mapp*, la Corte aclaró que el propósito de aquél —que no es tanto el de evitar la condena del inocente como el de reducir al mínimo haciéndolos estériles, los cateos y secuestros ilegales— no se activaría reabriendo casos que ya hubieran sido fallados en forma definitiva, puesto que “la violación de la privacidad del hogar y de los bienes de la víctima es algo que no puede ser reparado”. Sosteniendo que “la Constitución ni prohíbe ni exige efecto retroactivo alguno”, la Corte expresó claramente su disposición a considerar en sí mismas todas y cada una de las diversas disposiciones de la Declaración de Derechos.⁴²

Siete meses más tarde, en el caso *Teban v. Shott*,⁴³ la Corte denegó el *habeas corpus* a un sentenciado cuya condena había causado estado casi dos años antes de que sostuviera, con motivo del caso *Griffin v. California* (1965), que ni el tribunal del conocimiento ni el fiscal podían formular objeciones a la negativa de un acusado a declarar en público, afirmando nuevamente que “la intención básica que inspira a dicho privilegio, más que encaminada a proteger de una condena al inocente” expresa

nuestro respeto por la inviolabilidad de la persona humana y del derecho que tiene todo individuo a un ámbito exclusivo en el que pueda desarrollar su vida privada; esfera de privacidad que, una vez profanada... ya no puede ser restaurada;

⁴¹ 381 U.S. 618 (1965). Véase también el caso paralelo de *Angelet v. Fay*, 381 U.S. 654 (1965), fallado el mismo día.

⁴² 381 U.S. 629, 637.

⁴³ 382 U.S. 406 (1966).

y agregaba, que seis Estados, apoyándose en más de cincuenta años de jurisprudencia de la Suprema Corte, habían legislado en el sentido de propugnar esas objeciones, pero que

exigir ahora a dichos Estados que anulen la condena de todas aquellas personas que no hubieran prestado declaración en el proceso respectivo, produciría un impacto tan devastador sobre la administración de su justicia penal, que no amerita explicación alguna.

La Corte habría podido decir también que Inglaterra ha permitido siempre la formulación de este tipo de objeciones por los tribunales, y que los jueces y estudiosos más destacados han insistido, por otra parte, en que tales objeciones son perfectamente compatibles con los términos y propósitos perseguidos por la garantía contenida en la Enmienda quinta,⁴⁴ aun haciendo extensiva ésta a los Estados.

Podríamos preguntarnos, a la luz de estos razonamientos, sobre cuáles serían los motivos que tuvo la Corte para aplicar retroactivamente estos criterios aun a los casos planteados ante ella en vía de revisión directa, esto es, en apelación o *certiorari*. La respuesta es, al parecer, que lo hizo antes que ella misma estableciera que había otra alternativa. Todos sus argumentos dirigidos a explicar por qué no volvería a abrir un caso a juicio con base en el *habeas corpus* indican que tampoco aplicaría el nuevo criterio, ni siquiera a los casos en apelación cuando *los actos que motivaran la queja* se hubieran realizado antes de la resolución de la Corte que los declara inconstitucionales. En 1966, se acercó aún más a este criterio, aunque sin adoptarlo del todo.

Hemos indicado anteriormente cómo, a propósito del caso *Miranda v. Arizona*, la Corte sostuvo, en junio de 1966, que el fiscal no puede utilizar las declaraciones obtenidas a través de un

interrogatorio iniciado por las autoridades encargadas de aplicar la ley tras de que una persona haya sido puesta bajo custodia, o privada en alguna otra forma de su libertad,

a no ser que, previamente a cualquier pregunta, el reo haya sido

advertido de que tiene derecho a guardar silencio, de que toda declaración que haga puede ser utilizada legalmente como evidencia en su contra y de que tiene derecho asimismo a exigir la presencia de su abogado o de uno que se le nombre de oficio.

⁴⁴ Véase el resumen de los puntos de vista de algunos de ellos en el trabajo de H. J. Friendly, *The 5th Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change*, 37 "U. Cin. L. Rev." 671, 673-5, 685, 700, 721 (1968).

Siete días después, a propósito del caso *Johnson v. New Jersey*,⁴⁵ la propia Corte sostuvo, para confirmar una sentencia basada en un interrogatorio de ese tipo, que "el precedente *Miranda* solamente es aplicable a los casos en que el proceso se haya iniciado con posterioridad a la fecha de nuestra decisión de hace una semana". Simultáneamente sostenía que el criterio rector de otro caso (el *Escobedo*), fallado dos años antes y en el que se establecían principios menos estrictos, era aplicable únicamente a los casos cuyo enjuiciamiento se hubiera iniciado después de la fecha de esa decisión.

Resulta sorprendente que la Corte haya elegido la fecha en que "se inició el juicio" y no la fecha en que la policía practicara el interrogatorio. Mas ello tenía, al parecer, una segunda intención. Como quiera que sea, en 1967 la Corte volvió a examinar todo el problema y adoptó este criterio más amplio a propósito del caso *Stovall v. Denno*,⁴⁶ uno de los más importantes de la última década.

El 12 de junio de 1967, en relación con los casos *United States v. Wade*⁴⁷ y *Gilbert v. California*,⁴⁸ la Corte sostuvo que un arrestado sólo puede ser mostrado, para fines de identificación por un testigo ocular del crimen, cuando su abogado se halle presente. Con anterioridad hemos hecho una referencia tangencial a estos casos. Ese mismo día, al denegarle el beneficio de este nuevo criterio a *Stovall*, la Suprema Corte razonó su fallo de la siguiente manera:

Hemos llegado a la conclusión de que... no se justifica establecer distinciones entre sentencias que ya son definitivas, como la del caso a estudio, y aquellas otras que aún están en diferentes etapas del proceso y de la revisión directa. Consideramos que la confianza (fundada en decisiones previamente emitidas por esta Corte) y la carga que gravitaría sobre la administración de justicia (si se aplicara retroactivamente el nuevo criterio) son de tal importancia, que hacen intolerable tal distinción. En consecuencia, reconocemos que *Wade* y *Gilbert* han sido las únicas víctimas de un careo practicado con anterioridad al juicio y sin la asistencia de su abogado que han gozado del beneficio (retroactivo) de los criterios formulados en sus respectivos casos. Mas el que haya habido que concederles tal beneficio es... una consecuencia inevitable del hecho de que las declaraciones constitucionales no deben quedarse en meras palabras. Una sana política judicial, fundada en el artículo II de la Constitución, que prescribe resolver los problemas solamente en relación con casos o controversias concretos, y en el efecto que ésta pudiera tener sobre el ánimo del defensor para plantear pretensiones orientadas a provocar una modificación de la ley, militan en favor de conceder a *Wade* y *Gilbert* el beneficio de las presentes decisiones. Po-

⁴⁵ 384 U.S. 719 (1966).

⁴⁶ 388 U.S. 293 (1967).

⁴⁷ 388 U.S. 218 (1967).

⁴⁸ 388 U.S. 263 (1967).

dría argüirse que no hay equidad en hacer beneficiarias de un nuevo criterio solamente a las partes en el proceso, dentro del cual se haya formulado, y no a otros litigantes que guarden una situación similar en los respectivos juicios o procesos de apelación en que se haya suscitado el mismo problema; pero consideraremos que el hecho de que las partes interesadas sean las ocasionalmente beneficiadas con dicho criterio, constituye un precio insignificante de la adhesión a los sanos principios que deben orientar toda decisión.⁴⁹

Quienes estén familiarizados con el sistema austriaco de revisión judicial habrán notado lo mucho que se parece esta norma a la adoptada en Austria, por las reformas de 1929, en los casos sometidos a la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), ya por el *Oberster Gerichtshof* (Supremo tribunal en materia penal y civil), ya por el *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal administrativo central).⁵⁰ Hasta las razones expresadas por Hans Kelsen, el arquitecto del sistema austriaco, para justificar la limitación de este efecto retroactivo eran sorprendentemente similares a las propuestas por nuestra Corte en el caso *Stovall*.⁵¹

Entre tanto, la Corte ha continuado dando pleno efecto retroactivo a los criterios que considera esenciales para evitar la condena de personas inocentes, como sucede con el relativo al requisito de proporcionar asistencia legal al acusado durante el juicio,⁵² o a cuando se le pide que confiese su culpabilidad o inocencia,⁵³ o a cuando se intenta revocar la libertad bajo palabra de un criminal convicto, debido a su conducta posterior,⁵⁴ así como el criterio que exige una prueba que esté fuera de toda duda.⁵⁵ Sus criterios relativos a la pena de muerte se han vuelto también plenamente retroactivos.⁵⁶ Mas cuando se trata

⁴⁹ 388 U.S. 300-1.

⁵⁰ Véanse J. A. C. Grant, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes* 85-6 (1963) y *Judicial Review of Legislation under the Austrian Constitution of 1920*, 28 "Am. Pol. Sci. Rev." 670, 675 (1934); M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* 91-3 (1971).

⁵¹ Véase H. Kelsen, *Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, 94 "Annuaire de l'Institut International de Droit Public" 127 (1928): "Este efecto retroactivo de la anulación es una necesidad técnica porque, sin él, las autoridades encargadas de la aplicación del derecho no tendrían interés inmediato y, por tanto, suficientemente poderoso para provocar la intervención del tribunal constitucional... Es necesario alentarlos a presentar estas demandas atribuyendo en ese caso a la anulación un efecto retroactivo."

⁵² *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) fue un caso de *habeas corpus* y ha sido reiterado en todos los casos posteriores que han llegado a la Corte. Véase *Loper v. Beto*, 92 S. Ct. 1014 (1972).

⁵³ *Arsenault v. Massachusetts*, 393 U.S. 5 (1968).

⁵⁴ *McConnell v. Rhy*, 393 U.S. 2 (1968).

⁵⁵ *V. v. City of New York*, 92 S. Ct. 1951 (1972).

⁵⁶ *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968); *Aikens v. California*, 92 S. Ct. 1931 (1972).

meramente de proteger la esfera privada (privacía) del individuo o de mejorar el sistema policíaco, como sucede con los fallos recientes relativos a las investigaciones practicadas con mecanismos de vigilancia electrónica,⁵⁷ o a la legalidad del arresto,⁵⁸ a los interrogatorios policíacos para obtener confesiones,⁵⁹ o al uso de documentos incriminatorios redactados por el propio acusado,⁶⁰ la tesis que se ha aplicado es la del caso *Stovall*. Aun aquellos fallos íntimamente conectados con el tipo de juicio que, según la Corte, se hace necesario para evitar la condena de personas inocentes, se han vuelto francamente proyectivos, cuando el darles efecto retroactivo pudiera imponer a las autoridades lo que aquélla considera serían cargas excesivas, dada la confianza que, al menos en parte, dichas autoridades tienen en los precedentes de la Suprema Corte. Por esta razón se le dio validez puramente para casos futuros a la decisión de que los juicios penales estatales deben celebrarse ante jurado,⁶¹ como una nueva idea en el procedimiento requerido para la revocación de la libertad bajo palabra.⁶² Se negó aplicación retroactiva incluso al derecho a la asistencia legal durante la declaración preparatoria, justificando dicha opinión con base en que esto "implica un riesgo menor para la integridad del proceso de determinación de la verdad en el juicio", que la omisión de esa asistencia durante el juicio mismo o en la apelación", y en que su aplicación retroactiva "perturbaría seriamente el funcionamiento de nuestras leyes penales".⁶³

Aunque originalmente formulado para casos relativos a las garantías constitucionales, el nuevo criterio ha rebasado estos límites y se está convirtiendo en una alternativa frecuente en todos los campos. Así, en 1968, se aplicó a la revocación de una interpretación anterior de la Ley Federal de Comunicaciones tocante a la interceptación de línea⁶⁴ (*wire tapping*); en 1969, a una nueva interpretación de las propias normas sobre procedimiento penal de la Suprema Corte,⁶⁵ y, en 1971, a la interpretación de una ley federal, cuyo efecto era hacer aplicable el derecho estatal a los accidentes provocados por los taladros de petróleo costeros,⁶⁶ no obstante que anteriormente se daba por sentado —sin que mediara ninguna decisión de la Suprema Corte— que dichos accidentes estaban regidos por el derecho marítimo. Ya no se puede decir, como lo afirmara unánimemente la Corte en 1924, que

⁵⁷ *Desist v. United States*, 394 U.S. 244 (1969).

⁵⁸ *Hill v. California*, 401 U.S. 797 (1971).

⁵⁹ *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970).

⁶⁰ *Mackey v. United States*, 401 U.S. 667 (1971).

⁶¹ *De Stefano v. Woods*, 392 U. S. 631 (1968).

⁶² *Morrissey v. Brewer*, 92 S. Ct. 2593 (1972), caso en el que aun a las partes en el mismo, en que se estableció el nuevo criterio, se les negó su completo alcance.

⁶³ *Coleman v. Alabama*, 92 S. Ct. 916, 919, 920 (1972).

⁶⁴ *Fuller v. Alaska*, 393 U.S. 80 (1968).

⁶⁵ *Halliday v. United States*, 394 U.S. 831 (1969).

⁶⁶ *Chevron Oil Co. v. Huson*, 92 S. Ct. 349 (1972).

el efecto de las decisiones subsecuentes no es el de crear nuevo derecho, sino el de sostener tan sólo que el sentido de la ley es aquel que la Corte determina en cada momento. Aunque la Corte está facultada para interpretar un decreto legislativo, dicho poder no tiene el alcance de autorizarla a dar fuerza de ley a un cambio de interpretación a partir del momento de al última decisión.⁶⁷

Esto es, justamente, lo que hoy considera la Suprema Corte que está en libertad de hacer.

Tanto el magistrado Black, hasta su muerte en 1971, como el magistrado Douglas, manifestaron constantemente su desacuerdo en estos acsos, insistiendo en que todas las interpretaciones de la Constitución deben ser aplicadas retroactivamente. En alguna ocasión, el magistrado Holmes expresó: "Yo no sé con qué fundamento sostiene esta Corte que... las decisiones crean derecho solamente para el futuro, siendo que éstas han venido operando retroactivamente durante casi un milenio.⁶⁸ Lo que al parecer creían ellos, junto con Holmes, es que lo que fue bueno para nuestros padres es bueno para nosotros. Pero, ¿cuándo tuvieron nuestros antepasados una Corte que legislara tanto y sobre tantas materias importantes como la que nosotros hemos tenido durante los últimos diez años? Si la Suprema Corte tiende a transformarse en un cuerpo legislativo, es mi opinión que debiera actuar como tal, y resulta claro que todo órgano legislativo trata de evitar, normalmente, que sus nuevos criterios tengan efecto retroactivo. Lo cierto es que, en determinadas materias, nuestros tribunales tienen la obligación de velar porque sus resoluciones no operen así.

Traducción del original en inglés por Fausto E. RORDRÍGUEZ

⁶⁷ *Fleming v. Fleming*, 264 U.S. 29, 31-2 (1924).

⁶⁸ *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349, 372 (1910).