

El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano

Robert M. Bastress
Profesor de Derecho
Universidad de West Virginia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; A) *La primera enmienda: libertad de expresión.* B) *Otros derechos fundamentales.* C) *Protección del principio de igualdad.* D) *Salvaguardia del principio federal.*—CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.

INTRODUCCIÓN

El principio de separación de poderes es uno de los pilares del constitucionalismo norteamericano. Por ejemplo, los artículos I al III de la Constitución de los Estados Unidos atribuyen potestades a los tres poderes del Gobierno federal —el Congreso, el Ejecutivo y el Judicial—. Por otro lado, las llamadas agencias independientes han visto desarrollar sus potestades con una relativa autonomía en relación con estas tres instituciones y, aunque dependientes del Congreso en lo relativo al presupuesto, y a menudo sujetos al poder de dirección del presidente de los Estados Unidos, poseen una considerable capacidad de influencia con respecto a la adopción, ejecución e interpretación del Derecho federal. Además de esto, y desde una perspectiva vertical, la Constitución ha establecido un sistema federal de reparto del poder entre el Estado central y los Estados, bajo la cual estos últimos tienen un ámbito de competencias propio y mantienen,

Traducción: Antonio ESTELLA DE NORIEGA.

por lo menos en apariencia, el control de los poderes locales. Al distribuir el poder de esta forma, la Constitución reduce, por tanto, las posibilidades de tiranía y opresión. Además de los anteriores, existen, en la *Bill of Rights* y en otras disposiciones constitucionales, numerosos mecanismos de distribución del poder y de protección frente a posibles abusos —tales como, por ejemplo, el establecimiento de un elenco de libertades individuales, la restricción de las facultades ejercitadas por el Estado y el fomento del desarrollo de instituciones privadas (como los medios de comunicación y las organizaciones políticas)— que sirven de contrapeso adicional a los poderes del Estado. Por su parte, cada una de las Constituciones de los Estados establecen mecanismos similares de distribución de poder.

Desde muy temprano, en la historia de la República norteamericana los tribunales han ido asumiendo de forma progresiva la responsabilidad de velar por la correcta aplicación de estas disposiciones constitucionales. Este proceso se ha acelerado de forma notable a lo largo de este último siglo. Más en concreto, los tribunales han protegido los derechos individuales e insistido en que los gobiernos de los Estados traten a sus respectivos ciudadanos con justicia y respeto del principio de no discriminación. En menor medida, los tribunales han ido moldeando toda una jurisprudencia dirigida a formular y establecer parámetros a través de los cuales se impongan límites a la actuación del Estado. En esta labor de salvaguardia de tales disposiciones constitucionales, los tribunales han afirmado su competencia para declarar inconstitucional cualquier actuación realizada por los representantes de los poderes políticos del Estado que vaya más allá de su ámbito propio de potestades.

En el desarrollo de dicha jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha ido formulando toda una serie de «estándares de control de constitucionalidad» o *tests* que identifican, por una parte, los supuestos en que el escrutinio judicial es apropiado y, por otra, las formas en las que éste debe ser ejercitado. En el sistema constitucional norteamericano, en el que existen múltiples niveles de poder, un amplio porcentaje de las leyes que se dictan y de las actuaciones realizadas por los poderes políticos del Estado se controlan desde el punto de vista de un estándar más laxo: los tribunales no anularán dichas leyes cuando existe, al menos, una cierta racionalidad detrás de ellas, lo que ocurre casi siempre. En otros contextos, sin embargo, el Tribunal establece un estándar más riguroso a la hora de realizar el control de constitucionalidad. Este segundo tipo de escrutinio pone el acento en que los intereses del Estado tengan algún grado de importancia e inquiere sobre si existe alguna medida alternativa para alcanzar dicho interés que sea menos lesiva de los valores constitucionales que han provocado el control de constitucionalidad. Este último aspecto ha sido denominado de formas diversas, pero la etiqueta más habitual ha sido la de «principio de la alternativa menos restrictiva¹».

¹ Por ejemplo, algunos tribunales han desarrollado la «doctrina de la solución menos invadiente»,

Dicho principio afecta a toda una serie de conceptos y construcciones esenciales en el Derecho constitucional norteamericano. Su uso tiene, además, un claro elemento activista; en realidad, el principio de la alternativa menos restrictiva supone un control judicial de la elección del legislador sobre los medios y medidas que éste va a emplear para alcanzar un objetivo determinado. Por otra parte, el principio descansa sobre una noción básica y de sentido común, y es que el Estado sólo está facultado para restringir las libertades individuales cuando no puede alcanzar un determinado objetivo de otra forma. En cualquier caso, el «análisis de las alternativas» es un instrumento fundamental de control exhaustivo que el Tribunal Supremo ha utilizado para conseguir una protección judicial más completa de los derechos fundamentales, del principio de igualdad y del sistema federal norteamericano. El análisis que presentamos a continuación examina el uso que se ha hecho del principio de la alternativa menos restrictiva en estos ámbitos.

que establece que cuando un tribunal dicta una resolución contra un poder del Estado, éste debería limitarse a utilizar aquellos medios a su alcance que menos afecten a las prerrogativas y facultades de los demás poderes del Estado. Así, por ejemplo, si un tribunal declara inconstitucional una disposición de una ley, éste debería intentar preservar el máximo posible del resto de la ley. «Cuando una ley persigue el cumplimiento de un interés público urgente y necesario pero es técnicamente deficiente desde un punto de vista constitucional, [el tribunal] aplicará el principio de la solución [menos invadiente], y, por tanto, dará a la ley, hasta el punto en que sea posible, una interpretación que sane su defecto y la deje a salvo de una invalidez total». *Vid.* la siguiente jurisprudencia: *State ex rel. Roy Allen S. v. Stone*, 196 W. Va. 624, 637, 474 S.E. 2d 554, 567 (1996); *McGuire v. Farley*, Syl. Pt. 2, 179 W. Va. 480, 370 S.E. 2d 136 (1988); *Anderson's Paving, Inc. v. Hayes*, Syl. Pt. 2, 170 W. Va. 640, 295 S.E. 2d 805 (1982).

Igualmente, los tribunales, en su función de control de la actividad de la Administración, realizan consideraciones (al menos) de medidas alternativas menos onerosas sobre el administrado. *Vid.*, por ejemplo, *Jacob Siegel Co. v. FTC*, 327 U.S. 608 (1946) (asunto de reenvío a la agencia para la determinación de si un requisito de etiquetado sería suficiente en lugar de dictar prohibición); *vid.*, también, *Lake v. Cameron*, 364 F. 2d 657 (D.C. Cir. 1966) (*en banc*) (los «consejos de compromiso civil» (*civil commitment boards*) deben de considerar el abanico de alternativas para el tratamiento y localización del paciente en el lugar menos restrictivo); GELHORN, «Adverse Publicity by Administrative Agencies», 86 *Harv. L. Rev.* 1380, 1426 & n.º 185 (1973); NOTE, «The Less Restrictive Alternative in Constitutional Adjudication», 27 *Vand. L. Rev.*, 971, 1036, n.º 374 (1974). Por supuesto, estas decisiones podrían ser interpretadas también, simplemente, como aplicaciones específicas de los poderes tradicionales de los «tribunales de equidad» (*equity courts*), que tienen una potestad establecida en términos bastante amplios y flexibles para modular el «remedio de equidad» (*relief*) dirigido a determinar los hechos, las partes y los conflictos del litigio. *Vid.*, por ejemplo, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971).

Por último, una doctrina constitucional sólidamente establecida sobre el principio de proporcionalidad limita la posibilidad de imposición de penas por los tribunales. Muchas Constituciones de los Estados establecen explícitamente que las penas deben ser proporcionadas al delito y a las circunstancias concretas en las que éste se ha cometido. *Vid.*, por ejemplo, *La Constitución de West Virginia*, art. 3.5.º («Las penas deberán ser proporcionadas a la naturaleza e intensidad del delito»). En el concepto está también implícito el principio federal del «proceso con las debidas garantías» (*due process clause*), y en la Octava Enmienda, en especial en la disposición de esta última, que prohíbe la imposición de multas excesivas. *Vid. Alexander v. United States*, 509 U.S. 544, 558-59 (1993).

A) *La primera enmienda: libertad de expresión*

Tal y como se expresa habitualmente, «la precisión de la norma debe ser la piedra de toque» en materias que afecten a las «libertades más preciadas» de expresión, comunicación y asociación² que se protegen por la primera enmienda de la Constitución. El Estado no puede, por tanto, utilizar aquellos medios que «supriman con carácter general» dichas libertades: «La actuación del legislador debe ser controlada desde la perspectiva del principio de «la medida menos drástica existente» para cumplir el mismo objetivo³. Estas premisas han sido aplicadas en el contexto de la primera enmienda con especial intensidad y de formas muy variadas.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina que podemos denominar de la «exorbitancia⁴» (*overbreadth*). Si, por ejemplo, el legislador intenta regular el contenido del principio de libertad de expresión, una ley puede ser declarada inconstitucional si su impacto regulatorio se extiende incluso a aquel ejercicio de la libertad de expresión que nada tenga que ver con los del cumplimiento de los intereses legítimos del Estado. Por ejemplo, el Tribunal ha definido aquellas formas de expresión que el Estado puede prohibir por «pornográficas»: expresión pornográfica es aquella que, tomando por base los estándares actuales de la comunidad en su conjunto, apela a términos lascivos, describe de una forma claramente ofensiva la conducta sexual específicamente definida por la ley y carece de valor artístico, literario, político o científico serio⁵. Por tanto, una prohibición general sobre películas en las que se muestren desnudos frontales sería claramente exorbitante; ello supondría, en realidad, incluir en su ámbito de aplicación muchas películas que no caen en la definición de «pornografía⁶». En estos casos, el Estado tiene necesariamente ante sí una alternativa menos restrictiva, que es la de redefinir su prohibición y restringirla solamente a aquellas formas de expresión que no estén especialmente protegidas. Igualmente, el Estado puede decidir que los delinquentes no pueden sacar partido de los delitos que comieran, pero ese interés, que es claramente legítimo, no permitiría, por ejemplo, la afeción de todos los derechos de autor debidos por los autores de libros sobre delitos.

² Vid. *United States v. Robel*, 389 US 258, 265 (1967); *NAACP v. Button*, 371 US 415, 438 (1963); *Shelton v. Tucker*, 364 US 479, 488 (1960).

³ *Shelton v. Tucker*, 364 US 479, 488 (1960).

⁴ *N. del T.*: De acuerdo con el *Black's Law Dictionary*, el término *overbreadth* hace alusión a aquella situación en la que una determinada norma está redactada de forma tan general y vaga que puede, al menos potencialmente, llegar a conculcar aquellas manifestaciones del derecho fundamental a la libertad de expresión que reciben una especial protección constitucional. Sin embargo, en la nota a pie de página n.º 14 del texto que traducimos, se indica que «una ley puede ser declarada [*overbreadth*] y ser, al mismo tiempo, clara y precisa...». Ante esta ambivalencia, el traductor ha preferido utilizar (a falta de una alternativa mejor) la expresión «doctrina de la exorbitancia» como equivalente del sentido general que entiendo tiene la teoría norteamericana del *overbreadth*.

⁵ Vid., por ejemplo, *Miller v. California*, 413 US 15, 24 (1973).

⁶ Vid., por ejemplo, *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 US 205 (1975); *Jenkins v. Georgia*, 418 US 153 (1974).

En este caso, la ley sería declarada nula por exorbitante, puesto que muchos de los libros afectados quedarían fuera del interés del Estado en eliminar el potencial para la obtención de beneficios derivados de la comisión de un delito⁷. De nuevo, dicha ley podría ser concretada de tal manera que el mismo tipo de interés quedara suficientemente protegido de una forma mucho menos restrictiva para la libertad de expresión⁸.

Incluso las leyes que tienen un contenido más neutral, como, por ejemplo, aquellas que regulan el tiempo, lugar, y la forma de expresión pueden ser anuladas si no se han formulado de forma estricta para la consecución de intereses legítimos. Por ejemplo, una ciudad puede limitar los lugares y el tiempo para el ejercicio del derecho de manifestación con la finalidad de no interrumpir el tráfico⁹ o puede restringir la localización y magnitud de las señales con la finalidad de promover intereses estéticos¹⁰. Debido a que este tipo de leyes no suponen, normalmente, la posibilidad de que el Estado, a través de ellas, suprima el ejercicio de la libertad de expresión, los tribunales suelen ser más flexibles con ellas que con las leyes que tienen un contenido discriminatorio. Sin embargo, los tribunales controlan las normativas sobre tiempo, localización y comportamiento para asegurar que permiten un cierto margen para el ejercicio de los derechos derivados de la primera enmienda. Dicho control emplea un *test* en el que se analiza si la ley es «razonablemente necesaria» y deja abierta, por tanto, canales adecuados para la expresión¹¹.

⁷ *Simon & Schuster v. New York State Crime Victims Board*, 502 US 428 (1991). Por ejemplo, la ley descrita en el texto podría haber sido aplicada al libro de THOREAU, *Civil Disobedience*, y a la *Autobiografía de Malcom X*.

⁸ En el contexto de la primera enmienda, los tribunales realizan careos incluso en relación con personas que han cometido un atentado a la libertad de expresión penado por la ley, si la ley recurrida va más allá de lo necesario «de forma substancial... si ésta se juzga en relación con [el] legítimo interés que ésta trata de salvaguardar». *Broadrick v. Oklahoma*, 413 US 601 (1974). Las normas procesales tradicionales normalmente prohíben que los litigantes utilicen este tipo de argumentos, que tocan a los derechos de terceras personas que no son parte en el procedimiento. Los argumentos sobre la base de la primera enmienda que descansan sobre las alegaciones de terceras personas se permiten, sin embargo, debido a que se produce un «efecto congelación» de la ley que se declara «exorbitante», es decir, se produce un efecto disuasorio sobre los particulares que (si no es por la ley) ejercitarían los derechos derivados del derecho fundamental a la libre expresión. El Tribunal Supremo ha mantenido que «el posible daño que se puede producir sobre la sociedad derivado de no penar algún ejercicio desprotegido de la libertad de expresión pesa menos que la posibilidad de que el ejercicio protegido de la libertad de expresión de otros se viole y los atentados contra tal ejercicio dejen de pensarse como consecuencia de los posibles efectos inhibitorios de normas excesivamente generales». *Id.* en 612.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, *Heffron v. ISKCON*, 452 US 640 (1981); *Cox v. New Hampshire*, 312 US 569 (1941).

¹⁰ *Vid.*, en este sentido, *City of Ladue v. Gilleo*, 512 US 43 (1994); *Metromedia v. City of San Diego*, 453 US 490 (1981).

¹¹ *Vid.*, por ejemplo, *Rock Against Racism v. Ward*, 491 US 781 (1989); *City Council v. Taxpayers for Vincent*, 466 US 789 (1984). El mismo, estándar flexible de la «necesidad razonable», se aplica también a las distinciones de contenido relativas a la libertad de expresión mercantil, por lo menos de acuerdo con *Board of Trustees v. Fox*, 492 US 469 (1989). Cuando, sin embargo, el Estado regula la libertad de expresión de sus propias instituciones, como, por ejemplo, ministerios, colegios, prisiones, el control judicial es mínimo, y, por tanto, las alternativas juegan un papel menor. *Vid.*, por ejemplo, *Rust v. Sullivan*, 500 US 173 (1991) (ayudas a clínicas de planeamiento familiar); *Hazelwood School Dist. v. Kuhlmeier*, 484 US 260 (1988) (sistema de publicación de un colegio público); *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 US 37 (1983) (sistema de correos de los colegios).

Aquellas leyes que sean vagas y que puedan ser aplicadas a aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que se encuentran especialmente protegidas, presentan una variedad particular en lo que a su control de constitucionalidad se refiere. El Tribunal Supremo ha insistido que, cuando el Estado regula el ejercicio de la libertad de expresión, debe hacerlo con claridad suficiente, de forma que la ley no sea susceptible de interpretaciones que podrían impedir el ejercicio de la libertad de expresión protegida o invitar a la persecución legal de grupos e individuos impopulares¹². De nuevo, siempre existirá una alternativa válida a una ley que es imprecisa; en este caso, el Estado puede volver a redactar la ley para eliminar la imprecisión y para definir más concretamente su contenido con la finalidad de cubrir aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que estén especialmente protegidas.

Hay también aplicaciones del principio de la alternativa menos restrictiva en la jurisprudencia sobre la primera enmienda en las que las alternativas que se toman en consideración pueden determinar la adopción de medidas totalmente distintas a las originalmente previstas para la consecución del mismo fin legítimo. Incluso en este tipo de casos, sin embargo, las alternativas promueven en general los objetivos del Estado a través de la ejecución de medidas más directamente conectadas con el cumplimiento del interés en cuestión¹³. Por ejemplo, en *United States v. Robel*¹⁴, se anuló una ley que prohibía trabajar en el ejército a miembros del Partido Comunista. En parte, la decisión del Tribunal aplicó el clásico análisis de «exorbitancia»: en lugar de prohibir el empleo de comunistas en el ejército, la ley debería, según el Tribunal, haberse dirigido sólo a aquellos miembros del PC que realmente pudieran plantear problemas desde un punto de vista de la seguridad nacional (por ejemplo, aquellos que pretendieran específicamente la consecución de los fines ilícitos del PC), y sólo a aquel tipo de trabajos que, en realidad, afectaban a la seguridad nacional. El Tribunal fue, sin embargo, más lejos, al establecer que el Estado podía haber utilizado métodos de investigación del personal susceptible de ser contratado para evitar los riesgos que para la seguridad nacional pudieran derivarse de la contratación de determinados miembros del partido comunista, antes que utilizar un término («comunistas») sin tomar en consideración las circunstancias particulares de cada candidato. Finalmente, el Tribunal subrayó que el Estado ya tenía leyes para el espionaje y el sabotaje, lo que presumiblemente disuadiría a los potenciales saboteadores. De

¹² *Vid.*, por ejemplo, *Smith v. Goguen*, 415 US 566 (1974); *Keyshian v. Board of Regents*, 385 US 589 (1967). Una ley que viola la primera enmienda debido a su vaguedad es también necesariamente contraria a la Constitución por exorbitante, puesto que su vaguedad la hace susceptible también de aplicación a la libertad de expresión especialmente protegida. Sin embargo, una ley puede ser declarada exorbitante, y ser al mismo tiempo clara y precisa. *Vid.*, por ejemplo, *Zwickler v. Koota*, 389 US 241 (1967).

¹³ En otras palabras, los asuntos que se discuten en el texto podrían ser también examinados como una variante de la doctrina de la «exorbitancia».

¹⁴ 389 US 258 (1967).

la misma forma, en *Schneider v. New Hampshire*¹⁵, el Tribunal Supremo anuló una normativa adoptada por una serie de ciudades en la que se prohibía la distribución de folletos con la finalidad de combatir el vertido de basuras indiscriminado. El Tribunal argumentó en este asunto que los municipios tenían a su disposición otro tipo de medidas alternativas para alcanzar dicho fin sin, al mismo tiempo, tener que eliminar un importante mecanismo para la expresión de los ciudadanos. Entre dichos métodos alternativos estaban, según el Tribunal, «la imposición de multas sobre aquel ciudadano que arroje papeles a la calle»¹⁶, o, simplemente, la limpieza y cuidado de las calles¹⁷. Un último ejemplo de alternativa menos restrictiva se encuentra en la insistencia judicial de que las medidas punitivas se utilicen en lugar de las restricciones, ya que, en parte, estas últimas suelen tener un impacto mayor del estrictamente necesario sobre el ejercicio normal de la libertad de expresión.

En los ejemplos que acaban de ser expuestos, la alternativa que el Tribunal sugiere es siempre una medida más centrada, es decir, más estrechamente conectada con la consecución del interés protegido. En otros términos, éstos son casos en los que, según el Tribunal, se exige que las medidas se concentren sólo en aquellos individuos o hechos que, *de facto*, han atentado contra el interés protegido, o que, por lo menos, presenten un riesgo intolerable de hacerlo.

Los asuntos anteriores también nos ilustran sobre la consideración que el Tribunal realiza de la cuestión de la efectividad relativa de las llamadas alternativas menos restrictivas. En el asunto *Robel*, por ejemplo, investigar a todos los miembros del partido comunista podría ser interpretado como una medida profiláctica más efectiva y menos costosa que la investigación individualizada de los mismos basada en la comisión de atentados de naturaleza penal. Igualmente, la prohibición de la distribución de folletos habría sido seguramente una medida más efectiva a la hora de combatir el vertido indiscriminado de basura que la alternativa de multar y demandar solamente a aquellas personas que efectivamente arrojaran papeles a la calle. Sin embargo, aunque existen excepciones¹⁸, las decisiones del Tribunal Supremo sobre la primera enmienda, generalmente no toman en cuenta la menor efectividad de las alternativas menos restrictivas para el cumplimiento del objetivo que se marca el Estado. En efecto, las sentencias examinadas establecen que la eventual violación de los derechos derivados de la libertad de expresión, consecuencia de la ejecución de la ley anulada, pesa más que la posible ganancia en términos de efectividad que se pudiera derivar de la aplicación de la medida en cuestión. Esto refleja no sólo la primacía de los derechos derivados de la primera enmienda¹⁹, sino tam-

¹⁵ 308 US 147 (1939).

¹⁶ *Id.* en 162.

¹⁷ *Id.* en 162-63.

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, *Burson v. Freeman*, 504 US 191, 206-11 (1992).

¹⁹ También es cierto, sin embargo, que el control exhaustivo en otros asuntos relativos a derechos

bién la dificultad del Tribunal para analizar la cuestión de la efectividad y los costes existentes entre varias alternativas. El Tribunal ha argumentado que este tipo de análisis es esencialmente de tipo legislativo y que, por lo tanto, queda fuera de las potestades de control del Tribunal²⁰.

Una decisión reciente sirve para dar un último ejemplo de los elementos hasta ahora señalados. En el asunto *Reno v. American Civil Liberties Union*²¹, el Tribunal analizó la constitucionalidad de dos disposiciones de la Ley de comunicación y decencia (1996) que tenía por objeto limitar la transmisión de pornografía en Internet. El primer artículo de la ley prohibía la transmisión voluntaria de mensajes «pornográficos» o de imágenes que pudieran perturbar a menores de dieciocho años, mientras en el segundo se prohibía la transmisión voluntaria de mensajes o imágenes «claramente perturbadoras para la integridad moral» de los menores²². El Tribunal estableció, en su sentencia, que el Estado tiene un interés legítimo en proteger a la juventud frente a la exposición de material pornográfico; sin embargo, también estableció que la medida bajo control limitaría, necesariamente, la posibilidad de que los adultos tuvieran acceso a información protegida por la primera enmienda (incluida información de alto valor). La ley «carece de la precisión que la primera enmienda requiere a la hora de regular el ejercicio de la libertad de expresión. Para impedir que los menores accedan a dicho material, la ley imposibilita el disfrute de gran parte del contenido del derecho a la libre expresión al que los adultos tienen derecho. Esta limitación del ejercicio de la libertad de expresión de los adultos sería inaceptable si existieran alternativas menos restrictivas que fueran al menos tan efectivas para el cumplimiento del objetivo legítimo que persigue la ley»²³. Aunque la prohibición que intentó establecer la ley habría quedado cubierta por el llamado estándar de *Miller*²⁴, el Tribu-

fundamentales y al principio de igualdad, no realiza un examen en profundidad sobre la efectividad relativa de medidas alternativas. *Vid.*, en este sentido, las secciones B) y C), *infra*.

²⁰ *Vid.*, por ejemplo, el siguiente pasaje de la sentencia *United States v. Robel*, 389 US 258, 267-68 (1967):

«El Estado argumenta que el Congreso, al aprobar [una ley que prohíbe a los miembros del partido comunista participar y formar parte del ejército], consideró que una posible alternativa a dicha ley —un programa de investigación y seguridad— habría sido inadecuada e ineficaz para proteger a la nación contra actos como el sabotaje militar. No pertenece a nuestro ámbito de potestades el examinar la validez de este análisis del legislador, ni tampoco determinar si un programa de investigación y seguridad es la única alternativa a la ley en cuestión. Nuestra función es solamente la de determinar si la que se ha sometido a nuestro escrutinio ha excedido los límites impuestos por la Constitución a través de la primera enmienda. La potestad de dictar legislación dentro de dichos límites pertenece al Congreso. Nuestra decisión de hoy simplemente reconoce que, cuando existen objetivos legítimos expresados en una ley, que impongan una restricción sustancial de los derechos protegidos derivados de la primera enmienda, el Congreso debe intentar cumplir dicho objetivo a través de medidas que tengan un impacto “menos drástico” sobre dichos derechos...La Constitución y la posición central de la primera enmienda en nuestro sistema democrático así lo exigen».

²¹ __US__, 117 S. Ct. 2329 (1997).

²² 47 USC 223(a) & (d).

²³ 117 S. Ct. en 2346. La existencia de estos instrumentos alternativos disminuye la necesidad de la intervención estatal para proteger a los menores de la pornografía.

²⁴ *Vid.* nota a pie de página n.º 4, *supra*.

nal subrayó además que el Estado no estaba legitimado para dictar prohibiciones claramente «exorbitantes» sobre material pornográfico. Además de ello, el Tribunal indicó que existe un tipo de *software* que permite a los padres impedir que sus hijos tengan acceso a material pornográfico y a otro tipo de material inapropiado que circule en Internet²⁵.

B) Otros derechos fundamentales

Además de los derechos reconocidos por la primera enmienda, el Tribunal ha identificado otros derechos fundamentales implícitos en el principio de un «proceso con las debidas garantías» contenido en la quinta y decimocuarta enmiendas y en el principio de igualdad contenido en esta última. Éstos se refieren, con carácter general, a los derechos de libre circulación, intimidación²⁶ y participación en el proceso electoral²⁷. Las leyes que imponen restricciones sustantivas sobre los derechos fundamentales deben de satisfacer un control exhaustivo²⁸. La formulación más frecuente de este tipo de escrutinio es que el Estado debe probar que la restricción es *necesaria* para el cumplimiento de un interés fundamental. El término en cursiva incorpora, en realidad, el principio de la alternativa menos restrictiva; si existe una medida alternativa que asegure el cumplimiento del objetivo del Estado, y esa alternativa no restringe de la misma forma el derecho fundamental, entonces la intromisión no es necesaria y se declara, por tanto, nula. Este aspecto del análisis a menudo decide el asunto. Así, por ejemplo, en *Dunn v. Blumstein*²⁹, el Tribunal anuló una ley del Estado que

²⁵ 117 S. Ct. en 2347.

²⁶ El derecho a la intimidación incluye cuestiones de derecho de familia, autonomía, persona e integridad física. Derechos específicos de este género son: la libertad de contraer matrimonio; la libertad de adoptar decisiones sobre los hijos (incluidos contracepción y aborto); educación de los hijos; disposiciones familiares; rehusar tratamiento médico; y (quizá) prohibición de que el Estado publique y disemine hechos de la vida privada. *Vid.*, en general, John E. NOWAK & Ronald D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, 795-865 (5th. ed., 1995).

²⁷ Los derechos de participación en el proceso electoral incluyen los siguientes: derecho al sufragio activo; sufragio pasivo; autogobierno de los partidos políticos. Se ha reclamado el reconocimiento de otros tipos de derechos, con resultados diferentes. Comparar, por ejemplo, *Plyer v. Doe.*, 457 US 202 (1982) (derecho a la educación, cuando se combina con discriminación de menores inocentes, requiere un nivel elevado de protección judicial), con *Kadrmas v. Dickinson Public Schools*, 487 US 450 (1988) (la educación es un derecho fundamental), y *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973) (ídem); comparar *Romer v. Evans*, 517 US 620 (1996) (el referendo que anuló leyes locales y estatales que prohibían la discriminación de homosexuales constituye una violación del principio de igualdad), con *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986) (no existe un derecho fundamental a participar en actos homosexuales voluntarios).

²⁸ Consecuentemente, a las restricciones que suponen incursiones mínimas en estos derechos, se les aplica un control menos intenso. Por ejemplo, el derecho al matrimonio es un derecho fundamental, pero el requisito típicamente exigido de que los ciudadanos no pueden contraer matrimonio sin haber pagado previamente una pequeña tasa oficial para obtener el correspondiente permiso supone una restricción tan mínima que sería declarado válido incluso ante la ausencia de un interés estatal fundamental. Por tanto, el análisis se desarrolla de forma progresiva: cuanto mayor sea la restricción, mayor debe ser la justificación dada por el Estado y más estricto debe ser el control de necesidad.

²⁹ 405 US 330 (1972).

condicionaba el derecho al voto en las elecciones federales y estatales a la residencia durante uno y dos años, respectivamente (es decir, para poder votar, un ciudadano tenía que haber residido de forma continuada durante un año en los Estados Unidos para las elecciones generales, y durante dos años en un Estado para poder votar en las elecciones de ese Estado). La ley afectaba, por tanto, tanto al derecho de voto en las elecciones estatales como al derecho a la libre circulación inter-estatal, debido a la desposesión del derecho de sufragio que ello supondría en relación con aquellos que habían ejercitado recientemente tal derecho. Al aplicar un tipo de control estricto, el tribunal reconoció que el objetivo del Estado de evitar el fraude en las elecciones era un interés legítimo, pero estableció que el registro electoral y las leyes penales de aplicación en el momento servían ya de forma adecuada al cumplimiento de tal objetivo³⁰. De la misma forma, en *Zablocki v. Redhai*³¹, el Tribunal anuló una ley que requería el permiso judicial para que un residente pudiera contraer matrimonio si sobre éste había recaído una decisión judicial imponiéndole una obligación de alimentos en favor de sus hijos. Claramente, el Estado tenía también, en este caso, intereses importantes que proteger, pero, según el Tribunal, también contaba con «numerosos medios para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de alimentos establecidos judicialmente que no restringieran el derecho al matrimonio»³².

C) *Protección del principio de igualdad*

La enmienda n.º 14 de la Constitución de los Estados Unidos establece que «ningún Estado... debe denegar a nadie un tratamiento igual ante la ley»³³. Los intérpretes de esta disposición han identificado ciertos tipos de discriminación *a priori* ilegales, que sólo pueden ser mantenidos si ello es necesario para la consecución de un interés fundamental del Estado. La lista de discriminaciones susceptibles *a priori* de inconstitucionalidad incluye a las clasificaciones basadas en la raza, la nacionalidad, extranjeros³⁴ (a veces³⁵), o en el ejercicio por un individuo de un «derecho fundamen-

³⁰ 405 US en 353.

³¹ 434 US 374 (1978).

³² *Id.* en 389.

³³ Aunque dicho principio no se aplica al Estado Federal, el Tribunal Supremo ha interpretado el principio de un «proceso con las garantías debidas» (5.ª enmienda) en el sentido de que éste impone el respeto del principio de igualdad al Estado central. *Vid.*, por ejemplo, *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 US 636 (1975); *Bolling Sharpe*, 347 US 497 (1954).

³⁴ Es decir, discriminación contra personas que no son ciudadanos de los Estados Unidos.

³⁵ La jurisprudencia sobre la no discriminación de extranjeros es algo confusa. Si el Congreso dicta una ley discriminatoria, la norma es válida a no ser que sea arbitraria. *Vid. Mathews v. Diaz*, 426 US 67 (1976). Las leyes estatales con carácter discriminatorio, sin embargo, deben de pasar el control exhaustivo de los tribunales, a no ser que realicen un esfuerzo considerable por definir a la comunidad política. *Vid.*, en este sentido, *Cabell v. Chávez-Salcedo*, 454 US 432 (1982), y también, *Griffiths*, 413 US 7171 (1973).

tal». Incluir a un colectivo en este tipo de clasificaciones susceptibles, *prima facie*, de atentar contra el principio de igualdad supone examinar si dicho colectivo ha sido objeto, históricamente, de discriminación o de una forma de pensamiento estereotipada y si las características definitorias de dicho colectivo es relevante para la adopción de decisiones de tipo meritocrático³⁶.

El Estado tendrá, en la mayor parte de los casos, dificultades en satisfacer el elemento de necesidad en materia de protección del principio de igualdad porque hay muy pocas clasificaciones que, incluyendo algún tipo de discriminación, puedan ser declaradas conformes a la Constitución. En este sentido, la forma de proceder suele ser el establecimiento de «identificadores» en las clasificaciones. Por ejemplo, todos los Estados establecen que los individuos deben alcanzar la edad de veintún años antes de poder comprar o consumir bebidas alcohólicas. En este caso, el establecer este límite de edad supone que los Estados han decidido que un individuo debería alcanzar una determinada madurez para empezar a consumir alcohol con el objeto de evitar el potencial riesgo de adicción. Por supuesto, la línea trazada por dicha normativa es evidentemente fina; en realidad, en sí misma considerada, la medida es, por un lado, excesivamente amplia (algunas personas menores de veintiún años son suficientemente maduras para beber) y, por otro, excesivamente reductora (algunas personas por encima de los veintiún años no son suficientemente maduras para beber). De esta forma, el análisis de las alternativas normalmente buscaría otro tipo de clasificación que elimine o, al menos, reduzca, ambos efectos (por ejemplo, una edad más baja o más alta o algo completamente distinto, como tener en cuenta el peso y la altura) o simplemente individualice la decisión (por ejemplo, exámenes para ver si un individuo es suficientemente maduro y/o saludable para consumir alcohol o si tiene una determinada predisposición genética al alcoholismo)³⁷. Sin embargo, requerir que las clasificaciones deben adecuarse perfectamente a los objetivos del Estado o que se deben utilizar exámenes o determinaciones individualizadas en todo caso, supondría inutilizar la capacidad de intervención del legislador y de la Administración pública. Por tanto, el Tribunal explora dichas posibilidades sólo en casos de control exhaustivo.

³⁶ La raza es el ejemplo clásico. Las minorías raciales en los Estados Unidos han sido objeto no sólo de leyes discriminatorias sino también, como es sabido, de esclavitud. Además, el sesgo de tipo racial ha sido un problema persistente en el ámbito decisonal privado. Al mismo tiempo, actualmente se entiende que la raza es un elemento desconectado de la capacidad personal.

³⁷ Podemos dar otros ejemplos: pensemos en el asunto «embargo» durante el período de guerra (actualmente tan desacreditado), *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944), que declaró válido el programa del Estado dirigido a trasladar a todas las personas con antecesores japoneses (incluidos los ciudadanos norteamericanos) desde la costa oeste al interior durante la II Guerra Mundial. El Tribunal Supremo argumentó que la situación de urgencia derivada de la guerra convirtió al objetivo perseguido por el Estado en fundamental, sobre todo teniendo en cuenta que no existían otro tipo de clasificaciones alternativas, y que la posibilidad de realizar investigaciones individualizadas era impracticable en este caso. *Vid.* también, *Hirabayasi v. United States*, 320 US 81 (1943) (en el que el Tribunal declaró válido el toque de queda para los nipo-americanos que vivían en la costa oeste durante la II Guerra Mundial).

Además de la creación de listas de colectivos susceptibles de recibir un tratamiento discriminatorio, que son objeto, como decimos, de un control exhaustivo, el Tribunal realiza un «control intermedio», es decir, menos intenso, en el que se pregunta si una determinada clasificación está «sustancialmente relacionada» (y no necesariamente) con un interés del Estado «importante» (y no fundamental)³⁸. Más en concreto, las leyes discriminatorias en función del sexo y filiación ilegítima entran dentro de este grupo, aunque sentencias recientes³⁹ sugieren que el control de la discriminación por razón de sexo debería ser más adecuadamente tratado desde una perspectiva de control «exhaustivo», debido a su cercanía con cuestiones de discriminación racial. Otro tipo de clasificaciones pueden, dependiendo del contexto, requerir también un control exhaustivo⁴⁰. En cualquier caso, la «relación sustancial» antes apuntada, parámetro del control «intermedio», implica también un examen de las alternativas, aunque el Estado no necesita probar la existencia de un elemento de «estricta necesidad» para justificar el uso de la clasificación recurrida⁴¹.

En todos los demás casos de protección de la igualdad —es decir, aquellos que no afectan a un colectivo susceptible de tratamiento discriminatorio o a un derecho fundamental—, el Tribunal realiza un análisis meramente superficial que simplemente examina (aunque bajo fórmulas distintas) si la ley está racionalmente relacionada con un fin legítimo. Este tipo de *test* se aplica a la gran mayoría de clasificaciones estatales, y conlleva, también en un número alto de casos, la confirmación judicial de su legalidad. En definitiva, en este último tipo de análisis el Tribunal no examina las alternativas⁴².

D) *Salvaguardia del principio federal*

El análisis de las alternativas también se realiza por parte de los tribunales para proteger el principio federal. Para empezar, históricamente, el Tribunal ha interpretado que la competencia federal para regular el comercio inter-estatal implica la posibilidad de imponer limitaciones sobre las competencias de los Estados. Además, y esto es quizá más importante, los Estados no pueden impedir el desarrollo del comercio inter-estatal a

³⁸ *Vid.*, por ejemplo, *Craig v. Boren*, 429 US 190, 197 (1976) (clasificación por sexo).

³⁹ *United States v. Virginia*, 518 US 515 (1996); *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 US 127 (1994); *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 US 718 (1982).

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, *Plyler v. Doe*, 457 US 202 (1982) (hijos de inmigrantes ilegales); *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 US 432 (1985) (subnormales); *Tate v. Short*, 401 US 395 (1971) (indigentes). Las clasificaciones que discriminan homosexuales y lesbianas continúan provocando un profundo debate en lo relativo a la intensidad requerida para su control judicial.

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law* 1553-1618 (2nd ed., 1988).

⁴² *Vid.*, por ejemplo, *New York City Transit Authority v. Beazer*, 440 US 568 (1979) (no se impuso a la ciudad que ésta tuviera que tener en cuenta al subgrupo de pacientes bajo tratamiento de desintoxicación de drogas para contratación en empresa de transportes de la ciudad de Nueva York).

menos que ello sea necesario para cumplir un interés legítimo (legítimo, además, no en el sentido de puramente local). La necesidad aquí se controla de forma estricta, y así el Tribunal sólo ha declarado válidas leyes discriminatorias en muy raras ocasiones⁴³. En realidad, el Tribunal ha establecido que las discriminaciones palmarias son «virtualmente inválidas *per se*»⁴⁴. «La discriminación contra la cláusula de comercio inter-estatal en favor del comercio local es inválida *per se*, salvo en escasos supuestos en que el ayuntamiento pueda demostrar que no tiene otros medios para cumplir un interés local legítimo»⁴⁵. Además, incluso las leyes que incorporan, a primera vista, normas neutrales, pueden ser anuladas en el caso en que hubieran sido dictadas con una finalidad discriminatoria o desplegaran un efecto discriminatorio. «Cuando se demuestra... la discriminación, la carga de la prueba recae en el Estado; es el Estado, por tanto, el que debe justificar la medida tanto en términos de los beneficios locales que se derivan de la ley como en términos de la inexistencia de medidas alternativas menos discriminatorias»⁴⁶. En estos casos, el examen de las alternativas ayuda a asegurar que el Estado no ha dictado una medida neutral con el objeto de perseguir una finalidad discriminatoria.

Un segundo aspecto del federalismo, en el cual las alternativas son relevantes, es la aplicación de la disposición sobre privilegios e inmunidades del art. IV, párr. 2.º, de la Constitución⁴⁷, que prohíbe que los Estados discriminen a nacionales de otros países en la distribución de los beneficios derivados del ejercicio de los derechos fundamentales (los derechos fundamentales en relación con la disposición sobre privilegios e inmunidades a los que nos referimos aquí son más numerosos que los derechos fundamentales a los que se concede protección sustantiva debido a la aplicación del principio de un proceso con las garantías debidas, descritos en la parte B de este estudio). Tras haber establecido que un Estado ha adoptado una medida que supone un tratamiento discriminatorio de un extranjero, el Tribunal procede a determinar si existe un interés «fundamental» que justifique dicho tratamiento y «si esa discriminación tiene una relación directa» con dicho interés⁴⁸. Dicho examen incluye un análisis de

⁴³ Una excepción reciente es *Maine v. Taylor*, 477 US 131 (1986), en la que Maine convenció al Tribunal de que su prohibición a la importación en el Estado de cebo vivo para pescar era necesaria para proteger el equilibrio ecológico de la sensible población de cebo para pesca americana, y que alternativas menos restrictivas, como la inspección, no eran factibles.

⁴⁴ *Philadelphia v. New Jersey*, 437 US 617, 623 (1978).

⁴⁵ *C&A Carbone, Inc., v. Clarkstown*, 511 US 383, 392 (1994).

⁴⁶ *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm.*, 432 US 333, 353 (1977); *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 US 137, 142 (1970); *Dean Milk Co. v. Madison*, 340 US 349, 354 (1951).

⁴⁷ El artículo IV, párr. 2.º, establece: «Los ciudadanos de cada Estado son titulares de todos los privilegios e inmunidades de los que sean titulares los ciudadanos de los demás Estados de la Unión». Una disposición similar se encuentra en la enmienda 14; ésta prohíbe a los Estados «la abolición de los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos». La última disposición nunca ha sido utilizada para anular una intervención de los Estados, y hoy en día carece de reflejo en la jurisprudencia. *Vid. The Slaughterhouse Case*, 83 US (16 Wall) 36 (1873).

⁴⁸ *United Building & Construction Trades Council v. Tandem*, 465 US 208, ___ (1984).

las alternativas existentes. Por ejemplo, en *Supreme Court of New Hampshire v. Piper*⁴⁹, el Tribunal anuló una norma que limitaba la admisión al Colegio de Abogados sólo a los residentes. La práctica del Derecho es un «privilegio», según la definición dada por la disposición de la Constitución antes referida, lo que exige, por tanto, un examen de los intereses que el Estado alega. Y aunque el Estado tiene un interés legítimo en velar sobre la capacidad real de los no residentes para realizar ciertos tipos de actividades profesionales, el Estado «podría proteger dichos intereses a través de medidas menos restrictivas», como, por ejemplo, establecer que los no residentes se dediquen sólo a la actividad de asesoramiento local⁵⁰. Al ser posible tomar en consideración otras alternativas para alcanzar la finalidad antes señalada, el Tribunal establece que el objetivo perseguido por la ley no puede en ningún caso ser calificado de fundamental.

El análisis es claramente diferente en relación con la otra cara del federalismo (es decir, en lo relativo a las relaciones competenciales entre el Estado central y los Estados federales). El Estado central sólo es titular de las competencias que le atribuye la Constitución de forma explícita. A pesar de ello, las competencias del Estado central han sido interpretadas de forma expansiva, y en general los tribunales no cuestionan las decisiones del Congreso sobre las mediadas alternativas existentes cuando ejercita sus facultades⁵¹. De hecho, desde 1819, en la decisión *McCulloch v. Maryland*⁵², el Tribunal Supremo ha construido el principio de la «necesidad e idoneidad en el ejercicio del poder federal⁵³» como una forma de expandir, y no de limitar, las competencias del Estado central. McCulloch sostuvo, como hace actualmente el Tribunal Supremo, que «necesario» significa que el Congreso está autorizado para utilizar cualquier medio que sea «conveniente, útil o esencial»⁵⁴ para ejercitar las competencias que le atribuye la Constitución. Bajo esta interpretación, los límites sobre la capacidad de elección del Congreso de los medios son, evidentemente, míni-

⁴⁹ 470 US 274 (1985).

⁵⁰ *Id.* en 287.

⁵¹ Hay dos asuntos recientes que han establecido una excepción a este principio: el Congreso no puede ejecutar la legislación que adopta (incluso en relación con materias que están conectadas con la cláusula del comercio inter-estatal) a través de los poderes legislativos y ejecutivos de los Estados. *Vid. Printz v. United States*, ___ US ___, 117 S. Ct. 2365 (1997) (el Congreso no puede requerir a los Estados que ejecuten sus decisiones sin, al menos, pagar por ello los costes que ello implique); *New York v. United States*, 505 US 144 (1992) (El Congreso no puede exigir a los Estados que regulen de una forma determinada una materia). Estos pronunciamientos se aplican incluso cuando el Congreso hubiera podido alcanzar sus objetivos a través de otras vías, y en particular a través de sus competencias presupuestarias o de legislación directa sobre la base de la cláusula de comercio inter-estatal. La justificación de la postura del Tribunal se encuentra en una determinada percepción por parte de la alta instancia sobre la distribución histórica de competencias entre la Federación y los Estados y sobre la ausencia de responsabilidad política del Congreso en relación con este tipo de medidas viciadas de nulidad.

⁵² 17 US (4 Wheat.) 316 (1819).

⁵³ Artículo I, párr. 8, de la Constitución: «El Congreso es competente... para dictar todas las leyes que sean necesarias y apropiadas para el desarrollo de sus poderes, y de todos los demás poderes que esta Constitución otorga al Gobierno de los Estados Unidos, o a cualquiera de sus órganos».

⁵⁴ *McCulloch*, 17 US (4 Wheat.) en 413.

mos. En realidad, el juez Marshall rechazó, en *McCulloch*, el uso de la palabra «necesario» en su sentido de «menos restrictivo», porque ello hubiera supuesto que los tribunales deberían sustituir al Congreso en su elección, lo que constituiría una restricción indebida de sus facultades⁵⁵.

Algunos comentaristas han sugerido, sin embargo, que un análisis de las alternativas menos restrictivas, similar al utilizado para la protección de los derechos fundamentales, podría ser invocado cuando el Congreso se aventura en ámbitos que pertenecen claramente a la competencia de los Estados federales⁵⁶. En estos casos, el Congreso debería demostrar que hay algún grado de necesidad para la intervención federal. Aunque ninguna sentencia ha establecido esta conclusión, la decisión del Tribunal Supremo más reciente en esta materia, *United States v. López*⁵⁷, ofrece alguna base para ello. En este asunto, el Tribunal anuló, por primera vez en sesenta años, una ley federal por haberse excedido el Congreso en el ejercicio de sus competencias. El Tribunal enfatizó que la ley anulada regulaba materias tradicionalmente de competencia de los Estados (escuelas y regulación penal) y estableció que, para legislar en dichas áreas, el Congreso debería al menos haber articulado claramente la conexión existente con la cláusula de comercio inter-estatal, además de haber justificado la necesidad de la intervención federal⁵⁸.

CONCLUSIÓN

Como conclusión general, debemos destacar que los tribunales norteamericanos dejan en general un amplio margen de elección política a los demás poderes del Estado, lo que significa que el control judicial de la legislación adoptada es más bien de carácter superficial en relación con la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, en ciertas áreas concretas (derechos fundamentales, clasificaciones susceptibles de conculcar el principio de igualdad y valores especialmente protegidos por la Constitución), el Tribunal Supremo realiza un control más exhaustivo, de tal forma que se examina de cerca la elección de los medios empleados por el legislador. En particular, los tribunales analizan si el objetivo perseguido por el legislador puede alcanzarse a través de medidas menos restrictivas de los derechos, principios y valores constitucionalmente protegidos. Cuando tales alternativas existen y no son impracticables, los tribunales realizan un tipo de control que puede dar lugar a la anulación de la medida. Esta conclusión se obtiene incluso si la anulación de la ley supone una merma desde la perspectiva de la efectividad o eficiencia. Por lo demás, este resultado

⁵⁵ *Id.* en 415-16, 419.

⁵⁶ *Vid.*, en este sentido, *TRIBE, supra*, 384-85; *Vid.* también, *NOTE*, «Municipal Bankruptcy, the Tenth Amendment and the New Federalism», 89, *Harv. L. Rev.*, 1871, 1884-91 (1976).

⁵⁷ 514 US 549 (1995).

⁵⁸ *Id.* en 562-63.

muestra la percepción prevalente en los Estados Unidos de que los derechos individuales y otros valores constitucionales protegidos por dicho control exhaustivo son de tal importancia que pesan más que la posibilidad de obtención de un beneficio marginal en la consecución de los objetivos que se marca el Estado.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- Alfred HILL, «The Puzzling First Amendment Overbreadth Doctrine», 25 *Hofstra L. Rev.*, 1063 (1997).
- Michael DORF, «Incidental Burdens on Fundamental Rights», 109 *Harv. L. Rev.*, 1175 (1996).
- Brendan CUMMINS, «The Thorny Path to Thornhill: The Origins at Equity of Free Speech Overbreadth Doctrine», 105 *Yale L. J.*, 1671 (1996).
- John QUIGLEY y S. Adele SHANK, «The Invalidity of an Overbroad Statute», 40 *U. Kan L. Rev.*, 45 (1991).
- Richard FALLON, «Making Sense of Overbreadth», 100 *Yale L. J.*, 853 (1991).
- Roy G. SPECE, Jr., «The Most Effective or Least Restrictive Alternative as the Only Intermediate and Only Means-Focused Review in Due Process and Equal Protection», 33 *Vill. L. Rev.*, 111 (1988).
- Henry MONAGHAN, «Third Party Standing», 84 *Colum. L. Rev.*, 277 (1984).
- Martin REDISH, «The Warren Court, the Burger Court, and the First Amendment Overbreadth Doctrine», 78 *Nw. L. Rev.*, 1031 (1983).
- Henry MONAGHAN, «Overbreadth», 1981, *Sup. Ct. Rev.*, 1.
- NOTE, «The Less Restrictive Alternative Doctrine», 27 *Vand. L. Rev.*, 971 (1974).
- «The Chilling Effect in Constitutional Law», 69 *Colum. L. Rev.*, 808 (1969).
- «Less Drastic Means and the First Amendment», 78 *Yale L. J.*, 464 (1969).
- Guy MILLER STRUVE, «The Less Restrictive Alternative Principle and Economic Due Process», 80 *Harv. L. Rev.*, 1463 (1967).
- Francis D. WORMUTH y Harris G. MIRKIN, «The Doctrine of the Reasonable Alternative», 9 *Utah L. Rev.*, 254 (1964).