

LA ACEPTACIÓN, LA CRÍTICA Y EL RECHAZO A LA RESOLUCIÓN **MARBURY VS. MADISON** EN EL MUNDO

CLEMENTE VALDÉS SÁNCHEZ*

Resumen

Hace unos cuantos años escribí un artículo sobre el juicio *Marbury vs. Madison* que fue publicado en varias revistas jurídicas en México y en el extranjero. Por el interés que despertó ese artículo en distintos lugares me propuse escribir un libro completo sobre ese asunto, los supuestos antecedentes de la resolución en las colonias y en los nuevos estados de Norteamérica, sus consecuencias, sus incoherencias y —para empezar— el apoyo y la aceptación que obtiene esa resolución en ciertos medios, junto con la crítica y el rechazo de muchos académicos en distintos países del mundo y, finalmente, las consecuencias de fondo de esa resolución. El presente ensayo es parte del libro que estoy escribiendo sobre ese asunto.

Summary

A few years ago I wrote an article about *Marbury vs. Madison*, which was published in several legal journals in Mexico and abroad. Because of the interest aroused by this paper in various places I decided to write an entire book on the subject, the supposed precedents of the resolution in the colonies and new states of America, its consequences, its inconsistencies and —initially— the support and acceptance that has that resolution on certain media, along with criticism and rejection of many scholars in different countries around the world and eventually fund the consequences of that resolution. This essay is part of the book I am writing about this issue.

* Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México y otras instituciones, Miembro del Consejo Local Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (México).

Introducción

La Constitución de los Estados Unidos no dice una sola palabra de la que pudiera desprenderse que la Suprema Corte o los jueces federales tienen la facultad de revisar y en su caso declarar que las leyes emitidas por el Congreso de la Unión son nulas, ni tampoco que tengan la facultad de interpretar la Constitución, ni, mucho menos, que la interpretación que ellos hagan sea obligatoria para los otros órganos de gobierno. Archibald Cox, el famoso profesor de la Universidad de Harvard, hacía notar esto en una de sus obras más conocidas:

No hay la más ligera insinuación en el texto (de la Constitución) del enorme poder que actualmente ejerce la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ni una palabra que indique que la Corte puede revisar la constitucionalidad de los actos del Congreso o del Presidente.¹

El reconocimiento que hace Cox de este hecho no es algo nuevo. En 1788, estando Hamilton dedicado a convencer a los votantes del Estado de Nueva York para que aprobaran el proyecto de Constitución que él y los demás convencionistas habían redactado en Filadelfia, reconocía en uno de los artículos publicados en los periódicos de la ciudad de Nueva York² que después fueron recopilados en el libro conocido como *El Federalista*, y que aparece en éste como el ensayo número ochenta y uno lo siguiente:

En primer lugar, no existe en el plan que estudiamos una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que les conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier Estado.³

Dado que la Constitución de los Estados Unidos no le da a los jueces federales ni a la Suprema Corte de ese país el poder de revisar las leyes

¹ "There is scarcely a hint in the text of the enormous power now exercised by the Supreme Court of the United States. Not a word indicates that the Court may review the constitutionality of Acts of Congress or of the President", Archibald COX, *The Court and the Constitution*, Boston, 1987, p. 38.

² Los artículos, en total 85, fueron publicados en tres periódicos de la Ciudad de Nueva York. La mayor parte, por lo menos 51, fueron escritos por Hamilton, 14 de ellos por Madison y cinco por Jay; tres de ellos fueron escritos en colaboración por Madison y Hamilton. No hay certeza de quien fue el autor de los otros doce artículos restantes, pues su publicación se hacía con un pseudónimo común. No obstante el empeño de sus autores, el resultado de la votación fue contraria al proyecto de Constitución que los convencionistas habían elaborado en Filadelfia. La decisión de los gobernantes del Estado de Nueva York de aprobar el proyecto se dio después, por el temor de que el Estado quedara aislado.

³ "In the first place, there is not a syllable in the plan under consideration which directly empowers the national courts to construe the laws according to the spirit of the Constitution, or which gives them any greater latitude in this respect than may be claimed by the courts of every State". *El Federalista*, Ensayo número LXXXI.

federales, ni mucho menos el poder exclusivo de interpretar la Constitución, es claro que los jueces de la Suprema Corte que aprobaron la resolución del caso *Marbury vs. Madison*, simplemente estaban usurpando un poder que no les correspondía.

La resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* es, sin duda, la más importante de las resoluciones judiciales en los Estados Unidos porque precisamente en ella se basa el enorme poder de la Suprema Corte de ese país. Es además una de las más famosas en el mundo porque fueron muchos los países, especialmente en la América Latina, que, en la búsqueda de un modelo de organización política moderno, después de independizarse del dominio de las potencias europeas y de los esquemas de la monarquía, veían en el desarrollo de los Estados de Norteamérica, recién unidos, el modelo ideal de cualquier sistema político y, como parte de ese modelo político, que, como algunos sueños era a la vez deseable y desconocido, los hombres ilustrados de esos nuevos países veían en la Suprema Corte de los Estados Unidos un factor de estabilidad que era muy conveniente imitar.

La admiración hacia los Estados Unidos, sus instituciones en general, su vida feliz, su Constitución y, especialmente, la Suprema Corte de ese país, fue notable en muchos países de América Latina. Esta admiración llevó a algunos de los hombres notables de esos países a procurar imitar en todo a los Estados de Norteamérica, empezando por los nombres y las palabras. Así sucedió en México, cuyo nombre oficial es todavía Estados Unidos Mexicanos, y en donde el modelo de sus vecinos del norte fue durante muchos años el ideal de la vida política y social.

En el mensaje del Congreso General Constituyente dirigido “a los habitantes de la Federación del 4 de octubre de 1824 en México, se leía: “Vuestros representantes os anuncian que si queréis ponerlos al nivel de la república feliz de nuestros vecinos del Norte, es preciso... etcétera.” “Washington proclamó las mismas máximas, y este hombre inmortal hizo la felicidad de los Estados del Norte”.⁴ Mariano Otero, en su Voto Particular en la comisión de Constitución del Congreso extraordinario del año 1847, decía: “yo no he vacilado en proponer al Congreso que eleve a grande altura el Poder Judicial de la Federación ... En Norteamérica este poder salvador provino de la Constitución y ha producido los mejores efectos. Allí el juez tiene que sujetar sus fallos antes que todo a la Constitución; y de aquí resulta que cuando la encuentra en pugna con una ley secundaria, aplica aquella y no ésta. ...Una institución semejante es del todo necesaria

⁴ El Congreso General Constituyente a los habitantes de la Federación, firmado por Lorenzo de Zavala, presidente, Manuel de Viya y Cosío, diputado secretario, Epigmenio de la Piedra, diputado secretario. México, 4 de octubre de 1824.

entre nosotros”.⁵ Al presentar el 16 de junio de 1856 el proyecto de lo que sería después la Constitución mexicana de 1857, la comisión encargada de elaborar dicho proyecto, destacaba que: “Un ejemplo de grave autoridad tenemos en la historia del país más ilustrado de América, de ese pueblo que marcha sin trabas en el camino de la libertad, y cuyos adelantos nos infunden tantos temores, como deseos de imitarle”. A continuación transcribía citas de Jefferson sobre el peligro de la tiranía de las asambleas legislativas y de Tocqueville sobre la fuerza moral de los tribunales norteamericanos, sobre los órganos judiciales federales en los Estados Unidos y sus virtudes, y sobre el poder de los jueces federales para declarar inconstitucionales leyes y actos de la Federación y de los Estados.⁶

Pero la resonancia de la decisión emitida en el caso *Marbury vs. Madison*, es decir, la conveniencia de que los jueces puedan revisar los actos de los empleados de los órganos administrativos y, lo que parece mucho más relevante, que puedan revisar y anular las leyes aprobadas por las asambleas legislativas compuestas de representantes electos por la población, no se dio únicamente en los países de la América Latina. La resolución a partir de la cual se creó lo que llamamos el modelo norteamericano, sirvió de ejemplo en varios países de *common law*, incluyendo a Canadá, Australia⁷ y la India,⁸ y se implantó en la Constitución del Japón en 1947. En Italia, el modelo norteamericano estuvo vigente de 1948 a 1956 pero fue abandonado y en la actualidad tiene una Corte Constitucional independiente de los órganos judiciales, siguiendo el modelo europeo. En Alemania también se aplicó el modelo norteamericano de control de la constitucionalidad por órganos judiciales desde 1919 hasta marzo de 1933, durante la vigencia efectiva de la Constitución de Weimar, si bien con poco éxito, en una versión parecida a la manera en que se implantó en México el amparo, es decir limitando los efectos de la resolución a la anulación del acto en el que se aplicara una disposición de la ley que fuera considerada contraria a la Constitución,⁹ lo cual “no excluye —según una famosa reso-

⁵ Mariano Otero, *Voto Particular* emitido respecto del Dictamen de la comisión de Constitución presentados ambos el 5 de abril de 1847.

⁶ Proyecto de Constitución, Dictamen de la Comisión, 16 de junio de 1856.

⁷ Economou, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays de droit común*, REVUE HELLÉNIQUE DE DROIT INTERNATIONAL, p. 336. (1958)

⁸ M. Aman, *The Indian Supreme Court and The Constitution*, p. 18, (1968)

⁹ Carl Schmitt, en su *Teoría de la Constitución*, capítulo 15, número 6, (traducción al español publicada por Editora Nacional, S. A. México, 1952) al referirse a que los juristas franceses negaban a los jueces el derecho de comprobación judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, basando su opinión en que el ejercicio de ese derecho supone una injerencia de los jueces en las funciones legislativas y que también Kahl en la Comisión de Constitución de la Asamblea Nacional de Weimar les negaba a los jueces tal derecho, él (Schmitt) decía que “se justifica la práctica americana de la comprobación judicial de la constitucionalidad de las leyes (en el Derecho alemán de la Constitución de Weimar) en el hecho de que no implica una injerencia en la legislación, porque el juez no suprime la ley que entiende es inconstitucional, sino que tan sólo rechaza la aplicación de dicha ley en el caso

lución del Tribunal del Reich de 1925— que el juez pueda privar de validez a una ley del Reich o a algunas de sus prescripciones que se encuentren en contradicción con otras prescripciones que tengan precedencia sobre ellas y que el juez haya de observar. Tal es el caso, cuando una ley contradice un postulado jurídico contenido en la Constitución del Reich, si para su aprobación no se han guardado los requisitos prescritos para una revisión constitucional”. A continuación, la resolución del Tribunal mencionada ofrecía un argumento muy pobre que decía: “Como la Constitución del Reich no contiene ninguna prescripción que prive al juez de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes del Reich y transfiera a otro órgano cualquiera esta facultad, hay que reconocer al juez el derecho y el deber de comprobar la constitucionalidad de las leyes del Reich”.¹⁰

Al tratar este punto, Carl Schmitt en su famosa obra *Teoría de la Constitución*, escrita en 1927, decía: “Esta fundamentación esquiva la verdadera dificultad. Del hecho de que la Ley constitucional no atribuya la comprobación a ningún otro órgano, en modo alguno se deduce que los Tribunales son quienes tienen un tal derecho de comprobación y deciden en los casos dudosos. La cuestión es ¿quién decide? Y la fundamentación dada por el Tribunal del Reich no contesta. Puede decirse que todo órgano del Estado ha adoptado para sí esa comprobación y que, cuando dentro de una jurisdicción se realiza con la forma normal un acto del Estado (el hipotético ‘Estado’ para Carl Schmitt, como para casi toda la doctrina alemana en esos años, era el gobierno) sólo por excepción puede aceptarse la nulidad del acto defectuoso... Suele tratarse con tales leyes formalmente correctas de casos en que la inconstitucionalidad resulte dudosa; una violación manifiesta del texto claro de una prescripción de la Ley constitucional apenas si osaría realizarla una simple mayoría del Reichstag. Pero tratándose de la decisión de casos dudosos, cambia todo el problema, y ya no puede resolverse haciendo pasar por no válidas las leyes dudosamente ‘inconstitucionales’; pues la cuestión no es si las leyes inconstitucionales son inválidas —lo cual resulta evidente— sino la pregunta quién resuelve la duda acerca de la inconstitucionalidad o no inconstitucionalidad de una ley ... La Justicia no está en iguales condiciones que las otras actividades del Estado para ‘intervenir e ingerirse’. Está ligada a la Ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley, se mantiene dentro de la pura normatividad; frena, pero no manda. No es un ‘poder’ como los otros poderes”.¹¹

particular que tiene que resolver.” Esto es algo muy parecido a la opinión de Mariano Otero sobre los efectos de las resoluciones de amparo en México que debían limitarse al caso específico que se juzga, sin pretender darles efectos generales.

¹⁰ Resolución del Tribunal del Reich de 4 de noviembre de 1925 (RGZ., t. p. 322) mencionada por Carl Schmitt, *op. cit.*, capítulo 15.

¹¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, capítulo e inciso citado.

El tema, en Alemania, quedó en el pasado. En marzo de 1933 Hitler empieza a gobernar con plenos poderes y la Constitución de Weimar deja de tener aplicación. Después de la guerra, en la nueva Constitución de la República Federal Alemana de 1949, se estableció el modelo europeo de una Corte Constitucional independiente y diferente de la estructura judicial ordinaria y de los otros órganos de gobierno en su sentido más amplio.

Pero volviendo al asunto de la difusión de la resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* fuera de los Estados Unidos, la verdad es que durante todo el siglo XIX y principios del siglo XX esa resolución, que es el tema de este ensayo, fue muy poco conocida en Europa y nunca fue aceptada —ni tampoco lo es ahora— como un medio de control conveniente para hacer cumplir la Constitución. Los académicos europeos, en general, no obstante la difusión de la obra de Toqueville sobre el poder de los jueces en los Estados Unidos, veían y siguen viendo ese poder de los órganos judiciales como una intromisión indebida de los jueces en las funciones de la administración pública y en la tarea legislativa.

Para empezar hay que tener presente que desde la Revolución francesa, en la primera Constitución de ese país, en 1791, se establecía muy claramente que “Los tribunales no pueden ni inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la aplicación de las leyes, ni entrometerse en las funciones administrativas, o citar a los administradores en razón de sus funciones”.¹²

En la segunda Constitución francesa, la de 1793, una vez que los ideales de la Revolución llegan a su punto más elevado y también a su punto de mayor intolerancia a cualquier medida que no esté apoyada en la voluntad democrática de la mayoría, la expresión “Poder judicial” (*Pouvoir judiciaire*) que aparecía para designar a los órganos judiciales en el capítulo V del título III de la Constitución de 1791 y aún el concepto de “cuerpo judicial” desaparecen de la nueva Constitución ya que en ésta solamente se habla “De la Justicia civil” con jueces de paz y árbitros públicos,¹³ que serían elegidos por los ciudadanos de cada distrito y por las asambleas electorales de acuerdo con los artículos 88, 91 y 95;¹⁴ luego se habla “De

¹² El artículo 3 del capítulo V del Título III que habla de los poderes públicos en la *Constitución francesa de 1791* decía: “Les tribunaux ne peuvent ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.”

¹³ Al hablar de los jueces “De la Justice civile” en el artículo 94 de la *Constitución francesa de 1793* se decía que dichos jueces “Ils délibèrent en public. Ils opinent `a haute voix. Ils statuent en dernier ressort, sur défenses verbales, ou sur simple mémoire, sans procédures et sans frais. Ils motivent leurs décisions.”

¹⁴ Artículo 95 de la *Constitución francesa de 1793*: “Les juges de paix et les arbitres publics son élus tous les ans.”

la Justicia criminal” con jueces elegidos cada año por las asambleas electorales, según el artículo 97 y, finalmente, en el artículo 98, “Del Tribunal de casación” cuyos miembros serían nombrados cada año por las asambleas electorales precisamente para pronunciarse sobre las violaciones a las formas y sobre las contravenciones a la ley que pudieran cometer los jueces.

Estas eran las manifestaciones de la gran desconfianza hacia los jueces y del miedo a los *parlements* que habían sido, desde varios siglos atrás, cortes judiciales supremas y corporaciones poderosísimas, muy parecidas pero mucho más fuertes que cualquiera de los otros gremios medievales, en torno a las cuales se agrupaban todos los jueces (según Colbert, en la época de Luis XIV, eran 70,000 o más en todo el reino),¹⁵ que eran los dueños de sus respectivos juzgados, en los cuales, como en cualquier otro negocio, cobraban por prestar sus servicios y que, al paso del tiempo, habían hecho todo tipo de deformaciones en la ley, por la vía de la interpretación de la misma y habían creado, naturalmente, una notable incertidumbre sobre el Derecho en el antiguo régimen.¹⁶

Poco después aparece en Francia el temor a que los empleados de la población en los órganos públicos pasen por encima de las leyes y por encima de las leyes constitucionales, dado que el pueblo no puede ejercer directamente sus poderes. En el mes de julio (2 de termidor) de 1795 (según el nuevo calendario implantado durante la Revolución francesa) el famoso abad Sieyès, en una declaración ante la Asamblea Nacional expresaba su temor por los abusos que en nombre de “el pueblo” pudieran llevarse a cabo: “Los poderes ilimitados son un monstruo en la política, decía. Por otra parte el pueblo no tiene por sí mismo los poderes que sus aduladores le han atribuido. Sobre las leyes, cualesquiera que ellas sean, existe la posibilidad de pasar por encima de ellas y la necesidad real de hacerlas observar y, las leyes constitucionales, por encima de todas las demás,

¹⁵ Citado por Pierre Truche, en *Justice et Institutions Judiciaires*, La documentation Française, París (2001) p. 9.

¹⁶ Piero Calamandrei, refiriéndose a la necesidad que veían los revolucionarios de un control sobre la administración de justicia, hace notar que “el recuerdo de las pretensiones que bajo la monarquía los *parlamentos* habían sostenido frente al soberano, atribuyéndose, con un oficio puramente jurisdiccional, funciones casi legislativas, advertía también aquí a los reformadores que debían defender la autoridad de la ley instaurada por ellos, de los posibles ataques de aquellos cuerpos judiciales demasiado potentes que ya con tanta pertinacia se habían colocado frente al poder soberano.” “los *parlamentos* representaban, a los ojos de los reformadores, la venalidad de los oficios, la jurisdicción feudal, la complicación de la justicia. Por esto, cuando la Asamblea Nacional hubo de decidirse a construir *ex novo* el ordenamiento político de Francia y especialmente el ordenamiento de la justicia, consideró con terror sagrado la posibilidad de que se reprodujeran en la nueva constitución los abusos de las Cortes soberanas, y acogió todos los medios que pudieran servir para evitar la resurrección de aquellos”. *La Casación Civil*, tomo I, volumen II, traducción al español de Santiago Senties Melendo, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, pp. 20 y 21.

deben ser protegidas contra su infracción; pues forman un cuerpo de leyes obligatorias de las cuales es indispensable asumir la estricta observación”.

Como he dicho, la resolución dictada en el caso *Marbury vs Madison* fue casi desconocida en Europa durante el siglo XIX y principios del XX. Pero curiosamente desde los primeros años del 1900 se renueva en los Estados Unidos el temor al gobierno de los jueces que habían expresado tiempo atrás algunos de los hombres más notables de Norteamérica, entre ellos el presidente Jefferson y el presidente Lincoln. En 1911 se publica en los Estados Unidos el célebre artículo del gran crítico norteamericano Louis B. Boudin que tenía por título precisamente *Government by Judiciary* (El Gobierno de los Jueces).¹⁷ Un año después, en 1912, se publica un libro de Gilbert E. Roe con un título muy agresivo: *Our judicial oligarchy*¹⁸ (Nuestra oligarquía judicial), cuya tesis central era la necesidad de devolverle a los órganos legislativos la independencia que, según el autor, le habían quitado los jueces a los legisladores. En 1914, Walter Clark, presidente de la Corte Suprema del Estado de Carolina del Norte, publica un discurso llamado *Government by Judges* (El Gobierno por los Jueces) en el que denuncia como una perversión constitucional las nuevas formas que había tomado el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y en noviembre del mismo año aparece un artículo del mismo autor con la misma crítica.¹⁹

Ahora bien, desde que los reyes y sus ministros (la palabra ministro significaba criado o servidor siguiendo su significado en latín, *minister*, *ministerium*) pierden el poder de hacer las leyes y este poder recae en los representantes de la sociedad como consecuencia de la Revolución americana (a la cual fuera de los Estados Unidos se le llama “guerra de independencia”) y de la Revolución francesa, surge la intranquilidad porque los altos empleados violen las leyes que deben aplicar y, naturalmente, al empezar a hacerse las primeras constituciones, en Francia y en los Estados Unidos, aparece la inquietud por la posibilidad de que la Constitución, como ley principal, no se cumpla o no se obedezca.

Las primeras constituciones expresan con frecuencia soluciones que algunas veces resultan muy ingenuas y otras demasiado drásticas y poco prácticas como para ponerlas en ejecución sistemáticamente. Así por ejemplo, en el último artículo de la primera Constitución francesa de 1791 se decía: “La Asamblea Nacional constituyente confía la Constitución a la fidelidad del cuerpo legislativo, del rey y de los jueces, a la vigilancia de los padres de familia, a los esposos y a las madres, al cariño de los ciudadanos

¹⁷ Louis B. Boudin, *Government by Judiciary*, *Political Science Quarterly*, número 26, junio 1911, pp. 238 y ss.

¹⁸ Gilbert E. Roe, *Our judicial oligarchy*, introducción de Robert La Follette, New York, 1912.

¹⁹ Walter Clark, *Some Mythes of the law*, *Michigan Law Review*, número de noviembre de 1914.

jóvenes y a la valentía de todos los franceses”.²⁰ Después, en el artículo 123 de la Constitución francesa de 1793, se decía que “La República francesa pone su Constitución bajo el cuidado de todas las virtudes”,²¹ pero en el artículo 35 de la Declaración de derechos que sirve de preámbulo a esa Constitución se establecía que “Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes”.²²

Desde las primeras revoluciones, al empezar a perder los reyes sus poderes absolutos y a partir de que esos poderes les son encargados a distintos representantes y empleados de la sociedad, independientemente de cuáles sean los intereses dentro de esa sociedad que los representantes representen, empiezan a buscarse los medios para asegurar el cumplimiento de los fines de la organización política y surge el desasosiego por la posibilidad de que aquellos a quienes se les encargan las funciones públicas abusen de los poderes que se les prestan. Esta inquietud, en los países en los que empiezan a hacerse constituciones escritas, muy pronto se concentra, por una distorsión de objetivos y una confusión entre los medios y los fines, en la preocupación por asegurar el cumplimiento de la constitución escrita, en la sacralización de su texto y en el olvido de sus fines. Todo ello a partir de una identificación de las palabras con los propósitos de quienes hicieron esa Constitución —olvidando que, con frecuencia, las palabras no tienen nada que ver con los propósitos— y de la idea, sin fundamento, según la cual esos propósitos (sean los que sean) representan el ideal de una sociedad.

Así, la búsqueda de los medios para asegurar el cumplimiento de los fines de la organización política deja de tener como objetivo evitar los abusos, los robos y la tiranía de los empleados a quienes se les prestan transitoriamente ciertos poderes y se transforma simplemente en la búsqueda de los medios para el control y el cumplimiento de las reglas contenidas en el texto de la Constitución existente. Pero no quiero extenderme en la cuestión de ¿a quiénes sirven las distintas constituciones?, pues ese es el tema de otro ensayo que tengo en preparación y me sacaría del asunto que estoy tratando aquí.

La posibilidad de que las leyes hechas por las asambleas legislativas sean revisadas, y la crítica a que sean los jueces quienes hagan tal revi-

²⁰ *Constitución francesa de 1791*, Título VII, Artículo 8, tercer párrafo.

²¹ *Constitución francesa de 1793*, Artículo 123: “La République française ... remet le dépôt de sa Constitution sous la garde de toutes les vertus”.

²² “Quand le Gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs.” Artículo 35 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con la que se inicia el texto de la *Constitución de 24 de junio de 1793*.

sión, renace en Europa junto con la idea de que es necesario y es posible revisar las leyes y dejar sin efectos los actos y las reglas generales dictadas por cualquiera de los órganos de gobierno que puedan ser contrarias a las disposiciones contenidas en la Constitución. Sin embargo, el fracaso vergonzoso del Senado conservador creado por Napoleón y la larga opereta de los diferentes “senados” a partir de entonces y hasta 1848, y después, los nuevos “senados” durante el periodo de la dictadura imperial de 1851 a 1870 en Francia, que no tienen nada que ver con la idea de un control de constitucionalidad, posponen la discusión sobre un órgano adecuado para desempeñar estas funciones hasta principios del siglo XX.

La crítica en Europa al sistema norteamericano se inicia alrededor del año 1910, se manifiesta en la Constitución federal austriaca de 1920 y se desarrolla especialmente a partir de la publicación en 1921 de la obra de Édouard Lambert, llamada precisamente *Le gouvernement des juges*,²³ (El gobierno de los jueces) en donde el destacado profesor de la Universidad de Lyon criticaba duramente el modelo norteamericano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Así, junto con la crítica al modelo norteamericano, se intensifica en Europa la conciencia de la necesidad de buscar medios adecuados para revisar las acciones de todos los órganos públicos, incluidos los órganos judiciales, que puedan ser contrarias a las constituciones. La conciencia de esa necesidad en Kelsen lo lleva a establecer en la Constitución federal austriaca de 1920 y en su reforma de 1929 una Corte Constitucional que serviría después de modelo para la creación de los tribunales constitucionales independientes de los órganos judiciales que, en la actualidad, existen en casi todos los países europeos. La gran diferencia de la Constitución federal austriaca de 1920 con el modelo surgido de la resolución del caso *Marbury vs. Madison* está en que en la Constitución austriaca se establecía expresamente: “No compete a los tribunales la comprobación de la validez de las leyes debidamente aprobadas”; es decir, las leyes correctamente aprobadas por el Parlamento no pueden ser sometidas a comprobación por los tribunales judiciales acerca de su coincidencia con las prescripciones de la Ley constitucional.

No es mi propósito en este ensayo examinar o analizar el modelo europeo de justicia constitucional a través de cortes constitucionales ajenas a los órganos judiciales e independientes de todos los demás órganos públicos. Cualquier análisis serio de alguno de los tribunales constitucionales europeos y cualquier estudio de sus características comunes, aún tratando el tema de manera superficial, exigiría un libro completo.

²³ Édouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Éditions Giard, 1921.

La relación y el papel de los jueces, especialmente de los jueces de la Suprema Corte con el gobierno, como participación en las decisiones políticas de una sociedad, ha sido estudiada, comentada y criticada muy ampliamente en los Estados Unidos aún antes de que Édouard Lambert lo hiciera en Francia en su libro *El gobierno de los jueces*. Louis B. Boudin, el gran investigador norteamericano, después de haber publicado en 1911 su famoso ensayo *Government by Judiciary*,²⁴ que se traduciría al español como “Gobierno por los órganos Judiciales”, publica en 1932 un libro muy completo en dos tomos con el mismo nombre, sobre el mismo tema.²⁵ Curiosamente, en 1977 Raoul Berger publica con el mismo título: *Government by Judiciary* una obra con un enfoque muy distinto apoyando el poder de los jueces federales para revisar las leyes, pero no la manera como lo estaba haciendo la Suprema Corte.²⁶ Un título muy parecido es el que utiliza M. Davis, en su ensayo publicado en 1987, *A Government of Judges, an Historical Review* (Un Gobierno de Jueces, una relación histórica).²⁷

Los libros dedicados a comentar el caso Marbury vs. Madison, especialmente sobre la aplicación y el desarrollo de la tesis que se implantó en la resolución de ese caso, son, únicamente en los Estados Unidos, muchas decenas, y el número de artículos publicados sobre el tema es incalculable, pues como lo hace notar Franck Moderne, profesor de la Universidad de París I (Panteón-Sorbonne) “casi no hay una revista jurídica que no publique periódicamente nuevos análisis sobre Marbury vs. Madison”.²⁸ Entre los artículos recientes más notables en los Estados Unidos, están los de Weinberg, titulado *Our Marbury*,²⁹ el de G. E. White, con el título *The Constitutional Journey of Marbury*³⁰ y el de M. Stokes Paulsen, *The irrepressible Myth of Marbury*.³¹ Por lo que toca a los libros en los que se comentan diferentes consecuencias de la resolución dictada en ese caso, que, sin duda se cuentan por miles, hay que incluir todos los libros de Derecho Constitucional norteamericano, todas las obras sobre la Suprema Corte norteamericana y una multitud de textos de Derecho que justamente toman esa resolución como el fundamento y el origen del gran poder de los órganos judiciales en los Estados Unidos y como la base misma de lo que es la Constitución norteamericana en la línea de la conocidísima frase

²⁴ Louis. B. Boudin, *Government by Judiciary*, Political Science Quarterly, 1911, n° 26.

²⁵ Louis B. Boudin, *Government by Judiciary*, M. W. Gaunt and sons, 1932.

²⁶ Raoul Berger, *Government by Judiciary*, el texto que tengo yo es el de la segunda edición, 1997.

²⁷ M. Davis, *A Government of Judges, an Historical Review*, The American Journal of Comparative Law 1987, vol. 35, pp. 559 y ss.

²⁸ Prefacio a la reimpression en 2005 de la *op. cit.*, de Édouard Lambert publicada originalmente en 1921.

²⁹ L. Weinberg, *Our Marbury*, *Virginia Law Review*, 2003, vol. 89, pp. 1235-1412.

³⁰ *Virginia Law Review*, 2003, vol. 89, pp. 1464-1573.

³¹ *Michigan Law Review*, 2003, vol. 101, pp. 2706-2743.

de Charles Evans Hughes, cuando era gobernador del Estado de Nueva York, antes de ser Jefe de Justicia de la Suprema Corte: “Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.³²

Para aquellos que están dedicados al Derecho y a la Ciencia Política, la resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* es un punto de referencia obligado de algunos de los problemas sin solución en la vida de las sociedades y las organizaciones políticas. Se trata de ciertas cuestiones que están en el fondo de las grandes preguntas sobre la democracia, como gobierno de la mayoría a través de representantes electos por el pueblo y de la posibilidad siempre presente del abuso y el despotismo de las asambleas; pero también se trata de la conveniencia que algunas personas, ajenas a las asambleas que hacen las leyes, puedan revisarlas, para evitar las violaciones a la Constitución y los atropellos a los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, del peligro que esas personas que pueden revisar las leyes y los actos de los gobernantes, se conviertan ellas mismas en el gobierno. Mauro Cappelletti, en uno de sus artículos más brillantes explicaba, en 1980, lo que para él era el “gran problema” de la revisión judicial de las leyes. El artículo se titulaba precisamente *The Mighty Problem of Judicial Review* que en español se traduciría como “El Enorme Problema de la revisión judicial”:

Es cierto que la lógica de la doctrina de Marshall en la resolución de *Marbury vs. Madison* —que dice que si la Constitución es la ley superior, los jueces están obligados a aplicarla por encima de una ley ordinaria en conflicto— es tan fuerte como sencilla. Sin embargo, especialmente cuando se refiere a juicios de valor inevitablemente vagos, como aquellos comprendidos en las partes de declaraciones de derechos de las constituciones, la aplicación de la doctrina del caso *Marbury* presenta interrogantes excesivamente serias. Finalmente, estas cuestiones desembocan en el problema formidable del papel y la legitimidad democrática de personas (los jueces) o grupos (la judicatura) relativamente irresponsables, que ponen sus propias escalas de valores o “predilecciones personales” dentro de las cajas vacías de conceptos tan vagos como libertad, igualdad, razonable, justo, y debido proceso.

No creo ni por un momento que exista una solución bien definida a este problema, que mientras es recurrente en Norteamérica, sirve para justificar en Europa el rechazo a la revisión judicial; darle a los jueces ese tremendo poder no es “bueno” o “malo” por sí mismo. Además, yo soy muy escéptico respecto a la posibilidad de trazar una línea abstracta

³² La frase de Hughes proviene de un discurso que dio en la ciudad de Elmira, siendo gobernador del Estado de Nueva York. Consultar la obra de Merlo J. Pusey, *Charles Evans Hughes*, volume one, pp. 204 y 205. The Macmillan Company, New York, 1952.

con la que se pueda determinar que tan lejos puede legítimamente llegar la revisión judicial.³³

Sería equivocado pensar que al implantarse en el mundo los sistemas basados en la idea de que son los habitantes los que deben escoger a quienes hacen las leyes y dirigen sus gobiernos, la resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* fuera, sin más, la mejor manera de resolver el enorme problema de los abusos de los gobernantes y los representantes electos por los ciudadanos y del peligro de la deformación de los nuevos sistemas de gobierno en beneficio de los gobernantes, así como de lo que Hauriou llamaba “el falseamiento de la Constitución”,³⁴ y de la tiranía de los funcionarios públicos y los representantes electos por la población.

La búsqueda de medios de control para evitar los abusos de los jueces y de las asambleas legislativas, en sus orígenes, en los tiempos modernos, se desarrolla casi de manera simultánea en Francia y en los Estados Unidos, pero curiosamente este proceso se da en sentido contrario en ambos países, es decir, por motivaciones y temores exactamente opuestos. Mientras en Francia, a partir de la Revolución y, por lo menos, hasta la promulgación en 1804 del *Código Civil de los franceses*, conocido como “Código de Napoleón”, la desconfianza en los jueces y el temor a que éstos pudieran recuperar el poder que tenían en el antiguo régimen eran el principal motivo de preocupación; en los Estados Unidos, por el contrario, los grupos privilegiados buscaban los medios de protegerse contra la amenaza de las asambleas democráticas legislativas. Mientras en los Estados Unidos, en 1788, Alexander Hamilton, uno de los miembros más notables del grupo que redactó el proyecto de la Constitución norteamericana, reconocido por su enorme inteligencia, se empeñaba en dar a los jueces un papel decisivo para evitar que las asambleas legislativas pudieran violar la Constitución y escribía en uno de sus artículos que:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legis-

³³ Mauro Cappelletti, *The Mighty Problem of Judicial Review*. La versión original de este ensayo fue preparada por Cappelletti para un congreso sobre Derecho Constitucional Comparado que tuvo lugar en la Universidad del Sur de California y fue después publicado en 53 *South California Law Review*, 409 (1980).

³⁴ Maurice Hauriou hablaba de “el falseamiento de la Constitución” en varios supuestos y uno de ellos se daba —según él— cuando las disposiciones constitucionales se veían de hecho derogadas por leyes ordinarias. *Précis de Droit Constitutionnel*, libro II, capítulo II, sección I, (1923). La opinión de Hauriou era contrastante pues por una parte estimaba que el sistema norteamericano de control de la constitucionalidad a través de los órganos judiciales en términos abstractos era el más eficaz y el más conforme con el papel del juez en la aplicación de las leyes, pero al mismo tiempo veía con gran temor el crecimiento del poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y no estimaba conveniente implantar en Francia ningún control de constitucionalidad de la ley que degeneraría en un gobierno de los jueces, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Sirey, edición de 1925, pp. 84, 87 y 91.

lativo. Y a continuación decía que si los tribunales de justicia deben ser considerados como los baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales.³⁵

Por la misma época en Francia, durante las discusiones sobre la Constitución, Robespierre, un diputado igualmente inteligente de la Asamblea Nacional en las sesiones del 10 y del 19 de noviembre de 1790, expresaba su temor hacia los tribunales judiciales:

El poder legislativo establece la ley general, cuya fuerza depende de su exacta observancia, si los magistrados pudieran poner en la ley su propia voluntad, serían legisladores.³⁶ Es pues necesario tener una supervisión que mantenga a los tribunales dentro de los principios de la legislación.³⁷

El mismo temor a que los jueces violaran la ley con el pretexto de interpretarla lo expresaba el diputado Barrère también ante la Asamblea Nacional francesa el 8 de mayo de 1790, para sostener la necesidad de constituir un tribunal dependiente de la Asamblea legislativa encargado de anular las resoluciones de los jueces que fueran en contra del texto de la ley:

La ley puede ser violada (por los jueces) y se tiene que impedir la violación de la ley, se tiene pues que establecer un tribunal encargado de reprimir esa violación.³⁸

Más curioso aún resulta que mientras John Marshall en la resolución *Marbury vs. Madison* en febrero de 1803, tomando las ideas expresadas anteriormente por Hamilton, quien decía que “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales”, pero sin citarlo, pues ya para entonces tenía un serio distanciamiento con éste, afirmaba que:

Es enfáticamente el terreno y el deber del departamento judicial, decir qué es el derecho.³⁹ Así pues, si una ley está en oposición con la constitución: si ambas, la ley y la constitución, se aplican a un caso en particular, de tal manera que la corte tenga que decidir ese caso conforme a la ley sin mirar a la constitución; o conforme a la constitución sin mirar

³⁵ Alexander Hamilton, en el número LXXVIII de la recopilación que se hizo con el nombre de *El Federalista* de los artículos publicados entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en los periódicos de la ciudad de Nueva York durante la campaña en apoyo del proyecto de Constitución.

³⁶ Sesión del 10 de noviembre de 1790, *Moniteur*, 1790, p. 1302.

³⁷ Sesión del 19 de noviembre de 1790, *Moniteur*, 1790, p. 1302.

³⁸ Barrère, en la sesión del 8 de mayo de 1790, *Moniteur*, 1790, p. 524.

³⁹ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.” *Marbury vs. Madison*, (5 U.S. 137, 177).

la ley: la corte tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto es de la verdadera esencia del deber judicial.⁴⁰

Por el mismo tiempo, en Francia, el 21 de marzo de 1804, se promulgaba con su título original el *Código Civil de los franceses* en cuyo artículo 5 se ponía un freno definitivo a la tentación de los jueces de establecer interpretaciones generales de la ley:

Está prohibido a los jueces pronunciarse en forma de interpretaciones generales o reglamentarias en los asuntos que se ponen a su consideración.⁴¹

I. El papel de los jueces

La famosa resolución *Marbury vs. Madison* está, por una parte, relacionada con el tema de cuál, dentro de la distinción clásica entre monarquía, aristocracia y democracia, es la mejor forma de gobierno. De hecho ese fue el tema central sobre el que se dieron las mayores discusiones desde el establecimiento de las primeras colonias inglesas en el norte de América, hasta la gran campaña para que se aceptara el proyecto de Constitución que habían elaborado en la Convención de Filadelfia algunos de los hombres más ricos de los nuevos Estados.

Por otra parte, la resolución tiene que ver con el tema de la separación de funciones de los órganos públicos y, dentro de este tema, con el asunto de cuáles son los poderes y los alcances de los poderes de cada una de las ramas del gobierno, en especial de los órganos legislativos y de los órganos judiciales y, particularmente, con la cuestión de si deben ser las asambleas legislativas quienes hagan la interpretación de las leyes que esas mismas asambleas hacen o si son los jueces quienes deben interpretarlas y, por encima de todo, la cuestión más importante: si la Constitución en la que se basa toda la estructura política y jurídica de los órganos de gobierno, debe ser interpretada únicamente por los órganos judiciales.

El problema de fondo es la cuestión que de una manera o de otra se presenta en todas las comunidades políticas: En las cosas que afectan realmente a todos los miembros de una comunidad, ¿quién o quiénes son

⁴⁰ "So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty." *Marbury vs. Madison*, (5 U.S. 137, 178).

⁴¹ Art. 5 *Code Civil des francais. Édition originale et seule officielle*, de 1804: "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises."

los más adecuados para establecer las reglas y tomar las decisiones generales que afectan a todos los individuos?⁴²

Si nos remontamos hacia atrás en la historia de los pueblos, en los orígenes, simplemente no existía esa pregunta. Los jefes, los caudillos o los reyes, establecían las reglas, las cambiaban cuando querían y decidían no solamente los problemas que afectaban a la vida y a los intereses de todos los individuos que formaban la comunidad, sino también los que únicamente afectaban la vida o los intereses de uno sólo o de unos cuantos individuos. Después, como algo que todavía le corresponde al jefe o al rey, éste les encomienda a algunos de sus hombres que se hagan cargo del gobierno de “su pueblo”, exactamente como si ese jefe fuera el propietario de todos los individuos que habitaban en lo que se llamaba “sus dominios” y, conforme esos dominios (territorios) se extienden o la población en ellos aumenta, surgen los señores locales con los que el jefe del gran territorio va siempre a luchar o a compartir “su libertad” de explotar, juzgar y disponer de sus súbditos y, naturalmente, va también a celebrar pactos para repartirse con esos señores “el derecho” sobre los distintos hombres que habitan en “los dominios”, en lo que se conoce como el feudalismo.⁴³

Sin duda, el más citado de esos pactos o acuerdos en el feudalismo medieval, sobre el cual se han construido todo tipo de mitos y leyendas, es la Carta Magna inglesa, llamada originalmente *Carta libertatum* o *Carta Baronum*, que era un pacto del rey Juan sin tierra con los principales señores feudales (barones) en el cual ni a uno ni a los otros les interesaban los derechos de los habitantes comunes (que en realidad no tenían por sí mismos ningún derecho) sino asegurar las libertades de los barones y las de sus respectivos vasallos y dependientes sobre los súbditos, de ahí su nombre original. Así por ejemplo en una de sus cláusulas, la 34,

⁴² Al hablar de las cosas que afectan a todos los miembros de una comunidad, es conveniente distinguir la afectación material tangible directa y concreta en las personas, en el medio ambiente o en los bienes de los seres humanos, de lo que puede ser la afectación sólo en los sentimientos espirituales, en las creencias o en las ideas, sin que se cause un daño a otros o se impida alguna acción a los demás; así como distinguirla de la afectación indirecta, por razón de “buen ejemplo”, o por el dolor o la tristeza de que otros realicen actos que yo considero incorrectos, pero que no tienen ninguna consecuencia tangible en aquellos a quienes les disgustan tales actos; o que dejen de hacer algo que yo creo que deberían hacer, pero que esa omisión no cause ningún daño tangible a los demás.

⁴³ En su gran obra *Economía y Sociedad*, reconstruida a partir de los manuscritos no publicados ni terminados en vida de Max Weber, se contiene una relación especialmente interesante de diversas asociaciones feudales tanto en la antigüedad como en la Edad Media, en China, en Japón, en la India de la dominación mongola, en Turquía, en el Egipto medieval, y en el feudalismo impropio de la polis, en Grecia, en pleno desarrollo sólo en Esparta “que descansa en un *synoikismo* de grandes terratenientes, con iguales derechos entre sí, con un tipo de vida puramente militar y con un elevado honor estamental” que rompe con la idea popular de que el feudalismo es algo que se ubica únicamente en la Edad Media en Europa. Tomo I, pp. 204 y ss., traducción al español de la cuarta edición en alemán publicada con el título de *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*. Fondo de Cultura Económica, México 1964.

se establecía que no se expediría (es decir el rey no autorizaría) ninguna demanda de cierta acción llamada *praecipe* cuando esta acción tuviera por objeto que un caballero (*free man*) fuera juzgado fuera de la corte a la que pertenecía, es decir, fuera de la corte del señor feudal del cual era vasallo.⁴⁴ La libertad en éste, como en otros casos, era “la libertad” que tenían los barones de hacer las leyes de su feudo y juzgar, como quisieran, en sus cortes feudales, a los habitantes que vivían en sus territorios.⁴⁵

Tal vez es oportuno destacar las curiosas semejanzas del feudalismo medieval con el funcionamiento de algunos sistemas federales en la actualidad en lo que se refiere a leyes y derechos diferentes de las personas en los distintos feudos; a las contribuciones y cargas fiscales distintas según el lugar; a la existencia de tribunales y jurisdicciones diferentes y con frecuencia propias de los jefes gobernantes que controlan el lugar; a procedimientos judiciales diferentes en cada feudo; a la existencia de cuerpos de policía propios de los señores de esos feudos y, a las relaciones de apoyo y privilegios que les conceden o les reconocen los gobernantes del “Estado federal” a los gobernantes de los “estados locales” (entre esos privilegios, la impunidad para cometer atrocidades). Es muy significativo que en algunos lugares en el mundo, al hablar de los “estados locales”, es decir de los feudos modernos, se les llame “soberanos” y es también muy significativo que cada uno de esos “estados locales” cuenten con el apoyo de los grupos dominantes de la población, por las ventajas que les da el derecho a sus leyes, a sus tribunales y a sus privilegios.

II. La ostentosa debilidad de los órganos judiciales

A partir de la idea de la separación del poder del gobierno entre varios órganos distintos o de la distinción de las funciones públicas entre varias personas —en gran parte por las ideas de Locke publicadas en Inglaterra en 1698 y por la famosa propuesta de Montesquieu en Francia en 1748— el órgano judicial se presenta como el menos peligroso de los órganos públicos. En su Segundo Tratado de Gobierno, Locke simplemente no menciona a los jueces como algo independiente de los órganos ejecutivos o legislativos y sólo se refiere a ellos, de manera específica, en dos puntos: uno, en el Capítulo

⁴⁴ La cláusula 34 de la Carta Magna en su versión inglesa dice: “The writ called praecipe shall not, in future, be issued to anyone in respect of any holding whereby a free man may lose his court”.

⁴⁵ El más conocido de los estudios modernos sobre la Carta Magna es el de Blackstone en su obra *The Great Charter and the Charter of the Forest*, Oxford 1759. Uno de los más completos, sin duda, es el William S. McKechnie, *Magna Carta*, en una primera edición en Glasgow, 1905, y en una segunda edición más amplia y con muchas rectificaciones en 1914; es particularmente interesante el de A. F. Pollard, *The evolution of Parliament*, London, Green & Co., 1926. Entre las investigaciones actuales más cuidadosas están las de James C. Holt en varias obras y numerosos artículos sobre el tema.

IX, párrafo 131, hablando del poder legislativo, al decir: “Por esto quienquiera que tenga el poder legislativo o supremo de la organización política está obligado a gobernar mediante leyes fijas, promulgadas y conocidas por el pueblo y no por decretos extemporáneos; a través de jueces rectos e imparciales que decidirán las controversias mediante esas leyes”.⁴⁶ El otro, en el Capítulo XI, párrafo 136, hablando también del poder legislativo, al señalar que éste “está obligado a otorgar la justicia y a decidir los derechos de los súbditos mediante leyes fijas promulgadas y jueces conocidos debidamente autorizados”⁴⁷ y, como dice Peter Laslett, tal vez el más grande estudioso de Locke en el mundo actual, “eso es todo”.⁴⁸

Por lo que toca a Montesquieu, es bien conocida la idea que tenía del poder de los jueces. “El poder de juzgar, decía, no debe darse a un órgano permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión”.⁴⁹ y un poco más adelante agregaba: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.⁵⁰

Por su parte Alexander Hamilton, en 1788, en medio de la campaña para lograr la aprobación en el Estado de Nueva York de la recién elaborada propuesta de Constitución que él y otros habían preparado, en uno de sus artículos periodísticos que después fueron recopilados en el libro llamado *El Federalista*, al referirse a los órganos judiciales, en lo que se conoce como el ensayo número setenta y ocho de esa recopilación, para tranquilizar a quienes veían en la función de los jueces un peligro para el

⁴⁶ “And so whoever has the Legislative or Supream Power (lo transcribo con la ortografía del original) of any Common-wealth, is bound to govern by establish'd standing Laws, promulgated and known to the People, and not by Extemporary Decrees; by indifferent and upright Judges, who are to decide Controversies by those Laws” Locke, *The Second Treatise*, párrafo 131, 12 a 17.

⁴⁷ “The Legislative, or Supream Authority, is bound to dispense Justice, and decide the Rights of the Subject by promulgated standing Laws, and known Authoris'd Judges.” (con la ortografía del original) Locke, *The Second Treatise*, párrafo 136, 1 a 4.

⁴⁸ Del excelente estudio de Peter Laslett, que sirve de Introducción a *Two Treatises of Government* de Locke, *Cambridge Texts in the History of Political Thought*, 1989, p. 120.

⁴⁹ “La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette facon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle.” Montesquieu, *De L'Esprit des lois*, libro XI capítulo VI, párrafos 13 y 14.

⁵⁰ “Les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur.” Montesquieu, *op. cit.*, libro XI, capítulo VI.

sistema democrático y mencionando precisamente a Montesquieu en nota al ensayo citado, empezaba por decir que: “Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. Esta sencilla manera de ver el problema sugiere algunas consecuencias importantes. Demuestra indiscutiblemente que el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder.”⁵¹

III. El poder de los jueces en la doctrina europea

En la doctrina europea el papel de los jueces se reduce a aplicar la ley. Esta idea de lo que debe ser la función de los jueces se consolida notablemente durante la Revolución francesa ya que una de las quejas más graves de la población contra el antiguo régimen desde el siglo XVI era la actuación de los jueces agrupados en trece gremios en toda Francia los cuales habían hecho de sus juzgados negocios privados que podían vender, dar en arrendamiento, transmitir por herencia o darlos como dote para casar a alguna de sus hijas, en los cuales, de manera abierta, cobraban a las partes en un juicio por impartir la justicia con total independencia y sin más obligación, como cualquier otro negocio, que pagarle al gobierno del rey un impuesto llamado *la paulette*.⁵² Pero además, los revolucionarios

⁵¹ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honours, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments. The simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power.” *The Federalist*, number 78.

⁵² Para el siglo XVI un juzgado en Francia era patrimonio del juez que ejercía el cargo. En 1532 se oficializa la venalidad de la función, es decir el derecho de los jueces a cobrarles a los demandantes por el servicio de “proporcionarles “justicia”. En 1567 se reconoce el derecho de los jueces a transmitir sus juzgados como cualquier otro bien cediéndolo a otra persona. En 1604 se implanta el derecho de los herederos a renunciar al juzgado que hubieran recibido, como parte de los bienes de la sucesión de un juez muerto en el ejercicio de sus funciones, a favor de un tercero que deseara adquirir ese juzgado a cambio de una suma de dinero, pero a partir de entonces el dueño del juzgado debía pagar un impuesto anual por el ejercicio del cargo. A este impuesto de le conoció como “La paulette” por haber sido propuesto por Charles Paulet, ministro de Enrique IV.

veían con temor la posibilidad de la resurrección de esos poderosísimos gremios de jueces, llamados *parlements* y formados todos por miembros de la nobleza de diferentes grados que en el último siglo del antiguo régimen habían adquirido un poder enorme y se habían enfrentado al monarca para mantener sus privilegios, usando e invocando un supuesto derecho a revisar los decretos del rey para verificar si iban de acuerdo con “las leyes fundamentales del reino” ya que ellos, igual que los jueces superiores en algunos países actualmente, se presentaban como los guardianes de tales leyes⁵³ y defensores de la constitución (aun cuando para entonces todavía no existía en Francia ninguna constitución escrita) que era lo que se conocía como *constitution coutumière* (constitución formada por las costumbres), la cual —igual que sucede ahora con la Constitución de los Estados Unidos— era una constitución que decía lo que los jueces decían que decía.⁵⁴ Y, naturalmente, junto con ese derecho aparente a declarar la validez de las leyes expedidas por el rey, el pretendido derecho a paralizar la entrada en vigor de los decretos del rey expidiendo resoluciones llamadas *arrêts de règlement*, (que en español actual sería: suspensiones de leyes) como un arma para obtener del rey todo tipo de beneficios y privilegios.⁵⁵

Esto condujo a que en 1790 la Asamblea Nacional francesa, siguiendo la teoría inventada por Montesquieu, según la cual “los jueces de la Nación no son, como lo hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor,”⁵⁶ decidiera crear un tribunal no judicial, llamado *Tribunal de Cassation*,⁵⁷ dependiente únicamente de la propia Asamblea, para anular (*casser*) las resoluciones dictadas por los jueces contrarias al texto de la ley, a fin de impedir que éstos, como lo habían venido haciendo durante tanto tiempo, pudieran decidir como quisieran (muchas veces en contra

⁵³ Ver Maurice Duverger, *Les constitutions de la France*, PUF, Paris, 1993, p. 26.

⁵⁴ Para Burdeaux “fue por no haber precisado la significación jurídica de la noción de constitución que el Antiguo Régimen permaneció en la incertidumbre en cuanto al valor de las leyes fundamentales del reino” Georges Burdeaux, *Traite de Science Politique*, (1950) Tome III, Chapitre Premier, La notion de Constitution, section I, 5. Constitutions coutumières et constitutions écrites, p. 17.

⁵⁵ Los *parlements* en Francia, como asociaciones gremiales de jueces (trece en total en todo el reino), no tienen nada que ver con los Parlamentos modernos formados por representantes de la población para ejercer funciones principalmente legislativas y, en los sistemas de gobierno parlamentario europeo, cuerpos que son el centro de la vida política de los que surgen los órganos ejecutivos o gobiernos ejecutivos de un país.

⁵⁶ “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même,” Montesquieu, *De L'Esprit des lois*, Libro XI, capítulo VI.

⁵⁷ No debe confundirse al *Tribunal de cassation* original que era un tribunal no judicial dependiente de la Asamblea Nacional con la actual *Cour de Cassation* que es la corte judicial suprema en materias civiles y penales en la organización judicial francesa.

del texto expreso y claro de la ley) bajo el pretexto de que era a ellos a quienes les correspondía interpretar las leyes y precisar su “verdadero” sentido. Los jueces —dice en pocas palabras la Asamblea Nacional— no tienen el derecho de interpretar las leyes hechas por los legisladores. Lo único que les corresponde a los jueces es aplicar la ley, no interpretarla. En caso de duda sobre lo que significa una disposición legal; es decir, en caso de duda sobre lo que quiso decir el legislador en una ley, al único que le corresponde aclarar su sentido es a aquel que hizo la ley, es decir, al propio legislador. En el artículo 3 del decreto de 27 de noviembre – 1° de diciembre de 1790, por el cual se crea el *tribunal de cassation* se establecía: “El tribunal anulará ... cualquier resolución (judicial) que contenga una contravención clara al texto de la ley.”⁵⁸ El legislador, electo por la población para hacer las leyes, es el único que puede interpretar su significado; cualquier otra cosa va en contra del respeto y la obediencia que merecen las leyes y es contraria a la voluntad popular que les encomienda a los legisladores hacer las reglas generales.⁵⁹ De qué sirve hablar de la obligatoriedad y la generalidad de las leyes, si los jueces pueden burlarlas bajo el pretexto de que “están interpretándolas”. “La ley —decía Barrère, en la Asamblea Nacional— puede ser violada y es necesario impedirlo; tenemos pues que establecer un tribunal encargado de reprimir esa violación”.⁶⁰

La visión de la doctrina europea sobre el papel y las limitaciones del poder de los jueces es perfectamente coherente con el llamado principio de la “separación de poderes”, según el cual a los órganos legislativos les corresponde hacer las leyes, reformarlas e interpretarlas (como lo dice la fracción f) del artículo 72 de la Constitución mexicana) y a los jueces únicamente les corresponde aplicar la ley en los casos que se les presentan. Los jueces deben limitarse a declarar lo que dice la ley en los casos concretos y en ningún caso pueden modificarla. Para evitar que los jueces puedan modificar lo que dice la ley alterando su significado a través de la “interpretación”, con lo cual usurparían la función legislativa, debe crearse un órgano dependiente del mismo legislador que hace las leyes, para que revise las decisiones de aquellos. Esta visión, es cierto, coincide con el

⁵⁸ Artículo 3 del decreto de 27 de noviembre – 1° de diciembre de 1790: “Il annullera ... tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi.” La gran obra de Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, ofrece una de las relaciones más completas de la evolución de la casación en general en diversos países y de su origen en la legislación francesa a partir de la Revolución de 1789.

⁵⁹ La Asamblea Nacional crea el *Tribunal de cassation* por “la necesidad de ordenar, y, sobre todo —dice Calamandrei— de unificar la administración de justicia” para acabar con la falta de certeza que se manifestaba “en la multiplicidad de las normas de derecho, en la inestabilidad y en la heterogeneidad de las interpretaciones, en la intrincada complicación de los órganos jurisdiccionales”. Se buscaba “mantener a todos los jueces dentro de los límites de su poder y se les prohibía transgredir, bajo apariencia de interpretarlo el derecho objetivo” Calamandrei, *La Casación Civil*, tomo I vol. II, traducción al español publicada por Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, p. 22.

⁶⁰ Sesión de la Asamblea Nacional del 8 de mayo de 1790 (*Monitor*, 1790, número 524).

“principio de la separación de poderes”, pero, naturalmente, esta visión parte de la idea ilusoria de que las disposiciones que se encuentran en las leyes tienen una interpretación única; es decir de la idea de que las palabras de la ley tienen una sola interpretación correcta y que la significación de las palabras escritas por el legislador es única y es siempre la misma sin importar la diversidad natural en el uso de una misma palabra y el cambio en su significado al paso del tiempo. La concepción europea sobre estos puntos incluye también la idea de que, por alguna razón inexplicable, los únicos capacitados, no sólo para decir lo que quisieron decir ellos mismos cuando hicieron la ley, sino también para decir lo que quisieron decir sus antecesores, son los legisladores actuales, aún y cuando ninguno de ellos haya participado en la hechura de la ley que ahora pretendieran interpretar.

El otro punto, tal vez más importante, es ¿debe mantenerse esta visión tradicional sobre el papel de los jueces porque así lo dispone el “principio” de “la separación de poderes”? Esto conduce naturalmente a la idea de que los hombres deben guiarse por los principios contenidos en las teorías, olvidando que la mayoría de los principios, casi siempre, son sólo recomendaciones que en ciertas épocas, en determinadas circunstancias o bien en una determinada concepción basada en ciertas prioridades, se consideran adecuadas como guías para el buen funcionamiento de las funciones públicas. La idea de que los principios deben estar por encima de todo, es decir la sobrevaloración de los principios que pretende hacer de ellos no sólo consejos que pueden ser útiles en ciertos casos, sino reglas a las que deben siempre sujetarse las sociedades y los seres humanos, han conducido, con frecuencia, a tomar todo tipo de medidas inconvenientes para preservar algunos de ellos. Es necesario recordar que los principios se inventan para servir a los hombres, y valen únicamente si efectivamente sirven a los hombres; pocas cosas hay tan absurdas como creer que los seres humanos deban vivir para cumplir con los principios.

IV. El poder de los jueces en el Derecho norteamericano

La distancia entre la doctrina tradicional y la idea que anima la resolución en el caso *Marbury vs. Madison* es un abismo enorme. El contraste entre el papel de los jueces en una y otra concepción es una contradicción fundamental. Al contrario de la doctrina tradicional, en la doctrina norteamericana los jueces pueden y deben interpretar la ley, ya que, como diría Marshall en esa resolución “el campo y el deber del departamento judicial

es, enfáticamente, declarar lo que es el derecho”,⁶¹ pero su poder no se reduce sólo a eso, lo cual, de por sí, los coloca muy lejos de la idea de los jueces que tenía Montesquieu, cuando planteaba la necesidad de una separación, o más bien, como decía Carl Schmitt, de una distinción⁶² entre los poderes del gobierno. Los jueces, en la doctrina norteamericana, tienen el poder de revisar si las leyes se ajustan a los mandatos de la Constitución y, en caso de que una ley no sea acorde con lo que en algún punto dispone la Constitución, esos jueces tienen el poder de declarar nula la disposición legal que, de acuerdo con su propia opinión, es contraria al texto constitucional. Pero para poder verificar si una determinada disposición legal es o no contraria a la Constitución, los jueces necesitan precisar lo que dice la Constitución y para poder saber lo que ésta dice, deben, naturalmente, interpretar las disposiciones contenidas en la Constitución, es decir, deben tener también el poder de interpretar la Constitución.

Hamilton, en sus artículos periodísticos de apoyo al proyecto de Constitución, como una manera de que se aceptara una participación mucho mayor de los jueces en la arena política, empezaba por decir que el departamento judicial era *el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución*, lo cual, como se ha dicho, es una manera fantástica de hablar, pues obviamente “la Constitución” no es “una persona” poseedora de “derechos”, y que era “el más débil de los tres departamentos del poder”. Sin embargo, a continuación, en el mismo texto, en su propósito de que los jueces sirvieran de protección a los intereses de los grupos privilegiados contra las legislaturas propensas a representar los intereses de la mayoría empobrecida, promovía que los jueces tuvieran un papel preponderante en el gobierno general diciendo: “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado”.⁶³

Una parte de esta argumentación es, sin duda, correcta. Los jueces, al contrario de lo que decía Montesquieu, para aplicar las reglas que aparecen en las leyes tienen necesariamente que hacer una interpretación de las mismas. La cuestión de si los jueces deben o no deben llevar a cabo una interpretación de las reglas que están aplicando, es un problema mal planteado; los jueces como cualquier empleado público que debe aplicar o que debe cumplir con una obligación, una disposición, una regla o un mandato, debe saber cuál es su significado. Esto, de una manera o de

⁶¹ *Marbury vs. Madison*, en 5 U. S. (1 Cranch) at 177.

⁶² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, capítulo 15.

⁶³ “The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body.” *The Federalist*, number 78.

otra, implica hacer una interpretación, aún cuando las palabras de la regla o, como dicen los abogados, de la “norma” parezcan claras, al menos para tener la seguridad de que dicha regla no tiene algún otro sentido. La interpretación es algo casi siempre inevitable. Si las reglas, como cualquier otro enunciado, tienen un significado, es decir si significan algo, y también si no significan nada, como sucede con algunos enunciados decorativos, es necesario llevar a cabo un proceso mental al cual le llamamos “interpretación”. Si hay algo evidente es que muchas veces para aplicar una regla, se quiera o no se quiera, se hace o se tiene que hacer una interpretación de la misma. Sin embargo, todo esto está muy lejos de la afirmación de Hamilton de que les pertenece a los jueces determinar el significado de las leyes, lo cual parece decir que tal función es exclusiva de ellos y que la determinación que hagan de su significado debe valer como una determinación general, puesto que no son los jueces los únicos que aplican el Derecho y habitualmente en los casos de los que conocen los jueces no hacen declaraciones con efectos generales sobre el Derecho. Todos los empleados públicos: presidentes de la República, ministros, legisladores, jefes de entidades públicas independientes y todos los empleados inferiores, constantemente están aplicando el Derecho en el desempeño de sus labores en los problemas concretos que se les presentan y, por lo tanto, todos ellos tienen que hacer, en forma natural e inevitable, una constante interpretación de las reglas que aparecen en las leyes que dicen estar aplicando.

Naturalmente el que los jueces digan lo que es el Derecho en los casos en que resuelven controversias entre los particulares, no quiere decir que los jueces tengan de por sí, simplemente por ser jueces, el poder de decir lo que es el Derecho en general, ni que sus resoluciones deban tener efectos sobre aquellos que no fueron parte en la controversia, como sucedería si a las resoluciones judiciales que resuelven un conflicto entre varias partes, se les diera efectos generales respecto de toda la población. Por otra parte, y esto tiene que ver directamente con la resolución del caso *Marbury vs. Madison*, las consideraciones anteriores sobre la inevitabilidad de que los jueces interpreten las disposiciones de la ley que están aplicando, no significa que la interpretación que ellos hagan de la ley en los casos que se les presentan, deba prevalecer, como única interpretación válida de la ley y extenderse, sin más, a todos los casos, por encima de cualquier otra interpretación; ni que deba ser obligatoria para los demás órganos de gobierno, simplemente por venir de ellos.

Hay un segundo punto que es también indiscutible. En un sistema en el que se acepta o se ha establecido que existen reglas o disposiciones de distintas jerarquías y que unas privan sobre las otras, en caso de que haya conflicto o contradicción entre ellas, las reglas inferiores no valen y, obviamente, deben aplicarse las reglas superiores sobre las inferiores. Por

lo tanto, si existe contradicción entre una disposición constitucional y una disposición de una ley ordinaria, el juez debe preferir y aplicar la disposición constitucional por encima de las disposiciones en contrario que puedan existir en las leyes inferiores. Lo cual, como lo proponía Mariano Otero en su concepción de los procedimientos llamados “amparo” en México, no implica necesariamente que se les deba dar a las resoluciones judiciales efectos generales en esos casos.

Un punto más, igualmente indiscutible, en la doctrina norteamericana, es que cuando existe una contradicción entre una disposición constitucional y una disposición de una ley ordinaria en un problema o en una controversia de cualquier tipo y naturalmente se debe aplicar lo que dice la Constitución por encima de lo que diga la ley ordinaria, es inevitable que se haga una comparación entre las reglas en conflicto y para hacer esa comparación se tiene, también inevitablemente, que hacer una interpretación de lo que dice la Constitución. Esto, obviamente, no significa que sean los jueces, simplemente por ser jueces, los únicos y los más adecuados para interpretar la Constitución, ni tampoco que la interpretación de los jueces, cualesquiera que ésta sea, deba ser, de por sí, obligatoria para los otros órganos de gobierno, aunque no se haya establecido así en el texto constitucional.

Así, el poder de los jueces en la concepción jurídica europea y el poder de los jueces en la concepción norteamericana, son dos cosas bien distintas. Podemos decir que mientras en la concepción europea los jueces no tienen o no ejercen poderes políticos, los jueces en los Estados Unidos, especialmente los jueces federales, tienen, como parte de sus funciones, poderes abiertamente políticos. Treinta y dos años después de que la Suprema Corte de los Estados Unidos emitió la resolución en el caso *Marbury vs. Madison*, en su gran reportaje sobre los Estados Unidos publicado con el título *De la démocratie en Amérique*, Tocqueville, en el volumen primero, Segunda parte de su libro, después de hablar de *el gobierno de la democracia en norteamérica*,⁶⁴ de *cuáles son las ventajas reales que la sociedad norteamericana obtiene del gobierno de la democracia*,⁶⁵ de *la omnipotencia de la mayoría en los estados unidos y sus efectos*,⁶⁶ concluía manifestando su temor a la fuerza de la mayoría con expresiones muy claras: “De los vicios que son naturales al gobierno de la democracia, no hay ninguno que no crezca al mismo tiempo que el poder de la mayoría.”⁶⁷... Lo que reprocho más al gobierno democrático, tal como ha

⁶⁴ Tocqueville, de *La Démocratie en Amérique*, volumen primero, segunda parte, capítulo V, para las citas de la obra utilizo la traducción del Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

⁶⁵ *Op. cit.*, capítulo VI.

⁶⁶ *Op. cit.*, capítulo VII.

⁶⁷ *Op. cit.*, capítulo VII, en el inciso que habla de cómo la omnipotencia de la mayoría aumenta en Norteamérica la inestabilidad legislativa y administrativa que es natural a las democracias, p. 256.

sido organizado en los Estados Unidos, no es, como muchas personas lo pretenden en Europa, su debilidad, sino al contrario su fuerza irresistible. Y lo que me repugna más en Norteamérica, no es la extremada libertad que allí reina, es la poca garantía que se tiene contra la tiranía.⁶⁸... No conozco país alguno donde haya, en general, menos independencia de espíritu y verdadera libertad de discusión que en Norteamérica.⁶⁹

En el Capítulo VIII de esa Segunda parte del volumen primero de su famosa obra, titulado *Lo que modera en los Estados Unidos la tiranía de la mayoría*, que es probablemente el más ilustrativo para entender el papel y el poder de los jueces en los Estados Unidos y su carácter típicamente conservador y aristocrático, Tocqueville se refiere a los legistas en general y dentro de este género a los jueces: *En el fondo del alma de los legistas se encuentra escondida una parte de los gustos y de los hábitos de la aristocracia. Tienen, como ella, una inclinación instintiva hacia el orden y un amor natural por las formas. Como ella, sienten un gran disgusto por los actos de la multitud y menosprecian secretamente el gobierno del pueblo. ... Digo que en una sociedad donde los legistas ocupen sin disputa la posición elevada que les corresponde naturalmente, su espíritu será eminentemente conservador y se mostrará antidemocrático. ... Este carácter aristocrático que percibo en el espíritu legista es mucho más pronunciado aún en los Estados Unidos y en Inglaterra que en ningún otro país. ... El legista francés no es más que un conocedor de la materia; pero el hombre de leyes inglés o norteamericano se parece en cierto modo a los sacerdotes de Egipto y, como ellos, es el único intérprete de una ciencia oculta. ... La aristocracia norteamericana está en la barra de los abogados y en el sillón de los jueces. Cuanto más se reflexiona sobre lo que ocurre en los Estados Unidos, más se siente uno convencido de que el cuerpo de legistas forma en ese país el más poderoso y, por decirlo así, el único contrapeso de la democracia. ... Los tribunales son los órganos más visibles de que se sirve el cuerpo de legistas para obrar sobre la democracia.*⁷⁰

El problema, tal como se plantea desde hace muchos años, es si lo más correcto, lo más conveniente o lo más adecuado, es que los órganos judiciales puedan revisar las decisiones finales que toman los altos empleados de los órganos ejecutivos y también las leyes que elaboren los empleados electos por la población que forman los órganos legislativos, y si, por lo tanto, la palabra de los jueces es la que debe prevalecer en materia de gobierno. Después de la resolución en el juicio *Marbury vs. Madison*, siendo Presidente de los Estados Unidos, Jefferson comentaba con

⁶⁸ *Op. cit.*, capítulo VII, en el inciso que habla de la tiranía de la mayoría, p. 257.

⁶⁹ *Op. cit.*, capítulo VII, en el inciso que habla de el poder que ejerce la mayoría en Norteamérica sobre el pensamiento, p. 260.

⁷⁰ *Op. cit.*, capítulo VIII, pp. 268 a 272.

gran preocupación la opinión de que fuera a los jueces a quienes debiera corresponderles decidir sobre la validez de las leyes y sobre los actos del ejecutivo:

Sucede que no hay nada en la Constitución que les haya dado a ellos (se refiere a los jueces de la Suprema Corte) el derecho a decidir por el ejecutivo, como el ejecutivo tampoco tiene derecho a decidir por ellos. Ambas autoridades son igualmente independientes en su propia esfera de acción. Los jueces, creyendo que una Ley es Constitucional, tienen el derecho de dictar sentencia multando o condenando a prisión, porque el poder les fue puesto en sus manos por la Constitución; pero el ejecutivo, creyendo que la ley es inconstitucional estaría obligado a suspender o cancelar la ejecución de la pena, porque tal poder le fue confiado por la Constitución. La estructura constitucional quiso que las diferentes ramas del gobierno coordinadas sirvieran de control unas a las otras. Así pues la opinión que le otorga a los jueces el derecho de decidir cuales leyes son constitucionales y cuales no, no sólo para ellos, en el campo de sus actividades, sino también para la legislatura y el ejecutivo en sus respectivas competencias, haría del judicial una rama despótica del gobierno.⁷¹

Estando en plena efervescencia el asunto de la esclavitud, después de la decisión de la Corte en el juicio de Dred Scott que precipitó la Guerra Civil, Abraham Lincoln, en el discurso con el que tomaba posesión del cargo de Presidente de los Estados Unidos, expresaba la misma idea:

Tengo presente la opinión adoptada por algunos de que las cuestiones constitucionales deben decidirse por la Suprema Corte, no niego que tales decisiones deben ser obligatorias para las partes en un juicio, sobre el objeto de dicho juicio, y que además esas decisiones merecen el mayor respeto de los otros departamentos del gobierno en casos semejantes pero, si la política del gobierno sobre las cuestiones básicas que afectan a todo el pueblo son decididas de manera irrevocable por la Suprema Corte, en el instante en que tales decisiones se hacen en un litigio ordinario entre las partes en un juicio, el pueblo

⁷¹ "But nothing in the Constitution has given them a right to decide for the Executive, more than to the Executive to decide for them. Both magistracies are equally independent in the sphere of action assigned to them. The judges, believing the law constitutional, had a right to pass a sentence of fine imprisonment; because the power was placed in their hands by the Constitution. But the Executive, believing the law to be unconstitutional, was bound to remit the execution of it; because that power has been confided to him by the Constitution. That instrument meant that its co-ordinate branches should be checks on each other. But the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the Legislature & Executive also, in their spheres would make the judiciary a despotic branch." Thomas Jefferson, *Letter to Mrs. John Adams*, sept. 11, 1804 en *Thomas Jefferson Works* T. VIII, pp. 310-311 (1897).

habrá dejado de ser su propio amo, renunciando prácticamente a su gobierno para dejarlo en manos de ese eminente tribunal.⁷²

V. Los dilemas entre la democracia, la justicia y la libertad

En el fondo del tema está el dilema entre la democracia y la justicia, que, en mi opinión, es uno de los problemas más difíciles de la vida social y desde luego es uno de los temas que despierta la mayor inquietud intelectual por sus dificultades racionales y las mayores pasiones por sus implicaciones y sus consecuencias para la libertad y los intereses de los individuos y las minorías, y también para los intereses y los deseos de las mayorías.

Se trata de si en las relaciones de los hombres en sociedad, en caso de conflicto, debe prevalecer como expresión de la justicia, la idea que de ella tenga un tribunal en un caso particular con efectos no sólo para ese caso particular (lo cual nadie discute) o si debe prevalecer la ley como expresión de la voluntad de la mayoría.

Naturalmente, si lo que debe prevalecer es la voluntad de la mayoría podemos concluir que estamos en el ejercicio de la democracia o al menos de lo que se llama democracia representativa, pero esto puede implicar el desconocimiento de los derechos, los intereses y las ideas de las minorías, lo que con frecuencia quiere decir arrollamiento de la libertad en el sentido de pensar, decir y actuar de manera diferente a como piense, opine o actúe la mayoría de la población. En otras palabras, la prevalencia de la voluntad de la mayoría como regla única en todos los actos de la vida humana significa el fin de la disidencia y por lo tanto de la libertad. Así, en muchos casos, el asunto se reduce a un choque entre la democracia y la libertad.

Es conveniente insistir en algo obvio e indiscutible: no existía ni existe en la Constitución de los Estados Unidos alguna palabra por la que se le otorgue a la Suprema Corte el poder de interpretar en forma exclusiva la Constitución. En el texto de la Constitución de los Estados Unidos no existe facultad alguna para que una autoridad judicial pueda resolver sobre la validez de una ley. En este sentido hay una opinión especialmente interesante. Se trata de una de las pocas opiniones claras auténticas sobre el tema emitidas varios años antes del caso *Marbury vs. Madison*, concretamente en 1796, sobre el derecho de los jueces de cuestionar la validez de una ley y es la opinión del mismo John Marshall, como abogado en el caso

⁷² First Inaugural Address, march 4, 1861 in 6 Richardson, *Messages and Papers of the Presidents* 5, 9-10 (1897).

Ware Administrator vs. Hylton *et al.*,⁷³ antes de que fuera Jefe de Justicia de la Suprema Corte de los Estados Unidos:

La autoridad legislativa de cualquier país sólo puede ser restringida por su propia constitución. Este es un principio que surge de la verdadera naturaleza de la sociedad; y la autoridad judicial no puede tener derecho a cuestionar la validez de una ley, a menos que tal poder le fuera dado expresamente por la constitución.⁷⁴

Ahora bien, quienes se inclinan por limitar la voluntad de la mayoría hacen notar que la aplicación de la decisión democrática, como regla única, conduce a acabar con la libertad personal, al someter a cada uno de los individuos y a las minorías disidentes a las ideas, las creencias, los prejuicios, o los intereses y las pasiones del grueso de la población o de la mayoría de los legisladores que dicen representar a la población. Una sociedad uniforme, regida en todo por la voluntad de la mayoría, no parece ser el ideal de la vida en común.

Para ellos, es indispensable garantizar la libertad como poder del individuo de hacer algo distinto a lo que piense, crea y quiera, la mayoría. La libertad como poder de actuar contra la opinión y la voluntad de esa mayoría. Muchos de quienes apoyan esta posición sostienen que por encima de la voluntad mayoritaria concretada en leyes que cambian con el tiempo, existen valores fundamentales que deben mantenerse sobre las veleidades de las asambleas y las expresiones cambiantes de las mayorías en votaciones. La regla mayoritaria —dicen— no asegura la justicia. La única forma de mantener la justicia es confiar la decisión de lo que es correcto y de lo que no lo es a un grupo de personas sabias y prudentes: los jueces, que están más allá de las modas y opiniones pasajeras del común de las gentes y no se dejan afectar por ellas; tal vez por esto un buen número de los profesionales del Derecho, que pretenden ser también expertos en la justicia, son conservadores. Pero lo verdaderamente importante de esta posición es la idea de algunos de sus partidarios en el sentido de que debe confiarse a los jueces no solamente la resolución de lo que es correcto en los casos individuales que les presenten, sino también decidir si la ley hecha por asambleas en donde prevalece el juicio democrático de la voluntad de la mayoría, es o no correcta. La ley, dicen quienes así piensan, aún cuando sea hecha por la voluntad de la mayoría o de los representan-

⁷³ 3 Dallas, 199.

⁷⁴ "The legislative authority of any country can only be restrained by its own municipal constitution. This is a principle that springs from the very nature of society; and the judicial authority can have no right to question the validity of a law, unless such a jurisdiction is expressly given by the constitution." Ware, Administrator v. Hylton *et al.*, 3 Dallas, 199. Ver Ernest Sutherland Bates, *The Story of the Supreme Court*, The Bobbs-Merrill Company, Inc. New York, 1963, pp. 68 y 69.

tes de esa mayoría, no vale si no es acorde con la justicia, porque viola los valores fundamentales, que son eternos.

Por su parte, los partidarios de la prevalencia de la democracia en las cuestiones que conciernen a la vida social, están conformes en dejar la decisión de los conflictos individuales a la opinión de un individuo (juez) o de un tribunal de varios miembros especialmente conocedores y prudentes, pero las resoluciones sobre lo que es bueno para la sociedad en general es algo que únicamente puede dejarse a la decisión de esa sociedad entera. No existe una ley eterna, la única ley es la que expresa la voluntad de la mayoría, que es la única que puede establecer las reglas. La justicia es sólo una idea vaga, imposible de precisar como no sea a base de tautologías.⁷⁵ Sobre las cuestiones generales que afectan a toda la población, lo mejor, o lo menos malo, y lo único a lo que en términos relativos puede llamarse justo, es lo que decida la mayoría de la población, sea en forma directa —que en nuestras sociedades actuales es imposible— o bien a través de los representantes que elige para hacer las leyes, las reglas generales. Nadie mejor que los miembros de una sociedad, saben lo que les conviene a todos y, por eso, son ellos los que deben establecer las reglas generales a través del único sistema posible para tomar decisiones en un grupo social, por mayoría.

Para los críticos de la idea de una ley eterna, las sociedades no pueden estar atadas por una ley primera superior a todas las subsecuentes que, obviamente, fue hecha para su tiempo por gente que ya murió, llámese Constitución, Ley Fundamental o de cualquier otra manera. La pretensión —decía Jefferson— de que una ley hecha por representantes de la población, por llamarse “Constitución”, no pueda ser modificada por otra ley posterior hecha igualmente por representantes de la población, es absurda.⁷⁶ “*Constitutio, constitutum, statutum, lex*, son términos intercambiables idénticos. *Constitución* y *estatuto* fueron originalmente términos del derecho civil, y de ahí fueron introducidos por los eclesiásticos en la ley inglesa. Así en el estatuto 25. Hen. 8. c. 19. número I. *Constitutions* y *ordinances* son usados como sinónimos. Ninguna inferencia pues de un

⁷⁵ Uno de los textos más concretos, más profundos y más conocidos sobre “la Justicia” es el de Kelsen que lleva por título *¿Qué es la Justicia?* escrito en 1953, en el cual Kelsen empieza por decir que “Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres —desde Platón a Kant— y, sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta.” Traducción del texto en alemán *Was ist Gerechtigkeit?* al español por Ernesto Garzón Valdés.

⁷⁶ Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia*, Cuestión XIII, Constitution, subtítulo The constitution of the state, and its several charters, inciso 5.

sentido diferente se puede obtener de la adopción de ese nombre”⁷⁷ y a continuación recordaba que la regla de oro de la Constitución inglesa, no como un texto (que no existe) sino como una regla no escrita inevitable, es precisamente que ninguna asamblea parlamentaria puede impedir que las siguientes asambleas parlamentarias dejen sin efecto cualquier restricción a futuro que un cierto parlamento hubiera querido implantar.⁷⁸

La sociedad viva no puede regirse por la voluntad de los muertos. El mundo les pertenece a los vivos que son quienes deben darse sus propias leyes y es su voluntad, la voluntad de los vivos, la que debe prevalecer en las cuestiones que afectan a la sociedad en general. “Ninguna sociedad —decía Jefferson— puede hacer una constitución perpetua y ni siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente,”⁷⁹ y agregaba:

Ellos, (la generación viviente) son los amos de sus propias personas, y consecuentemente pueden gobernarse como quieran. Porque las personas y los bienes susceptibles de apropiación son las cosas sobre las que se ejerce el gobierno. La constitución y las leyes de sus predecesores se extinguen pues, en forma natural con aquellos que les dieron vida. Estos pueden preservar lo que han hecho hasta que dejan de existir ellos mismos, pero no más allá. Todas las constituciones pues, y todas las leyes, expiran en forma natural al final de 19 años (que según sus cálculos era, en ese tiempo, la duración de una generación). El principio de que la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos es de muy amplia aplicación en todos los países ... y tiene que ver con cuestiones tales como ¿Si la nación puede cambiar la descendencia en la posesión de las tierras? ¿Si los vivientes pueden cambiar la apropiación de tierras dadas anteriormente a perpetuidad a la iglesia, a los colegios o a las órdenes de caballería, o si se pueden crear títulos o distinciones hereditarias, o monopolios perpetuos en el comercio. Esto proporcionaría material para un preámbulo fino a nuestra primera ley de ingresos y excluiría del umbral de nuestro nuevo gobierno, en esta parte del globo, los ruinosos y contagiosos errores, con los que los déspotas se han armado, con medios no aceptables por la naturaleza, para atar con cadenas a los demás hombres.⁸⁰

Para los partidarios de esta posición, el cuerpo social, en el que debe mandar la mayoría, por lo menos en lo que toca al establecimiento de las re-

⁷⁷ Jefferson citando el *Lexicon Juridicum* de Juan Calvino que dice “A constitution is called that which is made by the ruler” “An ordinance, that which emperors rewrite or ordain.” “A statute, that which is the same as law”. *Op. cit.*, misma cuestión, mismo inciso.

⁷⁸ *Notes on the State of Virginia*, cuestión XIII, inciso 5.

⁷⁹ “No society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law. The earth belongs always to the living generation” *Carta de Jefferson a Madison*, fechada en París el 6 de septiembre de 1789.

⁸⁰ *Carta citada de Jefferson a Madison* de fecha 6 de septiembre de 1789.

glas generales, no puede estar sometido a la revisión, control o aprobación de un pequeño grupo de jueces que pretenden ser los únicos que saben, primero, qué es lo que pensaban y querían aquel o aquellos que hicieron las reglas sagradas o la ley fundamental y, segundo, que además pretenden ser los únicos que saben qué es lo que le conviene al cuerpo social o qué es lo que es justo.

Aún cuando quienes favorecen el gran poder de los jueces para revisar y anular las leyes que consideran injustas, invocan con frecuencia los “valores” y se esfuerzan por presentar como valores inmutables las ideas, las creencias y los gustos que les complacen o les favorecen, sucede que, en la realidad histórica, los objetivos y los propósitos tangibles en la vida de los pueblos, han ido cambiando; las relaciones humanas han cambiado, y naturalmente las leyes para regir esas relaciones también deben cambiar. La idea de lo que es justo, es decir, la justicia, a no ser que se le mencione simplemente como una ilusión, ha ido cambiando al paso del tiempo. Siendo así, ¿existe realmente una forma de mantener la justicia?, o lo que es aún más difícil, ¿existe alguna forma de determinar eso que se llama justicia?, o debemos simplemente renunciar a tal propósito y conformarnos con que, independientemente de que exista o no la justicia y alguna posibilidad de determinarla, ¿las cuestiones que afectan a toda la sociedad deben, en todos los casos, decidirse democráticamente; esto es, por la decisión de la mayoría; o deben decidirse por un grupo de hombres y mujeres especialmente preparados capaces y prudentes; o si la respuesta a esta pregunta, debe empezar por separar ciertas materias de otras y ver si es realmente posible hacer una delimitación que, además de ser clara, sea conveniente en todos los casos.

La resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* fue criticada de manera muy seria por varios presidentes de los Estados Unidos, entre ellos Jefferson, Jackson, Lincoln y Franklin D. Roosevelt; fue criticada también por académicos y jueces de gran prestigio y fue criticada de manera indirecta por el famoso juez de la Suprema Corte Oliver Wendell Holmes.

Poco tiempo después de dictada la famosa resolución en el caso *Marbury vs. Madison*, la pretensión de atribuirse el poder de revisar las leyes y los actos del Congreso y la prepotencia de Samuel Chase, uno de los jueces que integraban la Suprema Corte en esa época, la llevan a un choque con el Congreso de los Estados Unidos. La Cámara de Representantes decide abrir un juicio en el Senado en contra de Chase a fin de destituirlo. En el fondo de las cosas la intención era destituir primero a Chase y después a John Marshall. Frente a este panorama que era en realidad una amenaza contra él y los demás jueces federalistas a fin de sacarlos a

todos de la Corte,⁸¹ Marshall manifiesta su disposición a someter las opiniones de la Suprema Corte a la aprobación del Congreso y en una carta al mismo Chase le expresa que a fin de evitar las acusaciones y las posibles destituciones de los jueces de la Suprema Corte, sería conveniente que se implantara una jurisdicción por la cual la legislatura conociera en apelación de las resoluciones de los órganos judiciales que el Congreso considerara necesario revisar; lo cual, como lo señala Ernest Sutherland Bates, era, en otras palabras “echar por la borda la doctrina de la revisión judicial junto con su propia opinión en el caso *Marbury vs. Madison*, y aceptar una supremacía del legislativo aún más completa que la que Jefferson proponía, todo esto a cambio de que él y sus compañeros, los demás jueces de la Suprema Corte, pudieran conservar sus puestos.”⁸² Lo que Marshall decía textualmente en su carta citada por su biógrafo y gran admirador Albert Beveridge,⁸³ en la parte que tiene que ver con la revisión judicial y el poder de los jueces, es lo siguiente:

... la moderna teoría del juicio de destitución debería cambiarse por una jurisdicción de apelación ante la legislatura. Una revocación de aquellas opiniones que la legislatura considerara infundadas ciertamente iría mucho mejor con la suavidad de nuestro carácter que una remoción de un Juez que ha dictado esas opiniones sin conocimiento de su falta.⁸⁴

Las críticas a la resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* siguen adelante. En 1825 J. Gibson, el renombrado juez de la Corte Superior de Pennsylvania, en su muy conocida opinión en el caso *Eakin vs. Raub*, explicaba:

La constitución y el derecho de la legislatura a emitir una ley pueden estar en pugna. Pero ¿es eso una materia que debe resolverse judicialmente? Si es así, el judicial tiene que ser un órgano muy peculiar para revisar los procedimientos de la legislatura y corregir sus errores; pero ¿en qué parte de la constitución encontramos esta preeminencia orgullosa? Analizando el tema desde el punto de vista opuesto, ¿qué se pensaría de una ley de la asamblea legislativa en la que ésta declarara que la Suprema Corte había, en un caso en particular, interpretado de manera equivocada la constitución de los Estados Unidos y que,

⁸¹ Ernest Sutherland Bates, *The Story of the Supreme Court*, Charter Books, The Bobbs-Merrill Company, Inc. New York, 1963 p. 99.

⁸² Bates, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

⁸³ El libro de Beveridge sobre John Marshall, titulado *The Life of John Marshall*, fue la obra máxima de este escritor que dedicó siete años a escribirla, desde 1912 a 1919, fue aclamada desde su publicación y ganó el Premio Pulitzer.

⁸⁴ “...the modern doctrine of impeachment should yield to an appellate jurisdiction in the legislature. A reversal of those legal opinions deemed unsound by the legislature would certainly better comport with the mildness of our character than (would) a removal of the Judge who has rendered them unknowing of his fault” Albert Beveridge, *The Life of John Marshall*, vol. III, pp. 176-77.

por lo tanto, la resolución debería ser revocada? Sin duda se pensaría que (la asamblea legislativa) está usurpando un poder judicial que no le corresponde. Así pues, parece claro que declarar nula una ley que ha sido emitida de acuerdo con las formas prescritas por la constitución es una usurpación (que hacen los jueces) de un poder legislativo que no les corresponde.⁸⁵

En 1832 el Presidente Andrew Jackson en el veto que hizo de la ley bancaria decía:

La opinión de los jueces sobre el Congreso no tiene más autoridad que la opinión del Congreso sobre los jueces, y, en ese punto, la opinión del Presidente es independiente de ambas. No puede, por lo tanto, permitirse que la autoridad de la Suprema Corte controle al Congreso o al Ejecutivo cuando éstos actúan en sus respectivas capacidades legislativas; en este caso la influencia de las opiniones es sólo la que merezca el peso de su razonamiento.⁸⁶

⁸⁵ "The constitution and the right of the legislature to pass the act, may be in collision. But is that a legitimate subject for judicial determination? If it be, the judiciary must be a peculiar organ, to revise the proceedings of the legislature, and to correct its mistakes; and in what part of the constitution are we to look for this proud pre-eminence? Viewing the matter in the opposite direction, what would be thought of an act of assembly in which it should be declared that the Supreme Court had, in a particular case, put a wrong construction on the constitution of the United States, and that the judgment should therefore be reversed? It would doubtless be thought a usurpation of judicial power. But it is by no means clear, that to declare a law void which has been enacted according to the forms prescribed in the constitution, is not a usurpation of legislative power." *Voto particular del Juez Gibson en la Resolución de la Suprema Corte de Pennsylvania en el caso EAKIN v. RAUB*, 12 S. & R. 330 (Pa. 1825).

⁸⁶ "The opinion of the judges has no more authority over Congress than the opinion of Congress has over the judges, and on that point the President is independent of both. The authority of the Supreme Court must not, therefore, be permitted to control the Congress or the Executive when acting in their legislative capacities, but to have only such influence as the force of their reasoning may deserved." Andrew Jackson, *Veto of Bank Bill*, July 10, 1832, in 2 Richardson, *Messages and Papers of the Presidents* 576, 581-582 (1896).