

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA TRADICIÓN JUDICIAL DEL COMMON LAW

SUMARIO: I. *Algunos antecedentes para el entendimiento del moderno control de la constitucionalidad.* 1. *Las ciudades medievales y la constitución.* 2. *La constitución como pacto.* 3. *La ciudad y el pacto.* 4. *Gubernaculum y jurisdicción en Inglaterra.* 5. *Las leyes fundamentales del reino.* 6. *La constitución del Estado (república o principado).* 7. *Constitución y comunidad.* 8. *La protección judicial de los pactos y los civil rights.* 9. *Las cartas de las colonias inglesas de Norteamérica.* 10. *La doctrina moderna del derecho natural y la noción de constitución.* II. *El advenimiento de la constitución escrita.* 1. *La tradición política inglesa.* 2. *La tradición jurídica del common law.* 3. *La práctica constitucional de las colonias inglesas.* 4. *Los ideales de la filosofía política de la Ilustración.* 5. *Las constituciones de las colonias independientes de Norteamérica y la constitución federal de los Estados Unidos.* III. *La constitución como derecho.* 1. *Jurisprudencia dogmática constitucional.* a) *Noción.* b) *Advenimiento de la jurisprudencia dogmática constitucional.* 2. *La constitución y el mito de la ley.* a) *Sus causas.* b) *Sus efectos.* IV. *La supremacía de la constitución.* V. *La justicia constitucional y la supremacía.* 1. *Antecedentes.* 2. *Los tribunales ingleses.* 3. *La independencia judicial.* 4. *La garantía judicial de la constitución.* 5. *La judicial review en Estados Unidos.* 6. *Marbury vs. Madison.* VI. *Los principios contenidos en el fallo de Marshall.* 1. *El juez conoce de todos los litigios.* 2. *El control judicial garantiza la competencia constitucional.* 3. *El control judicial es garantía de los derechos humanos.*

I. Algunos antecedentes para el entendimiento del moderno control de la constitucionalidad.¹

1. Las ciudades medievales y la constitución.

Parace que la antigüedad no superó el concepto estrictamente descriptivo de 'constitución', como forma de la comunidad ('*politela*'),

¹ Esta parte se encuentra ampliamente desarrollada en el capítulo II: "El significado de 'constitución'" del libro del autor *Introducción al Estudio de la Constitución*, vol. I, *El significado de la constitución y el constitucionalismo*, México, UNAM, 1979, pp. 45-75.

respublica). La constitución de la comunidad es siempre la manera de ser de la organización política, es más una descripción que una norma. Para que la constitución sea comprendida como legislación negociada (pactos, cartas, etcétera), en que se establezcan prerrogativas y obligaciones de gobernantes y súbditos es necesario esperar la renovación de las bases de la comunidad política que se realiza, justamente, en la Edad Media.² El término 'constitución' volvió a ponerse en uso en el medievo para aplicarse a las disposiciones legislativas del poder temporal. En España, por ejemplo, dicho término es aplicado durante el período que comprende la guerra de conquista del territorio español contra los moros, para nombrar las cartas, fueros, etcétera, otorgados por los monarcas a regiones, ciudades y villas.³

A este respecto cabe señalar que las ciudades, cuyos privilegios eran establecidos por las **constituciones** (pactos, cartas o fueros), fueron piedra angular en el progreso de Europa durante la Edad Media. En efecto, fue la populosa, amurallada y autogobernada ciudad o villa el escenario de la vida constitucional del medievo. A través de las cartas, pactos y fueros se creó un sistema que se caracteriza por la vigencia uniforme de varios principios generales denominados 'privilegios',⁴ como la igualdad ante la ley, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a ser juzgado por los jueces naturales, etcétera;⁵ privilegios que beneficiaban a los habitantes de una ciudad. En Inglaterra, que por razones del tema adquiere importancia capital, el advenimiento de las ciudades (**towns**) fue parecido a las de toda Europa. Sin embargo pocas ciudades alcanzaron el grado de independencia de las ciudades de España o Francia. Las más importantes, sin duda, fueron Londres, Bristol, York, Hull, Yarmoth, Winchester, etcétera.

Como ocurrió en las ciudades españolas y francesas las libertades y franquicias de una ciudad inglesa eran otorgadas por carta y frecuentemente se extendieron a las villas (**towns**) y habitantes circundantes.⁶

² Cfr. Burdeau, G. *Traité de Science Politique*, t. IV *Le Statut du Puvoir dans l'Etat*; 2e. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pp. 45-46.

³ Cfr. Cheney, P. *The Dawn of a New Era, 1250-1453*, Nueva York, Harpar & Brothers, 1936, p. 64.

⁴ Pons Guri, José Ma. "Constituciones de Cataluña", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. V, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1953, p. 233.

⁵ Picone, Francisco Humberto. "Constitución", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, p. 1025.

⁶ Cfr. Cheney, *op. cit.*, pp. 68-69.

*We spontaneously and of our own free will... did grant and by our charter... And the city of London, shall have all its old liberties and free customs as well by land as by water. Moreover will sill and grant that all other cities and burroughs, and towns and ports, shall have all their liberties and free customs.*⁷

2. La constitución como pacto

Todas estas cartas portadoras de franquicias o libertades eran otorgadas por el **princeps** (o por el **princeps** en parlamento) y se llamaban 'constituciones'. A las disposiciones del monarca en Cortes o fuera de éstas, se les dio frecuentemente, el nombre de 'constitución'.⁸ Las constituciones emanaban del soberano, pero con la condición de que fueran consentidas, loadas y aprobadas por ciertas asambleas representativas; de otro modo **no serían constituciones.**⁹

Cabe pues señalar, como rasgo peculiar de las constituciones su carácter contractual; rasgo que se refleja, incluso, en el aspecto formal de su promulgación. Cabe decir, que las constituciones medievales no son sino **pactos en forma de leyes**, convenios que deben cumplirse.¹⁰ ¿No acaso la ley era una **sponsio publica** como señalaba Papiniano?¹¹ Estas cartas o fueros, denominados 'constituciones', son un contrato hecho público como las disposiciones de una legislación y que tiene por objeto establecer las relaciones de obediencia y de mando que existen entre gobernantes y súbditos. De ahí el nombre de **pactum subjectionis** que le dieron los teólogos de la Edad Media.¹²

3. La ciudad y el pacto

¡Qué importante rol político desempeña la ciudad! Si se habla de un derecho del individuo es necesario entender que éste no le pertenece sino por participación¹³ "Un burgués debe sus franquicias a la comuna (ciudad) de la cual es miembro".¹⁴ En efecto, a partir del siglo

⁷ Magna Carta, 1 y 13, en *Constitution of the United States. Constitution of the State of California, 1879 and Related Documents*, California State Senate, 1978, pp. 3 y 5.

⁸ Cfr. Pons Guri, José Ma. *op. cit.*, t. V. p. 233.

⁹ Cfr. *Ibidem*. Las cursivas son nuestras.

¹⁰ Cfr. *Ibidem*.

¹¹ Papiniano decía que la *lex* era una "*communis reipublicae sponsio*" (D. 2.3.1).

¹² Cfr. Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 47.

¹³ Cfr. *Ibidem*, t. IV, p. 50.

¹⁴ Lagarde, G. de, *La naissance de l'esprit laïque au Moyen Age*, t. IV Ockham et son temps, 1942, p. 103; citado por Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 50.

XII la preocupación por obtener un reconocimiento contractual de los derechos, honores o prerrogativas, se convierte en una preocupación constante de toda la escala social. Las gentes se esfuerzan por obtener las cartas en que ven la garantía de sus **jura et libertates**.

Esas cartas, pactos o constituciones, definen la situación jurídica de una colectividad, de un territorio, de una ciudad. Poco importa que los derechos de los que se trate hayan sido otorgados, reconocidos, arrancados por fuerza o consagrados por la costumbre; ellos definen un **Etat** cuyo contenido beneficia a la entidad (ciudad, gremio o estamento) a nombre de la cual la carta o constitución ha sido expedida.¹⁵

Las libertades y privilegios, sin embargo, iban paulatinamente desapareciendo ante el incremento del poder central de las monarquías en el continente. Únicamente en Inglaterra se habrían de mantener o, en su caso recuperar las '**libertades antiguas**'.¹⁶

4. Gubernaculum y jurisdictio en Inglaterra

En Inglaterra '**constitution**' también se refiere a franquicias y privilegios de ciertos estamentos. Las famosas **Constitutions of Clarendon** de 1164, ("**avitae constitutiones o leges, recordatio vel recognitio**") se refieren a las relaciones que se pretende existieron entre la iglesia y el Estado en la época de Henry I.¹⁷ Entonces la iglesia era en Inglaterra una comunidad cuyos privilegios, franquicias, posesiones o bienes le eran otorgados y garantizados mediante **constitutions**.

*We have confirmed... by this our present charter that the English church shall have its rights intact and liberties uninfringed upon.*¹⁸

Con fines puramente seculares, en el principio del medievo, se usan sinónimos tales como '**lex**' o '**edictum**', los cuales alternan con '**constitution**' para designar la legislación temporal. Por ejemplo, Haveden suele calificar de '**leges**' las **Constitutions of Clarendon**" Glanvill emplea frecuentemente la palabra '**constitution**' en el sentido de edicto

¹⁵ Cfr. Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 52

¹⁶ Cfr. Tamayo y Salmorán, *R. op. cit.*, pp. 123-140.

¹⁷ McIlwain, C.H. *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Buenos Aires, editorial Nova, s/f., p. 36.

¹⁸ *Magna Carta*, 2, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹ *Chronica Magistri Rogeri de Houedene* (Rolls Series), I, 220-222. Walter de Coventry las denomina '*consuetudines quae inductae sunt contra ecclesias terrae suae in tempore suo*' (*The Historical Collection of Walter of Coventry* (Rolls Series), I, 207; citado, por McIlwain, C.H., *op. cit.*, p. 37).

real,²⁰ Bracton denomina 'new constitution' a una de las disposiciones del Edicto de Merton y 'constitutio libertatis' la sección de la **Magna Carta** promulgada de nuevo en 1225.²¹

La organización política reposa, en definitiva, en un pacto celebrado entre los gobernados, quienes convienen en obedecer, y los gobernantes, los cuales se comprometen, además de asegurar el orden, a respetar las condiciones puestas a su derecho de mandar.²²

Específicamente respetar las leyes del reino y las libertades y prerrogativas de los súbditos. Existe, así, en el origen de la concepción del **pactum subjectionis** la idea de establecer las bases y límites del **gubernaculum** (arbitrio del gobernante) frente a los derechos de los súbditos, **jurisdictio**: las viejas leyes y costumbres del reino (el **Common Law**).

5. Las leyes fundamentales del reino

La más célebre de éstas constituciones es la **Carta Magna** del 19 de junio de 1215, resultado de las transacciones entre el rey John y los barones ingleses. Sin duda la **Carta Magna** debilitaba la autoridad real instituida por Henry II Plantagenet. El pueblo inglés lo comprendió así porque cada vez que impidió a la monarquía la vía del absolutismo, se esforzó por obtener una confirmación de la Carta.²³

La palabra 'constitution' adquiere, así, otro significado, no es mera legislación del **princeps** sino compromiso fundamental. 'Constitution', para entonces, nombra a las 'leyes fundamentales del reino'. Estas leyes fundamentales que se encuentran establecidas por escrito en ciertas cartas y en las costumbres del reino (**id est** en el **Common Law**) están garantizadas por la **jurisdictio**. Son las que han pactado pueblo (súbditos) y príncipes.

Así Rannulphus de Glanvilla, el *Chief Justice*, dirigiéndose a los demás jueces, dijo: "nuestros derechos consuetudinarios habían sido establecidos razonable y sabiamente, que nada excesivo podrían hallarse en ellos, y que el señor

²⁰ Lib. II, Cap. VII, Glanvill, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, New Haven, ed. George Woodine, 1932, p. 63. *Cfr. Id.*; Lib. XIII, cap. XXXII, p. 172, citado, por McIlwain, C.H., *op. cit.*, p. 37.

²¹ Fol. 312 B y Fol. 168 B, citado por McIlwain, C.H., *op. cit.*, p. 37.

²² Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 48.

²³ *Cfr. Jellinek, Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, 1899, p. 30, citado por Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 55.

rey no desea ni se atreve a ir contra las costumbres hasta cierto punto tan antiguas y tan justas o a cambiar nada respecto de ellas".²⁴

6. La constitución del Estado (república o principado)

Poco a poco 'constitución' cambiaría su significado. De 'leyes fundamentales del reino' pasaría a significar 'estructura básica de la comunidad', 'conjunto del aparato del Estado' o, simplemente, '**ius publicum**'.

Ningún ejemplo de tal noción parece existir anterior al siglo XVII.²⁵ La expresión se usa continuamente en Inglaterra, en esta última acepción, con motivo de las luchas políticas entre la Corona y el Parlamento. El 28 de enero de 1688 en una de las deliberaciones de la Cámara de los Comunes, se afirmó que el rey James II "había intentado cambiar la Constitución del reino..."²⁶ El cambio de 'leyes fundamentales del reino' a 'constitución del reino' no fue casual sino es resultado de ciertos acontecimientos, tales como: aparición de los conceptos de 'comunidad' y 'Estado', la protección judicial de los pactos y el nacimiento de los **civil rights**; la aparición de las cartas de las colonias inglesas de Norteamérica; el auge de la teoría del contrato social y la doctrina moderna del derecho natural.

7. Constitución y comunidad

En el antiguo **pactum subjectionis**, los protagonistas eran contratantes con intereses muy particulares: el príncipe se comprometía **personalmente** a ejercer el poder bajo ciertas condiciones; era un compromiso personal que no obligaba a sus sucesores, salvo ratificación expresa. (Por ello es que la **Carta Magna** tuvo que volverse a promulgar en 1225)²⁷ Los beneficios de la constitución como contrato eran, como tal, sinalagmáticos. El nuevo uso de 'constitución' sin embargo no indica más un conjunto de compromisos personales en los que se consienten ciertos individuos, sino un acto en que los individuos actúan como miembros de la comunidad, esto es, como **symbiotes** (agentes de la **consociatio** —comunidad—) para decirlo como Joha-

²⁴ *Chronicon Monasterii de Abingdon (Rolls Series) I*, p. 297, citado, por McIlwain, C.H., *op. cit.*, pp. 80-81. Las cursivas son nuestras.

²⁵ *Cfr.* McIlwain, C.H., *op. cit.*, p. 38.

²⁶ Amos, M., *La constitution Anglaise*, trad. P. de la Pradelle, París, 1935, p. 43, citado, por Lucas Verdú, "Constitución", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, *op. cit.*, t. V, p. 211.

²⁷ *Cfr.* McIlwain, C.H., *op. cit.*, p. 37.

nes Althusio. Los protagonistas dejan de ser un gremio y se convierten en **symploites**: en el pueblo de la comunidad (aunque en ocasiones su único acto consista en el establecimiento de la autoridad política de la comunidad, autoridad que es necesaria a toda **universalis consociatio**).²⁸

8. La protección judicial de los pactos y los civil rights

La autonomía judicial y el principio inglés de **judge made-law** dio origen a **remedies** (recursos judiciales) que garantizaban las libertades y privilegios obtenidos en cartas o por costumbre deviniendo verdaderos **rights** (derechos subjetivos) de los individuos: **where there is a remedy there is a right**. Así, los **privileges and immunities** que beneficiaban a ciertos grupos, mediante la fuerza del precedente judicial (principio del **stare decisis**), se habrían de convertir en los **civil rights** de los ingleses.

La defensa y afirmación judicial a través de decisiones de los tribunales hicieron que los antiguos instrumentos como la **Carta Magna**, se convirtieran en las leyes fundamentales del Estado inglés. Las **constitutions** no son pactos que necesiten ratificación, es el derecho que se impone a gobernantes y gobernados. De esta forma, la racionalización del poder en Inglaterra fue, así, originariamente obtenida mediante pactos y, por protección e interpretación judicial de los mismos.

9. Las cartas de las colonias inglesas de Norteamérica

La colonización inglesa fue promovida por una serie de empresas privadas que empezaron con la obtención, por Sebastián Cabot, de la Carta de la **Muscovy Company** en 1555. Después vendría la **Levant Company** en 1581, **Venice Company** en 1583, **East India** en 1600 y la obtención de la Carta de la **Virginia Company of London** en 1606,²⁹ de todas, la más importante para nuestro propósito.

Bajo el liderazgo de Sir Edwin Sandys la **London Company** empezó a moverse hacia un autogobierno en Virginia. En su "**Court**" trimestral, en noviembre de 1618 se ratificaba un orden más democrático

²⁸ Althusius, Johannes, *Politica*, I, 3, ed. por Friedrich, C. J., Harvard Political Classics, Harvard University Press, 1932. Cfr. Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 69.

²⁹ Cfr. Rouse, Jr., Parke, *Virginia. The English Heritage in America*, New York, Hastings House, 1976, p. 28.

en **The Great Charter of Privileges, Orders and Law**; carta que habría de ser el antecedente de la Constitución de Virginia de 1716.³⁰

La **Court** envió como gobernador de Jamestown a Sir George Yardley con instrucciones de convocar a una asamblea; ésta sesionó en Jamestown el 30 de julio de 1619.³¹ Este fue el primer cuerpo legislativo, propiamente dicho, en el Nuevo Mundo, con el que empieza el "gobierno de derecho" en Virginia.³²

La existencia de un cuerpo legislativo al lado de una carta solemne habría de evidenciar la existencia de dos niveles de reglas legislativas; hecho que tuvieron muy presente los ingleses de América. No cabe duda de cuál de las dos es la legislación fundamental: las disposiciones de la Carta se imponían tanto a los colonos como a todos los demás funcionarios coloniales e, incluso, a la Corona.

El 11 de noviembre de 1620 en Cabo Cod los **Pilgrimfathers** a bordo del **Mayflower** se comprometieron a **fundar** una comunidad: **New Plymouth**, y **establecer** sus autoridades. Los colonos de Nueva Inglaterra tenían perfecta conciencia que construían una nueva sociedad, como lo demuestra el texto del **Mayflower Compact**.

nosotros cuyos nombres se encuentran escritos... mutua y solemnemente pactamos y concertamos nuestras personas en un cuerpo político civil...³³

Según la concepción puritana las congregaciones —y, por tanto, las nuevas comunidades políticas (retrato de aquéllas)— se creaban mediante un pacto entre miembros iguales. De ahí que, el pacto (**covenant**) fuera considerado el **origen** de toda vida social organizada.³⁴ Pronto estos **covenants** se propagaron entre los colonos ingleses de Norteamérica. De entre estos **covenants** uno de los más importantes es el **Fundamental Orders of Connecticut** de 1639.³⁵

El **covenant**, como las cartas de las compañías, sería superior a cualquier legislación. A este respecto Thomas Hooker decía de los

³⁰ Cfr. Abrahmson, Shyrley S. *Constitution of the United States. National and State. Legislative Drafting Research Fund of Columbia University*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publication, 1964, t. II, *Constitution of Virginia*, p. 2.

³¹ Cfr. Rouse, Jr., Parke. *op. cit.*, p. 73.

³² Cfr. *Ibid.*, p. 76.

³³ "The Mayflower Compact (1620)", en *United States Constitutions. Constitution of the State of California 1879 and Related Documents*, *cit.*, p. 13.

³⁴ Cfr. Kecskemeti, P. "El pensamiento político en Norteamérica", en *Trajectoria del pensamiento político* de Mayer, J. P., México, Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 262.

³⁵ Cfr. Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 67.

Fundamental Orders of Connecticut que era la “primera constitución escrita de democracia moderna”.³⁶ Su preámbulo dice:

nosotros nos unimos y nos asociamos para *formar un Estado* y declaramos, por nosotros y nuestros sucesores y por cualquiera que pudiera unírseos a nosotros en lo sucesivo, que hemos celebrado un pacto natural de unión y de confederación... Con el fin, además, de ser conducidos y gobernados, en nuestros asuntos civiles de conformidad a las leyes, ordenanzas, edictos y decretos *que serán hechos, despachados y establecidos como sigue...*³⁷

Las cartas, (los **covenants** eran ratificados con cartas) de las colonias inglesas de Norteamérica, son imprescindibles para conocer el significado de ‘constitución’. En Virginia, por ejemplo, el órgano legislativo: la **Colonial House of Burgesses** “hacía leyes para la más antigua y grande colonia de su majestad”³⁸ **de conformidad a la carta constitutiva**. Esta vinculación del legislativo a la carta marcaría una decisiva diferencia entre el sistema angloamericano y la supremacía parlamentaria de Inglaterra, evidenciando una característica de la constitución “**the supreme law of the land**” (la norma suprema del país) que determina la autoridad legítima y los procedimientos de su investidura. Pero la carta no es únicamente ley suprema sino, como vimos, acto constitutivo. Estas cartas, a diferencia de las medievales, no sólo establecen límites al poder sino **constituyen** la comunidad política, son el fundamento de la propia comunidad, acto soberano de los fundadores.

10. La doctrina moderna del derecho natural y la noción de constitución

A la escuela del derecho de la naturaleza y de gentes —Grotio, Pufendorf, Wold, Vattel— correspondió sistematizar la idea de constitución que aparece en los primeros colonos ingleses de Norteamérica. Su construcción se basa en la distinción entre la constitución y las leyes ordinarias. Para subrayar la superioridad que caracteriza a la primera, la denominan, señala Burdeau, ‘ley fundamental’.³⁹

Covenant o declaración, carta otorgada o compromiso negociado, poco importa la manera por la que el **consensus** se produce. Lo que

³⁶ Wormser. René A. *The Story of the Law and the Man Who Made it. From the Earliest time to the present*, Nueva York, Simon and Schuster, 1962, p. 311.

³⁷ Cfr. Poose, Ben Perley. *The Federal and State Constitutions of the United States*. Washington, 1877, t. I, p. 931, citado por Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 77, nota núm. 168. Las cursivas son nuestras.

³⁸ Rouse, Jr., Parke. *op. cit.*, p. 107.

³⁹ Cfr. Burdeau, *op. cit.*, IV, pp. 80-81.

interesa es el carácter **condicional** y **necesario** de las leyes fundamentales que **constituyen** la comunidad política y su estructura de poder.

La naturaleza a la que se refieren estos autores de derecho natural es la **naturaleza del hombre.**" Para Grocio, por ejemplo, es de la naturaleza del hombre de donde deviene el principio fundamental del derecho natural: "**naturalis juris mater est ipsa natura humana...**"

Este es un derecho fundamental, base de la comunidad política; derecho que se manifiesta en el **covenant** que la constituye. Todos los poderes y funciones del Estado derivan sus atribuciones de esta ley fundamental de la comunidad política. Al establecer los límites a los cuales se encuentran subordinados los gobernantes se delimitan, también, los derechos de la comunidad; derechos naturales que se manifiestan en el acto constituyente de la comunidad política y que son superiores a cualquier derecho positivo nacional o internacional.

Desde entonces constitución no sólo era ley o pacto fundamental de la comunidad política estatal sino resultado o complemento necesario del derecho natural.⁴⁰

II. El advenimiento de la constitución escrita⁴¹

La aparición de la Constitución de Virginia de 1776 vendría a modificar la noción de constitución y a alterar gravemente la práctica política. Varios son los elementos que intervienen para producir este cambio, tales como: la tradición jurídica del **Common Law**; la práctica constitucional de las colonias inglesas de Norteamérica; y la filosofía política de la Ilustración.

1. La tradición política inglesa

Es una idea común reconocer como el padre intelectual de la Revolución de los Estados Unidos a John Locke, el filósofo de la **Glorious**

⁴⁰ Cfr., Villey, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Editions Montchrestein, 1968, pp. 448 y ss.

⁴¹ *De jure belli ac pacis. Prolegomena* 16.

⁴² El derecho natural según Pufendorf es una *lex imperfecta*; de ahí que no sea suficiente para la conservación de la vida social y que sea indispensable la creación de un poder destinado a mantener la paz (Cfr. Pufendorf, S. *elementorum iurisprudentiae universalis, libri duo*, II, 5, 15; *idem. De officio hominis et civis iuxta legem naturalem, libri duo*, II, cap. 5, citado por Verdross, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. México, UNAM, 1962, p. 210.

⁴³ Estos temas se encuentran ampliamente desarrollados en el apartado C del Capítulo II de la obra citada del autor, pp. 61 y ss.

Revolution de 1688. El estado de naturaleza, el contrato social, los derechos inherentes al individuo, control del gobierno, derecho a la revolución; eran axiomas en el pensamiento de este tiempo. En este sentido los colonos ingleses de 1770-1787 (eran todos discípulos de Loke).

Más determinante que Locke, sin embargo, lo fue la corriente de pensamiento generada por la **Glorious Revolution** que estableció la cooperación entre las ramas del gobierno, especialmente en la Colonia donde el legislativo no estaba amenazado por la Corona; generalmente, existía cooperación entre ambas ramas del gobierno."

Ciertamente los gobernadores de las colonias no se beneficiaban del principio "el rey no yerra"; pero, cuando era el caso, las **Houses** de las colonias defendían sus privilegios como lo hacía el Parlamento inglés. No es una coincidencia que en Massachusetts se acuse a William Shirley, gobernador de 1741 a 1756, de "intentar matar... nuestra **constitución**"⁴⁵ exactamente igual como los Comunes acusaron a James II de haber intentado "cambiar la **constitución del reino** en 1688".⁴⁶

2. La tradición jurídica del Common Law

En estrecha conexión con la tradición política inglesa, se encuentra la influencia determinante de las grandes figuras de la historia de la jurisprudencia inglesa. El nombre de Sir Edward Coke se repite en la literatura colonial con tanta frecuencia como los de Locke, Harrington, Montesquieu o Voltaire."

Los antiguos comentadores del **Common Law** como Bracton y Fortescue son frecuentemente señalados como autoridades. También se cita a Francis Bacon y a los sucesores de Sir Edward Coke como **Lord Chief Justices**:⁴⁷ Sir John Vaughman y Sir John Holt. En los últimos días del período revolucionario los **Commentaires of the Laws of England** de Sir William Blackstone y las opiniones del **Lord Chief Justice Candem** eran las citas estándares en **Common Law**.⁴⁸

⁴⁴ Cfr. Greene, Jack P. "Colonial Assemblies and Revolutionary Ideology", en *The Declaration of Independence and the Constitution*; 3d ed, by Earl Lathan, Massachusetts, D. C. Heath, 1976, p. 53.

⁴⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 55.

⁴⁶ Cfr. *Supra*, el texto que acompaña la nota 26.

⁴⁷ Cfr. Bailyn, B. "Ideological Origins of the American Revolution" en *The Declaration of Independence and the Constitution*, cit., p. 18.

⁴⁸ Presidente y Juez del más alto tribunal de Inglaterra.

⁴⁹ Cfr. Bailyn, *op. cit.*, p. 19.

3. La práctica constitucional de las colonias inglesas³⁰

A este respecto es de señalar, básicamente, la supremacía de las Cartas sobre cualquier autoridad en la colonia. La práctica de **constituciones escritas** empieza, sin lugar a dudas, con ellas. En virtud de que estas Cartas habían recibido el **status** de ley fundamental en la colonia, contrariamente a lo que ocurre en Inglaterra, no se llega a dar el fenómeno de la omnipotencia parlamentaria. Las **lower Houses** de la colonia, a diferencia de la **House of Commons**, no eran todopoderosas.

En la época colonial, según el derecho inglés, una compañía **id est Virginia Company of London, Massachusetts Bay Company**, etcétera) únicamente puede hacer lo que le autoriza su carta constitutiva. La Carta o el **covenant of plantation** es la norma superior a la cual el cuerpo legislativo se encuentra completamente sometido. Podemos pues, considerar estas cartas como las primeras constituciones escritas, tal y como sostenía Hooker,³¹ porque, primeramente eran obligatorias, eran superiores a la legislación colonial y regulaban las estructuras jurídicas de las colonias mismas.³² Así la práctica constitucional de las colonias inglesas de Norteamérica fue inmediatamente dominada, desde su fundación, por la idea de la supremacía de la constitución.

La supremacía de las constituciones de las colonias o "cartas constitucionales" —como les llama Madison—³³ fue asegurada por la tradición del **Common Law** que las colonias heredan de Inglaterra: el principio de que **corresponde normalmente a los tribunales decidir de los problemas de derecho** sería determinante para asegurar la supremacía de la constitución. El **Privy Council** que, desde 1624 era la jurisdicción colonial de apelación, decidió que las leyes coloniales (en estricto sentido **by laws** —reglamentos—) fueran aplicadas por los jue-

³⁰ Por 'práctica constitucional' vamos a entender: establecimiento, interpretación y aplicación, de las normas o reglas fundamentales de la comunidad política.

³¹ Cfr. "Las cartas de las colonias inglesas de Norteamérica" en la obra del autor anteriormente citada. pp. 57 y ss.

³² Cfr. Cappelletti, Mauro, *Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*; ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 1972, p. 45; *idem*. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*; trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1966, p. 31.

³³ Cfr., Schuyler, R.L. "The Framing and Adoption of the Constitution", en *The Declaration of Independence and the Constitution*, cit., p. 105.

ces de las colonias.⁵⁴ **La constitución es, desde entonces derecho** (dato que habría de ser muy significativo para la tradición constitucional angloamericana).

En virtud de que las colonias (**Companies** o **Plantations**) no pueden hacer más que lo que les autoriza su carta, cuando la legislación colonial excedía este límite, era considerada “**null and void**” (nula), iba más allá de los poderes (**ultra vires**) conferidos y **no podía ser aplicada por los tribunales**.⁵⁵ Este fue el sentido de la decisión del **Privy Council** en el caso **Winthrop vs. Lechmere**.⁵⁶ La supremacía de las cartas se habría de reflejar en las nuevas constituciones, a la independencia de las colonias y, en especial, en la Constitución Federal de 1787.

4. Los ideales de la filosofía política de la Ilustración

La ‘constitución inglesa’ —tal y como la creían ver **les philosophes**, especialmente Voltaire y Montesquieu—, se convirtió en el modelo constitucional de los racionalistas franceses del siglo XVIII.⁵⁷ La ‘constitución inglesa’ —los mecanismos de gobierno y los procedimientos judiciales de protección de los individuos— deviene la divisa de la Ilustración en contra del despotismo. De esta forma la nueva idea de constitución va a encontrar en la **Ilustración** todo un aparato doctrinal en qué apoyarse.

Ideas que prepararon la aparición de ciertas legislaciones denominadas ‘constituciones’, las cuales, votadas por convenciones o asambleas constituyentes, establecían las bases del ejercicio del poder y la libertad ciudadana. Estas legislaciones eran instrumentos laicos, propios al progreso y que se acordaban **al modelo de la razón**. Las constituciones anunciaban una nueva era.

Éste era el espíritu que animaba a los constituyentes norteamericanos y franceses. Voltaire, Montesquieu, Rosseau, las más grandes figuras de la Ilustración francesa, contribuyeron, al lado de Edward Coke, Francis Bacon, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, John Milton,

⁵⁴ Cfr. Smith, J.H. *Appeal to the Privy Council from the American Plantation*, 1950, citado por Grant, J.A.C. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1963, p. 30.

⁵⁵ Cfr. Grant, J.A.C. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, op. cit., p. 29.

⁵⁶ Más adelante comentaremos el caso *Winthrop vs. Lechmere* con mayor detenimiento.

⁵⁷ Cfr., Kohn-Bramstedt, E. “La sociedad y el pensamiento político en Francia”, en *Trayectoria del pensamiento político*, cit., p. 151.

John Locke, etcétera, a la formación del pensamiento político de las colonias británicas de Norteamérica.⁵⁸

5. Las constituciones de las colonias independientes de Norteamérica y la constitución federal de Estados Unidos⁵⁹

Las constituciones de las colonias independientes de Norteamérica fueron la consecuencia histórica de la evolución constitucional de las colonias.

La aparición de las Constituciones de Virginia de 1776, de New Jersey de 1776, de Delaware de 1776, de Pennsylvania de 1776, de Maryland de 1776, de Georgia de 1777, de New York de 1777, de Massachusetts de 1780, de New Hampshire de 1784 y, especialmente, la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, invadió el ambiente con una nueva noción de constitución. Ahora 'constitución' significa 'ley escrita establecida por un órgano específico —**the convention**—' y que determina los límites de la acción gubernamental'.⁶¹

Esta noción de 'constitución' recoge la tradición constitucional de la colonia: supremacía de la carta constitucional —estricto repertorio de competencia—; la filosofía y la jurisprudencia inglesas: gobierno por consentimiento, competencia normal de los tribunales para conocer **de todas** las controversias de derecho; los ideales de la filosofía política de la Ilustración: democracia republicana, igualdad y laicización de la constitución.

Una vez aparecidas estas constituciones y particularmente la Constitución Federal de 1787, muchos países comenzaron a imitarla pensando que se había encontrado la fórmula política ideal. Ahora la obra del pueblo soberano —que había creado un Nuevo Estado transformando todas las tradiciones y rompiendo todos los vínculos— es un documento que se puede observar, conocer: es escrita.

⁵⁸ Cfr. Bailyn, B., *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹ Este tema se encuentra ampliamente desarrollado en el inciso del mismo título de la obra del autor anteriormente citada pp. 68 y ss.

⁶⁰ La Constitución de los Estados Unidos —redactada por una Convención— fue sometida para su ratificación no a las legislaturas de los Estados como hubiera sido costumbre, sino a convenciones convocadas en cada Estado para este propósito. (Cfr. Parrington, Vernon L. "The Great Debate" en *The Declaration of Independence and the Constitution*, cit., p. 141.

⁶¹ 'Constitución' significa otra cosa diferente a 'conferir el poder'. 'Constitución' tiene una significación restrictiva y, en ciertos dominios absolutamente negativa (Cfr. Swisher, C.B. *The Growth of Constitutional power in the United States*, p. 4, citado por Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 87, nota 202.

Aun se discute la influencia ejercida por las constituciones americanas en el constituyente francés. Sin embargo —señala George Burdeau— existe un aspecto en que el efecto de la revolución de las colonias inglesas de Norteamérica fue considerable: la noción misma de 'constitución'. Estaba demostrado que una comunidad podía, efectivamente, **darse una constitución** por decisión de voluntad. Existía entre los constituyentes una cierta admiración por los hombres 'que habían hecho' una constitución.⁸²

En Estados Unidos de América, contrariamente a lo que ocurre en Europa, donde una constitución en este sentido no se había dado en la realidad, mantendría primordialmente su carácter jurídico. Cabría decir que, una vez aparecidas las constituciones escritas en Europa, dos nociones de constitución se van a acuñar; una predominantemente ideológica: la europea, y otra básicamente jurídico-dogmática: la americana.

III. La constitución como derecho⁸³

1. Jurisprudencia dogmática constitucional

a) **Noción.** Entendemos por 'jurisprudencia dogmática' la disciplina —oficio intelectual en que hoy alguien que lo practica siguiendo ciertos cánones reconocidos— jurídica, comúnmente conocida como 'doctrina' que explica o interpreta disposiciones estimadas como jurídicas (como derecho), tales como leyes, reglamentos, sentencias, etcétera (generalmente leyes o precedentes, en el caso del **Common Law**), sin cuestionar su validez o existencia ni su pertenencia a un cierto orden jurídico.

De acuerdo con esto, entenderemos por 'jurisprudencia dogmática constitucional' la parte de la jurisprudencia dogmática que explica o interpreta un conjunto de disposiciones, prácticas o costumbres aceptadas como la —constitución—; sin cuestionar su validez o existencia ni su pertenencia a un orden jurídico específico y manejadas bajo los cánones reconocidos de la interpretación jurídica.

b) **Advenimiento de la jurisprudencia dogmática constitucional.** Me atrevería a señalar que el advenimiento de la constitución escrita

⁸² Cfr. Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 90.

⁸³ Los temas comprendidos en esta sección son parte de la obra *Introducción al estudio de la Constitución II. Jurisprudencia dogmática y teoría de la Constitución*. Volumen actualmente en preparación continúa la obra anteriormente citada del autor.

es la condición necesaria e inmediata del nacimiento de la jurisprudencia dogmática constitucional. Las constituciones escritas —en sentido moderno— hicieron su aparición, como indicamos, a la independencia de las colonias británicas de Norteamérica. La aparición de la constitución escrita convirtió a la constitución en objeto de estudio de los juristas, hasta entonces la constitución había sido únicamente tema de ensayistas y filósofos políticos. Señala el profesor A. V. Dicey, al respecto que la constitución escrita permitió a los juristas que

Su tarea como comentadores de la constitución fuera de forma exactamente similar a la tarea de comentar en cualquier otra rama de la jurisprudencia dogmática (*jurisprudence*)... El jurista, desde entonces —señala Dicey—, tiene que determinar el sentido de los artículos de la constitución en la misma forma en la que él trata de elucidar el sentido de cualquier otra legislación (*enactment*)... Su tarea, en breve... es explicar un determinado documento jurídico con los cánones aceptados de la interpretación jurídica.⁶⁴

Con la aparición de la legislación constitucional un nuevo tipo de reflexión constitucional aparecería: la que me permito denominar, siguiendo a E. Baker, del 'tipo romano-jurisprudencial', la cual se hizo necesaria cuando los órganos estatales, especialmente los tribunales, tuvieron que aplicar la constitución. La aplicación, por ejemplo, de la Constitución Federal de Estados Unidos por los tribunales reclamó de un **corpus** de doctrina jurídica. El texto de la Constitución de Estados Unidos —como señala Dicey— **proporcionó una base conveniente para el comentador de derecho constitucional.**⁶⁵

Así, la jurisprudencia dogmática constitucional, propiamente hablando, nació en América. A este respecto me atrevo a señalar, parafraseando un poco la célebre frase del profesor J.A. C. Grant, que la dogmática constitucional es una aportación del continente americano a la ciencia jurídica.⁶⁶

2. La constitución y el mito de la ley

a) **Sus causas.** Es condición de la dogmática constitucional que la constitución sea entendida como derecho. Lamentablemente la doc-

⁶⁴ Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*; 10 ed., Londres, MacMillan & Co., Ltd., 1961, p. 5.

⁶⁵ Cfr. Schwartz, B. *American Constitutional Law* (originalmente publicado en Cambridge University Press, Cambridge, Inglaterra, 1955), New York, Greenwood Press Publishers, 1969, p. 4.

⁶⁶ Cfr. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.

trina constitucional, reduciendo el campo de aplicación de la expresión 'derecho' ha limitado el fenómeno, constitucional a cierto tipo de legislación (constitución o ley constitucional).

Para la doctrina constitucional el hecho de que la 'constitución' se presente por escrito, es de trascendental importancia puesto que siendo escrita **no puede tener otra forma que la de una ley** (los pactos o compromisos constitucionales habían sido superados por la idea de la soberanía popular).

Una de las notas características de la ley es su manifestación por escrito. Aun más, a partir del siglo XVIII, 'ley' significa: 'derecho escrito'.⁶¹ La importancia de la ley escrita en el siglo XVIII, es que en combinación con su carácter impersonal y abstracto satisface el ideal de un "Estado de derecho". Además, los individuos se sienten obligados a "venerar" la legislación porque es una manifestación (más o menos inmediata) de la soberanía encarnada en los cuerpos legislativos.⁶²

Por otro lado no hay que olvidar que el siglo XVII fue el área del racionalismo. Entonces se creía posible determinar un cuerpo de normas universalmente válidas e inmodificables, aplicables a todos los países, a partir del conocimiento de la naturaleza del hombre.⁶³

b) **Sus efectos.** Un gran sector de la doctrina constitucional —la que se encuentra muy difundida entre nosotros— parte de la tesis de que el documento llamado 'constitución' es la constitución. En esta forma resulta que la constitución es cierta legislación, votada **en forma** de constitución. Así se expresa la doctrina: "sólo la constitución escrita es una auténtica constitución. . ."⁶⁴

Esta reducción, como veremos, ha provocado serias inconsistencias en la dogmática constitucional. Al traspasar la ecuación 'ley = derecho' a 'constitución escrita = derecho constitucional' la dogmática constitucional restringe considerablemente su objeto de estudio. En vez de extender el objeto de estudio a otros fenómenos jurídicos tales como: interpretaciones, convenciones y prácticas, así como costumbres de-

⁶¹ 'Lex', se sostiene, proviene del verbo latino 'lego, legere' que significa: 'leer', Cfr. Aftalión Vilanova y García Olana, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, p. 307.

⁶² De conformidad a la teoría de la división de poderes, son los cuerpos legislativos los que transmiten la voluntad ciudadana en leyes; voluntad ciudadana que nunca se equivoca; es la *volonté générale* de J.J. Rousseau. Es pues, esta ideología normativa, para hablar como Alf Ross, la que se encuentra atrás de la ley y la mistifica.

⁶³ Paton, G. W. A. *Textbook of Jurisprudence*. Oxford, Oxford at Clarendon Press, 1972, pp. 255-256.

⁶⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 74.

rogatorias) la jurisprudencia dogmática tradicionalmente se limita a declarar que lo demás de "hecho". Enfrenta, así, el estrecho campo de su 'derecho' (constitucional) a los 'hechos', excluyendo, de paso, al derecho de la realidad —quién sabe que naturaleza podría tener un derecho así concebido— y, sin embargo, se mantiene el predicado jurídico de 'constitucional' para esos hechos, para esa 'realidad' y así usan expresiones como 'realidad constitucional', 'vida constitucional', etcétera, sin explicar por qué.¹¹ Esto ha creado dicotomías como: 'constitución normativa-constitución nominal', 'constitución jurídica-constitución social' sin ver que dentro de esos "hechos" se encuentran actos y voliciones de órganos creadores de derecho constitucional: sentencias judiciales, costumbres, etcétera.

Cabe señalar que esta reducción no se presentó en la jurisprudencia inglesa donde el derecho nunca se vio identificado con el derecho legislado. Tampoco ocurrió en la jurisprudencia norteamericana donde el derecho constitucional se integra de varios elementos (constitución escrita, leyes, decisiones judiciales, prácticas, costumbres, etcétera) que funcionan como tales. Esto es, ahí los "hechos" y la "realidad" constitucionales (tales como decisiones judiciales, costumbres, prácticas, etcétera) son parte de la experiencia jurídico constitucional. De esta forma por 'constitución', la dogmática angloamericana normalmente entiende

un documento... el cual establece el marco y las principales funciones del gobierno de un Estado y declara los principios que gobiernan la función de tales órganos. Pero un documento así es implementado por las decisiones de un órgano particular, normalmente el más alto tribunal del Estado, el cual tiene poder para interpretar su contenido.¹²

De ahí que, como dice B. Schwartz, el "derecho constitucional de Estados Unidos, como el de Inglaterra, sea esencialmente obtenido de las decisiones de los tribunales".¹³

IV. La Supremacía de la constitución

De todas las características distintivas dadas a la constitución resulta, como principio universalmente admitido por la dogmática cons-

¹¹ Cfr. *Derecho y realidad constitucional en América Latina*, México, UNAM Difusión Cultural, Departamento de Humanidades, 1975.

¹² Wade, E.C.S., Phillips, G.G., y Bradley, A.W. *Constitutional Law*, 7th ed. Londres, Longmans, Green & Co. Ltd., 1968, p. 1.

¹³ *Op. cit.*, p. 7.

titucional que la constitución es norma fundamental y, por tanto, suprema. De la idea de ley fundamental, la dogmática constitucional deriva, sin más, la tesis de la supremacía constitucional.

El resultado de esta supremacía es que el orden jurídico, en su totalidad, se encuentra, de alguna manera, sometido a la constitución y que ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades por fuera de la constitución. Ahora bien, la dogmática constitucional, de manera general, sostiene la tesis de que esta supremacía y todos sus efectos y consecuencias se deben, en principio, al **contenido** de las disposiciones constitucionales; esto es, la constitución goza de una llamada 'supremacía material'.⁷⁴

Es fácil observar que los argumentos que la dogmática constitucional ofrece para señalar esta supremacía (material) han sido tomados de los dogmas del constitucionalismo. Así la jurisprudencia dogmática constitucional ve la supremacía de la constitución en el contenido de la misma (en sí fundamental) o en su objeto (valioso en sí mismo).

La jurisprudencia dogmática sostiene, así, que dicha supremacía no se debe a una característica jurídico-formal sino que es, **justamente, consecuencia del simple hecho de que la constitución es superior.**⁷⁵

Sin embargo podemos observar que la supremacía resulta de una caracterización jurídico-formal. En efecto, la supremacía material de la constitución resulta del hecho que ella organiza las competencias.⁷⁶ En un régimen constitucional los órganos constituidos —previstos por la constitución— no tienen ningún derecho propio al ejercicio de su función, sino una competencia (un facultamiento) derivada de la constitución.⁷⁷ El sistema de reglas de competencia es un signo distintivo del "Estado de derecho", del Estado constitucional.

Es evidente que la determinación de las funciones, de los órganos, la cual implica la idea de competencia hace resaltar la supremacía de la constitución. Si la constitución determina la competencia de los órganos entonces, necesariamente es "superior" a las disposiciones y mandatos de éstos.⁷⁸

Ciertamente la jurisprudencia dogmática sostiene, generalmente, que la constitución es suprema en virtud de ser regla de competencia, pero esta supremacía, no obstante el carácter condicional de regla de competencia, la fundamenta generalmente en los dogmas del poder

⁷⁴ Cfr. Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 192.

⁷⁵ Cfr., *Ibidem.*

⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 193.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem.*

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 194.

constituyente o de la soberanía popular: "la supremacía de la constitución constituye el aspecto o elemento jurídico de la soberanía, por eso todo otro poder y toda otra autoridad se hallan sometidos o subordinados a la normación constitucional".⁷⁹ De esta manera por el solo hecho de que la constitución es entendida como manifestación del poder constituyente, la dogmática constitucional sostiene que los órganos constituidos (legisladores, gobernantes y jueces) no tienen, por sí mismos, derecho al ejercicio de sus funciones sino que su competencia deriva de la expresión de la soberanía popular.

Es fácil percatarse que este género de argumento no nos permite observar las notas de esta defendida supremacía.

Independientemente de la función ideológica de este dogma, podemos observar que en tanto la constitución condiciona las funciones estatales resulta como consecuencia jurídica ineludible: que la constitución de regla de competencia y que los actos emitidos por cualquier persona cuya competencia no derive de la constitución (y esta es la nota decisiva de la supremacía), es nula. Esta característica se observa claramente en la decisión de Marshall en el caso **Marbury vs. Madison** (Cranch 1, 137 U.S. 1803).

Sin embargo, es necesario señalar que para que alguna ley, reglamento, ordenanza, resolución administrativa, etcétera, sea nula es necesario que la nulidad se establezca mediante un procedimiento en el que se confronte cualquiera de estas disposiciones con la regla que establece sus requisitos de validez. Y, además, y esto es muy importante, la **nulidad requiere de un acto de decisión, el cual ha sido atribución normal de los tribunales**: son los tribunales quienes deciden cuál es el derecho aplicable⁸⁰ (lo cual incluye el hecho de excluir o anular).

Cuando la constitución es considerada como derecho escrito (**id est** como ley) y se tiene que resolver cuál es el derecho aplicable en un caso concreto, aparece la necesidad de determinar su naturaleza. Esto no sucedió sino hasta que la constitución se convierte en derecho aplicable. Es entonces que los tribunales empiezan a confeccionar las notas características y la doctrina de la constitución. Así, con la constitución de Estados Unidos se inició, propiamente, la época de la jurisprudencia dogmática constitucional, con la concepción de la **Su-**

⁷⁹ Picone, F.H. "Constitución", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina 1955.

⁸⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, R. "El derecho consuetudinario y la constitución", en *Cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, pp. 155-189.

premacý of the constitution, con respecto de las leyes ordinarias.⁸¹ La necesidad de subordinar a la constitución las leyes ordinarias (las funciones del legislador como los demás actos de la administración) fue un imperativo que se presentó a la aparición de la constitución escrita y rígida.

En Estados Unidos, contrariamente a lo que ocurrió en Europa, no se llega jamás a concebir la idea de la omnipotencia parlamentaria. Se hubiera podido creer que penetrados como estaban los hombres de la Revolución Francesa de la majestad de la constitución, los constituyentes se emplearían en garantizar el respeto a su supremacía. Sin embargo, la idea de la soberanía del parlamento lo impidió.

Organizar un control de la constitucionalidad de las leyes hubiera sido tanto como admitir que el legislador podía faltar en su misión y que la **volonté générale**, de la cual él era órgano, sería susceptible de encontrar una censura.⁸² El Congreso en Estados Unidos no representa la "soberanía popular".⁸³ Desde su origen la Constitución de Estados Unidos fue considerada como ley superior y a la cual el legislador se encuentra completamente sometido. Así, y en razón de los antecedentes coloniales, las instituciones de Estados Unidos fueron inmediatamente dominadas por la idea de la supremacía de la constitución. En Estados Unidos la constitución fue considerada regla suprema en razón, también, de la estructura federal cuyo elemento esencial es el reparto de competencias. La X Enmienda de la Constitución de Estados Unidos dispone:

Las facultades no delegadas a los Estados Unidos y que no estén prohibidas por ella a los Estados se encuentran reservadas a los Estados respectivamente, o a los particulares (*the powers not delegated to the United States by the Constitution, no prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively or to the people*).⁸⁴

⁸¹ Cfr. Cappelletti, M., *Il Controllo...*, op. cit., p. 28.

⁸² Cfr. Burdeau, op. cit., t. IV, p. 407. Nada más descriptivo que las palabras del diputado Thibaudeau: "ese poder monstruoso sería todo en el Estado y al querer dar un guardián a los poderes públicos se les daría un amo que los encadenaría para vigilarlos más fácilmente" ("Séance du 24 thermidor", *Moniteur*, t. XXV, p. 487, citado, por Burdeau, op. cit., t. IV, p. 374), antes de dictar una constitución la *Assemblée Nationale* tuvo a bien, por ley, prohibir a los tribunales de inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo. Esta prohibición fue conservada en la Constitución de 1791 (*tit. III, cap. V, art. 3*) y en la constitución del Año III (artículo 203) (Cfr. Burdeau, G., op. cit., t. IV, p. 408).

⁸³ Cfr. Burdeau, G., op. cit., t. IV, p. 192.

⁸⁴ Cfr. Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos, cfr. art. 124 de la Constitución mexicana.

Estas dos situaciones permitieron una rápida evolución de la doctrina de la supremacía de la constitución. Pero cabe señalar que esta doctrina encontraba su antecedente en la tradición judicial inglesa.

La tradición judicial del Common Law y la supremacía constitucional. Desde un principio en Estados Unidos existió la posibilidad de que la constitución fuera aplicada e interpretada judicialmente. Dentro de la tradición del **Common Law** es función normal del juez decir y aplicar el derecho. Si la constitución es ley (esto es, derecho) corresponde normalmente al juez resolver todos los conflictos que surgen en razón de su aplicación (el principio inglés de **judge-made-law** incluía, normalmente, desde entonces, el de **judge-made-constitutional law**).

A este respecto Hamilton decía:

La interpretación de las leyes es la función propia y particular de los tribunales. Una constitución, de hecho, es una ley y debe ser así considerada por los jueces. De ahí que sea a ellos [a los tribunales] a quienes corresponda determinar el sentido de la constitución al igual que el sentido de toda ley particular que emana del poder legislativo.*

Este principio es consagrado por la Convención y en el que llegó a ser el artículo III, sección 2 de la Constitución de Estados Unidos que establece:

El poder judicial conocerá de todos los casos en derecho y en equidad, que surjan bajo esta constitución, las leyes de los Estados... (*The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Law of the United States...*)

Esta aplicación e interpretación judicial de la constitución dio origen a un mecanismo jurisdiccional típicamente norteamericano: la **Judicial Review**: procedimiento por el cual los tribunales competentes revisan la constitucionalidad de las leyes, reglamentos o resoluciones de cualquier órgano (federal o local). La doctrina del control jurisdiccional de las leyes es la nota característica del derecho constitucional de Estados Unidos.² Es precisamente la **Judicial Review** la que dio, como resultado, la supremacía de la constitución (judicialmente determinada). Por ello afirma J.A.C. Grant: "en verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la constitución como norma superior a las leyes establecidas por la le-

* *El federalista*, núm. 78. Las cursivas son nuestras.

² *Cfr. Schwartz, B. op. cit.*, p. 9.

gislatura nacional, es una contribución de América a la ciencia política".⁸⁷

En realidad el control jurisdiccional de la constitucionalidad no es sino el efecto de determinar el derecho aplicable; actividad que corresponde al juez simplemente por la función que ejerce: composición de litigios mediante reglas aplicables al caso. Sobre la función natural del juez a determinar el derecho aplicable (incluyendo leyes, constitución, etcétera) los autores del **Federalista**, de los cuales varios fueron constituyentes, nunca pensaron en fundamentarla en un artículo de la Constitución. Esta idea se encuentra inmersa en la tradición jurídica del **Common Law** como una función natural del juez.⁸⁸

V. La justicia constitucional y la supremacía

El control de la constitucionalidad aparece de manera definida en la célebre sentencia del Justice Marshall en el caso **Marbury vs. Madison** (1 Cranch 137, 1803) y se consolida con la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos (1868) y con la aplicación de la **Rule of Reasonableness** (1890).

Sin embargo, la decisión **Marbury vs. Madison** no es absolutamente innovadora, fue preparada en la ideología del constitucionalismo democrático y en la tradición jurídica inglesa. A nuestro juicio tiene razón Mauro Cappelletti cuando dice:

poner un límite al mismo legislador, y darle efectividad a este límite a través de un control judicial, constituye una necesidad profundamente enraizada en la historia, aun antigua, de la civilización humana.⁸⁹

1. Antecedentes

Aunque no de forma expresa ni conscientemente configurada ha existido en antiguos sistemas jurídicos, una especie de supremacía de una determinada ley o de cierto cuerpo de leyes —que con terminología moderna, podemos calificar como 'leyes constitucionales' (**'Grundgesetze'**)— en relación con otras leyes que, siempre con terminología moderna, podemos llamar 'leyes ordinarias'.⁹⁰ La legislación entre los griegos se describe como **thesmoí nómoi** y **psefismata**. Dos formas, se-

⁸⁷ Cfr. Grant, J.A.C. *op. cit.*, p. 24.

⁸⁸ Cfr. *El federalista*, núm. 78, (*loc. cit.*).

⁸⁹ Cappelletti, M. *El control judicial...*, cit. p. 18.

⁹⁰ Cfr. Paoli, U. E. "Nomothetai", en *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1939, vol. VIII, p. 1049; cfr. Cappelletti, M. *Il controllo...*, cit. p. 31.

ñala Sir Paul Vinogradoff, persistieron en el período clásico: **nomos** y **pséfisma**. Esta es una división fundamental que no es difícil de entender en la medida que, en cierta forma, equivale a nuestra oposición entre ley y decreto: **nomoi** es una norma general y un **pséfisma** una orden establecida para casos particulares, distinción claramente explicada por Aristóteles.⁹¹

En realidad, algunos **nomoi**, tenían un carácter que, bajo ciertos aspectos, se podrían aproximar a las modernas leyes constitucionales: "Solón —señala Aristóteles— estableció una constitución y publicó otras leyes".⁹² Aparentemente aquí se encuentra una legislación que es llamada 'constitución' (**politeia**) y que puede ser diferenciada de "otras leyes" (**nomoi**). No sólo porque aquella se refería a la organización del Estado, sino además, porque sus modificaciones no podían ser realizadas sino mediante un procedimiento especial, que poseía características que, sin duda, pueden sugerir, en el pensamiento de un jurista contemporáneo, la idea de un procedimiento de revisión constitucional.⁹³

La legalidad llega a ser un ideal común de todas las **poleis** griegas. Aun en períodos en que la tendencia a legislar por **pséfismata** llega a adquirir carácter dominante, se mantenía el principio fundamental que el decreto, debía conformarse a la ley.

Esto se puede confirmar en el siguiente fragmento de Demóstenes:

...nuestras leyes no son mejores que muchos decretos; no, encontrarán que las *leyes que deben ser observadas en la proyección de decretos*...⁹⁴

En realidad la legalidad de los **pséfismata** no sería suficiente evidencia de un control constitucional salvo cuando las **nomoi** fueran de carácter constitucional como podría ser el caso de aquellas que es-

⁹¹ *Outlines of Historical Jurisprudence*, II. *Jurisprudence of the Greek City*, New York, AMS Press, 1971, pp. 129 y ss.; cfr. Aristóteles, *Política*, IV, 1292a 15.

⁹² *La Constitution d'Athènes*, VII, 1.

⁹³ Capelletti, M., *Il controllo*... , cit., p. 21; cfr. Tamayo y Salmorán, R. *Introducción al estudio de la Constitución*, I, op. cit., pp. 28 y ss.

⁹⁴ Demosthenes, *Versus Leptines*, XX, 92; trad. de J. H. Vince, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1970. Para otros ejemplos puede consultarse el libro de Battaglini, Mario, *Contributo alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1957, y también Marcic, René, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, Springer Verlag, 1963, pp. 177-182; Beth, Loren P., *Politics. The Constitution and the Supreme Court*, Evanston, Ill., Row Peterson & Co., 1962, pp. 2-14, con referencias bibliográficas, y Deener, David, "Judicial Review in Modern Constitutional Systems", en *The American Political Science Review*, XLVI, 1952, pp. 1079 y ss.

tableció Solón y que se diferencian de las “otras leyes” que también dictó. Sin embargo, existen ciertos principios consuetudinarios, los cuales podrían ser descritos como *nomima* o *thesmoí* —forma en que se habla de las antiguas costumbres o de las costumbres establecidas—, que las propias leyes tenían que observar tales como: “*nomoi* tienen que ser generales” (*ta katholoi*) (Arist. Pol. 4, 1292a 15), que “*nomoi* no pueden ser contradictorias” (Demosth. versus Leptines XX, 91 y 92), que “*nomoi* no podían ser retroactivos” (Demosth, versus Timokrates). Principios que estaban asegurados por mecanismos parajudiciales y judiciales que podemos reunir bajo el nombre de ‘*nomofilakía*’.

En efecto este ideal de legalidad hubiera sido iluso si no se hubieran poseído las instituciones para su control: los tribunales. En Atenas, dice Aristóteles:

el Consejo del Areópago [con funciones obviamente jurisdiccionales] era el guardián de las leyes y vigilaba que los magistrados cumplieran sus funciones de conformidad al derecho [a las leyes]. Todo ciudadano que pretendía ser víctima de una injusticia podía presentar una denuncia ante el Areópago designando la ley violada.⁶⁵

No sólo el Areópago controla, sino que la función de control **es normal para todos los tribunales**. Aristóteles señala:

si el tribunal decide que en efecto no tiene derecho de inscribirse [a la efebía] el Estado los hace vender; si por el contrario gana su proceso, los *demotes* tienen la obligación de inscribirlo.⁶⁶

Siempre la decisión sobre la situación jurídica correspondía, en última instancia, a un tribunal:

No se puede ejecutar a muerte a ningún ciudadano sin la decisión de un tribunal... y estableció una ley por la que todas las penas y multas pronunciadas por el consejo serían llevadas por los *thesmothetes* ante el tribunal y que la decisión pronunciada por los jueces sería la única soberana.⁶⁷

La garantía de los ciudadanos no era otra que la existencia y funcionamiento de tribunales. Ciertamente estos ejemplos se pueden multiplicar; pero no es el objeto de este trabajo. Basten éstos para indicar que en la cuna de la tradición jurídica de Occidente la garantía de

⁶⁵ *La Constitution d'Athenes*, IV, 4.

⁶⁶ *Idem*, XLII, 1.

⁶⁷ *Idem*, XLV, 1.

regularidad era proporcionada por los tribunales. Esta garantía se podía formular de la manera siguiente: compete a los tribunales resolver de todos los conflictos que se susciten por la aplicación o interpretación del derecho.

Esta tradición no fue exclusiva de la antigüedad; está presente en el devenir de la doctrina y práctica políticas: Roma y la tradición republicana, el medievo y los fueros, etcétera. El derecho natural moderno, o mejor su función ideológica, es otro antecedente claro de la **Judicial Review**. En efecto, la escuela jusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, afirmaba la existencia de un derecho superior, intangible y absoluto, el cual reclamaba aplicación. Es dudoso sin embargo, en cuántas ocasiones el juez, colocado ante el conflicto entre el mandamiento, con frecuencia muy vago del derecho "natural" y de la norma del derecho positivo efectivamente pudiese y supiese, sin incurrir en responsabilidad, desapplicar la norma de derecho positivo por no conformarse al derecho natural. En Francia, **les parlements** —los cuales, como es conocido, no eran otra cosa sino tribunales— afirmaban precisamente, frente al soberano francés su facultad y su obligación:

*d'examiner dans les édits et autres lois qui nous sont apportés s'il n'y a rien de contraire... aux lois fondamentales du royaume.*⁹⁸

Así, **le Parlement** de París, en 1718 establece:

Todas las ordenanzas de nuestros reyes... nos imponen examinar en los edictos y en las otras leyes que nos son traídas si no hay nada contrario a los intereses de nuestra Majestad y a las leyes fundamentales del reino".⁹⁹

A todos estos antecedentes es necesario agregar aquellos que, a mi juicio, son los más significativos para el trabajo:

2. Los tribunales ingleses

Terció la lucha entre el Parlamento y la Corona, la lucha entre la Corona y los tribunales. Sin la existencia de tribunales independientes el curso de Inglaterra bien pudiera haber sido otro. En 1621, tanto el derecho como la representación estaban amenazados por la rápida extensión del poder real. La antigua dicotomía de **jurisdictio-guber-**

⁹⁸ Cappelletti, M. *Il controllo...*, cit., p. 38; *El control...*, cit. p. 26.

⁹⁹ *Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle*, J. Flammermont et M. Tourneaux, éd., 1888, t. I, p. 88, citado por Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 406, nota 90.

naculum ponía de manifiesto su única debilidad esencial: la falta de mecanismos para proteger la esfera del derecho de intromisiones de la Corona. El Rey no tenía jurisdicción sobre el derecho consuetudinario; jurisdicción que los tribunales cuidaron bien de retener. El rey, pues, no estaba solo; el Parlamento, y las limitaciones jurídicas hicieron posible el predominio del derecho.¹⁰⁰

La respuesta dada a las pretensiones absolutistas de la Corona por Sir Edward Coke, es una admirable reiteración de la doctrina:

El rey, mediante su proclamación o de otros modos, no puede; modificar ninguna parte del derecho, del derecho legislado o de las costumbres del reino.¹⁰¹

Sobre la distinción entre **gubernaculum** y **jurisdictio** el mismo James I denominaba al primero "prerrogativa pública" o "secreto de Estado", el **arcanum imperii**, "no apropiado para la lengua de un jurista", y, en cambio, sostenía que él siempre estaba dispuesto a someter su "prerrogativa privada" **jurisdictio** al juicio de los tribunales.¹⁰²

Estas ideas no eran prédicas ni meras promesas sino era la doctrina que se encontraba en los fallos de los tribunales.

El rey no puede ordenar a su señoría, o a cualquier otro tribunal de justicia, que proceda si no es de acuerdo con las leyes de este reino...¹⁰³

Gardiner dice que los juristas:

adujeron ejemplos de muchos jueces que fueron multados... por haber obrado contra las leyes del reino por orden del rey. Y luego se invocó el juramento de los jueces de no detener ningún proceso o juicio por ninguna orden de la Real Majestad.¹⁰⁴

El control judicial de los actos regulares de la Corona aparece claramente en el siguiente precedente:

¹⁰⁰ "The Constitution" en Hutchins, Robert Maynard. *The Great Ideas. A Syn-topicon of Great Books of the Western World*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1971, Vol. II, p. 238.

¹⁰¹ *The Case of Proclamations*, 8 James I, 12 Resp., p. 75, citado por McIlwain, C.H., *op. cit.*, p. 103.

¹⁰² "Speeches in the Star Chamber (1916)", en *The Political Works of James I*, p. 333, citado por McIlwain, C.H., *op. cit.*, p. 148.

¹⁰³ *State Trials*, vol. III, pp. 36-37, citado por McIlwain, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁴ *The Letters of Stephen Gardiner*, ed. por James Arthur Muller, New York, 1933, p. 370, citado por McIlwain, C.H., *op. cit.*, pp. 117 y 119.

Por lo regular, el rey sólo está sometido al derecho natural en lo que concierne a los derechos de la Corona [*gubernaculum*]; respecto de los derechos del súbdito, está sometido a las leyes del país [*jurisdictio*].¹⁰⁶

Dice McIlwain que el más claro de todos esos casos es el de Cavendish en 1587, cuando los jueces del **Common Pleas** se negaron a obedecer expresas y reiteradas órdenes de la Reina, fundándose en que

las órdenes iban contra el derecho del país, y se decía que en tal caso nadie está obligado a obedecer tal orden.¹⁰⁶

El "Estado de derecho" inglés fue, así, judicialmente establecido y en él —señala Dicey— se pueden observar tres aspectos:

- a) Ningún individuo puede ser castigado ni sufrir daño en su persona ni en sus bienes más que a causa de una violación del derecho establecido según el procedimiento jurídico ordinario y **ante los tribunales ordinarios del país.**
- b) Todo hombre, sean cuales fueren su rango y condición, **está sometido al derecho común del reino y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.**
- c) En tercer lugar el imperio de la ley penetra en la constitución, por la razón de que **los principios generales son, el resultado de decisiones judiciales.**¹⁰⁷

3. La independencia judicial

El "Estado de derecho" inglés, fue heroicamente defendido. En contra del Rey James I Estuardo quien afirmaba estar dotado de razón al igual que los jueces, sus delegados, y pretendía, consecuentemente, ejercitar personalmente el poder judicial, Sir Edward Coke respondió que solamente los jueces podían ejercitar tal poder puesto que habían sido adoctrinados en la difícil ciencia del derecho "la cual requiere largo estudio y experiencia antes que un hombre pueda alcanzar el conocimiento del mismo".¹⁰⁸

¹⁰⁶ Jenkins, Judge. *Eight Centuries of Reports* (1734). Fifth Century, Case XXVII, 34 Henry VIII.

¹⁰⁶ *Anderson's Reports*, I, 152, traducido en Taylor, *Cases on Constitutional Law*, I, pp. 12-15.

¹⁰⁷ Cfr. Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, London, MacMillan & Co., Ltd. 1961, p.

¹⁰⁸ "Which requires long, study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it" (Coke, *Reports*, Part. XII, 65).

La independencia judicial no fue afirmada sólo frente a la Corona sino también frente al Parlamento:

*It appears in our books —proclamaba Coke en el famoso caso Bonham's— That in many cases the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of parliament is against common right and reason or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void*¹¹⁹

Pero, ¿quién debía controlar y declarar tal “repugnancy” o “unreasonableness”? ¿quién debía garantizar, en suma, la supremacía del **common law** contra las arbitrariedades del soberano por un lado, y del Parlamento, por otro? Este es el problema fundamental, y la respuesta de Coke era firme y decidida, ese control, esa garantía, eran tarea de los jueces.¹²⁰ Estos son los intérpretes auténticos de un derecho que es autónomo respecto al legislador, constituyendo, según la doctrina, un verdadero poder independiente. Las colonias inglesas de América (**plantations**) heredaron esa tradición del **common law**. En algunos casos famosos, el **Privy Council** del Rey decidió que las leyes coloniales debían ser aplicadas por los jueces de las colonias.¹²¹

4. La garantía judicial de la constitución

Hace siglos, por lo menos desde los días de la **Magna Carta** (1215) y del Privilegio de Don Pedro III de Aragón (1283), se ha tratado de establecer por escrito los derechos básicos del hombre,¹²² y de convertir estas “declaraciones” en ley viva.

La historia ha demostrado que un pretendido derecho sin el respaldo judicial no es más que una declaración en el papel. El problema central de la ley constitucional es encontrar un modo práctico de ase-

¹¹⁹ “Se asienta en nuestros libros que en muchos casos el *common law* habrá de controlar los actos del parlamento y algunas veces juzgar que son absolutamente nulos; puesto que cuando un acto del Parlamento sea contrario al sentido común y a la razón, repugnante o de imposible aplicación el *Common Law* lo controlará y juzgará que tal acto debe ser nulo” (Cfr. Plunckett, T.F., “Bonham’s Case and Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. XL, 1926, pp. 30-70; Thorne, S.E., Dr. Bonham’s Case, *Law Quarterly Review*, Octubre 1938, pp. 543-552).

¹²⁰ Capelletti, M., *Il controllo* . . . , cit., p. 44; *El control* . . . , cit., p. 30.

¹²¹ Sobre esta materia consúltese a Smith, J.H., *Appeal to the Privy Council from the American Plantations*, 1950, citado por Grant, J.A.C., *op. cit.*, p. 30. (cfr. Cappelletti, M. *Il Controllo* . . . , cit., p. 46; *El Control* . . . , cit., p. 31).

¹²² Cfr. Grant., J.A.C., *op. cit.*, p. 24.

gurar al individuo una protección, plena y efectiva contra los excesos arbitrarios del poder. **Esto sólo es posible mediante la intervención judicial.** Lo que no es de extrañar puesto que es función ordinaria del poder judicial interpretar y aplicar las leyes.¹¹³

La aparición de la constitución planteaba a los tribunales esta posibilidad. Conforme al derecho inglés —y esta era la tesis aceptada judicialmente— una compañía (**id est Virginia Company of London**) puede hacer solamente aquellas cosas que le autoriza su carta o constitución propia. Los reglamentos (o reglas secundarias) que van más allá de la autoridad a ella concedida son nulos y **no pueden ser puestos en vigor por los tribunales.** Las ordenanzas también pueden ser declaradas nulas (**ultra vires**) por ser “no razonables”, en la opinión del tribunal.

El profesor J.A.C. Grant encuentra un excelente ejemplo a este respecto en el caso **Winthrop v. Lechmere.** Llegó —señala Grant— por apelación al **Privy Council en 1727.** Una ley de Connecticut de 1699 disponía que en la distribución de las propiedades de los que morían intestados, el hijo mayor debería recibir porción doble y que todos los otros hijos deberían heredar porciones iguales. El General Winthrop murió intestado en 1717 dejando una cantidad considerable de bienes raíces en Connecticut. Le sobrevivían un hijo, John y una hija Ann, esposa de Thomas Lechmere. John reclamaba todos los bienes raíces conforme al **Common Law** de Inglaterra, mientras que Lechmere, en nombre de su esposa, demandaba un tercio bajo la ley de Connecticut. El tribunal colonial decidió en favor de este último, pero Winthrop apeló al **Privy Council** y obtuvo la revocación de esta sentencia.¹¹⁴

En virtud de que la carta de Connecticut disponía —sigue diciendo Grant— que la colonia podría aprobar “leyes saludables y razonables no contrarias a las leyes de este reino de Inglaterra”, el **Privy Council** reconoció que una vez que la ley de Inglaterra establecía la primogenitura, la ley de Connecticut “no estaba autorizada por la Carta” a modificarla. Este tribunal de apelación sostuvo en su decisión que la ley de 1699 era “completamente nula y no autorizada por la Carta de aquella colonia”

En este caso observamos dos rasgos que habían de llegar a ser principios básicos de la ley constitucional norteamericana: **a)** una ley contraria a una ley básica superior, en este caso, la Carta de la Colonia, es nula; **b)** es el deber de todos los tribunales, incluso los tribu-

¹¹³ Cfr. *Ibidem.*

¹¹⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 29.

nales de primera instancia, negarse a aplicar tales leyes y si las aplican estas resoluciones eran declaradas inválidas en la apelación.¹¹⁶

5. La judicial review en Estados Unidos

Cuando las colonias declararon su independencia de Inglaterra en 1776, una de las primeras medidas tomadas por los Estados ya independientes, fue reemplazar la carta de la Colonia por una constitución. Estas constituciones, a semejanza de las cartas, regularon la estructura general de gobierno y el método de seleccionar los principales funcionarios legislativos, ejecutivos y judiciales.¹¹⁷

Aunque las primeras constituciones se adoptaron por las legislaturas sin ninguno de los procedimientos especiales, fueron consideradas, tal y como se infería de las decisiones judiciales, la ley básica del Estado. Ahora bien, puesto que cualquier ley contraria a las Cartas había sido declarada nula por los tribunales, no es de sorprender que hubiera un fuerte apoyo para la opinión de **que los tribunales deben rehusar aplicar cualquier ley que se adopte en oposición a las sucesoras de las Cartas**, es decir, **las constituciones de los Estados**.¹¹⁸ El profesor Grant señala que una clara aplicación de esta doctrina la tenemos en el caso **Holmes vs. Walton**, decidido por la Corte Suprema de New Jersey en 1780. La constitución de New Jersey de 1776 disponía que "el derecho intestimable del juicio por jurado" debía permanecer como "parte de la ley de esta colonia sin abrogación en perpetuidad".

Una ley adoptada en 1778 disponía la confiscación de la propiedad del enemigo, basada en el veredicto de un jurado de sólo seis hombres. La Corte, interpretando que la Constitución requería un jurado tradicional de doce, declaró esta ley nula. Prontamente la legislatura enmendó la ley y estableció el jurado de doce personas.¹¹⁹ Otra decisión célebre es la pronunciada por el Juez George Wythe en Virginia. El caso reviste interés particular, porque George Wythe, era profesor de derecho en el **College Williams and Mary** donde uno de sus discípulos, John Marshall, sería el futuro presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos y autor de la sentencia del caso **Marbury vs. Madison**.

En los considerandos de su decisión el Juez Wythe dijo:

¹¹⁶ *Cfr. Ibid.* p. 30.

¹¹⁷ *Cfr. Ibid.*, p. 31.

¹¹⁷ *Cfr. Ibid.*, p. 31.

¹¹⁸ *Cfr. Ibidem.*

Si la legislatura ha de traspasar los límites que el pueblo le prescribe, yo, al administrar la justicia pública del país... , señalando a la constitución, les diré: aquí está el límite de vuestra autoridad; hasta aquí llegareis, pero no más allá.

Seis de sus colegas convinieron en que la "corte tenía poder para declarar cualquier resolución o ley de la legislatura... inconstitucional y nula".¹¹⁹

Con estos antecedentes no es de sorprender que la Constitución Federal de Estados Unidos contuviera el principio de supremacía. En efecto, la constitución Federal estadounidense de 1787 disponía expresamente, en su artículo VI, sección 2a., que: Esta Constitución... será la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla... "

Este texto, en la interpretación que del mismo estableció la decisión de John Marshall, ha asumido una importancia fundamental: por una parte, ha determinado lo que se ha llamado la 'supremacía de la constitución' y, por la otra, el principio correlativo: el deber de los jueces de desaplicar las leyes contrarias a la constitución.¹²⁰

Ciertos antecedentes de la decisión de **Marbury v. Madison** revelan que la supremacía de la constitución se encuentra estrechamente vinculada a la labor normal de un juez: los primeros que rehusaron aplicar una ley del Congreso en razón de ser inconstitucional fueron los tribunales inferiores federales, y no la Corte Suprema (una ley aprobada en 1792 ordenaba a los tribunales de circuito **Circuit Courts**) que decidieran el caso de ciertas demandas sobre pensiones de inválidos, con sujeción a la revisión del Secretario de Guerra y del propio Congreso. La primera demanda de esta clase fue presentada al Tribunal de Circuito del distrito de Nueva York el 5 de abril de 1792. Sosteniendo que "ni la rama legislativa ni la ejecutiva podían asignar a la rama judicial otros poderes que los propiamente judiciales", rehusó aceptar la jurisdicción, porque su sentencia estaría sujeta a revisión de entidades no judiciales. Dos semanas más tarde, el tribunal de circuito del distrito de Pennsylvania, refiriéndose a la Constitución como "la ley suprema de la nación" que "todos los funcionarios judiciales de Estados Unidos están obligados, a mantener, por juramento", rehusó igualmente aplicar la ley. El Tribunal de Circuito del distrito de la Carolina del Norte, sin esperar a que se pre-

¹¹⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 31-32.

¹²⁰ Cappelletti, M., *Il controllo...*, cit., p. 29; *El control...*, cit., pp. 19-20.

sentara tal petición, notificó al Presidente que consideraba tal ley inconstitucional y que intentaba actuar de acuerdo con ella. Aunque el Procurador General trató de llevar el caso de la validez de la ley a la Corte Suprema, el Congreso aceptó la opinión de los tribunales de circuito y revocó la cláusula en cuestión.¹²¹

6. *Marbury vs. Madison*

Con este fondo histórico, no fue sorprendente que los tribunales sostuvieran que la nueva constitución nacional debía prevalecer contra una ley del Congreso, como también contra una ley de un Estado, en caso de conflicto.

La Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga... Entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley... Una ley del Congreso que contradiga la Constitución, debe considerarse inexistente... Los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución, y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.¹²²

Se notará que las palabras de Marshall no estaban restringidas a la función de la Corte Suprema. Se referían a todos los tribunales, tanto a los de los Estados como a los federales, y a los de primera instancia como a los de apelación.¹²³ Es de la competencia y deber del poder judicial el declarar cuál es el derecho.

Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla... Si una ley se opone a la Constitución... el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia de la función judicial... Así la terminología especial de constitución... confirma... que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, tanto como los demás Departamentos del Gobierno; están obligados por dicha Constitución.¹²⁴

En realidad el problema constitucional es sólo un problema subordinado en el litigio que los jueces deben resolver. La tesis es que cualquier juez tiene el poder y el deber de aplicar las leyes constitucionales por encima de cualquiera otra regla y, por tanto, de conside-

¹²¹ Cfr. Grant, J.A.C., *op. cit.*, pp. 33-34.

¹²² *Marbury vs Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177-178 (1803).

¹²³ Cfr. Grant, J.A.C., *op. cit.*, p. 32.

¹²⁴ *Marbury vs Madison* 5, U.S. (1 Cranch) 137, 177-179 (1803).

rar nula y de ningún valor cualquier ley, decreto, reglamento o hecho que sea contrario a la ley fundamental.¹²⁵ La frase final de John Marshall en su fallo en el caso **Marbury vs. Madison** dice: “una ley contraria a la Constitución es nula y los tribunales tanto como los demás Departamentos del Gobierno están obligados por dicha Constitución”. Los tribunales ocupan una posición preeminente sólo porque según el texto de la resolución: “es la verdadera esencia de la función judicial... declarar cuál es el derecho”.¹²⁶

VI. Los principios contenidos en el fallo de Marshall

La tesis Marshall había aparecido y evolucionado en Inglaterra. No podemos olvidar la epopeya judicial inglesa: la obtención de la independencia judicial fue uno de los pocos más importantes para que el ‘**political government**’ (después conocido en el continente como ‘Estado de derecho’) se estableciera. Sin tribunales independientes no podía haber una composición de litigios que garantizara la vigencia de las **rules of law**. Una vez que los tribunales ingleses alcanzaron su independencia habría de iniciarse una de las etapas más brillantes en la evolución del derecho convirtiéndose la judicatura inglesa en el paradigma de la garantía de la legalidad y de las libertades de los ciudadanos.

En las colonias británicas ésta tradición produjo un control judicial de legalidad a favor de los Estatutos o Cartas (leyes) coloniales por parte del **Privy Council**. Por ello nos inclinamos a creer con Mauro Cappelletti¹²⁷ que la decisión del juez Marshall había sido preparada por un siglo de historia judicial y por la centenaria tradición jurídica inglesa.

La justicia constitucional no terminó con la decisión **Marbury vs. Madison** sino que para adquirir sus características específicas necesitó varios años de evolución: son momentos específicos de este control: la aparición de la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos en (1868) su aplicación extensiva y la formación de los principios **Due Process of Law**, y el de la **Rule of Reasonableness**. Únicamente hasta la consolidación de estos principios se puede decir que

¹²⁵ Cfr. Grant, J.A.C., *op. cit.*, p. 39.

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹²⁷ Cfr. “Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, en la *Giustizia Costituzionali*, 1972, p. 27.

quedó perfectamente establecido el control de la constitucionalidad en Estados Unidos.¹²⁸

La decisión del Juez Marshall reposa en tres principios fundamentales:

- a) el poder judicial conoce de todas las controversias que puedan plantearse;¹²⁹
- b) la constitución como regla de competencia (como pacto federal) no puede ser contrariada; y
- c) La única garantía de los derechos humanos la constituyen el control judicial de los actos del legislativo y de la administración.

Estos principios claramente aparecen en los argumentos de Marshall.

1. El juez conoce de todos los litigios

Cuando aparece la constitución escrita, esto es, cuando la constitución se presenta como ley constitucional —como derecho—, ésta es interpretada y aplicada por los tribunales puesto que corresponde naturalmente a la jurisdicción determinar cuál es el derecho (dentro de la tradición del **Common Law** sólo es derecho las reglas o disposiciones que son susceptibles de ser aplicadas por los tribunales.

A este respecto dice el **Justice Marshall**:

Definitivamente es dominio y obligación del poder judicial decir cuál es el derecho. Aquellos que aplican la norma a casos particulares, deben, necesariamente, señalar e interpretar dicha norma. Si dos normas se encuentran en conflicto los tribunales tienen que decidir sobre su aplicabilidad. Así, si una norma está en oposición con la Constitución y si, tanto la ley, como la constitución, se aplican a un caso particular, entonces, el tribunal tiene que decidir el caso ya sea de conformidad con la ley, pasando por alto la Constitución o de conformidad con la Constitución, pasando por alto la ley. El tribunal tiene que decidir cuál de estas normas en conflicto regula el caso. Esta es la verdadera esencia de la función judicial.¹³⁰

En relación a este punto el profesor Story dice que el poder de interpretar las leyes implica, necesariamente, la función de determinar si son conformes a la constitución o no; y si no son, declararlas nulas e inoperantes. Puesto que la Constitución es la suprema ley del país y en un conflicto entre ésta y las leyes del Congreso o de los Estados, es obligación del poder judicial seguir (obedecer) solamente la constitución la cual constituye una obligación mayor. Si no fuera así los

¹²⁸ Cfr. Burdeau, *op. cit.*, t. IV, p. 439.

¹²⁹ Cfr. *supra* Art. III. Sec. 2, Cons. EE.UU.

¹³⁰ *Marbury vs Madison* 5. U.S., 137, 177 (1803). Cfr. Schwartz, B. *op. cit.*, p. 10.

actos del legislativo y del ejecutivo se convertirían, de hecho, en supremas e incontrolables, no obstante las prohibiciones o limitaciones contenidas en la Constitución.¹²¹ A este respecto la jurisprudencia en Estados Unidos ha establecido:

Cuando un acto del Congreso es apropiadamente atacado ante los tribunales por no conformarse al mandato constitucional, la rama judicial del Gobierno tiene sólo una tarea: señalar el artículo de la constitución que se invoca además de la ley que es atacada y decidir si la última encuadra en la primera.¹²²

No debe pues sorprender el argumento del **justice Marshall** de que es tarea normal del tribunal establecer el derecho aplicable. De hecho es lo que siempre han realizado los tribunales ingleses. Son los tribunales los últimos aplicadores del derecho. Así cuando "el juez inglés declara que la conducta del ejecutivo es **ultra vires** en relación a lo que la ley faculta, se encuentra únicamente realizando su función de interpretar y aplicar el derecho a los hechos del caso sometido a su conocimiento".¹²³

La prueba sobre la existencia de esta tradición judicial es que la **judicial review** no se encuentra establecida en la constitución de Estados Unidos. Sobre el particular cabe recordar la anécdota que nos relata Sir James Bryce. Un inglés inteligente quien, habiendo oído que la Suprema Corte Federal había sido creada para proteger la constitución y que tenía la autoridad de anular las leyes malas, pasó dos días buscando, de arriba a abajo, las disposiciones que le habían dicho. No hay que sorprenderse de que no las hubiera encontrado puesto que no hay en la Constitución ninguna palabra al respecto.¹²⁴ La autoridad de los tribunales en Estados Unidos para controlar la constitucionalidad de las leyes no encuentra su fuente en ninguna atribución expresa en la Constitución,¹²⁵ sino en el principio de que **corresponde a los jueces conocer de todos los conflictos de derecho.**

Habría que señalar que toda esta función normal del juez, la cual trajo como resultado la **judicial review**, se basa, fundamentalmente, en la independencia del poder judicial; instrumento de protección ciudadana, sin independencia judicial no existe, como la historia cons-

¹²¹ Cfr. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 1883, párrafo 1570, citado por Schwartz, B., *op. cit.*, p. 10.

¹²² *United States vs Buller*, U.S. 1, 62 (1936).

¹²³ Cfr. Schwartz, B., *op. cit.*, p. 20.

¹²⁴ Bryce, J., *The American Commonwealth*, 1917, vol. I, p. 252.

¹²⁵ Cfr. Schwartz, B., *op. cit.*, p. 9.

titucional inglesa demuestra, salvaguarda efectiva al alcance del ciudadano ordinario contra el abuso del poder gubernamental.¹³⁶

Es la actividad del poder judicial de Estados Unidos la que, continuando la tradición judicial inglesa, ha hecho que su constitución sea aplicada verdaderamente como la norma suprema del país.¹³⁷

Este principio que guía al poder judicial es el que se encuentra en la base de la protección de los derechos humanos y “un Estado —señala León Duguit— que no lo reconozca o que lo reconozca únicamente con reservas y excepciones, no vive verdaderamente sometido a la norma jurídica”.¹³⁸

En relación con esta competencia judicial es importante señalar que en la tradición del derecho inglés los tribunales no se enfrentaron con el dualismo que la jurisprudencia dogmática del continente establece entre derecho público y derecho privado. Para el **common law todo aquello que reclama de una composición o decisión es competencia normal de los tribunales**, incluyendo las leyes sobre competencia de funcionarios. Esto también, es tomado en cuenta por Marshall:

si un jefe de Departamento, bajo la cubierta de sus funciones, por sí mismas *le dispensasen de ser perseguido según las vías ordinarias del procedimiento y de ser constreñido a obedecer las decisiones de la ley*. ¿Cómo entonces podrían sus funciones exentarlo de esta forma particular de decidir la legalidad de su conducta?, si en el caso la no nominación de Marbury es uno de esos casos que justificarían un proceso si un particular fuera el demandado.¹³⁹

2. El control judicial garantiza la competencia constitucional

Sobre este segundo principio vemos que según **Marbury vs. Madison** el legislador no puede legislar extendiendo su competencia constitucional.

Aquellos que redactaron las constituciones escritas las concibieron como la ley suprema y fundamental de la nación. Consecuentemente la teoría de todo gobierno de este tipo tiene que ser la de que un acto del legislativo que sea repugnante a la constitución es nulo.¹⁴⁰

En esta decisión se da el carácter de norma fundamental a la constitución.

¹³⁶ Schwartz, B., *op. cit.*, p. 20.

¹³⁷ *Cfr. Ibid.*, p. 21.

¹³⁸ Duguit, L. *Traité de droit constitutionnel*, 3ed. vol. III, p. 732.

¹³⁹ *Marbury vs. Madison* 5. U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803).

¹⁴⁰ *Ibid.*

Si la supremacía de la constitución tiene que ser mantenida en la práctica, los tribunales tienen que rehusar aplicar actos legislativos o administrativos que entren en conflicto con sus disposiciones...¹⁴¹

Es únicamente la aplicación judicial la que hace que las disposiciones de la Constitución de Estados Unidos sean algo más que meras máximas de moral política. El principio de la supremacía de la ley fundamental se convierte en no más que '**sounding brass and tinkling cymbal**' (sonoros trompetazos y estridentes golpes de platillos, frases de oropel, o algo así como la carabina de Ambrosio), a no ser que los tribunales puedan intervenir en casos donde las disposiciones de la Constitución son violadas.¹⁴²

En un Estado donde no exista posibilidad de exigir la aplicación de las decisiones constitucionales, en realidad no tiene una constitución compuesta de normas jurídicas. A este respecto el profesor Dicey comenta:

Las restricciones puestas a la acción del legislativo en la constitución francesa no son en realidad normas jurídicas (*laws*), puesto que no son reglas que, en última instancia, puedan ser aplicadas por los tribunales. Su verdadero carácter es ser máximas de política moral y cualquier fuerza que posean la obtienen de estar formalmente inscritas en la constitución [dentro de la ideología del constitucionalismo] y del soporte resultante de la opinión pública.¹⁴³

B. Schwartz señala también que la experiencia francesa (se refiere al problema de la delegación de facultades legislativas al ejecutivo en la práctica de las III y IV Repúblicas) enseña que una constitución que no puede ser aplicada por los tribunales no contiene sino palabras vacías. Es pues la **judicial review** la que asegura que la Constitución de Estados Unidos no sea violada y la que da a ese instrumento su significado práctico¹⁴⁴ de norma jurídica suprema.

3. El control judicial es garantía de los derechos humanos

Ciertamente este control judicial nació para garantizar no sólo la forma federal, o la competencia de cada uno de los ramos del gobierno sino, también, los **Bill of rights**, los cuales más que pronunciamientos

¹⁴¹ *Cfr. Constitutional Law*, Barrister publishing Co., Ing. New York, 1966, p. 3.

¹⁴² *National Labor Relation Board vs. Robin Tire & Rubber Co.*, 161 F. 2d. 798, 804 (5th Circ.) (1947). Schwartz, B. *op. cit.*, p. 11.

¹⁴³ Dicey, A.V., *op. cit.*, p. 135. Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

¹⁴⁴ Schwartz, B., *op. cit.*, p. 8.

propios de filosofía política, como son, generalmente las declaraciones europeas de derechos, son disposiciones concretamente establecidas.¹⁴⁵ Estas, al ser judicialmente garantizadas, frenaban, el campo de acción del legislador. No existe **right** (derechos), propiamente hablando, si no hay **remedy** (si no son exigibles judicialmente).

De esta manera la libertad no tiene otra garantía que la supremacía de la constitución tal y como es entendida por el poder judicial. De manera que la dogmática jurídica moderna representa, en cierta forma una superación del constitucionalismo, una de cuyas expresiones fundamentales radica en el sistema del control judicial de las leyes.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

¹⁴⁵ *Cfr.* Las diez primeras enmiendas a la Constitución de Estados Unidos ratificadas; el 15 de Dic. de 1791.