

PRIMERA PARTE

I.- LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION DURANTE LA INTERVENCION Y EL IMPERIO.

- 2.- La ley de amparo de 26 de noviembre de 1861.
- 3.- El liberalismo mexicano: un intento de unir dos culturas jurídicas sobre el legado novohispano:
 - a) el problema;
 - b) el ensayo liberal de solución al problema;
 - c) la lectura de los estudios de Kent y Story.

LA LEY DE AMPARO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1861.

Dice Barragán que “una cosa es cierta, según arrojan nuestras personales investigaciones realizadas hasta el momento, que todos esos documentos considerados como origen del amparo, desde 1847, tienen en común el propósito de imitar el ejemplo estadounidense en la materia. Y salvo esta nota común, en casi nada se parecen al sistema descrito en la Acta de Reformas de 1847...”¹ Esta fue la base del Congreso de 1861: el juicio de amparo había sido tomado del sistema estadounidense. Así lo presumieron Manuel Dublán en su proyecto que presentó al Congreso el 9 de julio de 1861 y las demás iniciativas de ley.

En la exposición de motivos que precedió a la “Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución federal, para todos los juicios de que habla el artículo 101 de la misma”, se expresa que “. . . es enteramente nueva la materia en nuestro país, aunque no lo sea del todo la disposición constitucional que reviste a los tribunales de la Federación de una especie de poder conservador. . . De todas las demás legislaciones, sólo la de los Estados Unidos, de cuya Constitución se tomó el artículo que nos ocupa, pudo servirnos de guía; pero las leyes americanas son poco conocidas entre nosotros, y no hemos podido haber a las manos el texto de las que reglamentan este punto en la República (norteamericana). . .”²

Fue don Ignacio Mariscal quien expuso, en la sesión de 19 de septiembre de 1861, que la comisión redactora de la ley había encontrado como principal dificultad la ausencia de antecedentes, pues “sólo en los Estados Unidos existe un pensamiento igual al de nuestra actual Constitución. . . (pero) pudimos comprobar que allí no existe ley alguna general que reglamente el pensamiento constitucional. Esto parecerá extraño al que no conozca las costumbres inglesas y americanas en las que tiene todo el vigor de la ley un acto ejecutoriado por la autoridad (judicial) y de donde nacen las costumbres legales tan firmemente arraigadas en ellos”³

Lo anterior muestra, por una parte, la influencia del derecho angloamericano, y, por otra, que desde un principio se tuvo en cuenta la posible fuerza quasi legal de los precedentes judiciales. Volvió a insistir Mariscal en la obligatoriedad de la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley. Aclaró que no se trataba de que el juez derogara la ley, sino que “los frecuentes hechos individuales vendrán a hacer caer la ley en desuso o a obligar al legislador a derogarla, sin conflicto entre poderes. . . Y firmes en estos pensamientos. . . el señor Dublán nos salvó la dificultad con su proyecto, que hemos adoptado casi por entero, pues nos pareció sesudamente meditado e inteligentemente escrito. . .”⁴

La ley de 26 de noviembre de 1861, publicada el 30, fue resultado de la labor que principió una vez promulgada la Constitución de 5 de febrero de 1857. Fue discutida entre el 3 de septiembre y el 26 de noviembre de 1861 por el Segundo Congreso Constitucional.

¹ Barragán Barragán, José. *Primera ley de amparo de 1861*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1980, p. 69.

² Buenrostro, Felipe *Historia del Primero y Segundo Congresos Constitucionales de la República Mexicana*, México, 1874-1883, I, p. 239 y 240, Barragán, *op. cit.*, p. 68.

³ *Ibidem*, I, p. 282-284. Barragán, *op. cit.*, p. 92.

⁴ *Ibidem*, p. 283-284. Barragán, p. 93.

Pero en las discusiones influyeron —según expresa Barragán— cinco proyectos o iniciativas: 1.- El de Pérez Fernández de 16 de noviembre de 1857; 2.- El de Manuel Dublán de 9 de julio de 1861; 3.- El de la comisión especial creada para el objeto de dictar la ley de amparo, integrada por Riva Palacio, Linares y Mariscal, de 27 de julio de 1861; 4.- El proyecto de ley orgánica de los tribunales de distrito y de circuito, elaborado por la comisión de justicia, de 30 de julio de 1861, que incluía una reglamentación del artículo 101 de la Constitución; y 5.- El proyecto de ley de amparo de José Ramón Pacheco de 31 de julio de 1861, elaborado por encargo del Ejecutivo Federal.⁵

Todos los proyectos o iniciativas estuvieron influidos mutuamente y se “auxiliaron unos a otros, según el orden en que fueron apareciendo”.⁶ Desde luego, dominó, como punto de vista formal, el proyecto de la comisión especial de 27 de julio, el que, a su vez, dijo estar apoyado en el de Manuel Dublán. En todos prevaleció la tesis de la Constitución de 1857 de dejar el conocimiento de los juicios de amparo a los tribunales federales. Solamente el texto final de la ley, en su artículo 32, expuso que: “Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución (federal), leyes y tratados (federales), a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las constituciones o leyes de los estados”.

El proyecto de Pérez Fernández sobresale por su mejor técnica jurídica, ya que era competencia de la Suprema Corte de Justicia el conocimiento de los juicios de amparo en que las autoridades responsables fueran de mayor jerarquía: el Congreso o los altos funcionarios; en tanto que conocían de ellos los jueces de distrito y, en apelación, los de circuito, si eran contra funcionarios de menor nivel. En cambio, en el proyecto de Dublán —y realmente en los demás— que triunfó en el texto de la ley, conocían primero los jueces de distrito, en apelación los de circuito y en súplica la Suprema Corte. Esta última cuando el juez de circuito había revocado o modificado la sentencia del de distrito.

La Suprema Corte de Justicia no abarcaba una jurisdicción demasiado amplia. Solamente resolvía la súplica y era frecuente que ésta no llegara, debido a que el criterio del juez de distrito había sido confirmado por el de circuito. También conocía la responsabilidad de las autoridades que le fueran contumaces y velaba por el cumplimiento de sus sentencias. Decía el artículo 14 que “El Juez de Distrito cuidará de la ejecución de su fallo, requiriendo formalmente a nombre de la Unión al superior de la autoridad responsable, siempre que éste, al tercer día de haberlo recibido, no hubiere dádole cumplimiento por su parte...”.

Eran partes en el juicio de amparo, en todos los proyectos de ley: el quejoso, la autoridad responsable y el ministerio público, el fiscal o el promotor fiscal. El proyecto de Pacheco permitía que los parientes o amigos, en casos graves, pudiesen presentar el amparo. Sin embargo, como todavía seguían siendo supletorias las leyes españolas y los principios generales de derecho establecidos en ellas —como las de las Cortes de Cádiz— es de presumirse que sí podían hacerlo valer los parientes o amigos de una persona en prisión o situación grave. En cambio, no era clara la situación de las llamadas personas morales en cuanto a su legitimidad para pedir el amparo.

Los actos reclamados podían ser leyes del Congreso Federal, de las legislaturas estatales y resoluciones de autoridades administrativas federales o estatales. Los actos judiciales no eran motivo de especial atención en los proyectos, pero en el de Dublán, que pasó al texto de la ley, sí fueron incluidos. El artículo 3 de la ley exponía que: “El recurso se hará ante el juez de distrito... y si el que la motivare fuere dicho juez, ante su respectivo suplente...” Por lo tanto, expresamente estuvo prevista la procedencia del amparo contra actos judiciales en la ley de 1861.

Respecto al acto reclamado, en el proyecto de Pérez Fernández de 1857, no se admitía la suspensión. En cambio, en los demás proyectos sí. El artículo 4 de la ley expuso que en “el caso en que sea de urgencia notoria la suspensión del acto o providencia que motivó la queja, . . . entonces lo declarará desde luego bajo su responsabilidad”. El procedimiento era oral y muy breve, en lo posible, pues el artículo 10 decía que “. . . el juez en audiencia pública oírá verbalmente o por escrito a las partes, y previa citación pronunciará el fallo dentro de seis días”.

⁵ Barragán, p. 76

⁶ *Op. cit.*, Barragán, p. 76.

La sentencia de amparo debía estar concretada al caso: "...se limitará únicamente a declarar que la justicia de la Unión ampara y protege al individuo, cuyas garantías han sido violadas" (artículo 11). En el amparo contra leyes la sentencia "tendrá únicamente por objeto amparar al reclamante, declarándolo libre de cumplir la ley o providencias de que se queja..." (artículo 23). Asimismo, estaba reiterado este principio en el artículo 30: "Las sentencias que se pronuncien en los juicios de esta naturaleza, sólo favorecen a los que litigaren. En consecuencia, nunca podrán alegarse por otros, como ejecutorias, para dejar de cumplir las leyes que las motivaren".

La sesión de 20 de septiembre fue interesantísima porque se debatió la legitimidad de un juez de distrito o aún de la misma Suprema Corte para anular una ley. El diputado Couto expresó: "...notarán los señores diputados que al votarse el presente proyecto en lo general no le di mi voto, y mientras más oigo la discusión, más me afirmo en mi creencia primitiva de que no debe votarse. Desde el momento en que pueda ponerse en duda la validez de una ley; desde que haya una autoridad que pueda declarar que los ciudadanos no la deben cumplir, quedará enteramente desvirtuada, y resultará que un juez de distrito tenga más respetabilidad que toda la representación nacional, y que el voto de uno solo tenga más valor que ciento y tantos diputados que hayan podido expedir la ley. No solamente habrá, pues, conflictos, sino que las leyes no tendrán valor alguno desde el momento en que un juez cualquiera las pueda tachar de inconstitucionalidad... No nos cansemos: aprobar el presente proyecto sería establecer un principio completamente antidemocrático; sería sujetar la opinión de la mayoría a una minoría insignificante".

O sea, Couto sostuvo que la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y su nulidad es un principio ilegítimo y contrario a la democracia, pues en tal caso una minoría predomina sobre la representación nacional mayoritaria. A esto Dublán, que había inspirado con su proyecto el de la comisión —formada por Riva Palacio, Linares y Mariscal— rebatió esa tesis por ociosa. Dijo: "...la argumentación del señor Couto hubiera sido adecuada cuando se discutía el pensamiento en general; hoy ya sólo nos ocupamos de los pormenores de la reglamentación del pensamiento, y todo lo demás debemos considerarlo dislocado". Pero Couto defendió de nuevo su postura y expuso: "...Convengo en que tanto pueden ser corruptibles los jueces como los diputados; pero es indudable que es más fácil de corromper a uno que a muchos. Mi principal objeción la hago consistir en que un solo individuo va a fallar de la inconstitucionalidad de una ley que han formado, que han votado tal vez más de ciento y tantos diputados. Si este fallo se reservara a un cuerpo colegiado —como la Suprema Corte— el hecho sería también absurdo y antidemocrático, aunque un poco menos que si lo hace un solo juez". Mariscal quiso terminar la discusión usando el mismo argumento de Dublán, y sostuvo que "...la argumentación no viene al caso; hubiera sido oportuna en el constituyente" (el de 1856-57) —y añadió— "entonces, se puede calificar absurdo tanto lo dispuesto en nuestra Constitución como en la de Estados Unidos".⁷ Aunque después aclaró que la facultad de los jueces norteamericanos para revisar la constitucionalidad de las leyes no constaba en el texto expreso de la constitución de Filadelfia: es obra del pensamiento de Hamilton, de la propia Suprema Corte de los Estados Unidos y del juez Marshall.

Para evitar mayores críticas, el Congreso reiteró la famosa fórmula de Mariano Otero. En efecto, a fin de eludir la espinosa acusación de que los jueces invadían facultades del poder legislativo, Otero había expresado: "...el juez, ... sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el poder legislativo, en cada caso particular en que ella debe herir, la hace impotente..."⁸ Por eso el diputado Linares concluyó: "...los fallos no deben formar regla para los demás casos 'ocurrentes' y deben limitarse a proteger a un solo individuo en cada caso determinado".⁹ De aquí que la fórmula Otero fuera en realidad una tesis opuesta, hasta cierto punto, al principio de la jurisprudencia, según el cual los fallos van formando una regla para ser aplicada a los posteriores casos análogos. El problema no quedó por

⁷ Buenrostro, pp. 284-287. Barragán, p. 97.

⁸ Otero, Mariano *Obras*. Recopilación, selección, comentarios y estudio preliminar de Jesús Reyes Heróles, Ed. Porrúa, México, 1967, I, p. 376.

⁹ *Op. cit.*, Buenrostro, p. 284-287. Barragán, p. 96.

eso resuelto en estas sesiones del congreso constitucional, sino años después, pero ya era bastante haber superado el principio puesto en duda por Couto.

La discusión sobre la legitimidad democrática de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la ley y que su opinión sea obligatoria ha tenido gran importancia en el pensamiento de los juristas europeos y en las formas de organización que históricamente han implantado el control de la constitucionalidad de las leyes. Francia no ha aceptado aún hoy tal principio y lo ejercita el Consejo Constitucional como un órgano político preventivo (Constitución francesa de 1958). Sobre todo, la doctrina ha debatido el problema de la legitimidad con que los jueces ejercitan el control de constitucionalidad desde los años posteriores a la primera guerra mundial y mientras Karl Schmitt fue contrario a ella, Hans Kelsen la defendía y fue el inspirador de la Corte Constitucional austriaca.¹⁰

Para concluir: el Congreso que discutió la primera ley de amparo de 1861 hizo estas tres importantes contribuciones a la institución:

a) Mariscal sostuvo que las sentencias pueden tener la misma fuerza que una ley, tal como sucede en Estados Unidos, aunque no esté reglamentada la facultad judicial para examinar la constitucionalidad de las leyes. Es decir, se hizo una referencia histórica a la posibilidad de que las sentencias constituyan precedentes obligatorios, y que así acontece en el sistema del *common law*, al practicar el principio del *stare decisis*. Este principio fue comentado con interés, y comenzó a ser conocido por los juristas mexicanos de la época.

b) Se propuso y aprobó la norma que ordenaba otorgar publicidad a las sentencias de amparo, elemento esencial de la jurisprudencia y para fincar posible responsabilidad a las autoridades. En efecto, sin publicidad los fallos judiciales no pueden ser obligatorios, ni surgiría la posibilidad de que otros jueces y la misma sociedad conocieran las interpretaciones a la Constitución y a las leyes que van a ser obligatorias. En la sesión de 21 de septiembre de 1861, la Cámara aprobó el artículo 12 de la ley de amparo que decía: “La sentencia se publicará en los periódicos y se comunicará oficialmente al gobierno del estado” para que pueda exigirse la responsabilidad que haya a la autoridad que dictó la providencia. Si la autoridad responsable es federal se pasará testimonio a su superior inmediato, para lo que hubiere lugar. El 25 de noviembre del mismo año fue aprobado el artículo 32, que ordenaba: “Las sentencias que se pronuncien en todas las instancias se publicarán en todos los periódicos”.

c) Al discutir la ley se planteó agudamente en el seno del congreso el problema de la legitimidad democrática de que los jueces examinen y decidan sobre la constitucionalidad de las leyes. Y si bien es verdad que no llegaron a una solución definitiva —el tema aún hoy sigue sujeto a debate en la doctrina y la práctica constitucionales—, sí lograron salvar el problema al adoptar la fórmula de Otero, que por otra parte les permitió reafirmar lo que ya existía en el Acta de Reformas de 1847 y en la Constitución de 1857.

Cabe hacer notar que la publicidad de las sentencias conforme a la ley de amparo de 1861 fue mayor que en todas las posteriores, ya que se debía hacer en todas las instancias. Al recibir una demanda de amparo, el juez de distrito debía declarar si procedía abrir el juicio o no, oyendo al promotor fiscal. Solamente cuando era urgente la suspensión del acto reclamado abría de inmediato el juicio y, en este caso, abrir el juicio equivalía también a suspender el acto (artículo 4).

Existía también en estos cinco proyectos de ley —y en el texto de ésta— la responsabilidad de las autoridades que hubieren violado la Constitución y los derechos individuales. Barragán ve en ello una influencia de la ley de 24 de marzo de 1813 de las Cortes de Cádiz —que persistió en México durante el siglo XIX— y que daba carácter político al juicio de amparo. En cierta forma esta fue una de las razones para exigir la publicación de las sentencias¹¹.

¹⁰ Para una brillante argumentación sobre la legitimidad de los jueces al examinar la constitucionalidad de las leyes, véase Cappelletti, Mauro *La justicia constitucional* Facultad de Derecho-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1987, pp. 324-334

¹¹ “Se trata de la responsabilidad fincada en los viejos juicios de residencia, en los juicios de responsabilidad, que es como se les denominó en tiempo de las Cortes de Cádiz y por nuestros primeros congresos constituyentes. Sistema de responsabilidad gaditano que se aplicará aún después de 1880, en juicios de amparo incluso. Sistema que, por cierto, se encuentra presente en cada uno de los proyectos de amparo mexicanos mencionados.” p. 69.

EL MOVIMIENTO LIBERAL: UN INTENTO DE UNIR DOS CULTURAS JURÍDICAS SOBRE EL LEGADO NOVOHISPANO

A la cultura jurídica novohispana que se heredaba y a la continental europea —sobre todo francesa— que se estudiaba en México al consumar su independencia, el movimiento liberal intentó unir determinados principios del derecho constitucional norteamericano. Esto mediante un proceso que podría dividirse en tres etapas.

Por la que cabe ser considerada la primera, entre 1821 y 1835, penetró en México el sistema federal con el objeto de unificar la posible desmembración de las antiguas provincias al caer el Imperio de Iturbide. Ignacio López Rayón había dado a conocer el *habeas corpus* anglosajón.¹ Se dieron a publicar en español varios números de *El Federalista*, la Constitución de Filadelfia de 1787, otros documentos constitucionales de los Estados Unidos, y obras como la de Thomas Payne.

En la segunda etapa penetró la influencia del derecho norteamericano en México gracias al famoso Alexis de Tocqueville. Leído su libro “La Democracia en América” desde 1837, fue en gran medida la inspiración y fuente del juicio de amparo. Así lo expusieron Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero, los constituyentes de 1857 y algunos diputados del Segundo Congreso Constitucional que redactaron la primera ley de amparo de 26 de noviembre de 1861. Fue una influencia filosófico-política. Un tanto teórica si se le mira desde el aspecto jurídico, pues el derecho no es solamente teoría, sino técnica y práctica. De cualquier forma, fueron sentados los principios de un desarrollo que tendría gran importancia en la tendencia a unir el derecho anglosajón con el continental europeo.

La tercera etapa —que principia en 1861— fue mucho más complicada, pues enfrentó el desafío de llevar a la práctica y a la técnica jurídica, en el sentido procesal, los procedimientos judiciales de carácter constitucional de los Estados Unidos a los tribunales federales mexicanos. En esta tercera fase los juristas y políticos mexicanos intentaron lograr algo sumamente difícil y leyeron, en el original en inglés —y en notas periodísticas— las obras del Canciller Kent y del magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Joseph Story,² así como algunos casos judiciales.

Las dificultades fueron múltiples. Los juristas norteamericanos exponían principios de gran interés jurídico: la capacidad de los tribunales para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y los actos de toda autoridad. Los políticos mexicanos liberales, al entrar en la práctica legal, encontraban que los jueces, conforme a las doctrinas europeas —francesas, sobre todo— carecían de legitimidad democrática para hacerlo. No habían sido nombrados o electos para esa función, la de anular leyes, sino para

¹ El proyecto de Constitución de Ignacio López Rayón, de 4 de septiembre de 1812, decía en su artículo 31: “Cada uno se respetará en su casa como un asilo sagrado, y se administrará... la célebre ley de *Habeas Corpus* de la Inglaterra.”

² En efecto, hubo algunas traducciones al castellano de estos autores con posterioridad a 1870, en México y Buenos Aires.

aplicarlas. No aceptaban que un solo juez pudiese anular una ley aprobada por docenas de diputados, como dijo Couto. Se ignoraban las modalidades y límites que tenía tan importante facultad.

Esta tercera etapa principia en 1861, al discutirse la primera ley de amparo y con el estudio previo que hizo a su proyecto de ley el jurista jalisciense José Ramón Pacheco —diplomático y antiguo ministro de Relaciones Exteriores— quien pretendió hacer un examen de la realidad judicial norteamericana, al igual que los diputados que discutieron la primera ley de amparo.

La verdad es que en los mismos Estados Unidos había bastante confusión y que los mexicanos, amantes de la libertad y enemigos de la esclavitud desde los inicios del movimiento de Independencia, encontraban muchos casos en que la Suprema Corte norteamericana mostraba inclinaciones hacia el esclavismo.

Los juristas liberales mexicanos aprendieron a separar los dos aspectos: el de la técnica jurídica y el de los elementos políticos esclavistas de la Suprema Corte norteamericana hasta 1860. Al primero trataron de incorporarlo al régimen judicial mexicano y al segundo lo repudiaron. La inclinación favorable al derecho de esclavitud había existido en las doctrinas del magistrado Joseph Story. Pero en 1861 estalló la Guerra Civil de los Estados Unidos y muy pronto vendrían las “Enmiendas” antiesclavistas como fruto de la victoria del Norte contra el Sur.

Desde luego, asombra la cultura de este movimiento liberal. Lo mismo leía los tradicionales principios heredados de la Nueva España, que a los tratadistas y códigos franceses. Después trataban de vincularlos al sistema judicial estadounidense. Esta ardua tarea duró más de una generación. Las interpretaciones que los juristas y jueces mexicanos hicieron del sistema de Norteamérica no fue feliz ni correcta en cuanto a que fueran una copia auténtica del modelo. Si fue, en cambio, muy original y fructífera en la defensa del derecho, para que México entrara en una etapa más moderna. El resultado fue la consolidación práctica del juicio de amparo, de enormes frutos para lograr la unidad del país, proteger los derechos del hombre y alcanzar un mejor equilibrio entre los tres poderes.

La tarea del movimiento conservador fue más sencilla desde el punto de vista de sus fuentes y de su método. Su modelo era el derecho continental europeo. No introducían un elemento extraño derivado de otro sistema jurídico, pues rechazaban el derecho y el sistema judicial estadounidense.

A continuación se harán algunas breves reflexiones sobre la labor que hizo esta generación liberal a partir de la creación del juicio de amparo y de algunos principios del sistema judicial de Norteamérica que tuvo que estudiar, partiendo de la cultura legal heredada de Nueva España.

a) *EL PROBLEMA*

Según las leyes españolas “Las Partidas”, del rey Alfonso X, el Sabio, tres instancias en un juicio causan ejecutoria, lo cual fue confirmado en la “Novísima Recopilación”, de las leyes de Indias. Sin embargo, cuando en la tramitación de un juicio hubiesen sido violadas las reglas o formas esenciales del procedimiento, existía el recurso o juicio de nulidad, la *querrela nullitatis*. Este juicio fue recogido por la Constitución española de Cádiz de 1812 (artículo 261), atribuyendo la facultad de resolverlo al Supremo Tribunal de Justicia de España y, para el caso de Nueva España, a las Reales Audiencias de México y Guadalajara.³

Por circunstancias históricas —entre otras Napoleón ocupaba España— en 1812 el derecho español estaba ya muy influido por el francés y la nulidad era más o menos lo mismo que la casación. Sus raíces eran semejantes y su fusión —salvo pequeñas diferencias— era lógica. Así pasó a Nueva España y al México independiente.

³ El Supremo Tribunal de Justicia era el máximo intérprete de las leyes —a través del recurso de nulidad— dentro de España, pero dejaba en las colonias que sus audiencias resolvieran este recurso. Resolvía también conflictos de competencia entre las audiencias, asuntos contenciosos del Real Patronato y “recursos de fuerza” en materia eclesiástica. Las causas civiles y penales fenecían en las audiencias de las colonias. Era fundamentalmente un tribunal para juzgar la responsabilidad de los altos funcionarios, punto en el cual ha sido considerado estrechamente ligado al juicio de amparo por distinguidos juristas, como José Barragán.

La interpretación francesa —y española en la Constitución de 1812— de las ideas de Montesquieu y Rousseau consistió en la omnipotencia de la ley, la igualdad de todos los ciudadanos frente a la misma y una rígida separación de poderes, en la cual el juez tenía exclusivamente la tarea de aplicar los textos legales a los casos concretos, mediante una labor mecánica y muy poco creadora. Esta interpretación fue heredada por México al consumir su independencia como Nación en 1821. Así, los mexicanos —educados en el derecho español— tuvieron muchas dificultades para comprender la nueva experiencia histórica, la de la revisión judicial (*judicial review*) de la República del Norte.

Se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por las legislaturas ordinarias, fue una contribución original de los Estados Unidos a la ciencia política y jurídica. Efectivamente, con anterioridad jamás había ocurrido que un sistema de control de la validez constitucional de las leyes fuese confiado a la actividad de los tribunales, y tuviese, por lo tanto, carácter judicial. Antes del sistema norteamericano —el de revisar judicialmente la constitucionalidad de la legislación—,⁴ en los otros estados de Occidente no se había creado nada similar. Sin embargo, el nacimiento y forma como se practicara este medio judicial eran confusos.⁵

Se ha demostrado que de los 57 constituyentes que hubo en Filadelfia en 1787, destacaron solamente 25 y, de éstos, algunos tan sólo presumieron tácitamente el control judicial de las leyes del Congreso y de las legislaturas estatales.⁶ En el constituyente de 1787 predominó un cierto espíritu conservador y equilibrado, el de Montesquieu, por encima de las ideas más radicales de Rousseau. Había el temor a los excesos de las asambleas y el que éstas provocaran la desunión de la nueva república.

De manera directa no se sometió a la consideración del constituyente de 1787 el otorgar o no la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Tan sólo el Plan Randolph —punto 8— propuso que hubiera una comisión conjunta del ejecutivo y el judicial que pudiera vetar las leyes. Con este motivo fue discutida la facultad de los tribunales de declarar tal inconstitucionalidad y algunos de los diputados asumieron que la tenían. Tres o cuatro constituyentes dijeron, para rechazar la propuesta del derecho de veto a la legislación, que ello era impropio, ya que después los jueces carecerían de autoridad para decidir sobre su constitucionalidad.⁷

Más el texto que era muy claro, fue el expuesto por Alejandro Hamilton en el número LXXVII de “El Federalista”, por cierto leído por los juristas mexicanos y por Manuel de la Peña y Peña. Allí expuso Hamilton: “la independencia absoluta de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una constitución limitada. . . El derecho de los tribunales a declarar nulas las leyes de la legislatura con fundamento en que son contrarias a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. . . Pero ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante. . . Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras

⁴ La llamada *judicial review of the constitutionality of legislation*.

⁵ Los orígenes venían del siglo XVII en Inglaterra, cuyo principal exponente fue Sir Edward Coke, que sostenía que el derecho jurisprudencial o *common law* debía prevalecer sobre el legislado o creado por el soberano, el *statutory law*. En el famoso caso *Bonham* expuso Coke que “aparece en nuestros libros que en muchos casos el *common law* debe controlar los actos del parlamento y algunas veces los considerará absolutamente nulos (It appears in our books that in many cases the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void). Para Coke el derecho constaba de tres partes: el derecho jurisprudencial (*common law*), la legislación (*statute law*) y la costumbre. El primero corrige, admite o prohíbe a la legislación y a la costumbre. Coke sostenía que era el juez el que debía garantizar la supremacía del *common law*. Sin embargo, la doctrina de Coke fue arrollada por la Revolución Gloriosa de Inglaterra de 1688, que estableció la supremacía del parlamento y del *statutory law*. Pero en el caso de las colonias de Norteamérica sus jueces debían y podían aplicar sus propias leyes, siempre que no fuesen contrarias a las leyes de la metrópoli en Inglaterra. Así, la supremacía de la ley inglesa (*supremacy of the English Parliament*) se tradujo en el principio de que los jueces podían revisar la “constitucionalidad de las leyes de las colonias”, como en los casos Winthrop de 1727 y Philips de 1737. Véase el estudio de Mauro Cappelletti *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1966. Con estos antecedentes consumieron su independencia los Estados Unidos.

⁶ Véase, por ejemplo, Beard, Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*, The MacMillan Company, 1912. Ed. Prentice-Hall, N.J., 1962, pp. 47 y ss.

⁷ Fueron los constituyentes Madison, Wilson, Martin y el gobernador Morris. Véase, Padover, Saul K. *The Great Debates of the constitutional Convention of 1787. Arranged according to topics*. Ridge Press Book, N.Y., 1962, pp. 409 y ss.

varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. . . Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. . .”

Los debates del constituyente de Filadelfia se mantuvieron en secreto y no fue sino en 1819 que el Presidente Monroe permitió su publicación. En 1840 fueron publicados en forma lo más completa posible con las notas de Madison. En cambio, los artículos de “El Federalista” —entre otros el mencionado de Hamilton— fueron conocidos y traducidos al castellano desde 1827. En forma completa fueron publicados en Buenos Aires en 1868. Por lo tanto, es lógica la mayor influencia en México de los artículos de “El Federalista” para comprender el texto de la Constitución de 1787.⁸

El artículo VI, sección segunda, de la Constitución de 1787, decía: “Esta Constitución. . . será la suprema ley del país, y los jueces de cada estado deben obedecerla. . .”⁹ Este texto, en la interpretación que de él hizo el Presidente de la Suprema Corte, John Marshall, asumió un profundo carácter innovador. Por una parte determinó lo que se ha llamado la supremacía de la constitución. Por la otra, creó el derecho y el deber de los jueces de impedir la aplicación y, en realidad, de anular las leyes contrarias a ella.

La Constitución de 1787 debía ser suprema para la nueva Nación, pues de otra manera corría el peligro de disgregarse. Marshall había expuesto en su biografía de Washington que la Constitución había sido aprobada con muchas dificultades por los estados: “. . .La suerte de la Constitución no podía casi predecirse; y tan pequeña fue la mayoría a su favor que, de no haber sido por la labor desplegada, los méritos intrínsecos del instrumento no hubieran bastado para su adopción. . . el miedo al desmembramiento y no el sistema constitucional bajo consideración fue lo que indujo a su aprobación. . .”¹⁰

De esta suerte, un siglo de historia de las colonias y el pensamiento —aunque obscuro— de varios de los constituyentes estaban sobre el Juez John Marshall cuando, en 1803, proclamó en el caso “Marbury v. Madison”: “Es un principio esencial a todas las constituciones escritas que una ley contraria a la Constitución es nula; y que los tribunales, así como otros órganos, están obligados por ésta.”¹¹

El criterio de Marshall contrastaba con los principios europeos derivados del *civil law* *Lex posterior derogat legi priori; Lex specialis derogat legi generali*, y otras semejantes. Estas tesis no eran correctas tratándose del conflicto entre la constitución y las leyes ordinarias, pues entonces debía predominar la ley de mayor jerarquía. Se trataba de algo semejante al conflicto entre una ley y un reglamento, en el que debe predominar la ley.

En el sistema norteamericano la revisión de la constitucionalidad de las leyes la ejercían todos los jueces y tribunales ordinarios. Jueces federales y estatales, inferiores y superiores, debían aplicar la Constitución sobre las leyes ordinarias en los casos concretos sometidos a su conocimiento. Esto podría tener el peligro de la incertidumbre jurídica, ya que para unos puede ser constitucional una ley y para otros no. Sin embargo, por el sistema de apelaciones la cuestión constitucional se decidía en forma ascendente hasta llegar a la Suprema Corte. Una sentencia de ésta se volvía obligatoria para todos los órganos judiciales del país.¹²

Por otra parte, en virtud del *stare decisis* la sentencia de inconstitucionalidad de una ley adquiría una verdadera eficacia general, *erga omnes*. Es decir, no se limitaba al caso concreto, pues la ley in-

⁸ Se conservaron originalmente secretos los debates del constituyente norteamericano. El 17 de septiembre de 1787 firmaron la Constitución 39 de los 42 delegados que estaban presentes y el 19 del mismo mes fue publicada en los periódicos *Pennsylvania Packet* y en el *Daily Advertiser*.

⁹ *This constitution. . . shall be the supreme law of the land, and the judges in every state shall be bound thereby*. El artículo III, sección segunda, facultaba al poder judicial para conocer de todos los casos que derivaran de la aplicación de la Constitución y de las leyes de los Estados Unidos.

¹⁰ Marshall lo escribe en su biografía de Washington *Life of Washington*.

¹¹ *The principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*.

¹² Véase Cappelletti, *op. cit.*

constitucional se convertía en ley muerta; si bien existían casos excepcionales en que podría resucitar la misma ley, debido a un cambio de criterio de la Suprema Corte.

El sistema norteamericano era, por ello, muy difícil de seguirse por países de tradición continental europea, que no han tenido el *stare decisis* y que pueden caer en el peligro de la incertidumbre del derecho si se aplica el principio de que cada juez tiene la facultad de aplicar la Constitución sobre las leyes ordinarias.

b) *EL ENSAYO LIBERAL DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA*

El sistema creado en México por la brillante generación de sus juristas liberales del siglo XIX trató de solucionar el problema en tres formas. Primero, limitando la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes a los jueces federales y, en esencia, a la Suprema Corte de Justicia. Esto fue establecido plenamente por la Constitución de 1857. Segundo, creando un juicio especializado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes —y no por cualquier procedimiento judicial—, el “juicio de amparo”, que se consagró en la Constitución de 1857. Tercero, juristas como Mariscal y Vallarta crearon en 1882 un sistema que tiene semejanza con el *stare decisis*, de tal suerte que cuando la Corte Suprema de Justicia dictare no un fallo, sino cinco sentencias en el mismo sentido, declarando inconstitucional una ley, la tesis debía ser obligatoria y quedaba convertida, por decirlo así, en norma general. Estos fueron los elementos de solución al problema de unir el derecho continental europeo con la revisión judicial norteamericana. Sin embargo, a la sentencia de amparo le fueron dados efectos relativos y particulares, limitados al caso concreto —idea de don Mariano Otero— y con efectos restitutorios o de nulidad del acto reclamado semejantes al reenvío de la casación francesa.

La Constitución mexicana de 1857 creó una Suprema Corte con mucha semejanza a la estadounidense, o sea, con facultades para examinar la constitucionalidad de las leyes. Pero el juicio de amparo empezó a utilizarse también en la protección de la libertad física, para prevenir o liberar de la prisión a algunas personas. Además, el artículo 14 de la Constitución de 1857 estuvo inspirado en la enmienda quinta de la constitución norteamericana. Esta decía: “Ninguna persona... será privada de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal”.¹³ El artículo 14 utilizó la frase —estudiada por don Emilio Rabasa— de que toda persona tenía el derecho a la “exacta aplicación de la ley”. De esta suerte, el juicio de amparo paulatinamente amplió su campo de protección al grado de vigilar la correcta o exacta aplicación de toda ley. En este nuevo campo fue un verdadero juicio de nulidad o casación, que procedió contra actos judiciales, uniendo la influencia norteamericana a la raíz española y a la cultura francesa.

En los Estados Unidos la Suprema Corte tuvo necesidad de definir e incluso de crear el derecho federal, pues durante los once años que fueron de la Declaración de Independencia de 1776 a la Constitución de 1787, lo que existía era un derecho local o estatal, con las características del *common law* o derecho jurisprudencial, sin que hubiera elementos o bases tradicionales para un derecho uniforme en todo el nuevo estado nacional o federal. O sea, en los Estados Unidos fue necesario fortalecer al estado federal mediante la creación de un nuevo derecho, inexistente cuando se ratificó la Constitución de Filadelfia.

En cambio, en México no había necesidad de crear un derecho para todo el territorio de la Federación, pues la legislación española fue heredada por la nueva República en 1821. De aquí que existiera urgencia en los Estados Unidos para que su Corte Suprema tuviera un papel más activo y creador que la de México, pues la Corte de Justicia de éste podía limitarse a la aplicación del derecho español preexistente a lo largo de la República en todo su territorio.

¹³ *no person shall... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.*

c) LA LECTURA DE LOS ESTUDIOS DE KENT Y STORY

En el año de 1861 fue introducida —como ha quedado dicho— la iniciativa de ley de amparo de José Ramón Pacheco en la que mostraba admiración por el poder judicial de los Estados Unidos y por primera vez menciona no sólo a Tocqueville, sino a los juristas Kent y Story, cuyas obras había leído.

Ahora bien, las obras leídas por los liberales mexicanos fueron principalmente dos: la de James Kent *Comentarios sobre derecho norteamericano*,¹⁴ New York, O. Halsted, 1826, de la que hubo varias ediciones y la de Joseph Story *Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*,¹⁵ Boston, Hilliard Gray, 1833, que también tuvo muchas ediciones posteriores. Algunas de ellas llegaron a ser leídas y circularon dentro de la élite intelectual mexicana.

¿Qué pensamientos jurídicos y políticos tenían estos dos autores? Críticos estadounidenses los consideran conservadores. La facultad de la Suprema Corte para examinar la constitucionalidad de las leyes —expuesta por Marshall y la Suprema Corte estadounidense en 1803— fue reafirmada por ellos. La apreciaron como una consecuencia lógica e inevitable del texto de la Constitución de 1787 y de la historia estadounidense.

Los dos juristas norteamericanos consideraban que la mencionada facultad era de raíces históricas en su patria, consecuencia de la Constitución de Filadelfia y de la estructura general de su gobierno. Citaban el caso *Marbury v. Madison* como un modelo de lógica, totalmente convincente y claro: un medio de corregir “doctrinas perdidas y extravagantes: que aparecían de vez en cuando en su país”.¹⁶

Su punto de vista era que las facultades de la Suprema Corte para limitar al Congreso y declarar nulas las leyes inconstitucionales derivaba no sólo de la historia estadounidense y del fallo de Marshall, sino del texto de su Constitución. En realidad el texto era obscuro, pero el principio fue aceptado por los liberales de México.

Para los juristas mexicanos que leyeron a esos autores las críticas contra la Suprema Corte estadounidense derivaban no del hecho que ejercitara sus facultades constitucionales, sino de la forma o punto de vista político que adoptaba en sus sentencias. Por ejemplo, el senador Benjamín Wade, de Ohio, declaró en 1858 —después del sonado caso *Dred Scott*— que negaba “la doctrina de que los jueces tengan derecho a decidir cuál es la ley de la tierra respecto a cada rama o departamento del gobierno”.¹⁷ Es decir, fue impugnada la sentencia porque la Suprema Corte se inmiscuía en un terreno político incorrecto, pero no porque ejercitara la facultad de *judicial review*. Así fue entendido por los liberales de México.

Los juristas norteamericanos de la primera mitad del siglo XIX se apoyaron en algunos textos constitucionales y sentencias históricas, pero no en los debates del constituyente de Filadelfia. No tuvieron a su alcance las discusiones del constituyente, porque fueron publicadas hasta 1836 por Elliott, ni las notas de los debates tomadas por Madison, que fueron impresas hasta 1840. De esta suerte, no entraron a discutir si los constituyentes crearon, realmente, tal facultad de la Suprema Corte de anular las leyes del congreso por inconstitucionales. Por lo demás, Kent, Story y otros juristas escribieron en un estilo legal, para abogados, más que para lectores interesados en la historia y la política.¹⁸

Entre 1793 y 1860 la Suprema Corte de los Estados Unidos sólo declaró en dos casos la inconstitucionalidad de una ley federal, o sea, antes de la Guerra Civil,¹⁹ en tanto que casi en cien sentencias falló de inconstitucionales varias leyes de los estados. Estas circunstancias determinaron que años antes de la Guerra Civil, la facultad de la Suprema Corte para examinar la validez de la legislación federal no fuera puesta en duda.

¹⁴ *Commentaries on American Law*.

¹⁵ *Commentaries on the Constitution of the United States*.

¹⁶ El profesor Alan F. Westin, en su introducción a la obra de Beard, op. cit., hace una breve e interesante exposición sobre lo que llama “época del debate político, 1790-1880”.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁸ *Ibidem*, p. 14. Por esto es que los juristas mexicanos que leyeron a Kent y Story no tuvieron duda alguna de carácter histórico.

¹⁹ Hubo cuatro casos de inconstitucionalidad de una ley federal entre 1860 y 1870. Las críticas, por ello, giraron en torno a la interferencia de la Suprema Corte en la esfera legislativa de los estados y no en la de la Federación.

Joseph Story fue tal vez el más leído por los juristas mexicanos, los cuales tuvieron estancias y viajes a los Estados Unidos en la década de 1850 a 1860. Este jurista norteamericano figuró como ministro de la Suprema Corte estadounidense y destacó tanto por sus conocimientos de derecho constitucional como por su tendencia esclavista. En el caso *Prigg v. Pennsylvania* de 1842,²⁰ Story expresó dos tesis.

En la primera, razonó que una “regla esencial de interpretación descansa en el examen de la naturaleza y objeto de las facultades, deberes y derechos de los particulares, bajo la luz y ayuda de la historia contemporánea. El objeto es dar a las palabras tal fuerza y función que estén conformes con su sentido auténtico, y lograr en forma justa los fines que se propuso”. En la segunda, emitió un voto razonado sobre el artículo IV de la constitución norteamericana y expuso que éste establecía a favor de los dueños de esclavos, en cualquier parte de la Unión, el mismo derecho de propiedad de que gozaba en su propio estado, “incluyendo el derecho de tomarlo y recuperarlo”; por lo tanto, cualquier ley de un estado que “interrumpa, limite, retarde o posponga este derecho del amo es inconstitucional”.

Puede advertirse que si bien Story era un buen jurista también exageraba sus simpatías por la esclavitud y el derecho de propiedad de los amos sobre los esclavos. En realidad la posición de la Suprema Corte estadounidense fue extremadamente conservadora en los años inmediatos a que estallara la Guerra Civil en 1861. El famoso caso *Dred Scott* fue muy conocido y publicado. Lo estudiaron los juristas mexicanos de la época.²¹

Dred Scott era un esclavo del estado de Missouri que acompañó a su dueño al de Illinois —donde no había esclavitud— y después a Fort Snelling, ahora Minnesota, donde la esclavitud estaba prohibida por el llamado “Compromiso de Missouri”. Este consistía en una ley federal de 6 de marzo de 1820. Cuando regresó a Missouri fue vendido a un amo de Nueva York. Scott reclamó entonces ante un juez federal que fuera declarado libre. La Suprema Corte, en 1857, resolvió que el Congreso Federal no tenía facultades para prohibir la esclavitud en los territorios adquiridos a Francia en la llamada “compra de la Luisiana”.²² O sea, declaró inconstitucional la ley federal de 1820.

Debido a estas circunstancias, la forma política como fueron ejercitadas las facultades de la Suprema Corte norteamericana para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes fue impugnada por varios diputados en los Estados Unidos. Lincoln en cierta forma la olvidó.²³ En México la corriente de intelectuales mexicanos liberales consideró que no estaba en duda la facultad de la Suprema Corte para juzgar de la constitucionalidad de las leyes, sino tan sólo el punto de vista político que era utilizado.

Si Joseph Story era el más leído, le siguió el canciller Kent, cuya idea central, que atrajo muchísimo la atención de los juristas mexicanos, fue que las sentencias de la Suprema Corte son verdaderas órdenes al Congreso. La Corte constituye un poder del mismo nivel que éste. Esta frase de Kent, en sus famosos comentarios, fue citada como apoyo de lo que debía ser también la Suprema Corte de México

²⁰ En realidad, Story se apoyaba en el texto del artículo 4, sección 3 de la Constitución de Filadelfia, que aceptaba la esclavitud y decía: “Ninguna persona que esté bajo las leyes de un estado, en servicio o trabajo, y que escape a otro estado, podrá ser liberada debido a una ley o reglamento, sino que deberá ser entregada a quien la reclame y a la que deba ese servicio o trabajo”. Es decir, prohibía a los estados liberar a los esclavos y ordenaba que fuesen entregados a sus amos que los hubiesen reclamado por las vías legales. En 1793 el Congreso de los Estados Unidos expidió una ley federal que autorizaba al amo para arrestar al esclavo fugitivo y someterlo ante un juez federal o estatal. En 1826 el estado de Pennsylvania expidió una ley facultando a sus jueces para auxiliar dicha ley federal y creó el delito de sacar a “cualquier negro o mulato del estado”. Debido a esta ley fue condenado el señor Edward Prigg, por haber sacado del estado a un esclavo que se había fugado. La Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional la ley del estado de Pennsylvania U.S. 539 (1842). Ver, Currie, David P. “*The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years. 1789-1888*”, University of Chicago Press, Chicago and London, 1985. pp. 241 y ss. Es de subrayarse que el artículo 4, sección 3 de la Constitución de los Estados Unidos de 1789, fue derogada por la Enmienda 13 que abolió la esclavitud en 1865.

²¹ U.S. (19) How. 393 (1857). Apud, Currie, *op. cit.* Causó mucho interés entre la élite intelectual mexicana este caso y en 1874 don José María Iglesias diría que “desde luego se palpa la inhumanidad del fallo en el negocio de Dred Scott, no menos que el peligro de que un tribunal, inbuido en los principios que sancionaba, podía convertirse en una calamidad para el país. Pero a pesar de la gravedad de ambas consideraciones, no se puso en duda el derecho con que la Corte había procedido; no se cuestionó sobre las facultades que había ejercitado con tan poco acierto”. *Estudio constitucional sobre las facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874, p. 79.

²² Illinois y Minnesota pertenecían a la antigua gran Luisiana francesa vendida por Napoleón I a los Estados Unidos en 1803.

²³ Cinco magistrados de la Suprema Corte fueron designados por Lincoln, entre otros el nuevo presidente (*chief Justice*), Salmon P. Chase, en diciembre de 1864. Esto dió una nueva tendencia al tribunal.

conforme a la Constitución de 1857: “El poder judicial, en todo gobierno, debe tener tanta fuerza como el legislativo, de lo cual se sigue el corolario de que el poder judicial de los Estados Unidos es, en última instancia, el expositor definitivo de la Constitución en todas las cuestiones de carácter judicial”.

No fueron Story y Kent los únicos estudiados y citados por los juristas liberales mexicanos. Otros más lo fueron también, como George Ticknor Curtis. Su cultura les permitió comprender el idioma inglés en su terminología legal. Partieron de la idea —seguramente exagerada— de que la Constitución de 1857 estaba inspirada, en cuanto al poder judicial, en la de los Estados Unidos. En realidad siguió pesando muchísimo la tradición novohispana, como podrá advertirse en el reglamento de la Suprema Corte de Justicia de 1862.