

## EL EJECUTIVO Y LAS LEYES INCONSTITUCIONALES \*

El problema de saber si la autoridad administrativa está facultada para no aplicar una ley en sentido formal y material porque la estime contraria a un precepto constitucional, es uno de los más importantes que se hayan suscitado en nuestro ambiente jurídico, y la ponencia del ministro Gabino Fraga, recién publicada por la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, es el mejor esfuerzo que para abordarlo y resolverlo se ha llevado a cabo hasta hoy en el seno de la Suprema Corte. El Tribunal Fiscal de la Federación realizó hace algún tiempo un estudio tan serio quizás como el del ministro Fraga, aunque por la menor autoridad de ese cuerpo, la trascendencia del que motiva el presente comentario, de aprobarse en definitiva por la Sala Administrativa, no podrá ponerse en parangón con el esfuerzo intrínsecamente tan valioso de los magistrados Vázquez, Azuela y Mayoral.

El que esto escribe ha tenido ocasión de ocuparse antes del punto.<sup>1</sup> Hoy, como en las ocasiones anteriores, puede ofrecer, más que una solución, dudas enderezadas en contra de cualquiera de las dos tesis radicales que pretenden resolver ya en un sentido o en otro la cuestión planteada.

Si la Constitución es la suprema de todas las leyes, parece obvio, y lo es, que una ley secundaria no puede, sin subvertir todo nuestro ordenamiento jurídico, pretender modificar textos de la norma suprema. Una vez que la oposición haya quedado establecida, el deber de un órgano cualquiera de la autoridad para obedecer los textos constitucionales y desentenderse de la ley secundaria que los quebrante, no es dudoso.

Las palabras de Marshall hoy, como en 1803, siguen siendo válidas, no obstante que, como se verá en seguida, él las refirió especialmente a los

\* *Comentario a una ponencia del ministro Gabino Fraga*, publicada en el núm. 13-14 de la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, pp. 131 y ss. (Trabajo publicado en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo IV, núm. 15, julio-septiembre de 1942.)

<sup>1</sup> Primero, como relator de la exposición de motivos de la Ley Orgánica de los Tribunales Federales de agosto de 1934 y después en dos estudios emprendidos, uno a fines de 1937 (publicado en la *Revista de Hacienda* de diciembre de aquel año), y otro en un curso de invierno a principios de 1939. (Este segundo forma parte de un volumen publicado bajo el título *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*.)

tribunales y a los cuerpos legisladores, y sólo accidentalmente a las autoridades administrativas:

Ninguna persona —dice la Constitución— podrá ser condenada por traición a menos que se cuente con el dicho de dos testigos o con una confesión en audiencia judicial pública. Aquí el lenguaje de la Constitución se dirige especialmente a los tribunales. Prescribe, directamente para ellos, una regla de valoración de la prueba a la que han de sujetarse. Si la legislatura cambiase esa regla para declarar que un testigo o una confesión extrajudicial basta para la convicción, ¿debe el principio constitucional ceder ante el mandamiento legislativo? De ésta, así como de muchas otras citas que podrían hacerse, resulta claro que los autores de la Constitución miraron ese instrumento como una regla para el gobierno de los tribunales en igual forma que para el de la legislatura. ¿Cómo, si no, obliga a los jueces a jurar su obediencia? Este juramento ciertamente rige de manera especial su conducta oficial. ¿Qué inmoral sería, de lo contrario, imponérselos si los propios tribunales fueran a ser usados como instrumentos, y además instrumentos conscientes, para violar lo que han jurado apoyar! El juramento del cargo impuesto por la legislatura es también demostrativo de la opinión de los legisladores sobre el punto. Está redactado con estas palabras: “Juro solemnemente que administraré justicia sin distinción de personas y reconoceré iguales derechos al pobre y al rico y que cumpliré sincera e imparcialmente con todos los deberes que me incumben hasta el límite de mi entendimiento y de mi capacidad, de acuerdo con la Constitución y las leyes de Estados Unidos.” ¿Por qué jura un juez cumplir y desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos si esa Constitución no es para él una regla que lo gobierne, si ella está cerrada y no le es accesible? Si tal fuese el estado real de las cosas, sería peor que una burla. Obligar a tomar un juramento en tales condiciones, sería igualmente un crimen.

La parte central de su razonamiento, como se advierte, la liga especialmente Marshall con los deberes de los jueces, pero en la parte final de su opinión, aunque sin desenvolver el concepto, emplea una fórmula que válidamente puede ser invocada por los partidarios de la tesis que hoy sustenta el ministro Fraga. Dice el ilustre presidente:

En consecuencia, la fraseología particular de la Constitución de Estados Unidos confirma y fortalece el principio, concedido como esencial en todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, *como todos los otros departamentos*, están ligados por ese instrumento.

Habla Marshall, ello es indudable, *de todos los departamentos*; incluye, pues, al Ejecutivo, y si se recuerda que antes alude a la que nosotros llamamos “protesta constitucional”, y que ella, conforme a texto america-

no recogido en nuestro artículo 128 se exige también a los funcionarios administrativos, no puede con firmeza negarse que en el pensamiento de Marshall también los órganos de la administración están obligados a preferir en caso de oposición el texto constitucional al de una ley secundaria.

Marshall, por desgracia, no tuvo ocasión de desarrollar este aspecto de los principios que él acogió en el caso de *Marbury* contra Madison. Más aún, ciertos hechos posteriores que han sido puestos al descubierto por quienes este tema han investigado en el país vecino, revelan que hay razones incluso para pensar que meses después de haber pronunciado la célebre ejecutoria, Marshall dudó ya del alcance de esos mismos principios al referirlos, no a la autoridad administrativa, sino a la propia autoridad judicial.

Se trataba de determinar si el magistrado Chase, de la Corte Suprema, podía ser enjuiciado por sus interpretaciones constitucionales, y Marshall propuso, como una solución para no llegar a ese extremo, que después de emitida una declaratoria de inconstitucionalidad la legislatura reconsiderase la ley tenida como espuria, y que, de confirmarla, la misma fuera en adelante obligatoria incluso para los jueces:

Pienso —dice textualmente en carta fechada en Richmond el 23 de enero de 1804—, que la doctrina de la responsabilidad (*impeachment*) debe ser sustituida por la que reconozca una jurisdicción de apelación en la legislatura. Una revocación de los fallos judiciales que pareciesen incorrectos a la legislatura armonizaría mejor con la suavidad de nuestro carácter que la remoción del juez. . .<sup>2</sup>

En otras palabras: aun cuando Marshall fijó con vigor no superado hasta hoy el derecho de los jueces para desobedecer las leyes del Congreso por motivos de inconstitucionalidad, parece que subordinó en definitiva este derecho (o a lo menos propuso que sin tocar la Constitución se subordinase este derecho) a un examen final que de la constitucionalidad llevara a cabo el Poder Legislativo.

El mecanismo no llegó a acogerse; él, en cambio, existe constitucionalmente para las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo. Una ley vetada por el Ejecutivo puede ser confirmada por las Cámaras, y para ese supuesto la Constitución es expresa: “el proyecto será ley y volverá al Ejecutivo para su promulgación” (artículo 72, inciso *c*). ¿Qué significación, qué alcance debe darse a tan categórico precepto?

Cierto que la Constitución mexicana no especifica las razones en que deba fundarse el veto presidencial. Sin embargo, los antecedentes del ar-

<sup>2</sup> Beverage, *Life of John Marshall*, vol. III, 1919, p. 176.

título 72 constitucional revelan con claridad que las observaciones del Ejecutivo a un proyecto de ley solamente pueden apoyarse o en la anti-constitucionalidad del mismo o en su inoportunidad, esto es, o en consideraciones jurídicas o de conveniencia pública. En Estados Unidos los párrafos segundo y tercero de la sección séptima del artículo 1º constitucional establecen en esencia el mismo régimen para el veto del presidente que los diversos incisos de nuestro artículo 72. Dicen en su primera parte tales párrafos:

Todo proyecto que haya sido aprobado en la Cámara de Representantes y en el Senado, antes de convertirse en ley será presentado al Presidente de los Estados Unidos; si él lo aprueba lo firmará, pero si no, lo devolverá con sus objeciones a la Cámara en que se haya originado, quien procederá a reconsiderar el proyecto. Si después de esa reconsideración dos terceras partes de la Cámara convienen en aprobar el proyecto, será enviado, junto con las objeciones, a la otra Cámara por la que será reconsiderado de igual manera y de aprobarse por las dos terceras partes de esa Cámara, el proyecto será ley.

Corwin comenta este poder de la siguiente manera: "...el veto presidencial derivó de la convicción general en los autores de la constitución de que sin esa defensa contra la legislatura el Ejecutivo se hundiría pronto en la nada." Pero, ¿qué forma iba a asumir el veto; iba a ser absoluto o calificado, y, en este último extremo, por qué voto iban a estar capacitadas las Cámaras del Congreso para desestimarlos; iba el presidente a ejercerlo solo o asociado con un Consejo de Revisión del que formase parte "un número conveniente de jueces nacionales"? En tanto que la primera pregunta fue rápidamente contestada, la Convención vaciló casi hasta el día de su clausura entre requerir las dos terceras o las tres cuartas partes del voto en ambas Cámaras para desestimar un veto y sólo una minoría menos pertinaz sostuvo la propuesta del Consejo de Revisión. El rechazo final de esta idea, dejando al presidente como el único árbitro en el ejercicio de este poder, fue una decisión de primera importancia.

Naturalmente, el veto no escapó al temprano ingenio de los americanos para dar cuerpo a las limitaciones constitucionales. El veto era solamente una arma defensiva del presidente; era el medio que se le otorgaba para cumplir con su juramento de preservar, proteger y defender la Constitución, y no debía válidamente usarse para cualquier otro propósito; no debía extenderse a las leyes de ingresos, supuesto que el rey de Inglaterra nunca lo había usado respecto de ellas, ni debía utilizarse en materias "insignificantes y triviales" como los decretos de pensiones; nunca se entendió otorgado sólo para satisfacer deseos presidenciales sino que su

uso debía descansar en consideraciones de gran peso, y así sucesivamente. A pesar de que se hicieron esfuerzos de esta naturaleza para limitar el poder, esfuerzos que derivaban una clara aun cuando especiosa corrección de la rareza del veto en la historia de Inglaterra, fracasaron desde un principio. Washington ejerció el poder dos veces: una fundado en consideraciones constitucionales, la otra en razones de expedición. Ni Adams ni Jefferson ejercitaron este poder en caso alguno. De los seis vetos propuestos por Madison, cuatro planteaban objeciones constitucionales a las leyes atacadas, y dos objeciones de política. Al resumir la historia del veto en el primer siglo bajo la Constitución, la primera autoridad (Edward G. Mason), dice: "Desde la administración de Jackson hasta la Guerra Civil los vetos fundados en consideraciones de eficacia fueron más frecuentes, pero eran todavía minoría. Desde la Guerra Civil los argumentos constitucionales en los mensajes de veto han sido casi desconocidos."<sup>3</sup>

La Constitución panameña de 13 de febrero de 1904 parece haber acogido la propuesta, rechazada en el Constituyente norteamericano, de ligar el ejercicio del veto con una verificación judicial de la constitucionalidad de la ley:

En su artículo 105 expresa que, si el Poder Ejecutivo objetare un proyecto por anticonstitucional y la Asamblea insistiere en su adopción, lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dentro de seis días decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Poder Ejecutivo a sancionar y promulgar la ley. Si fuere negativo se archivará el proyecto.<sup>4</sup>

No parece, pues, dudoso que el inciso *c* del artículo 72 constitucional rige incluso cuando el veto se funda en consideraciones de constitucionalidad.

Ahora bien, si la ley confirmada por el Congreso debe promulgarse por el presidente, ¿no resulta anómalo y contrario a la fracción I del artículo 89 constitucional pretender que esa ley sea promulgada, pero no cumplida?

El ministro Fraga sostiene en su ponencia que al redactarse la fracción I del artículo 89 constitucional no pudo estar en el pensamiento de sus autores otra posibilidad que la de las leyes constitucionales; que ellos, por tanto, no podían prever que se daría el caso de que el presidente debiera confrontar el problema de leyes inconstitucionales.

El argumento no me convence. El fenómeno de la inconstitucionalidad no es insólito o extraordinario, sino un supuesto ordinario en numerosos

<sup>3</sup> *The President Office and Powers*, 1941, pp. 283 y 284.

<sup>4</sup> Alvarado, J. Jorge, *El recurso contra la constitucionalidad de las leyes*, Madrid, 1920, p. 40.

preceptos de nuestro Código Supremo. El veto —ya se dijo antes—, se dio al presidente como medida de defensa de la Constitución contra las “usurpaciones” del Congreso; el artículo 133 constitucional —tanta veces citado cuando este problema se aborda— supone, también, la legislación inconstitucional y, para no hacer sino una cita más, el artículo 103, relativo al amparo, menciona en sus tres fracciones a las leyes inconstitucionales.

No parece exacto, pues, que la Constitución suponga que todas las leyes se ajustarán a ella; por el contrario, ella sabe bien que puede infringírsela. Incluso prevé en su artículo 136 el caso de su total abandono. Esto admitido, no me parece jurídico interpretar el inciso *c* del artículo 72 independientemente de la fracción I del artículo 89; si el primero manda promulgar al presidente incluso las leyes que él haya objetado como inconstitucionales y el segundo le manda indiscriminadamente cumplir las leyes que él haya promulgado, creo que hay que aceptar como conclusión forzosa que la regla constitucional es que el Ejecutivo está obligado a cumplir las leyes del Congreso incluso si él piensa que son inconstitucionales. (Si el veto no se opone, en los términos del inciso *b*, del artículo 72, el proyecto de ley se “reputa aprobado” por el Ejecutivo, y si está aprobado en tan importante ocasión no es sino natural que toda duda posterior carezca de significado y trascendencia. Admitir lo contrario llevaría a dotar al presidente de un poder indefinido e ilimitado allí donde la Constitución ha querido que sólo goce de él por diez días.)

Esta creo que es también la doctrina americana:

Nadie duda de que el Presidente posee prerrogativas que el Congreso no puede constitucionalmente invadir; pero nadie tampoco duda que él está en la obligación de cuidar que las leyes sean correctamente ejecutadas. Está dotado por la Constitución de un veto calificado sobre las leyes del Congreso con la idea, entre otras, de que pueda así proteger sus prerrogativas de invasiones por la legislatura; pero una vez que este poder ha sido ejercitado, su autoridad de defensa propia ha concluido y si la ley ha sido debidamente aprobada ya sea con su protesta o con su aprobación debe promover su cumplimiento con todos los poderes que están constitucionalmente a sus órdenes hasta que o a menos que tal cumplimiento esté impedido por un proceso judicial regular. Su juramento constitucional, lejos de aminorar esta obligación, la refuerza.<sup>5</sup>

En idéntico sentido el actual presidente de la Corte, Harlan F. Stone, dice: “Debe recordarse que el poder de declarar inconstitucional la legislación es de carácter *puramente judicial*.”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Corwin, *op. cit.*, p. 152

<sup>6</sup> *Law and its Administration*, 1915, p. 138.

Por último, esa es también la opinión del procurador, consejero jurídico del gobierno, que dejó expuesta Palmer y que recogió después Homer Cummins: "Ordinariamente no está dentro de la órbita del Procurador General declarar inconstitucional una ley del Congreso; como departamento ejecutivo que es, su deber es cumplirla mientras no es declarada inconstitucional por los tribunales."<sup>7</sup>

¿La regla es absolutamente general y no admite excepción en caso alguno? Tampoco llego a ese extremo. Pienso que cuando un precepto constitucional otorga directamente una facultad o impone una obligación a un órgano del Poder, y señala el contenido concreto de la facultad o del deber (que es precisamente el ejemplo puesto por Marshall para ilustrar su tesis), dicho órgano, por virtud de la protesta constitucional otorgada en los términos del artículo 128, está obligado a acatar el precepto de jerarquía superior. Pero ha de tratarse, como ya se indica, de un precepto constitucional de contenido concreto y que además esté encomendado en su ejecución, y consiguientemente en su interpretación, al presidente o a los órganos que de él dependen y no al Congreso.

Varios ejemplos de este tipo pueden señalarse. Dice el artículo 8°: "que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido"; una ley que mandara no contestar las peticiones, notoriamente podría y debería ser desobedecida, no sólo por el presidente de la República, sino por cualquiera autoridad. El artículo 19, en relación con la fracción XII del artículo 107 constitucional, establece que los alcaides y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas, contadas desde aquel en que esté a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad. De acuerdo con estos preceptos, un carcelero no solamente puede, sino que debe, desobedecer cualquier disposición contenida en un código de procedimientos penales que autorice una detención por más de setenta y dos horas, bajo cualquier pretexto o fundamento. Dice el artículo 21 que la autoridad administrativa, al castigar infracciones a reglamentos gubernativos, únicamente podrá imponer multa o arresto hasta por treinta y seis horas; si una ley señala otra sanción o fija un plazo mayor para el arresto, puede y debe ser desobedecida. Una ley que —en régimen normal de garantías— impusiese el registro de correspondencia que circule bajo cubierta por las estafetas, podría y debería ser desobedecida no sólo por el presidente de la República, sino por el más modesto empleado de Correos, para cumplir con el artículo 25. Una ley que limitase la facultad

<sup>7</sup> *Federal Justice*, 1937, p. 516.

del Ejecutivo para hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a un extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, podría y debería ser desobedecida con apoyo en el artículo 33. Una ley que limitara el derecho del presidente a nombrar y a remover a los secretarios del Despacho, al procurador de la República y a los gobernadores de los territorios, podría y debería ser desobedecida; etcétera.

Por desgracia, los casos en que el problema, objeto de este comentario, se suscitan, no son de ese carácter ni tienen esa calidad. Esto lo saben bien los teóricos del sistema que nos sirvió de modelo:

Desde 1895, aproximadamente —dice el profesor Edward S. Corwin— tres cosas han ocurrido en la supervisión constitucional de las leyes del Congreso por la Corte: ésta, en primer lugar, *ha venido a reposar más y más sobre doctrinas de contenido vago y variable*, tal como la moderna teoría del “debido proceso legal” y del “doble federalismo”; en segundo lugar, *su invocación de estas doctrinas en contra de las leyes del Congreso, ha tomado, consecuentemente, la apariencia del ejercicio de un poder político más bien que la del pronunciamiento de un juicio legal*; por último, ha habido un progresivo abandono del principio de “la stare decisis” en el campo constitucional. En suma, *la Corte se ha convertido más y más en una especie de superlegislatura* y sus decisiones constitucionales han venido a recoger más y más puntos de vista de naturaleza controvertida.<sup>8</sup>

Y es que cualquiera que sea la doctrina que se acepte, respecto a lo que es una Constitución, y a pesar de que es indudable, a mi juicio, que el mayor valor de ésta no es jurídico, sino político, en cuanto que ella consagra las bases para la reproducción del orden legal, tiene que emplear fórmulas de una gran generalidad, que permiten normalmente las más variadas interpretaciones (¿qué es lo “equitativo” en materia tributaria? ¿quién realiza trabajo “perjudicial a la sociedad”? ¿qué es el “interés público” que justifica la expropiación?). De ahí resulta que es muy raro que los problemas de inconstitucionalidad se presenten como problemas de incompatibilidad lógica entre dos textos de contenido contradictorio; generalmente se suscitan después de que de un texto constitucional se ha hecho una interpretación que se confronta con aquella que sustenta la norma secundaria cuya validez se examina. En otras palabras, los problemas de inconstitucionalidad son, en la mayoría de los casos, controversias fincadas no en la incompatibilidad de dos textos, sino en el propósito de que sobre la interpretación del legislador prevalezca la del juzgador. Por esto, Carl Schmidt, con gran acierto, ha dicho que: “Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión del legislador.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 295.

Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional.”<sup>9</sup>

Ahora bien, ¿habrá estado en el propósito de los constituyentes mexicanos hacer del presidente de la República y de los órganos a él subordinados, legisladores constitucionales? ¿Darles ese carácter implica un progreso en las formas constitucionales o una regresión?

El ministro Fraga dice que acepta el control de la constitucionalidad por autoridad no judicial con varias limitaciones:

- a) Si no existe “controversia constitucional” con la restringida connotación que da a estas palabras;
- b) Si su objeto no es regular la acción de otros poderes, y
- c) Si, finalmente, “la interpretación tiene siempre la posibilidad legal de ser revisada”.

Como el eminente magistrado entiende por controversia constitucional la que se inicia con la demanda de amparo y es claro que el Ejecutivo no puede tramitar juicios de amparo, la primera limitación no tiene mayor importancia; sí es de interés, en cambio, examinar los otros dos supuestos.

El Legislativo, con la intervención constitucional que corresponde al Ejecutivo, dicta una ley. Posteriormente, éste niega obediencia a la norma por estimarla inconstitucional. Cabe preguntar:

a) ¿No regula indirectamente la acción del Legislativo, dado que si éste quiere un aspecto determinado de la vida social quede sometido a regla jurídica, debe derogar la anterior y dictar una nueva conforme con el criterio del único poder que dispone de los medios para asegurar su vigencia? ¿Es distinto el alcance que tienen los fallos de la Suprema Corte? Ella tampoco hace más que detener, y por cierto sólo en casos concretos, la aplicación de las normas que reputa inconstitucionales; no manda al Legislativo que dicte reglas diferentes. Es esa una consecuencia indirecta del fallo; como lo sería de las decisiones presidenciales de prosperar en definitiva, con la amplitud que él le da, la tesis del maestro Fraga.

b) ¿Qué camino da la Constitución para revisar una decisión del presidente que niegue obediencia a una ley del Congreso cuando con esa decisión no se ofendan intereses de particulares ni se invada la “soberanía” de los estados?

Supóngase que el presidente de la República ordena que las autoridades no cumplan con una ley fiscal que el Ejecutivo entiende inequitativa o desproporcionada, ¿cómo podría la Suprema Corte revisar el caso?

Cuando planteado por un particular el problema de inconstitucionalidad las autoridades administrativas sostienen la validez de la ley —que es el

<sup>9</sup> *La defensa de la Constitución*, edición española de 1931, p. 60.

único supuesto implícito en la tesis del ministro Gabino Fraga—, sí existe la posibilidad de una intervención ulterior y definitiva de la Suprema Corte; pero para construir una teoría válida hay que analizar el problema en su integridad y no detenerse en uno solo de los supuestos. La doctrina americana parece haber también tomado en cuenta la posibilidad de que el asunto llegue en definitiva a los tribunales y aunque renuente, como ya se vio, a reconocer a la autoridad ejecutiva el derecho a desobedecer una ley por motivos de inconstitucionalidad, admite ese poder cuando “el único camino para que el caso llegue a resolución judicial acerca de la validez de la ley lo da una negativa del agente administrativo para cumplirla”.<sup>10</sup>

Para terminar, reconozco que la tesis del ministro Fraga es —como construcción lógica— sólida, a pesar de que aisladamente puedan no serlo algunos argumentos en que la sustenta. ¿Cómo, en efecto, negar en abstracto que una ley contraria a los textos de la Constitución debe alcanzar obediencia a costa de infringir las normas supremas del país? Falla, sin embargo, en la medida misma en que la lógica suministra solución insuficiente a los problemas jurídicos. Lógicamente, una cosa no puede ser al mismo tiempo falsa y verdadera; en derecho, en cambio, una ley puede ser —si no al mismo tiempo en momentos muy cercanos— constitucional o inconstitucional según el voto de un juez en un tribunal supremo dividido o que se renueva; por ello Max Radin dijo, con gran verdad a mi parecer, que “averiguar el sentido de un texto legal (y consecuentemente de un texto constitucional) antes de que hable el juez, es pura adivinación”.

El Poder Judicial —que es el más sereno de los tres— normalmente sólo está limitado, en la misión de declarar el derecho y de hacerlo cumplir, por las dificultades que resultan de la imperfección inevitable de la técnica que maneja, aunque por desgracia algunas veces son también consideraciones extrajurídicas las determinantes de sus fallos. La historia del más respetable de los tribunales de control constitucional del mundo, ofrece muchos ejemplos de ese tipo. Incluso se ha afirmado que la ejecutoria de *Marbury* contra *Madison* fue obra no sólo del genio jurídico de *Marshall*, sino también, y acaso más, de su habilidad política, que al apresurarse a desacatar una ley que lo obligaba a dictar un mandamiento contra *Jefferson*, frustró los propósitos de éste de desobedecer la sentencia del Tribunal Supremo en caso de que esa sentencia pretendiera forzarlo a expedir

<sup>10</sup> Willoughby, Westel W., *Principles of the Constitutional Law of the United States*, 2a. ed., 1935, p. 21.

los despachos de los llamados “jueces de media noche”.<sup>11</sup> En época más cercana, fue con pura habilidad política como Hughes frustró, mediante oportunos cambios de jurisprudencia, la embestida de Roosevelt contra la Suprema Corte en 1937, según lo ha revelado un miembro actual de ese cuerpo.<sup>12</sup>

¿En qué grado jugarían esas consideraciones extrajurídicas en el campo menos sereno, más urgido por la política, del Ejecutivo? Por eso, el empeño de obligar a los órganos del gobierno a ejercer aun contra la voluntad de ellos mismos la delicada función de examinar la constitucionalidad de las leyes, capacitándolos así para desobedecerlas, cuando precisamente su principal tarea debe ser acatarlas, me recuerda a la deliciosa muchacha de una bella novela de aventuras que se entretenía en hacer caminar al revés su reloj: “riéndose de las manecillas que cumplían con su deber equivocado.” Sólo que los frutos que muy probablemente se lograrían de concederse al Ejecutivo de modo general la exorbitante autoridad de no cumplir con las leyes cuando las creyese inconstitucionales, quizás no provocarían risa sino lamentaciones.

<sup>11</sup> Brookhart, Smith W., *Testimonio ante el Comité Judicial del Senado*, S. 1932, vol. 6, p. 1638.

<sup>12</sup> Jackson, Robert H., *The Struggle for Judicial Supremacy*, 1941, pp. 197 y ss.