



LEY FUNDAMENTAL, SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL: UNA APROXIMACION DISTINTA A LA SENTENCIA MARBURY VS. MADISON, Y A LOS ORIGENES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL*

RODRIGO GONZÁLEZ QUINTERO**
UNIVERSIDAD PANAMERICANA, MÉXICO

Recibido el 16 de noviembre de 2011 y aprobado el 05 de marzo de 2012

RESUMEN

Constitucionalismo y Estado de Derecho se erigen como una barrera infranqueable, que protege a los individuos del ejercicio arbitrario del poder público; actualmente éstas realidades gozan de general aceptación en el mundo, así como también uno de sus elementos identificadores capitales que es la justicia constitucional. Sin embargo, el comienzo de ésta última suele ser un fenómeno poco estudiado, o cuando mucho se le asocia con la famosísima decisión emitida por la Corte Suprema estadounidense en *Marbury vs. Madison*. Al explorar el concepto de constitución – y de sus rasgos como norma fundamental, superior y suprema – y su arraigo en la cultura jurídico-política anglosajona, el presente artículo plantea una aproximación diferente a los orígenes del control constitucional: que como

* El presente artículo corresponde a la ponencia presentada por el autor, el día 26 de agosto de 2011, titulada **UNA APROXIMACIÓN DISTINTA A LOS ORÍGENES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL: LA SENTENCIA MARBURY VS. MADISON, LEY FUNDAMENTAL, SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL** en el IV CONGRESO “DERECHO Y SOCIEDAD: UNA MIRADA LATINOAMERICANA”, auspiciado por la Universidad de Manizales. Algunos apartes de la ponencia se informan de aspectos tratados y estudiados por el autor en los trabajos publicados bajo los títulos que se reseñan a continuación: Rodrigo González Quintero, *Las Primeras Constituciones Norteamericanas: Aquél lugar donde el naturalismo y el constitucionalismo se encuentran*, 45 REVISTA ARS IURIS (Julio 2011), Universidad Panamericana, México D.F.; Rodrigo González Quintero, *Una alternativa diferente sobre los orígenes del Control Constitucional: Marbury v. Madison como reafirmación, más no como inicio, de los conceptos de supremacía y control constitucional*, 15 REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Enero – Junio 2011), Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Ed. Porrúa, México D.F.

** Doctor en Derecho (J.S.D.) y Magister en Derecho (LL.M.) por Washington University in St. Louis; Magister en Historia (M.A) por Illinois State University. Abogado de la Universidad de Navarra. Investigador y Consultor Independiente. Profesor de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Panamericana – México. Contacto: rgonqui@gmail.com
Direcciones electrónicas: jkarel@fd.uo.edu.cu; edilpan@fd.uo.edu.cu

principio sostenedor del Estado de Derecho, el control constitucional no apareció súbitamente en una sentencia, sino que hace parte de una larga tradición, confirmada luego por la judicatura norteamericana durante las tres décadas anteriores a la famosa decisión.

PALABRAS CLAVE

Constitución, Constitucionalismo, Estado de Derecho, Control Constitucional, *Marbury vs. Madison*.

FUNDAMENTAL LAW, SUPREMACY OF THE CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL CONTROL: A DIFFERENT APPROXIMATION TO THE *MARBURY VS. MADISON* SENTENCE, AND TO THE ORIGINS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE.

ABSTRACT

Both constitutionalism and the Rule of Law rise as an insurmountable barrier protecting citizens from the arbitrary exercise of public power. Nowadays, these realities are worldwide accepted, as well as one of their pivotal identifying elements known as constitutional justice. The beginning of the latter, however, is usually a not well studied phenomenon or at most, it is often related to the famous U.S. Supreme Court ruling in *Marbury v. Madison*. While exploring the concept of constitution –and its characteristics as a fundamental, supreme and superior law- and its roots in the legal-political constitutional Anglo-Saxon culture, this article poses a different approach to the origins of constitutional control: that as a supporting principle of the Rule of Law, did, constitutional control did not appear suddenly in a sentence, but rather it is part of a long tradition which was later confirmed by the American judiciary through the three decades previous to the famous decision.

KEY WORDS

Constitution, Constitutionalism, Rule of Law, Judicial Review, *Marbury v. Madison*.

1. INTRODUCCIÓN:

Actualmente existe un fenómeno que podría describirse como la explosión del constitucionalismo, y en la mayor parte del globo parece existir uniformidad en el reconocimiento del valor del Estado de Derecho. Dentro del mismo goza de similar aceptación, salvo algunas actuaciones muy específicas de los órganos que lo ejercitan, la figura del control constitucional. Entonces, la uniformidad reseñada viene determinada por el hecho de que tanto los textos constitucionales, como los tribunales constitucionales y además la doctrina apoyan a la justicia constitucional. Al fenómeno descrito como aceptación general contribuye, sin duda alguna, la familiaridad con el art. 241 C.P. según el cual “a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”; Así mismo, los pronunciamientos al respecto de éstos tribunales han sido contundentes, como aquella declaración hecha por el Tribunal Constitucional español en 1992, en la que sin ambages se autodenominó “intérprete supremo de la Constitución” (Declaración 1/1992); o como la sentencia de 1993 en la que su par colombiano afirmó que “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel” (Sentencia C-113/93).

Actualmente, justicia constitucional y Estado de Derecho suelen ir de la mano; en otras palabras, la referencia a uno de estos conceptos, conlleva necesariamente al otro. Muchos países en los distintos continentes tienen constituciones y sistemas de control constitucional, y a este respecto precisamente, cabría preguntarse que tienen en común países como Suráfrica, Alemania, España, Colombia, Estados Unidos, Corea del Sur y Mongolia? Que en cada uno de ellos funciona con éxito la justicia constitucional. Es una realidad descrita por el profesor Bruce Ackerman como “el alza del constitucionalismo mundial” (ACKERMAN, 1997: 771-772). Es por eso que, un comentario como el del Juez Hughes –realizado en 1907 cuando era gobernador del estado de Nueva York – nos parece ya muy lejano e incluso redundante, pues en aquella ocasión dijo que “estamos bajo una Constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es”. Igual nos sucede con la sentencia Cooper v. Aaron, emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1958. Entonces, ante la negativa manifiesta del Gobernador y de la legislatura del Estado de Arkansas para cumplir con el célebre fallo Brown, la Corte Suprema fue implacable al afirmar que Marbury “declaró un principio básico en virtud del cual, la judicatura federal es el supremo intérprete y expositor de la Constitución, y desde entonces éste principio ha sido respetado y acatado por la Corte y por el país entero como rasgo permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional” (Sentencia Cooper vs. Aaron, 1958, p. 18).

Por ello, en las páginas que siguen me interesa plantear una aproximación diferente a los inicios del control constitucional. La familiaridad que tenemos con dicha figura, usualmente conlleva a una reducción muy simple: que la sentencia

proferida por la Corte Suprema americana en el caso *Marbury vs. Madison*¹ marca el nacimiento de aquella doctrina. Sin embargo, me interesa demostrar dos cosas. En primer lugar, que una lectura detenida de dicha sentencia muestra que la Corte anunció, además del control constitucional de las leyes, otros principios básicos del constitucionalismo estadounidense que luego serán adoptados en otras latitudes. Principios tales como la sujeción de todos los órganos y ramas del poder público a la Constitución, y que los jueces al ser intérpretes del derecho lo son también de la Constitución. El corolario que subyace a dichos principios es que la constitución es una norma suprema y fundamental, aplicable judicialmente. En segundo lugar, que dichos principios no pudo inventarlos la Corte de un plumazo en la célebre decisión en 1803. No sólo por su precaria situación, *status diríamos*, dentro del sistema federal – de ahí viene la afirmación de Hamilton respecto de que el poder judicial es la menos peligrosa de las tres ramas del poder público –, sino porque la Corte así estaría atentando contra el Estado de Derecho, contra ese gobierno de leyes y no de hombres, que intentaba salvaguardar. Por tanto, *Marbury vs. Madison* implica la reafirmación, la recopilación de ciertos principios – que repito, luego serán condición *sine qua non* se pueda verificar la existencia del Estado de Derecho – que para ese momento estaban ya establecidos y aceptados en la tradición jurídica anglosajona.

Así, el presente trabajo se estructura en dos ejes. En el primero empezaré por enumerar elementos distintivos del Estado de Derecho, que se reconocen hoy de manera general. Para demostrar la relación de éstos con la sentencia *Marbury v. Madison*, señalaré los principios del constitucionalismo enunciados claramente en su texto. En el segundo exploraré las fuentes teóricas de dichos principios – acuñadas por la tradición, así como por la experiencia jurídica anglosajona –, así como también las fuentes prácticas de los mismos, éstas últimas representadas en las decisiones jurisprudenciales acumuladas en los Estados Unidos durante las tres décadas inmediatamente anteriores al año de 1803.

2. CONSTITUCIONALISMO Y ESTADO DE DERECHO:

Las luchas por la libertad, y en especial aquellas encaminadas a escapar de un gobierno arbitrario han sido una constante en la historia de occidente desde el siglo XVI. Principios fundamentales luego enmarcados dentro del Estado de Derecho,

¹ La histórica decisión, proferida por el alto tribunal en Febrero de 1803, surge alrededor de la reclamación hecha por William Marbury al gobierno de Jefferson, por negarse éste último a instalarlo como juez de Paz en el distrito de Columbia. En efecto, Marbury hacía parte de un grupo de personas leales al presidente saliente John Adams, que habían sido nombradas como jueces en los últimos días de su gobierno. Ellos pasaron a la historia como los ‘Jueces de la Media Noche’, pues sus nombramientos se reputan firmados en la última noche Adams pasó en la mansión presidencial. Sin embargo, el nombramiento – o comisión – nunca fue despachado ni entregado a Marbury, por lo que no fue instalado efectivamente en su trabajo. En la histórica decisión, la Corte Suprema – aunque entendió que Marbury efectivamente tenía derecho a su nombramiento – interpretó que la disposición legal que autorizaba la competencia de la misma Corte sobre ciertas materias en primera instancia, era inconstitucional.

tales como la noción de un gobierno limitado y que los poderes públicos existen solo para servir a determinados fines actuando además de acuerdo a ciertas reglas, se erigieron como los ideales perseguidos en estas luchas reseñadas (SCHONET, 1979: 1). Desde entonces el Estado de Derecho se convierte en una promesa, aquella de predecir la vida social mediante la imposición de límites constitucionales sobre los poderes públicos, tanto en su ejercicio como en su alcance (SHAPIRO, 1994: 1). El prestigio arrastrado por la Carta Magna – en especial sus cláusulas relativas al consentimiento requerido para el establecimiento de tributos – y más tarde por el *Bill of Rights*, harán que Inglaterra sea el primer régimen moderno en el que se identifiquen estos principios fundamentales (SHWARTZ, 1992: 4-8). El antiquísimo proverbio del *common law* “non sub homine sed, sub Deo et lege”, luego se resumirá en otro que reza así: “en Inglaterra, a la casa del paupérrimo, sin su permiso, entran la lluvia y el frío, pero no el rey.” Principios luego concretados, como lo afirma Robert Carr, en el aforismo emblemático del constitucionalismo americano: “gobierno de leyes, y no de hombres” (CARR, 1970: 1).

2.1. Estado de Derecho y Constitución Escrita:

Al rebelarse e independizarse, los americanos invocaron estos principios para así escapar de la regulación proveniente de un Parlamento en el que no estaban representados, y cuyos poderes se consideraban como arbitrarios y e ilimitados (REID, 2009: 4). Es entonces el momento histórico donde Estado de Derecho y Constitucionalismo se enlazan, al ser los norteamericanos los primeros en adoptar constituciones escritas. Como muy bien lo dice Saunders, los límites sobre el poder público adquieren protección constitucional expresa (SAUNDERS & LE ROY, 2003: 11). Desde entonces, al concepto ‘Estado de Derecho’ se adscriben unos elementos mínimos que me permito enumerar a continuación: (1) Certeza jurídica, en cuanto que los asuntos públicos, al igual que los privados, han de ser conducidos de acuerdo a reglas pre-establecidas, y sólo éstas han de ser obedecidas y aplicadas; (2) todos son gobernados por el Derecho, y no por la voluntad arbitraria de otros; es por eso que existe una restricción sobre el ejercicio arbitrario del poder, y tanto gobernantes como gobernados están sometidos al Derecho; (3) en consecuencia, el Estado de Derecho se erige como una barrera infranqueable entre el poder y los ciudadanos (REID, 2009, 4-6; SAUNDERS & LE ROY, 2003: 5).

Ahora bien, al ser los revolucionarios americanos los primeros en consagrar por escrito éstos elementos en las primeras constituciones estatales, es inevitable referirse a su modelo como prototipo para los demás regímenes constitucionales liberales.² Son principios que en *Marbury v. Madison* la Corte dirá que han sido

² Para el profesor Ronald Cass, el Estado de Derecho es una figura “cuyo prototipo de modelo es Estados Unidos.” p. XII. En el mismo sentido el profesor Kay afirma que “a pesar de las variaciones considerables respecto al contenido sustancial y la maquinaria estructural del constitucionalismo en distintos países, la idea central forjada por los padres fundadores norteamericanos, en cuanto al poder político controlado por la aplicación de normas superiores a él, está presente donde quiera que un gobierno constitucional es proclamado.” R. Kay, *American Constitutionalism*, en *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Larry Alexander ed.), p. 16.

ya largamente establecidos. Son principios que giran alrededor de un concepto de Constitución que es norma fundamental y suprema, y que conllevan necesariamente a la doctrina del control constitucional.

2.2. Elementos del Estado de Derecho reconocidos en la sentencia Marbury vs. Madison:

Ya dentro de la sentencia en cuestión la Corte, previo a cualquier mención sobre la naturaleza de la Constitución, se pronuncia sobre uno de los pilares del Estado de Derecho: que el sistema estadounidense “ha sido catalogado enfáticamente como un gobierno de leyes, más no de hombres” (Sentencia Marbury vs. Madison, p. 163). Dentro de ese gobierno de leyes, la Constitución es superior puesto que, prosigue el alto tribunal, esta implica “que el pueblo tiene un derecho originario a establecer, para su gobierno futuro, aquellos principios [...] concebidos como fundamentales. Y puesto que la autoridad de la cual proceden es suprema [...], éstos principios están diseñados para ser permanentes” (Sentencia Marbury vs. Madison, p. 176). El pueblo “organiza al gobierno y atribuye los poderes respectivos a diferentes departamentos [...] [con] ciertos límites que no pueden ser transgredidos por éstos”. Así, “para que estos límites no sean olvidados ni malinterpretados,” la Constitución está escrita (Sentencia Marbury vs. Madison, p. 176). Por ello, aquellos que “han adoptado constituciones escritas, las consideran como la ley suprema y fundamental de la nación” (Sentencia Marbury vs. Madison, p. 177). Queda claro entonces, que en la histórica decisión la Corte Suprema declara que Estados Unidos es un gobierno de leyes, dentro del cual la Constitución es suprema. Supremacía que viene dada por su origen popular, por su status de permanencia en el tiempo, por su carácter fundamental y fundacional tanto de la comunidad política, como de los poderes públicos que la rigen. Que por todo esto, la Constitución establece el alcance y límites de éstos últimos, y en últimas, ha de ser escrita.

En la misma se declara también que la Constitución es un límite efectivo sobre las actuaciones del poder ejecutivo, aspecto con frecuencia omitido debido al énfasis que se hace entre la sentencia y el control sobre la constitucionalidad de las leyes. Al respecto la Corte concede que, según la Constitución de los Estados Unidos, el presidente tiene determinados poderes políticos que ejerce a discreción y de los cuales responde “sólo ante el país [...] y su conciencia” (Sentencia Marbury vs. Madison, p. 165-166). En consecuencia, cuando los miembros del gabinete actúan como agentes del presidente en asuntos donde “el ejecutivo disfruta de discreción legal y constitucional,” se entiende que dichas actividades son meramente políticas y escapan al control judicial. No obstante, cuando por mandato legal “el agente del ejecutivo tiene otras obligaciones [...] y, los derechos de otros dependen de sus actos, [...] [entonces] éste responde por sus actos ante la ley” (Sentencia Marbury vs. Madison, p. 166). Queda establecido entonces que, asuntos fuera de la discreción constitucional o legal atribuida al ejecutivo son justiciables, y por el contrario, aquellas cuestiones “políticas por naturaleza, o que en virtud de la

Constitución y las leyes son atribución del ejecutivo, nunca podrán tratarse en ésta Corte” (Sentencia *Marbury vs. Madison*, p. 170).

Como se ha dicho desde el principio de éste artículo, el rasgo capital atribuido a la sentencia citada es que fue la ocasión primera en que la Corte Suprema americana invalidó una ley federal por ser contraria a la Constitución. Es por ello que, más allá de opiniones sostenidas por sus críticos,³ *Marbury v. Madison* tiene fama de ser la decisión judicial hito sobre el control constitucional, y la más famosa del derecho constitucional estadounidense (HOBSON, 1996: 47). Sin embargo, durante las tres décadas anteriores al caso, tribunales estatales y federales ya habían ejercitado esa figura de control constitucional. Por eso, quiero ser enfático – aún cayendo en el riesgo de ser redundante – : *Marbury v. Madison* es la primera decisión en que la Corte Suprema aplica el control constitucional invalidando una ley emanada del Congreso federal. Pero la mentada sentencia no conlleva a que la misma se haya inventado dicha función capital. Por contra, la Corte misma dice que “la cuestión sobre si una ley contraria a la Constitución puede llegar a formar parte del Derecho del país, es importantísima en los Estados Unidos. Pero felizmente [...] para decidirla, solo es necesario reconocer ciertos principios que se reputan bien establecidos desde hace tiempo” (Sentencia *Marbury vs. Madison*, p. 176).

Según el alto tribunal, en el modelo americano “los poderes del legislativo están definidos y limitados,” por la Constitución que es “ley fundamental y superior, e inalterable por medios legislativos ordinarios” (Sentencia *Marbury vs. Madison*, p. 166-177). Así, toda “ley contraria a la Constitución no es Derecho,” y éste es un principio cardinal adjunto a toda Constitución escrita [...] y que ésta Corte considera como fundamental en nuestra sociedad” (Sentencia *Marbury vs. Madison*, p. 177). Respecto al rol de los jueces, el tribunal declara que “definir lo que es el Derecho, es enfáticamente función y deber del poder judicial” (Sentencia *Marbury vs. Madison*, p. 177). Y, prosigue, “cuando ley y Constitución aplican a un mismo caso, [y éstas se encuentran en conflicto, entonces] [...] la corte ha de fallar de acuerdo con la Constitución, desechando la ley. [...] Esta es la esencia del deber judicial”. Porque, de otra manera, según la sentencia “se destruirían las bases de las constituciones escritas [...] y se otorgaría a la legislatura omnipotencia práctica y real” (Sentencia *Marbury vs. Madison*, p. 178). Según la Corte “los autores de la Constitución, concibieron la misma como instrumento y norma de conducta aplicable tanto a tribunales, como a la legislatura” (Sentencia *Marbury vs. Madison*, p. 180). Y finaliza su histórica decisión de manera implacable, agregando que la

3 Algunos autores sostienen que el control constitucional conlleva a una usurpación y apropiación indebida de funciones, por parte de la Corte. Al respecto Jefferson escribía en 1804 que “la teoría que da a los jueces el derecho a decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, [...] hará de la judicatura un poder despótico.” Ver carta de Jefferson a Abigail Adams, fechada Septiembre 11 de 1804, citada por Dewey. Ver Dewey, D. (1970). *Marshall versus Jefferson*, p. 142. El profesor Lively afirma que el control constitucional fue “un poder aprehendido por el presidente de la Corte John Marshall, con ocasión del caso *Marbury*.” Ver Lively, D. (1990). *Judicial Review and the Consent of the Governed*, p. 37.

Constitución americana confirma y fortalece “el principio esencial para todas las constituciones escritas, según el cual toda ley contraria a la Constitución es nula; y tribunales, así como todos los demás poderes públicos, están sometidos a la Constitución” (Sentencia Marbury vs. Madison, p. 180).

3. ANTECEDENTES TEÓRICOS DETERMINANTES PARA EL CASO MARBURY VS. MADISON:

El segundo eje de este escrito radica en identificar las posibles fuentes que informan los elementos destacados de la sentencia Marbury v. Madison. A nivel teórico, la superioridad y fundamentalidad atribuidas a la Constitución son conceptos que evolucionan desde siglos antes de la citada decisión.

3.1. Evolución del concepto de Constitución:

Los romanos hablaban de *constitutio* para citar a los decretos imperiales, y el mismo término fue utilizado de manera general por los canonistas medievales. Ahora bien, la naturaleza ‘fundamental’ como rasgo de ciertas normas jurídicas es una idea anglosajona, y fluye paralela a las ‘cartas’ y al *common law*. Su carácter fundamental era correlativo a su antigüedad, y hacía que no fuese necesaria su consagración escrita. Más los revolucionarios americanos, que para todos los efectos se consideraban depositarios de las tradiciones inglesas, avanzarán sobre dicho concepto y ‘constitucionalizarán’ las normas fundamentales.

Así, en Inglaterra la Constitución corresponde al conjunto de tradiciones y costumbres no escritas, que se nutren de la sabiduría ancestral, y que se retrotraen a los pueblos Anglos y Sajones del siglo V. Según el vizconde de Bolingbroke, la Constitución inglesa es “un cuerpo de instituciones, leyes y costumbres, que fluyen desde ciertos principios fijos de la razón y que se orientan hacia ciertos objetos del bien común, y que componen aquel sistema general de acuerdo al cual la comunidad ha accedido a ser gobernada” (SHERRY, 1987: 1130). No es escrita, sino una idea que implica un modelo de gobierno y un arreglo institucional (BAILY, 1967: 68), cuya transgresión le costó la cabeza al rey Carlos I y el trono a Jacobo II. Pero ya para finales del siglo XVII, ese arreglo institucional reconocido como la Constitución inglesa resultaba en un principio indisputable: que el Parlamento, como ganador de todas las disputas sucedidas en dicha centuria, era depositario de la soberanía (GREENE, 2011: 152) y por ende, omnipotente. Como lo aseguraba entonces Blackstone, “si el parlamento adopta una [ley] irrazonable, no conozco yo poder alguno que pueda controlarla” (BLACKSTONE, 1818: 90). La supremacía parlamentaria no acarrearía *per se* la negación del concepto de ley fundamental. Aunque sus actuaciones no tenían tipo alguno de control, se entendía que el Parlamento operaba bajo los postulados de la ley de Dios. Además, la Constitución no escrita fungía como límite, algo así como una conciencia sobre el accionar

del mismo. Y salvo el control político en manos del electorado, la *ultima ratio* para castigar a un legislativo transgresor de la ley fundamental era la revolución (HARRINGTON, 2004: 59-69).

Una mezcla de elementos tradicionales y circunstanciales propiciará que los norteamericanos avancen sobre dicha idea de Constitución, a la vez que romperán con ciertos principios del constitucionalismo británico – tales como la supremacía del Parlamento y el carácter no escrito de la constitución –, inaugurando así una nueva etapa dentro del constitucionalismo moderno. Elementos tradicionales, decíamos, ya que los americanos se reputaban como ingleses y se identificaban a sí mismo como titulares del constitucionalismo inglés. Sumado a esto, el modelo de administración de las colonias atlánticas rayaba con la autonomía práctica, cimentada en cartas escritas de fundación – *charters* – cuya estructura giraba alrededor de márgenes amplios para la gestión, gobierno y administración de los asuntos locales por parte de las mismas comunidades (LUTZ, 1998: XX-XXI). Y elementos circunstanciales, puesto que la resistencia inicial presentada por los norteamericanos contra una serie de disposiciones administrativas y legales que incidían sobre el comercio, el despliegue de fuerza armada y la creación de nuevos tributos, adoptadas e implementadas desde Inglaterra a mediados del siglo XVIII, desembocará en la revolución y posterior independencia definitiva.

Los colonos comprendieron que el constitucionalismo británico – erigido sobre una constitución no escrita – les había faltado (MCAFFEE, 2000: 10). Y como muy bien lo expresa la Declaración de Independencia de 1776,⁴ los americanos acusan a las autoridades británicas de romper con la Constitución no escrita que les asistía y con la tradición por ésta arrastrada, así como de transgredir sus formas de gobierno construidas en cartas y documentos de carácter fundamental. Con la independencia aparece la necesidad de organizar nuevos gobiernos en los ahora Estados – antes colonias –, las cuales se definirán y plasmarán en un documento escrito, determinado y único que será la Constitución. Por lo tanto, es a partir de la Revolución Americana que la noción de ley fundamental está definida un documento escrito y aprobado en una fecha determinada, y cuyo contenido se asocia con los principios elementales de gobierno.

3.2. Jerarquía, Supremacía y Superioridad de la Constitución:

La existencia de una jerarquía presente entre normas – según la cual, la validez de una norma depende de su concordancia para con la norma superior – es una idea

⁴ En el capital documento los americanos se reconocen como “ingleses”, pero afirman que el Parlamento es una jurisdicción “ajena a su constitución y desconocida por sus propias leyes”, pues el mismo ha destruido “el sistema libre de leyes inglesas”. Igualmente acusan al rey de “despojarnos de nuestras Cartas, abolir nuestras leyes más preciadas y alterar fundamentalmente nuestras formas de gobierno.” Documento consultado en la obra de Thorpe.

constante dentro de la tradición jurídica medieval, y ya para los siglos XVI y XVII aparecía como rasgo esencial en la educación jurídica inglesa. Por ejemplo, en 1520 el tratadista St. German explicaba una estructura normativa que comprendía la superposición jerárquica entre la ley eterna, la ley natural, la ley de Dios y la ley humana; después Blackstone replanteará dichos niveles en ley natural, ley divina y ley del hombre (HAMBURGER, 2004: 9-11).

Además de la citada tradición, los habitantes de las colonias norteamericanas estaban acostumbrados a un sistema de jerarquía normativa. La actividad de asambleas coloniales, no obstante su autonomía, no resultaba en leyes con rango de supremacía; aunque aplicables a la colonia respectiva, las normas emanadas de las asambleas estaban situadas – en jerarquía – debajo de otras, como por ejemplo las *charters*, las decisiones del *Privy Council* o las leyes del Parlamento. Así, es pertinente resaltar dos factores neurálgicos que apoyan la doctrina de supremacía y superioridad de la Constitución. Primero, que las asambleas coloniales norteamericanas no eran cuerpos soberanos y que las normas por ellas aprobadas se situaban en la estructura jerárquica antes descrita. Segundo, que además de dichas normas, las legislaturas coloniales estaban sujetas también a leyes superiores (STOURZH, 2007: 314-315). Será a partir de 1776, en medio de la revolución, cuando los líderes norteamericanos extenderán dicho sometimiento sobre todo ejercicio del poder público, colocando al marco de esas restricciones – es decir, la Constitución, y en ese momento la constitución de cada Estado independiente⁵ – en la cima de la estructura normativa, como ley superior y suprema.

4. ANTECEDENTES PRÁCTICOS:

Como se ha mencionado en distintos apartes de éste artículo, la sentencia *Marbury vs. Madison* más que iniciar la doctrina del control constitucional, lo que hace es rescatar y reafirmar determinados principios enunciados ya por jueces y tribunales norteamericanos a partir del último cuarto del siglo XVIII. Estas decisiones comprenden, entonces, los antecedentes prácticos de dicha sentencia, y se corresponden con las fuentes teóricas ya descritas, respondiendo así a la presencia en la mentalidad norteamericana de una tradición fortísima respecto al control y sometimiento del poder al derecho. A continuación expondré algunos casos en los que la judicatura ejerció algún tipo de control sobre las actuaciones de los otros dos poderes públicos.

⁵ Entre 1776 y 1780 once de las antiguas Trece Colonias adoptan sus primeras constituciones escritas, iniciativa que antecede en más de una década a la redacción de la Constitución Federal estadounidense.

4.1. Control Judicial de actuaciones del ejecutivo antes de *Marbury vs. Madison*:

Como se señaló ya en el apartado 2.2 del presente escrito, la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Marbury* declara también la pertinencia del control constitucional sobre las actuaciones de los miembros del poder ejecutivo. La Constitución es ley suprema, y la judicatura es el poder llamado a declarar lo que es la ley. Así, los agentes del ejecutivo – el presidente incluido – han de actuar dentro de dicho marco constitucional, y serán los jueces los que calificarán la concordancia de esas actuaciones con el marco expuesto.

Ahora bien, esa idea de control judicial sobre las acciones del ejecutivo existió previa a *Marbury v. Madison*. Según Hamburger, desde el Medioevo los jueces ingleses decidieron casos en los que se revisaba la concordancia entre normas inferiores – tales como regulaciones societarias y corporativas, así como costumbres locales – y el *common law*. De hecho, en el sistema jerárquico el *common law* se situaba por encima de actuaciones de la Corona (HAMBURGER, 2004: 12-15). Como ejemplo de invalidación judicial de actos de la Corona está el *Caso de las Proclamaciones*,⁶ en el que la Corte de Causas Comunes inglesa en el año 1610 – a raíz de poderes del rey, las proclamaciones, utilizados por el rey Jacobo I para crear nuevos tipos delictivos – declaró que el rey no podía modificar el *common law*, ni mucho menos inventar nuevos delitos por medio de una proclamación. El juez Coke, en nombre de la corte que presidía, dijo entonces que cualquier proclamación del rey contraria a la razón y al derecho era nula (HAMBURGER, 2004: 15-16).

Ya en tierras norteamericanas, podemos citar como antecedente el caso decidido por la Corte Municipal del condado de Fairfax, Virginia, en 1785. Entonces, el gobernador del Estado intentó regularizar el nombramiento de jueces, al expedir listas nuevas que excluían a aquellos muertos o inactivos, y requerir un juramento nuevo de aquellos jueces incluidos en su lista. Unánimemente, los jueces de la Corte de Fairfax desconocieron la nueva lista, alegando que perderían su antigüedad; en la resolución que enviaron al gobernador en 1785, califican las acciones del mismo como “ilegal, además de ser una injerencia indebida sobre la judicatura”, como tal contraria a la declaración de derechos del estado y a los fundamentos de todo gobierno libre (HAMBURGER, 2004: 27-28).

⁶ Case of Proclamations, 77 Eng. Rep. 1352 (1610). Citado por Hamburger (Hamburger, 2004, p. 15).

4.2. Control Constitucional sobre las leyes estatales y federales en los Estados Unidos antes de *Marbury v. Madison*:

Los norteamericanos trasladaron la naturaleza fundamental y superior de sus antiguas cartas coloniales – *charters* – a sus nuevas constituciones escritas. Así mismo, estaban acostumbrados a un sistema jerárquico de normas que ayudó a revestir de supremacía a las nuevas constituciones. Pero una circunstancia especial, según lo destaca el profesor Harrington, habrá de disparar la cascada de decisiones judiciales en los que se invoca la supremacía de la Constitución. A la fiebre democrática inicial de apoyo entusiasta hacia las legislaturas estatales, le siguió desilusión y desencanto generalizado respecto a las leyes por éstas aprobadas. La tiranía de las mayorías hizo presencia, mediante ataques injustos y arbitrarios dirigidos contra derechos y libertades básicas a saber, como el juicio por jurado y la propiedad individual (HARRINGTON, 2004: 65-66).

Estas acciones de las legislaturas, que incluían la adopción de leyes contradictorias, vengativas e incongruentes, resultó en cuestionamientos al respecto y llevó a pensar sobre la concordancia de dichas leyes para con la ley fundamental. De alguna manera, la noción acerca de un sistema político originado y limitado por la Constitución, implicaba la actuación restringida de las legislaturas que debían de someterse a ésta (HARRINGTON, 2004: 67). Ese es el elemento capital que informa la argumentación invocada por jueces y tribunales estadounidenses⁷ – tanto estatales, como federales – en casos que envolvían dudas sobre la constitucionalidad de una ley, a partir del año 1776. En las páginas que siguen se exploran algunos de esos casos que, a manera de ejemplo, confirman que principios como la supremacía de la constitución y los elementos descritos del Estado de Derecho, estaban ya presentes en la tradición jurídica anglosajona⁸ varias décadas antes de *Marbury v. Madison*.

a. Caso *Commonwealth vs. Caton (Virginia, 1782)*:

El caso envuelve la Ley de Traición, aprobada por la legislatura de Virginia. En 1782, se pone en duda la constitucionalidad de la misma, respecto de un caso en el que tres americanos fueron condenados a muerte por ayudar a tropas británicas. Aunque la Corte de Apelaciones de Virginia sostuvo la constitucionalidad de la ley, en la sentencia hizo además declaraciones importantes respecto al poder – y al

⁷ El profesor Treanor describe por lo menos treinta y ocho decisiones judiciales anteriores a *Marbury*, en las cuales jueces y tribunales estadounidenses, bien estatales o federales, ejercitaron la función de control constitucional sobre leyes. Ver Treanor, W. (2006). *Judicial Review before Marbury*. *Stanford Law Review*, 58, 474-475.

⁸ Aunque el caso del *Dr. Bonham*, decidido en 1610 en Inglaterra, ha propiciado una importantísima discusión académica, actualmente parece existir consenso respecto a que el Juez Coke realizó una interpretación conforme a principios de derecho natural de la época, sin implicar la posibilidad de un control judicial a ejercitarse sobre las leyes emanadas del Parlamento. Ver Helmholz, R. (2009). *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*. *Journal of Legal Analysis*, 1, 345-346.

deber – de la judicatura en cuanto al control constitucional de las leyes, y respecto de la supremacía constitucional (HARRINGTON, 2004: 73-75).

Según la corte, cuando existen desacuerdos entre el ejecutivo y el legislativo son “los tribunales los llamados a declarar el Derecho, de manera imparcial, entre aquellos. Así, [...] las funciones respectivas son reafirmadas, y los límites de autoridad establecidos pacíficamente” (Sentencia Commonwealth v. Caton, p. 7). A continuación advierte que si el legislativo “se atreviera a traspasar los límites impuestos sobre él por el pueblo, entonces [nosotros] [...] señalando hacia la Constitución diremos *hasta aquí llega el límite de su autoridad [...] y no más allá*” (Sentencia Commonwealth v. Caton, p. 8). En expresa referencia a la naturaleza de la Constitución, la corte dijo que “nosotros contamos con un registro escrito del contrato social aceptado por los ciudadanos de este Estado; [...] [que se erige como] un acto declarativo de los derechos de los ciudadanos, a la vez que formativo de su gobierno” (Sentencia Commonwealth v. Caton, p. 17). Finalmente, y respecto de la eventual inconstitucionalidad de una ley, la corte confía en que “la sabiduría y prudencia del legislativo evitarán dicha desagradable ocasión, [...] al lograr que los principios de la Constitución sean la gran regla inspiradora del espíritu de las leyes” (Sentencia Commonwealth v. Caton, p. 18).

b. Caso Bayard vs. Singleton (Carolina del Norte, 1787):

La legislatura de Carolina del Norte aprobó en 1785 una ley que prohibía cualquier tipo de acción judicial para la compensación de bienes confiscados por el Estado, cuando el afectado fuese un individuo leal a los británicos, o su heredero. Por tanto, al eliminar la reclamación judicial la ley, implícitamente, también autorizaba la afectación de la propiedad sin la intervención de un jurado. A raíz de un caso relativo a compensaciones, la Corte Suprema de Carolina del Norte declaró la inconstitucionalidad de la mencionada ley en 1787 (TREANOR, 2006: 478-479). En la decisión, la Corte afirma contundentemente que “al momento de separarnos de la Gran Bretaña, éste pueblo [...] estableció unos principios fundamentales [...] comprendidos en la Constitución, que dividían las funciones y poderes de gobierno en tres ramas diferentes y separadas; [...] asignando a cada una distintas atribuciones, a la vez que sus límites y restricciones” (Sentencia Bayard v. Singleton, p. 42). Así, prosigue el tribunal, al legislativo le está vedado aprobar leyes “que alteren o deroguen la Constitución, pues de hacerlo [...] destruiría su propia esencia como legislatura y además disolvería al gobierno establecido” (Sentencia Bayard v. Singleton, p. 45). Ya respecto de la norma en cuestión, declara que de acuerdo a la “Constitución todo ciudadano tiene derecho a que su propiedad se afecte sólo por juicio ante jurado; [...] la Constitución, que como norma ha de ser tenida en cuenta por el juez, se erige con fortaleza como la ley fundamental de la nación, [...] por lo que [la ley atacada ha de entenderse] como derogada y sin validez alguna” (Sentencia Bayard v. Singleton, p. 45-46).

c. Caso Vanhorne's Lessee vs. Dorrance (Pennsylvania, 1795):

El caso envuelve una controversia por títulos de tierra, primero revertidos y luego asignados, por una ley estatal de Pennsylvania. La Corte Federal del Circuito invalidó la mencionada ley por ser contraria a la Constitución del Estado de Pennsylvania. Llama la atención que en ésta decisión el tribunal, además de definir el concepto de Constitución, hace un contraste específico entre dicha noción en la tradición británica y la norteamericana. Para la Corte es muy difícil “definir lo que es la Constitución en Inglaterra puesto que, al carecer de escritura su certeza y precisión, está a merced del Parlamento [...] cediendo a [...] sus caprichos y humor; [...] [por el contrario, en Estados Unidos] cada Estado de la Unión encuentra que su Constitución disfruta de exactitud y precisión plasmadas por escrito” (Sentencia Vanhorne's Lessee v. Dorrance, p. 308).

Al preguntarse por el concepto de Constitución, el tribunal declara contundentemente que ésta encuentra su origen “en la mano poderosa del pueblo, en la que se consagran los principios ciertos de las leyes fundamentales; [...] [ella] contiene las voluntad permanente de la comunidad y se levanta como norma suprema de la nación, [...] [por lo que] es superior a cualquier poder de la legislatura y sólo podrá ser revocada o alterada por la autoridad que la estableció” (Sentencia Vanhorne's Lessee v. Dorrance, p. 308). Prosigue la corte exponiendo la sujeción de la legislatura y la ley a la Constitución, de manera que ésta última proviene “de la capacidad soberana, original e ilimitada del pueblo” (Sentencia Vanhorne's Lessee v. Dorrance, p. 308), mientras que la ley emana del poder legislativo cuya voluntad es subordinada y derivada. Las legislaturas “son creación de la Constitución y derivan su poder de ésta, [...] por lo que las leyes han de ser congruentes con la misma, o de lo contrario serán inválidas” (Sentencia Vanhorne's Lessee v. Dorrance, p. 308). Concluye declarando que, la ley atacada – la cual en la reasignación de títulos despojaba a ciudadanos de su propiedad sin compensación justa – es “contraria a principios de lealtad social de un gobierno libre [...], y contradice tanto la letra como el espíritu de la Constitución” (Sentencia Vanhorne's Lessee v. Dorrance, p. 310).

d. Caso Hylton vs. United States (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1796):

Esta decisión emitida por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1796, es relativa a una ley del Congreso federal que permitía el cobro de impuestos sobre carruajes. Aunque la Corte decidió sostener la validez de la ley cuestionada, la decisión es importantísima en relación a las opiniones dadas por algunos de sus magistrados en relación a la figura del control constitucional. El magistrado Chase, al apoyar la constitucionalidad de la ley, consideró innecesario discutir si la Corte tenía o no poder para invalidar leyes del Congreso; sin embargo lanzó una advertencia cuando afirmó que, “si la Corte posee dicho poder, soy libre para decir que [...] lo

ejercitaré” (Sentencia *Hylton vs. United States*, p. 175). De otro lado, el magistrado Iredell hizo constar que “estoy de acuerdo con la opinión de mis compañeros, respecto a que el impuesto en cuestión es conforme a la Constitución” (Sentencia *Hylton vs. United States*, p. 181). Estas dos opiniones citadas comprueban que ya desde 1796, la Corte Suprema americana estaba dispuesta a contrastar textos legales para con la Constitución Federal, y aún más, a corroborar la concordancia de los primeros con éste último. La disposición para realizar dicho procedimiento la declara el magistrado Chase, mientras que Iredell dice haber realizado un ejercicio de control constitucional, aunque sin haber encontrado contradicción alguna entre la ley y el texto de la Constitución.

5. CONCLUSIÓN:

Como se dijo al principio del presente escrito, Estado de Derecho y Justicia Constitucional son dos conceptos que suelen estar asociados. La idea de un sistema basado en el Derecho, en el cual el poder político está limitado y la arbitrariedad prohibida, y además la adherencia y obediencia a la Constitución sostenidas, se nutre y depende de éstos dos conceptos anotados. Ahora bien, es precisamente la capitalidad de la Constitución dentro de ese sistema, el elemento que impide la instauración de la justicia constitucional – o del control constitucional – únicamente a partir de un fallo judicial, a saber *Marbury vs. Madison*.

En primer lugar, porque la idea de Constitución implica la evolución – a través de varios siglos – de sus rasgos definidores, es decir supremacía y fundamentalidad; rasgos impresos en la tradición jurídica británica desde tiempos inmemoriales, y consagrados de manera escrita en medio del fragor revolucionario de los norteamericanos. Supremacía y fundamentalidad que informaban y determinaban las actuaciones del poder público en el mundo anglosajón mucho antes de la histórica sentencia de 1803.

En segundo lugar, porque el lenguaje mismo de la famosísima sentencia lo dice cuando se refiere a “reconocer principios que se reputan bien establecidos desde hace tiempo” (Sentencia *Marbury v. Madison*, p. 176). Principios esgrimidos por jueces y tribunales – tanto a nivel federal, como a nivel estatal – durante los treinta años anteriores a ella, en decisiones judiciales que determinaron el alcance del concepto de Constitución, así como de su naturaleza suprema y fundamental. Decisiones – como lo evidencian las expuestas en el presente artículo – que sin ambages señalan porqué la Constitución es norma suprema y cómo restringe y delimita las actividades de todas las ramas del poder público.

Y en tercer y último lugar, dado que la Constitución rige e informa las actuaciones de todos los poderes públicos, es ilógico que uno de ellos – el judicial – se hubiera inventado de la nada la función de control constitucional fuera del marco

trazado y dispuesto por la misma Constitución. De haber ocurrido así, el control constitucional sería fruto de un plumazo genial y de la transgresión de ese orden constitucional que se propendía resguardar, y por el contrario no la culminación lógica de una tradición jurídica. Rayaría en la paradoja, de acuerdo al profesor Hamburger, el que “el medio más eficaz para que los poderes públicos cumplan con la Constitución, hubiese aparecido sólo porque uno de ellos [el judicial] estaba dispuesto a traspasar su autoridad constitucional” (HAMBURGER, 2004: 3).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Ackerman, Bruce. (1997). “The Rise of World Constitutionalism”. *Virginia Law Review*. 83, pp. 771-772. Charlottesville-Virginia: University of Virginia.
- Bailyn, Bernard. (1967). *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Blackstone, William. (1818). *Commentaries on the Laws of England*. E. Christian (Ed.). Boston, MA: T.B. Wart.
- Carr, Robert. (1970). *The Supreme Court and Judicial Review*. Westport, CT: Greenwood Press.
- Cass, Ronald. (2001). *The Rule of Law in America*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- Dewey, Donald. (1970). *Marshall versus Jefferson*. New York, NY: Knopf.
- Greene, Jack. (2011). *The Constitutional Origins of the American Revolution*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Hamburger, Phillip. (2004). “Law and Judicial Duty”. *George Washington Law Review*. 72, pp. 3-28. Washington D.C.: George Washington University.
- Harrington, M. (2004). Judicial Review before John Marshall. *George Washington Law Review*, 72, pp. 55-78. Washington D.C.: George Washington University
- Helmholz, Richard. (2009). Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature. *Journal of Legal Analysis*. 1, pp. 345-346. Cambridge-MA: Oxford University Press.
- Hobson, Charles. (1996). *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*. Lawrence, KS: University Press of Kansas.
- Kay, Richard. (1998). “American Constitutionalism”. En: Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (p. 16). Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Lively, Donald. (1990). *Judicial Review and the Consent of the Governed*. Jefferson, NC: McFarland.
- Lutz, Donald. (1998). *Colonial Origins of the American Constitution*. Indianapolis, IN: Liberty Fund.
- Mc Affee, Thomas. *Inherent Rights, the Written Constitution, and Popular Sovereignty*. Westport, CT: Greenwood Press.

- Reid, John Phillip. (2009). *Legislating the Courts: Judicial Independence in early national New Hampshire*. Dekalb, IL: Northern Illinois University Press.
- Saunders, Cheryl & Le Roy, Katherine. (2003). "Perspectives on the Rule of Law". En: Saunders, Cheryl & Le Roy, Katherine. (eds.), *The Rule of Law* (p. 11). Sydney, Australia: Federation Press.
- Shapiro, Ian. (1994). "Introduction". En: Shapiro, Ian (ed.), *The Rule of Law* (p. 1). New York, NY: New York University Press, 1994.
- Sherry, Suzanna. (1987). "The Founders' Unwritten Constitution". *University of Chicago Law Review*. 54, p. 1130. Chicago: University of Chicago.
- Schochet, Gordon. (1979). "Introduction". En: Pennock, Ronald & Chapman, John (eds.), *Constitutionalism* (p. 1). New York, NY: New York University Press.
- Schwartz, Bernard. (1992). *The Great Rights of Mankind*. Madison, WI: Madison House.
- Stourzh, Gerald. (2007). "Liberal Democracy as a Culture of Rights". En: Stourzh, Gerald (ed.), *From Vienna to Chicago and Back* (pp. 314-315). Chicago, IL: The University of Chicago Press.
- Thorpe, Francis. (1909). *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the State, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*. Washington D.C: Govt. Print. Office.
- Treanor, William. (2006). "Judicial Review before Marbury". *Stanford Law Review*. 58, pp. 457-538. Palo Alto- CA: Standford University.

Jurisprudencia Inglaterra:

Case of Proclamations, 77 Eng. Rep. 1352 (1610).

Jurisprudencia Estados Unidos:

Sentencia Bayard v. Singleton, 1 N.C. (Mart.) 5 (1787).

Sentencia Commonwealth v. Caton, 8 Va. (4 Call) 5 (1782).

Sentencia Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).

Sentencia Hylton v. United States, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

Sentencia Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Sentencia Vanhorne's Lessee v. Dorrance, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (C.C.D. Pa. 1795).

Jurisprudencia Colombia:

Sentencia C-113/93

Jurisprudencia España:

Declaración 1/1992.