



E EL SISTEMA JURÍDICO DEL “COMMON LAW” PREÁMBULO PARA UNA INVESTIGACIÓN EN DERECHO COMPARADO

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO*

Estudiante - V semestre
Programa de Derecho

* Agradezco al profesor José F. Ortega su apoyo constante y, con Luis A. Vélez, por sus lecturas críticas a este ensayo. Al profesor Diego E. López Medina le agradezco su siempre cordial orientación.





RESUMEN

Este ensayo pretende aportar elementos para comprender desde el estudio comparado de una de las tradiciones jurídicas más importantes del mundo (*Common Law*), los procesos de cambio que se adelantan en nuestro país, tanto en la práctica jurídica como en la renovación teórica y en la labor académica del derecho. Enfatiza el *Common Law* norteamericano desde una perspectiva histórica y resalta algunas de sus más importantes instituciones políticas y principios jurídicos en relación con su recepción en nuestro constitucionalismo de raigambre romano-canónica.

Palabras clave: Derecho consuetudinario, tradición romano-canónica, derecho comparado, fuentes del derecho, *Stare decisis*.

ABSTRACT

This essay attempts to contribute, from the comparative study of one of the most important legal traditions of the world (*Common Law*) the understanding of the changing process developed in our country, both in the legal practice and theoretic renovation in the academic practice of law. It emphasizes the *Common Law* of the United States from a historical perspective and remarks some of its more important political institutions and legal principles, and aspects of its reception in our constitutionalism rooted in the roman-canonical

tradition.

Key words: Common Law, romano-canonical tradition, comparative law, sources of law, *Stare decisis*.

1. EL COMMON LAW

Una sucinta caracterización del derecho consuetudinario - "*Common Law*" - la encontramos en el *Chief Justice* Oliver W. Holmes Jr. cuando escribe que para presentar una perspectiva general del *Common Law* "otras herramientas son necesarias además de la lógica. Se debe mostrar que la consistencia de un sistema requiere un resultado particular, pero eso no es todo. La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas del tiempo, la prevalencia de las teorías morales y políticas, intuiciones de la política pública, admitidas o inadvertidas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, habían tenido que ver más que con el silogismo en la determinación de las reglas por medio de las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos, y no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas". (HOLMES, 1964: "Lecture I. Early Forms of Liability")¹.

El *Common Law*, junto con el sistema jurídico de raigambre romano-canónica del *Civil Law*, es una de las dos tradiciones jurídicas más importantes del mundo, cuya extendida recepción en el mundo se explica, en

¹ Traducción propia y libre de ésta y todas las referencias en inglés, pero agradezco a la profesora Magdalena Holguín su revisión.



un primer momento, porque Australia², India³ y los Estados Unidos, fueron colonias de Inglaterra, país donde nació el *Common Law*, el cual encontramos en la actualidad, principalmente, en los sistemas jurídicos de Australia, Nueva Zelanda, India, Inglaterra, Gales, Irlanda, Estados Unidos (excepto Lousiana, Puerto Rico y Hawai donde pervive la influencia romano-canónica) y Canadá (excepto Quebec donde se aplica el derecho francés). Nos tendremos, dentro de las limitaciones propias de la extensión y la estricta relevancia de todo trabajo académico de estas características, en el sistema jurídico del *Common Law* norteamericano, el cual encuentra sus raíces en el inglés, del que mencionaremos aspectos generales y relacionados con el derecho en los Estados Unidos y su tradición jurídico-política, aspectos sobre los cuales el profesor Phanor J. Eder, en su contribución a *L'oeuvre juridique de Levy-Ullmann*, indicó que han permanecido en "tierra incógnita" para los juristas y académicos continentales (TUNC, 1957: 7). Sobre el derecho norteamericano, el autor francés André Tunc observó que "es probablemente el más apasionante y complicado que existe". El teórico del liberalismo francés Alexis de Tocqueville, señaló en *Democracy In America* que "El sistema representativo de gobierno ha sido adoptado en varios estados de Europa, pero no estoy enterado que alguna nación del mundo haya organizado hasta ahora un poder judicial del mismo modo

que lo han hecho los americanos. La organización judicial de los Estados Unidos es la institución que un extranjero tiene la mayor dificultad de entender (...) Un poder judicial tan imponente no ha sido constituido nunca por ningún pueblo". (TOCQUEVILLE, 2000: "Chapter VI: Judicial Power In The United States").

Estos testimonios de laudo, sin embargo, no lo hacen inmune a la crítica, y es especialmente profusa la que han enfilado los estudiosos del derecho comparado en torno a la dificultad que reviste todo lo concerniente al derecho y la tradición jurídica norteamericana, ya que la expresión "el sistema jurídico del *Common Law* de los Estados Unidos" parece atender sólo un ámbito territorial, pues cada estado posee un derecho propio que se aplica por medio de un sistema judicial, en principio, independiente. El derecho federal, obviamente, prima sobre el de los estados pero, como veremos, al estar el derecho en Washington -digo por significar la concentración del derecho federal- limitado, no puede convertirse en instrumento de unidad del orden jurídico, planteando el problema de las muchas veces conflictivas relaciones entre el derecho federal y el de los estados. Esto nos lleva a afirmar que en los Estados Unidos no se aplica un sistema jurídico del *Common Law*, sino uno por cada estado: se legisla y se crea jurisprudencia en cada uno de los 50 estados, más el distrito de Columbia. Precisamente por esta complejidad, así

² James Cook exploró su costa oriental en 1756 en nombre de la corona Británica por la falta de una colonia a donde mandar sus prisioneros, que envió hasta 1868 en número de casi 200.000.

³ En 1726 se crearon tribunales ingleses en Madrás, Bombay y Calcuta, importantes puertos hindúes, los cuales, además de resolver los casos entre ingleses, resolvían también las controversias entre los hindúes, y en términos generales, se aplicaba el *Common Law*.



como por la dificultad intrínseca de la materia, la falta tanto de documentación en algunos estados sobre determinados períodos, como de un número suficiente de investigadores interesados en los estudios históricos, es que "la historia del derecho norteamericano no ha sido escrita nunca, ni lo será jamás [y] continúa siendo en gran parte conjetural" (TUNC -TUNC, 1971: 167).

El sistema jurídico norteamericano, por otra parte, presenta dificultades al momento de su estudio por ser esencialmente judicial, con respecto a un sistema como el nuestro, de derecho legislado. Lo cual podemos simplificarlo -casi periodísticamente- atendiendo a la complejidad de sus fuentes, pues emanan tanto de la Constitución Federal de los Estados Unidos (C.F. de los EE.UU., en adelante) como de la Constitución de cada estado. Al mismo tiempo, desde su independencia⁴, los Estados Unidos se han alejado de la influencia en su sistema jurídico transmitida desde Inglaterra, tanto por factores como la ausencia de la realeza (que en la vieja Inglaterra tenía un poder muy fuerte al ser su institución secular más antigua), así como por las particulares condiciones socio-políticas, ya que un *Common Law* se gestaba en un nuevo país organizado bajo la estructura de estado federativa, con unos heterogéneos pobladores (en vez de súbditos), dividido en trece colonias y con un gran número de inmigrantes europeos.

Debemos comenzar, en consecuencia, indicando, *grosso modo*, la histo-

ria del *Common Law* inglés, que sentó las bases del norteamericano.

1.1 UN POCO DE HISTORIA

El reinado de William I "El conquistador" se caracterizó por una fuerte, centralizada y ordenada administración del reino, por lo cual, junto con sus sucesores, pero especialmente con su hijo William II "El rojo", Henry I y el sucesor de éste, Henry Plantagenet (Henry II), concibieron efectivamente que para lograr la consolidación de esta organización, así como una perdurable unidad nacional, debían intensificar la autoridad central de la Corona para poder unificar la administración de justicia y perfeccionar los mecanismos procedimentales del derecho por medio de la labor de los jueces reales (s. XI). De esta forma se establecieron tres tribunales pertenecientes a la Sala de Tribunales de Westminster, en Londres: el Tribunal del Tesoro (*Court of Exchequer*), para asuntos hacendarios; el Tribunal del Banco del Rey con jurisdicción civil y penal (*Court of King's Bench*) y, con jurisdicción civil, el Tribunal de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*).

Desde que Henry II llegó al trono, a los 21 años, mostró un inusitado interés por los asuntos jurídicos, hasta el punto que "viajaba por etapas intolerantemente largas" -como dice el cronista de la época Walter Map- y madrugaba para revisar juicios y conocer de primera mano los casos que se debatían en las aldeas y los condados. Se dice también que era

⁴ Si bien la Declaración de Independencia redactada por Thomas Jefferson fue firmada el 4 de julio de 1776, la guerra, que duró un lustro, terminó con la rendición del general inglés Charles Cornwallis en Yorktown, (Virginia) en 1781, pero la paz fue declarada por Inglaterra dos años después.



muy competente al momento de instruir jurídicamente a su vicerecanciller. En palabras de Map⁵, Henry II contaba el siguiente relato: "Una vez, después de que escuché un juicio conciso y justo dado contra un hombre rico a favor de uno pobre, dije a lord Arnulfo, "el juez, aunque el juicio del hombre pobre habría podido ser diferido por muchas triquiñuelas, lo obtuvo mediante una decisión rápida y feliz". "Ciertamente -dijo Ranulfo- decidimos aquí las causas mucho más pronto que lo hacen vuestros obispos en sus iglesias". "Así es", dije yo, y agregué: "pero si vuestro rey estuviera tan lejos de vos como el Papa lo está de los obispos, creo que seríais tan lento como ellos". (BERMAN, 2001: 460)

Emprendió igualmente importantes reformas jurídicas dentro de las que destacamos la creación de un derecho real mediante el establecimiento de la jurisdicción real en materias penales y civiles, cuyos jueces controlaban las acciones de los alguaciles recurriendo a un "derecho común" (como se conoció en un primer momento al *Common Law*) que ofrecía una justicia más expedita por el recurso a reglas uniformes. Por esta circunstancia, que por primera vez priorizó las fuentes del *Common Law*, los ciudadanos ingleses prefirieron acudir ante los tribunales reales, y, dentro de los que se constituye en otra importante reforma, pudieron participar comunitariamente en su administración. Con el tiempo, estos tribunales debilitaron la importancia de los tribunales de la jurisdicción local y feudal que se regían por re-

glas dispersas y contradictorias debido a que eran asambleas de vecinos conformadas por miembros del señorío⁶. Theodor Plucknett, en su libro *A Concise History of the Common Law*, estima que, aún teniendo antecedentes más remotos, estos tribunales quedaron perfectamente delineados entre 1272-1307 durante el reinado de Eduardo I. Y si bien su estructura fue modificada tiempo después, éstos constituyeron la base de la reforma en la organización judicial.

Los Tribunales Reales, en un principio, funcionaron como tribunales de apelación o para cuestiones extraordinarias, frente a los tribunales de la región, de los condados (*Country Courts*) o los tribunales de las jurisdicciones más pequeñas (*Hundred Courts*)⁷. Para lograr la intervención de los Tribunales Reales en un caso particular era necesario pagarle y solicitarle al funcionario de más alto rango del Palacio, el canciller (*Chancellor*), una "autorización real", que se denominó *writ*, literalmente "escrito", pero que se entiende como auto, decreto, orden o mandato. Esta función del canciller parece seguir, a más de mil años de distancia, la labor del pretor romano cuando otorgaba una "acción útil", que en el antiguo derecho civil extendía el ámbito de aplicación de una acción. Los *writs* ordenaban a las autoridades remediar algún daño que había llegado a la atención del rey ("Devolved, al punto, vuestro señor, todo el ganado que justamente habéis tomado en prenda"), permitiendo así ejercer un control, tan-

⁵ Walter Map. *De Nugis Curialium*. Edic. de M. R. James. Oxford, 1914. Cit. en (BERMAN, 2001).

⁶ Ver, por lo menos, (NARANJO MESA, 2000: 182 - 187), (RABASA, 1982) y (CAENEGEM, 1988).

⁷ *Hundred* es una subdivisión del condado.



to sobre la competencia de estos tribunales, como sobre el nuevo poder que se había investido en los jueces por la creación del jurado inglés (*jury*), modelado sobre una institución administrativa normanda. Incluso, para Raoul van Caenegem, el origen mismo del *Common Law* se encuentra en el azar histórico de la conquista política de Inglaterra por los normandos. (CAENEGEM, 1988).

Henry II contribuyó al desarrollo del *Common Law* también mediante la judicialización de los *writs*, dando el paso del decreto ejecutivo: "Devolved..." al escrito judicial: "Presentad a mis jueces una investigación para determinar la cuestión en disputa", posibilitando al requirente hacer la demanda presentándose al canciller real, quien enviaba un escrito al alguacil mayor de la jurisdicción en la que se celebraría el juicio ordenándole iniciar uno de los diversos tipos de procesos para resolver la disputa en el tribunal real respectivo.

El *Estatuto de Westminster II*, de 1285, dispuso que el canciller sólo podía emitir nuevos *writs* cuando los hechos del caso que debiera conocer el Tribunal fueran similares a los de una situación contemplada en un *writ* anterior ("*in consimili casu*"). El *Estatuto*, igualmente, le restringió la creación de nuevos *writs* con base en la aplicación de los antiguos. Para finales del siglo XII existían alrededor de ochenta tipos de *writ*, pero este número aumentó considerablemente durante los dos siglos siguientes, y fueron publicados en colecciones semioficiales llamadas "Registros de *Writs*". Se debía prestar mucha atención al momento de escoger el *writ* adecuado según la materia y el caso concreto, ya que de

equivocarse la demanda sería rechazada por el Tribunal.

Con el tiempo, y debido sobre todo a que la gran mayoría de demandas para las cuales los particulares solicitaban dicha autorización eran muy similares, los *writs* se estandarizaron, y posteriormente se crearon unos formatos denominados "formas de acción" (*forms of action*), que sólo se debían llenar con los datos particulares del caso. Sistema que, con muchas dificultades, funcionó hasta comienzos del siglo XIX cuando el "derecho común" se generalizó y se asoció más al derecho civil y, por lo tanto, menos particular, menos limitado. Época que coincide con la promulgación del Código de Napoleón (*Code*, 1804).

Para decidir en los asuntos de su competencia, los Tribunales Reales debieron examinar en las costumbres locales lo que había de "común" para crear un derecho unificado y respetuoso de los usos y las costumbres que en los respectivos territorios habían imperado durante siglos.

Estas reglas, que estimamos correcto llamar *pre-derecho*, en sus inicios estuvieron basadas en las costumbres y constituirían en adelante la normatividad aplicable en todo el país, constituyendo un "derecho común" a todo el territorio. Así precisamente surgió el "*Common Law*", o la "*commune ley*", como la llamaron los normandos.

Debido sobre todo al aumento de las demandas y la cada vez mayor complejidad de los casos, gestando una versión primitiva de los "casos difíciles", se hizo insuficiente el sistema de los *writs*, así como el de las "formas de acción". Frente al descontento



to de la población se tuvo que buscar una alternativa, la cual desembocó en el segundo subsistema jurídico del derecho inglés: la *Equity*.

1.2 LA EQUITY

En los albores del año 1300, los particulares al no poder obtener justicia de los Tribunales Reales, empezaron a llevar sus quejas directamente al rey, quien a su vez se las enviaba a la persona más idónea para resolverlos y el guardián de la conciencia del monarca: el canciller, quien, por esta "nueva" encomienda tuvo que crear el Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*). Los cancilleres, hasta el reinado de Enrique VIII, fueron miembros de la Iglesia católica, por lo que recurrían con frecuencia en busca de alguna solución al derecho canónico, el cual era muy cercano al derecho romano (*civilians*). El Tribunal de la Cancillería funcionó, al principio, como una especie de tribunal que juzgaba en justicia, por lo que al tomar una decisión el canciller, en el menor tiempo posible, debía considerar los incidentes especiales de cada caso y la intención que motivó el hecho más que la forma.

La *Equity*, como rama complementaria del *Common Law*, y que vendría a ser lo que nosotros entendemos por juicios en equidad, nació para corregir su incapacidad ocasionada sobre todo por su rigidez y formalidad, ya que sus jueces no podían resolver los casos no contemplados en los *writs*. Circunstancia que derivó en la extensión de la jurisdicción de la *Equity* a situaciones no consideradas en el *Common Law*, dando lugar, en el ámbito procesal, a la creación de nuevas instituciones que, de esa manera, también ampliaron el campo

del derecho sustantivo. Ejemplo de esto es el *trust*, difícilmente traducido como "fideicomiso", incluido en el *Common Law* inglés dentro del derecho de propiedad ("*property law*").

La pervivencia de estas dos jurisdicciones paralelas, y con tribunales distintos, continuó hasta finales del siglo XIX cuando dos leyes del Parlamento inglés (*Judicature Acts*) modificaron la organización judicial al fusionar los tribunales del *Common Law* y de la Cancillería. Esta fusión se llevó a cabo por medio de la creación de una Corte Suprema de la Judicatura (*Supreme Court of Judicature*) que estuvo integrada por varios cuerpos colegiados que desintegraron los Tribunales Reales y el Tribunal de la Cancillería.

De otra parte, la función judicial del canciller se hizo cada vez más técnica, compleja y especializada, lo cual hizo imperativo que dicho cargo fuera desempeñado por un profesional y experto en los temas jurídicos y el conocimiento de los precedentes: el abogado.

Recapitulando, destaquemos las cuatro etapas en las que, a título simplemente expositivo, se desarrolla el *Common Law*. En un primer y un segundo momento, con base en costumbres locales, se dio la existencia de un derecho germano hasta la invasión normanda del año 1066, y luego, hasta el siglo XV, se perfila un sistema jurídico resultado de los Tribunales Centrales londinenses. Una tercera etapa se podría establecer desde el siglo XVI hasta el XVIII, donde se da una mayor distinción entre el *Common Law* y el *Civil Law*, debido al notable papel desempeñado por los tribunales ingleses, y por no existir la influencia ro-



mana ni del derecho natural racionalista que, por el contrario, impregnó el *Civil Law*. Finalmente, desde el siglo XIX hasta nuestros días, el *Common Law* continúa siendo un sistema jurisprudencial de derecho de origen judicial mediante los precedentes, mientras que el *Civil Law* es un sistema esencialmente codificado. (CUETO RUA, 1957: 31 y 55).

2. EL PRECEDENTE JUDICIAL

Los jueces del Tribunal de la Cancillería, y los jueces de otros tribunales, adoptaron la regla de la obligatoriedad del precedente judicial. De esta regla deriva la fuerza obligante de la jurisprudencia en el *Common Law*; en los Estados Unidos se le conoce como "doctrina de precedentes" (*doctrine of precedents*), y la obligatoriedad de la doctrina, o del sistema, de precedentes se denomina principio *Stare decisis* (estarse a lo decidido)⁸, en virtud del cual los jueces o tribunales antes de dictar sentencia en un nuevo caso, tienen la obligación jurídica, como regla general, de respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores emitidas por su despacho y por el de otros jueces y tribunales en casos que se relacionen con los mismos hechos (casos, como se denominan doctrinariamente, "analogizables") dentro de una rama del derecho específica por constituir estas sentencias anteriores fuentes de derecho. Decisiones anteriores que, en lo concerniente a los puntos de derecho invocados, al provenir de Tribuna-

les Superiores, son obligatorias o vinculantes para ellos mismos y para los tribunales y jueces jerárquicamente inferiores, los cuales al invocar en su decisión el fallo anterior, le confieren la calidad de precedente judicial, al cual se debe recurrir para reafirmar los principios jurídicos aplicables al asunto de que se trate, logrando, además, consistencia en los fallos y fortaleza en el subsistema de reglas.

Al conferirle esta fuerza vinculante al criterio con el que se han resuelto previamente los casos donde los hechos relevantes son similares, el principio *stare decisis* determina la regla de decisión futura para dichos casos, similares al que se plantea; por lo que al atribuírsele al precedente el valor de regla sobre la solución de los casos ulteriores, una norma jurídica válida (*rule*) puede ser producida por una sentencia judicial de manera autónoma (*judge made law*), al contrario de nuestra tradición romano-canónica en donde al ser la ley la principal fuente de derecho, las normas jurídicas son fundamentalmente las determinaciones de la rama legislativa.

El mismo principio también reduce la discrecionalidad judicial cuando aplica las normas legales (*statute law*) de modo que en tal caso el derecho aplicado por los jueces está integrado por los *statutes* respaldados por las decisiones que los han aplicado y han ido conformando el subsistema de reglas para la aplicación futura.

⁸ Por sólo mencionar un ejemplo local de la recepción del principio *stare decisis*, ver la sentencia C-083/95 M.P.: Carlos Gaviria D. Demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 8 y 13 de la ley 153 de 1887 por infringir el art. 230 constitucional. Como la Corte ya había emitido pronunciamiento de exequibilidad sobre el art. 13 (C-224/94 M.P.: Jorge Arango M.) se rechazó la demanda contra este artículo y la Corte decidió estarse en lo resuelto en aquella sentencia por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional.



Como señala Ignacio de Otto, el principio *stare decisis* opera de forma horizontal y vertical: en primer lugar, vincula a los tribunales a sus propias decisiones anteriores, no a las de otros tribunales de igual rango. Por ejemplo, la Corte Suprema norteamericana no está obligada por sus propios precedentes, pudiendo cambiar de criterio (*overruling*). Pero en Inglaterra, por el contrario, los tribunales están obligados por sus propios precedentes; la fuerza vinculante del precedente resulta aquí más matizada. En segundo lugar, al exigir que los tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio adoptado por los tribunales superiores. La fuerza vinculante del precedente varía según el tribunal que lo produzca, pero al tratarse de la Corte Suprema en los Estados Unidos, o de la Cámara de los Lores, la Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*) y la *High Court*, en Inglaterra, resulta fuertemente vinculante porque se trata de un criterio adoptado por los que ocupan la cúspide de la jerarquía judicial. (DE OTTO, 1999: 287 y ss.)

El principio *stare decisis* no es completamente rígido, pues las normas de origen jurisprudencial pueden ser cambiadas por medio de un *overruling*, como en los Estados Unidos denominan el "cambio en la jurisprudencia". Así, el juez en su sentencia, si bien sabe que se encuentra obligado por los precedentes en la materia, tiene la posibilidad de decidir desconociendo el precedente al encontrar que resulta equivocado en tal caso particular y formula una nueva regla de derecho (sub-regla constitucional). Es importante aquí recordar que *leading case* (traducido como 'Precedente fundamental') es

el tipo de precedente que define por primera vez y definitivamente una regla o principio de derecho y que desde su establecimiento ha sido continuamente seguido y obedecido.

3. LAS FUENTES DEL COMMON LAW (INGLÉS Y NORTEAMERICANO) EN PERSPECTIVA COMPARADA

Establecer una teoría de las fuentes del derecho en el *Common Law* norteamericano no escapa a la complejidad nombrada al principio de los 50 derechos, atomización que dificulta, sin que impida, exponer una teoría de las fuentes del derecho, unos principios de origen común. Debemos señalar además la distinción que, independientemente se trate de derecho federal o estatal, existe entre las "fuentes imperativas" (*binding sources, authoritative sources* o *sources of a binding*), que son las que se imponen al juez, como la C.F. de los EE.UU. (la cual está organizada en forma de artículos y secciones, tal como en la nuestra son los capítulos y artículos, respectivamente) y la Constitución de cada Estado, las leyes y, en últimas, el *Common Law*; y las "fuentes persuasivas" (*persuasive sources* o *sources of a persuasive authority*), que sin serle impuestas al juez, le pueden proporcionar elementos de decisión: la opinión expresada en un litigio anterior por un juez que no ha llegado a ser adoptada por la Suprema Corte, así como las decisiones tomadas en otros estados.

En relación con Inglaterra, hay que tener en cuenta que al ser miembro de la Unión Europea desde 1973, su *Common Law* se integra a este sistema jurídico supranacional, por lo



cual puede ser también considerado fuente de derecho (KIRALFY: 1990).

Con base en lo anterior, digamos que los recursos, las fuentes de las que debe beber el juez para resolver los casos, dentro de la tradición jurídica del *Common Law*, son: la jurisprudencia, la ley, la costumbre y la doctrina, que resumimos a continuación.

3.1 LA JURISPRUDENCIA (CASE LAW)

Conjunto de decisiones anteriores de jueces o tribunales sobre un asunto concreto. Como vimos, la preeminencia de la jurisprudencia y su fuerza obligante como fuente de derecho en este sistema deriva de la regla de obligatoriedad del precedente judicial, o "doctrina de precedentes". La obligatoriedad del sistema de precedentes se denomina principio *stare decisis*, y para que este principio sea operativo, es necesario que jueces y abogados conozcan los casos, por lo que desde tiempo atrás existen publicaciones periódicas que contienen los reportes judiciales o los casos más importantes, sentencias hito como diríamos al interior de nuestro constitucionalismo. Los primeros reportes en Estados Unidos contenían las colecciones que se llamaron *Year Book*, que al principio aparecieron en forma manuscrita. A partir de 1870, *Law Reports* se denominó la publicación de los reportes judiciales. De las colecciones privadas donde se publican las sentencias más importantes de los tribunales norteamericanos, se destacan: *American Reports*, *Annotated Reports*

System (comentadas) y el *National Reports System*, más completo pero no comentado. Los *Citation books*, como la *Shepard's Citations*, revisten de especial importancia, ya que permanecen actualizados con las sentencias y los principios allí establecidos. Y a la forma del Digesto Justiniano, encontramos el *American Law Institute*, que contiene sistemáticamente las decisiones judiciales por materia.

Lo que en la tradición del *Common Law* logró el principio *Stare decisis*, por su parte en Colombia y los países iberoamericanos de avanzado derecho constitucional (España, Bolivia y Costa Rica, por ejemplo) vendría a ser el control de constitucionalidad, orientado a preservar la supremacía e integridad de la Constitución. La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la importancia y la obligatoriedad del precedente judicial, o principio *stare decisis*, en la definición de casos análogos sometidos a la decisión de los diversos funcionarios judiciales, a fin de dar prevalencia al principio de igualdad⁹. Precedente que está dado por el propio juez o por quien ocupe un rango superior en la estructura de la administración de justicia¹⁰.

Si bien tanto el sistema jurídico estadounidense como el inglés son esencialmente tradiciones de derecho jurisprudencial, la obligatoriedad del precedente judicial no tiene tanto rigor en su aplicación en los Estados Unidos como en Inglaterra, por lo

⁹ Sobre el recurso y la sistematización de la corte constitucional colombiana a los métodos de interpretación de precedentes importados del *Common Law*, ver como singular ejemplo en nuestro medio (LÓPEZ 2001 y 1999).

¹⁰ Auto 148 de 2000 en el que se refiere a la solicitud de nulidad a la sentencia T-176/99, proferida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.



que un tribunal norteamericano puede desconocer más fácilmente sus propios precedentes y efectuar un cambio de jurisprudencia (*overruling*). Para Rene David y Camille Jauffret-Spinosi, como consecuencia del sistema federal, cada estado norteamericano es soberano con relación a su régimen interno, por lo que cuentan con su propio sistema judicial encabezado por una Corte Suprema (DAVID - JAUFFRET: 1992), estableciendo así, llamaremos, una especie de sub-sistema jurídico propio de precedentes. Incluso es la idea misma de los estados federados la que domina todo derecho vigente en los Estados Unidos, por lo que la autonomía local resalta y se enfrenta con respecto al sistema jurídico romano-canónico del derecho civil. De esta forma, cada estado posee todo el poder legislativo, judicial e incluso el ejecutivo, y si bien el poder federal se superpone a los gobiernos estatales, al examinar las facultades que la Constitución le otorga al Congreso en materia jurídica, sobrepasan las limitaciones en los asuntos locales al facultarlo sólo en el manejo de la política extranjera y los asuntos económicos (reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los estados y con las tribus indígenas; establecer leyes uniformes en materia de quiebras; asegurar la propiedad literaria e industrial y crear tribunales subordinados a la Corte Suprema).

Con respecto a las cortes superiores, recordemos que pueden establecer sus precedentes, lo cual ocasiona diferencias entre los derechos y las penas de los estados. Circunstancia ésta

por la que el principio *stare decisis* no puede ser tomado con mucha rigurosidad¹¹, aunque hay también una razón de índole histórica para explicar esto: este principio se encontraba todavía en pleno desarrollo en Inglaterra cuando se adoptó en los Estados Unidos, sin haber alcanzado la importancia con la que contaría años más tarde.

El conjunto de decisiones judiciales reiteradas sobre casos análogos, que entendemos en un sentido primario castellano como 'jurisprudencia', en el inglés jurídico usual se conoce como *case Law* (como fuente, es más antiguo que la ley, y de una importancia nodal dentro del *Common Law*), ya que '*jurisprudence*' equivale a lo que nosotros llamamos 'teoría o filosofía del derecho'¹², por lo que antes de continuar, considero necesario detenernos brevemente en la ambigüedad intrínseca, y un tanto problemática, de la expresión inglesa '*Jurisprudence*'. En un primer uso, arcaizante, se utiliza como 'ciencia del derecho', tal como se entiende también en un sentido secundario en castellano, significación en la que, por ejemplo, se aluden los estudios en Jurisprudencia. En un segundo uso se utiliza para designar las materias e investigaciones en filosofía del derecho o teoría jurídica, en esta significación se indica, por ejemplo, que Duncan Kennedy es *Carter Professor of Jurisprudence*. Advierte el profesor López Medina que en el inglés hablado de hoy en día este uso es el que predomina (LÓPEZ, 2004: 75).

De esta forma, '*jurisprudence*', en la práctica jurídica del *Common Law*, se

¹¹ Vid. *supra* *Overruling*.

¹² Agradezco esta precisión al profesor Mauricio García Villegas.



adopta raramente en el sentido de decisiones judiciales reiteradas sobre casos análogos, en cambio conserva esta acepción en castellano, donde conserva también la significación de "filosofía del derecho" cuando se hace referencia a la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) o de intereses (*Interessenjurisprudenz*). (LÓPEZ, 2004: 75, nota 4). En estos casos parece haber una traducción directa de los conceptos alemanes *Jurisprudenz*, *Rechtswissenschaft*, o del *Jurisprudence* inglés, donde con más solidez se mantienen sus implicaciones teóricas.

3.2 LA LEY (*STATUTE, ACT O LAW*)

Es la segunda fuente más importante. En el derecho inglés, emana del Parlamento –como máximo órgano legislador– a través de los Actos del Parlamento (*Acts of Parliament*), los cuales luego de aprobados no pueden ser declarados inconstitucionales por ningún tribunal¹³. Existe también la llamada "legislación delegada o subordinada", la cual está constituida por disposiciones de carácter reglamentario que pueden provenir de la Reina y su Consejo (*Orders in Council*), de los ministros (*Statutory Instruments*) y de las autoridades locales (*By-laws*). El Parlamento tiene plena soberanía para que sus Actos sean aplicados sin mayores trámites por los tribunales. Aunque en el litigio inglés, de cuño más bien tradicionalista, se contempla la ley como verdadero derecho sólo hasta que es interpretada por algún tribunal.

En el *Common Law* estadounidense,

como consecuencia del régimen federal, coexisten leyes que vinculan a la Nación, como leyes de cada estado; y tal como sucede en Colombia en virtud del consabido artículo 4to constitucional, en los Estados Unidos la Constitución Federal ocupa el lugar más alto en la jerarquía normativa, o podríamos decir también, ocupa la cúspide de la pirámide kelseniana. Pero además de esto, como señalan René David y Camille Jauffret-Spinozi, la Constitución federal es para los norteamericanos algo mucho más importante, algo así como la encarnación de la nación (DAVID – JAUFFRET, 1992: 354). La Constitución representa, como lo fue en la visión monarquista francesa, el alma nacional, una parte inherente de los pueblos, y no sólo un acto político fundacional, como lo creyeron en Francia los patriotas, con Rousseau.

Dentro de una perspectiva de Derecho Constitucional comparado, es importante mencionar aquí que Inglaterra no tiene Constitución escrita. La Constitución Política inglesa no está contenida en un documento único promulgado por el poder legislativo o en un cuerpo legal determinado como la norma suprema del país, tal como en Alemania, con la Ley Fundamental de Bonn, la C.F. de los EE.UU. o la Constitución Política de Colombia. Lo que los ingleses llaman 'Constitución', corresponde al conjunto de reglas de origen primordialmente jurisprudencial, aunque con el tiempo cada vez más legislativo, que garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos y limiten el poder de las autori-

¹³ Hay que tener en cuenta aquí que cuando sucedieron los conflictos entre el Parlamento y los reyes Estuardo (s. XVII), los tribunales apoyaron al Parlamento aceptando su supremacía como máximo órgano legislador. Por su parte, el Parlamento reconoció la independencia de la judicatura. Vid. *Infra. Carta Magna*.



dades públicas. La genealogía del texto constitucional inglés se encuentra en la *Carta Magna*, considerado el primer documento político que limitó formalmente la autoridad real frente a los ciudadanos ingleses mediante el reconocimiento de algunos derechos y libertades públicas, primero sólo a los barones pero luego, paulatinamente, también a los propietarios de los condados y burgos representados en la Cámara de los Comunes. Por la limitación que le imponía la *Carta* a sus poderes, el rey "Juan sin tierra", sucesor en 1199 de Ricardo III "Corazón de León", fue obligado a firmarla, bajo la amenaza de guerra por parte de los nobles, el 15 de junio de 1215. Redactado por los nobles y el clero, permitió la ampliación y el fortalecimiento de los derechos civiles y políticos de los individuos, los cuales se consolidaron mediante las disposiciones constitucionales, de la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus Act* (1679) y, finalmente, la *Bill of Rights*; conquistas del Parlamento luego del prolongado enfrentamiento con los Estuardos (s. XVII) por su absolutismo.

La unión de los nobles y la iglesia, con el respaldo real en la *Carta*, desembocó en la conformación del primer Parlamento en sentido moderno con la reunión convocada por Simón de Montfort en 1265. Reunión que es considerada el nacimiento del Parlamento inglés.

Debajo de la C.F. de los EE.UU. están las leyes emanadas del Congreso, y al lado de éstas, los tratados internacionales, aspecto que representa una gran diferencia con respecto al sistema romano-canónico del *Civil Law* contemporáneo, ya que en virtud del Blo-

que de Constitucionalidad, los tratados ratificados por el Congreso, ocupan, cuando no superior, el mismo rango de la Constitución.

En este mismo rango se encuentran las decisiones judiciales que establece la Corte Suprema al interpretar la Constitución, que en algunos casos son dotadas de validez legal por el Congreso. Hay también leyes de los departamentos administrativos. Esta jerarquía federal se repite en las legislaciones locales.

La codificación del derecho en leyes, como sucede en nuestra tradición y en la de Europa continental, no ha sido tan importante en el *Common Law* como la jurisprudencia, pero en los últimos años se ha revestido de una mayor relevancia y es en derecho legislado donde tienen su origen generalmente las instituciones de reciente creación. Este derecho legislado ha visto la necesidad de organizarse sistemáticamente, lo cual ha ocasionado enfrentamientos federales y locales que se conocen como leyes revisadas (*Revised Laws*) o leyes consolidadas (*Consolidated Laws*). Afín a nuestro derecho -aunque, claro está, con un matiz inferior- también se les conoce como códigos, como el Código Anotado de los Estados Unidos (*United States Code Annotated*) que contiene las leyes federales vigentes.

Además de la organización sistemática, existe una fuerte tendencia por efectuar una unificación armónica del derecho. De un lado, se han propuesto a las legislaturas locales que en materias determinadas, adopten leyes tipo. De ahí la adopción de un Código de Comercio uniforme (*Uniform Commercial Code*) promulgado por casi todos los estados. De otro,



el Congreso federal ha absorbido algunas materias que eran competencia de las legislaturas locales. Existen ahora también códigos estatales en materias civiles y penales y procesales.

3.3 LA COSTUMBRE

Se entiende como la práctica establecida socialmente que ha adquirido fuerza de precepto por su considerable permanencia en el tiempo. En el *Common Law* inglés, desde el estatuto de *Westminster* de 1275, se encuentra determinada desde un año específico: el 1189, primer año de reinado de Ricardo I, y se denomina 'costumbre general inmemorial'.

Para que la costumbre -que al momento de ser aceptada por un tribunal deja de serlo para convertirse en derecho local- se constituya en norma jurídica, y así en fuente de derecho, debe circunscribirse a una región determinada y debe ser preciso su contenido en cuanto a la materia y las personas, debe también contar con un ejercicio continuado, razonable, público y sin vicios¹⁴. Debe ser consistente con el derecho objetivo al no contrariar ninguna norma jurídica vigente (jurisprudencial o legislada). En nuestro derecho es la costumbre *contra-legem*, definida por la Corte Constitucional como la norma "contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en desuso"¹⁵.

En la actualidad, es mínima la importancia de la costumbre como

f fuente de derecho con respecto a lo que fue en sus inicios.

3.4 LA DOCTRINA

Si bien no se constituye en fuente real del derecho, y ningún juez o tribunal sustentaría un fallo o una interpretación legal o jurisprudencial en la mera opinión, por reputada que sea, de un doctrinante; es un importante recurso en al *Common Law* que se encuentra contenida en los libros de cada rama jurídica específica, por cuyo tradicional recurso por parte de jueces y abogados durante un tiempo prolongado le confieren autoridad y el carácter de fuentes del derecho. Obras que, como se dice, son auténticas manifestaciones del derecho de su época.

En el *Common Law* inglés se incluyen dentro de esta categoría los libros publicados con anterioridad a la obra de Blackstone: *Commentaries on the Laws of England*, de 1765; y los libros más recientes, aunque importantes, no se incluyen tradicionalmente dentro de las fuentes doctrinarias originarias en sentido estricto. ¡Incluso existió una ley que impedía que la obra jurídica de autores aún vivos fuera citada en juicio!

La doctrina se manifiesta de manera esencial, para René David y Camille Jauffret-Spinozi, en la actuación del juez al buscar los principios jurídicos contenidos en las decisiones judiciales anteriores para proférer una nueva sentencia, y como es esencialmente casuista el sistema jurídico del *Common Law*, no pretende que la ley prevea hasta el mínimo

¹⁴ En el derecho inglés una costumbre es 'viciosa' cuando se ejerce clandestinamente o con violencia.

¹⁵ Sentencia C-224, de mayo 5 de 1994, M.P.: Jorge Arango Mejía.



detalle, pues en la legislación existen lagunas que deben ser llenadas por el juez, no sólo mediante la interpretación de la norma, sino que también, apoyado en los principios jurídicos sustento de los precedentes judiciales, la crea. Para los legisladores, evidentemente, "una masa de cosas queda necesariamente abandonada al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos y al arbitraje de los jueces"¹⁶.

Los principios del *Common Law* norteamericano son indispensables para realizar una interpretación holista de la Constitución federal, pues muchos de sus términos carecen de sentido más que en el contexto del *Common Law*, entre cuyos principios hay un número significativo de los relativos a la interpretación de textos legislativos¹⁷. Su importancia radica en que sólo cuando un principio de este sistema ha dado sentido a una disposición constitucional es que merece ser situado al lado de ella, dentro de la jerarquía de las fuentes del derecho federal. Podría decirse también -discutible, ciertamente, pero sobre lo que no pretendo ahondar aquí- que estos principios están por encima de la Constitución federal, puesto que determinan su sentido, o menos discutible, que están por encima de las decisiones de los jueces porque éstos deben aplicarlos para interpretar la Constitución.

4. EL PODER JUDICIAL FEDERAL EN EL COMMON LAW DE LOS ESTADOS UNIDOS

"En los Estados Unidos, la Carta básica del proceso legislativo se encuentra en una Constitución escrita (...) Debemos resistir la tentación de gestionar este documento con enmiendas relativas a asuntos sustantivos (...) [Tales intentos] implican la evidente falta de sabiduría de tratar de solucionar hoy los problemas del mañana. Pero su peligro más insidioso reside en el efecto debilitador que tendrían sobre la fuerza moral de la Constitución misma".

Lon Fuller¹⁸

En los Estados Unidos existe un doble sistema de tribunales que funciona, por un lado, con los jueces de cada estado, y por otro, la rama judicial conformada por los jueces federales, que son los jueces constitucionales (Corte Suprema, Tribunales de apelación de cada distrito judicial, las cortes federales de distrito y la Corte de Comercio Internacional) y las cortes de origen legislativo, creadas por el Congreso facultado por la C.F. de los EE.UU. en su artículo I, sección 8: "El Congreso tendrá la facultad de ..." (inciso 9): "Crear tribunales inferiores a la Corte Suprema"¹⁹. De esta forma, y en virtud del artículo III, sección primera de la C.F. de los EE.UU., el poder judicial federal se encuentra representado por una Corte Suprema y

¹⁶ Portalis. "Discours préliminaire du projet de Code civil". Cit. en (PERELMAN, 1988: 30).

¹⁷ Ver los casos *Smith vs. Alabama* (1887) y *Schick vs. United States* (1904).

¹⁸ Lon Fuller. "American Legal Philosophy at Mid-Century" En: 6 *Journal Legal Education*. Vol. 457, 1654.

¹⁹ Article I, section 8 "The Congress shall have Power to..." "To constitute Tribunals inferior to the supreme Court".



por los tribunales inferiores que el Congreso ordenará y establecerá de tiempo en tiempo²⁰.

La Corte Suprema (*Supreme Court*) cuenta con 9 magistrados (*justices*) nombrados de forma vitalicia por el Presidente de la federación con aprobación del Senado; ocho son magistrados asociados (*Associate Justices*) y uno Presidente (*Chief Justice*). Siempre funciona de manera colegiada. Su jurisdicción obligatoria (*original jurisdiction*) está delimitada en la segunda parte de la sección II del referido artículo, el cual la faculta para conocer los escasos procesos relativos a embajadores, cónsules y funcionarios públicos, y en los casos entre estados o entre un estado y el gobierno federal. A renglón seguido se dice que la Corte, en todos los demás casos, tendrá la jurisdicción de apelación (*appellate jurisdiction*) tanto respecto a la ley como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso²¹.

En consecuencia, la práctica de la Corte Suprema se da más como tribunal de apelación, tanto en esta jurisdicción (*original*) como en la discrecional, en la cual se interponen cada año en promedio 7000 casos (*Certiorari* se denomina el recurso que se le interpone), entre civiles y penales provenientes de tribunales estatales y federales, de los cuales escoge con total discreción para fallar un número muy reducido; así

por ejemplo, desde 1800 hasta 1991 profirió 24.435 fallos (CEPEDA: 1997). Sólo podemos tener una dimensión real de esta discrecionalidad y del reducido número de casos que resuelve mediante una comparación con la eficacia instrumental de la Corte Constitucional colombiana; así, desde su instalación formal en marzo del 92 hasta 1997, profirió 3.142 fallos, mientras que entre 1980 y 1990 la Corte Suprema norteamericana profirió 1.432 fallos. Lo cual significa que la Corte Constitucional colombiana en un período de cinco años dicta más del doble del total de sentencias adoptadas por la Corte Suprema. Esta comparación nos permite determinar igualmente la magnitud del número de casos que resuelve nuestra Corte, lo cual podemos ilustrarlo también mediante una comparación con otros tribunales constitucionales que se encuentran en inferior número de casos resueltos por año. En 1999, por ejemplo, nuestro tribunal constitucional profirió 1022 casos, mientras que en el austriaco fueron 46, en el español, 20 y en el francés, 46; si bien es superada por los tribunales constitucionales de Italia (970) y Alemania (4630), hay que tener en cuenta que sus conformaciones son, respectivamente, de 16 y 15 magistrados, con sus respectivos auxiliares. Así mismo, cuentan con partidas presupuestales superiores que les permiten contratar expertos y realizar mayor número de investigaciones.

²⁰ Article III, section I (primera parte) C.F. de los EE.UU.: "The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish".

²¹ Article III, section 2 (segundo inciso) C.F. de los EE.UU.: "In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make".



La decisión que la Corte toma sobre una cuestión constitucional es virtualmente inapelable, y los precedentes que marcan sus sentencias sólo pueden variar por el procedimiento excepcional de la enmienda constitucional (*constitutional amendment*), por el establecimiento de un nuevo precedente o mediante la modificación de uno ya establecido (*overruling*).

En la organización judicial federal norteamericana se hallan unos tribunales que conocen de algunas materias específicas. El Tribunal de Quejas (*Claims Court*) sobre los casos en los que se exige la responsabilidad del Estado. El tribunal Fiscal (*U.S. Tax Court*) y el Tribunal de Comercio Internacional (*U.S. Court of International Trade*). En la jerarquía federal encontramos igualmente después de la Corte Suprema, las cortes superiores, que vendrían a ser pequeñas cortes supremas de los estados, pero entre estos dos se hallan unos tribunales ubicados en la jurisdicción federal cuya circunscripción jurisdiccional se denomina 'circuito', los cuales conocen de forma definitiva casi todas las apelaciones de las sentencias de los tribunales de distrito. Operan como una especie de filtro para que la Corte Suprema en Washington no tenga que conocer todos los recursos. En el nivel más bajo encontramos los juzgados de cada distrito judicial que conocen los casos en primera instancia.

Sobre el poder judicial de los estados sería imposible detenernos porque cada uno es soberano para organizar su judicatura, así por

ejemplo, en algunos estados hay cortes municipales que han reemplazado a los jueces de paz, y tienen una jurisdicción más amplia; en otros hay cortes del condado y numerosos tribunales de jurisdicción específica, como los juzgados de menores, de herencias, de relaciones familiares, y para asuntos de menor cuantía. Sin embargo es importante mencionar dos aspectos generales, primero, que en la gran mayoría de los estados los jueces son elegidos mediante elección popular de primer grado, y segundo, la jerarquía en el sistema judicial de los estados:

1. Cortes Supremas (o Cortes de apelación, como en Maryland o New York)
2. Tribunales de jurisdicción general (Cortes Superiores, de distrito o de circuito)

En algunos estados

3. Jueces de paz (jurisdicción limitada en materia civil y penal)

Estas jurisdicciones estatales, especialmente las dos primeras, son llamadas "tribunales de derecho común"; pueden decidir sin que una norma les atribuya competencia explícita, impidiéndole al demandante la interposición de un recurso de apelación o a nuestro equivalente recurso de casación, ante la jurisdicción federal contra la jurisdicción estatal por el hecho de haber sido mal juzgado. Por el contrario, los tribunales del sistema judicial federal sólo pueden resolver los casos en que la C.F. de los EE.UU. les atribuye competencia.



4.1 JUDICIAL REVIEW

"El poder judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos cobijados bajo una Constitución".

John Marshall.

Marbury vs. Madison

Una de las características principales del sistema judicial norteamericano es la *Judicial review*, o "revisión judicial", que es el control jurisdiccional de constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema federal sobre las leyes y los actos de otros poderes, incluyendo el ejecutivo (*executive actions*), facultándola para, mediante una excepción de inconstitucionalidad, invalidar los actos y anular las leyes contrarias a las intenciones o a la interpretación de la Constitución, por razón de una declaración motivada de inconstitucionalidad. Sistema que ha sido denominado en Francia "el gobierno de los jueces".

La facultad del control de constitucionalidad por vía judicial se considera un derecho legítimo y aunque no está otorgado expresamente en ninguna norma constitucional, desde febrero de 1803 la Corte Suprema estableció este principio a raíz de *Marbury vs. Madison*, ampliamente considerado el caso más célebre de toda la jurisprudencia constitucional norteamericana. En este fallo se instruyó la posibilidad de intervención judicial como mecanismo de realización de la C.F. de los EE.UU. Dicho caso consistió en lo siguiente: William Marbury demandó a James Madison, secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, porque no obstante haber sido nombrado juez de paz por el presidente saliente, John Adams, a Marbury no le

confirmaron el nombramiento debido a una lucha interna entre el ex-presidente Adams y el recién elegido presidente Jefferson. En consecuencia, Marbury acudió directamente a la Corte Suprema solicitándole un *auto de mandamus*, que obliga a los funcionarios del estado a cumplir las obligaciones que les impone la ley aunque estén en desacuerdo con los resultados, para que se le ordenara al Secretario Madison enviar el documento correspondiente. Marbury apoyó su demanda en el acto del poder judicial (*Judiciary act*) promulgado por el Congreso de la Unión en 1789.

Como base de esta decisión, el presidente de la Corte Suprema (*Chief Justice*) John Marshall, argumentó que aunque el nombramiento del juez de paz reunía los requisitos legales y Marbury efectivamente tenía el derecho a reclamarlo, la Corte no tenía competencia para ordenarlo, ya que la C.F. de los EE.UU. establece que, salvo en casos determinados, la Corte sólo es una instancia de apelación, y que este caso no figuraba entre aquellos enumerados taxativamente por la Constitución como de su competencia original, y como la Corte no puede actuar en contra de la Constitución, el acto del poder judicial (*Judiciary act*) debía ser considerado para ese caso concreto como una ley inconstitucional, y por unanimidad, la Corte Suprema decidió que en este caso era incompetente y descartó la aplicación de una ley federal por considerarla contraria a la Constitución. El primer ejemplo de la exclusiva sujeción de la Corte a las facultades que le otorga la Constitución para resolver sobre casos específicos, podemos localizarlo en la negación del primer *Chief*



Justice, John Jay, a dar un concepto solicitado por el presidente George Washington sobre las implicaciones constitucionales de un proyecto sobre política exterior.

El juez Marshall estableció las bases de la autoridad futura de la Corte al declarar que es de la competencia de la rama judicial "decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico", afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional era una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. "El juramento no podía cumplirse de otra manera". Se establece asimismo el principio de la interpretación judicial sobre el de la interpretación política de la Constitución, en virtud del cual el Congreso puede determinar los propios límites de su competencia en relación con la Constitución. Se salvaguarda la propia constitución por parte de la jurisdicción de cada estado y la Constitución federal contra las leyes estatales.

Se dice en la conclusión: "Si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de tal manera que la Corte debe decidir el caso conforme a la ley, desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley; la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. *Esto es de la pura esencia de la función judicial*. Si, entonces, las cortes están para vigilar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del legislador, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso" (Énfasis añadido). Más adelante se lee: "La Consti-

tución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, puede ser modificada cuando a la legislatura le plazca hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder que, por su misma naturaleza, no puede limitarse".

Si bien la Ley Judicial de 1789 facultaba a la Corte Suprema a emitir un *auto de mandamus*, los jueces lo consideraban contrario al sentido de la propia Constitución. Se dice en la sentencia: "Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ésta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables. Quienes niegan el principio de que el Tribunal debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la constitución y mirar sólo a la ley (...) El ver que con tal principio [obligatoriedad de una ley inconstitucional] se reduce a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas [una constitución escrita] es de por sí suficiente para rechazar la tesis en América, donde las Constituciones escritas se han visto con tanta reverencia"²².

El poder de "revisión judicial" otorga a las Cortes una gran responsabilidad mediante el establecimiento de

²² Caso *Marbury vs. Madison* (1803). Aparte citado en: Juan Jacobo Calderón Villegas. *Una aproximación al influjo dogmático de la teoría iusfundamental de Robert Alexy en la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales*. Cito de la versión manuscrita. Págs. 25-26.



un sistema de sub-reglas constitucionales que en Colombia han propendido por el aseguramiento de los derechos fundamentales en el marco del desarrollo del Estado social de derecho.

Marbury vs. Madison estableció una importante función a la Corte, así como a otros tribunales federales, de asegurar los derechos individuales, y en el mantenimiento de una Constitución viva (*living Constitution*). Si bien no indica que los jueces pueden enmendar la ley o la Constitución, sino sólo interpretarlas, la facultad de revisión judicial otorga más poder a la Corte y, por extensión, a todo el sistema judicial. Posteriormente se han adoptado cuatro medios de control sobre los casos reconocidos de contradicción entre la Constitución y la ley, los cuales facultan la invalidación de una ley, y en su máximo nivel de generalidad, consisten en lo siguiente: 1) por la violación de la cláusula del debido proceso (*due process of law*) que atenta contra los derechos individuales de las personas; 2) por el desconocimiento de la "regla de razonabilidad" (*rule of reasonableness*) que impide que las leyes le impongan a los particulares cargas exageradas, poco razonables; 3) por la violación de la prohibición a los estados de debilitar por ley la fuerza de los contratos; y 4) por el desconocimiento de la cláusula de igualdad (*equal justice under law*) que procura asegurar a cada ciudadano igualdad bajo la ley.

Deseo concluir con el inicio de la segunda parte de la Declaración de Independencia norteamericana:

"Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que a todos confiere su Creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para asegurar esos derechos, gobiernos son instituidos entre los hombres, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en tal forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y su felicidad"²³.

BIBLIOGRAFÍA

BERMAN, Harold J. 2001. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

BIX, Brian. 2003. *Jurisprudence: Theory and context*. London: Sweet & Maxwell. Third edition.

BODENHEIMER, Edgar - OAKLEY, John Bilyeu - LOVE, Jean C. 1988. *An Introduction to the Anglo-American Legal System*. Saint Paul (Minn.): West.

CAENEGEM, Raoul C. van. 1988. *The Birth of the Common Law*. Cambridge University Press, Second edition.

CEPEDA, Manuel José. 1997. *La Corte Constitucional: El año de la consolidación*. Bogotá: Universidad de Los Andes/Siglo del Hombre.

DAVID, Rene - JAUFFRET-

²³ "The Declaration of Independence. Action of Second Continental Congress, July 4, 1776. The unanimous Declaration of the thirteen United States of America".





- SPINOSI, Camille. 1992. *Les grands systèmes de droit contemporains*. París: Salloz, 10a ed. Cit. en MORINEAU, Marta. 2001. *Una introducción al Common Law*. México D.F.: UNAM.
- DE OTTO, Ignacio. 1999. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- FRIEDMAN, Lawrence M. 1973. *A History of American Law*. New York: Simon and Schuster.
- HART ELY, John. 1997. *Democracia y desconfianza*. Bogotá: Siglo del hombre/Unianandes.
- HOLMES Jr., Oliver Wendel. 1964. *The Common Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- KIRALFY, Albert K. 1990. *The English Legal System*. London: Sweet & Maxwell.
- LÓPEZ MEDINA, Diego E. -2001. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis / Unianandes.
- 2004. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.
- 1999. "El valor del precedente constitucional", en: VV.AA. *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá : Siglo del hombre / Universidad de Los Andes.
- MERRYMAN, John Henry. 1984. *A Civil Law Tradition: An introduction to the legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford University Press. Second edition.
- NARANJO MESA, Vladimiro. 2000. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis, 8va ed.
- NELSON, William. 2000. *Marbury vs. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Kansas University Press.
- PLUCKNETT, Theodore. 1956. *A Concise History of the Common Law*. Boston: Little, Brown and Company. Fifth edition.
- POUND, Roscoe. 1951. "The Development of American Law and its Deviation from English Law", en: *The Law Quarterly Review*. Vol. 67.
- RABASA, Óscar. 1982. *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado*. México D.F.: Porrúa, 2da ed.
- SUMMERS, Robert. 1997. "Precedent in the United States", en: SUMMERS, Robert - McCORMICK, Neil (Eds.) *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth.
1998. *The Declaration of Independence and the Constitution of the United States of America*. Washington D.C.: Cato Institute.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. 2000. *Democracy in America*. Editado y con una introducción de Harvey C. Mansfield y Delba Winthrop. University of Chicago Press.
- TUNC, André. 1971. *El derecho de los Estados Unidos*. Barcelona: Oikos-Tau.
- TUNC, Suzanne. 1957. *El derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. México D.F.: UNAM.