

Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos

Clemente Valdés S.

A la memoria de Mauro Cappelletti

SUMARIO: I. Introducción. II. Los antecedentes del caso. III. ¿Qué fue lo que Marshall nulificó? IV. La situación política. V. Los distintos aspectos del tema. VI. Hacia el fondo del problema.

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo trata del juicio más importante en la historia de los Estados Unidos, el caso Marbury vs. Madison, en el cual el juez John Marshall que presidía la Suprema Corte de los Estados Unidos y los otros cinco jueces de esa Corte,¹ decidieron que tenían el poder de revisar las leyes hechas por los representantes de la población y de los Estados en el Congreso de la Unión, y que tenían además el poder de nulificar dichas leyes si, en su opinión, eran contrarias a la Constitución.

La Suprema Corte de los Estados Unidos es, sin duda, la corte judicial con más poder dentro de cualquier Estado contemporáneo. Sus resoluciones han decidido

¹ El número de jueces (*justices*) de la Suprema Corte de los Estados Unidos no se establece en la Constitución. De acuerdo con el Artículo III sección 1 del texto constitucional, el Congreso es quien instituye y establece la Suprema Corte y los demás tribunales federales a través de una ley ordinaria y por lo tanto se entiende que establece el número de sus jueces. Así la Corte ha tenido entre 6 y 10 jueces en diferentes épocas. En alguna ocasión, según la Ley de Organización Judicial de 1801, diseñada para que Jefferson después de haber triunfado en las elecciones no pudiera nombrar a ninguno de los nuevos jueces de la Corte, el Congreso saliente, dominado por el presidente Adams, decidió que a la muerte de alguno de los que estaban en funciones, el número de jueces se redujera a 5, pero esa ley fue derogada un año después por el nuevo Congreso. En 1937 el presidente Franklin D. Roosevelt, para inclinar a la Suprema Corte a favor de sus reformas sociales envió al Congreso un paquete de leyes para reformarla, en las cuales se proponía aumentar el número de jueces de la misma a 15. El cambio de opinión de la mayoría de los jueces de la Suprema Corte, defensores de la libertad de los hombres de negocios para hacer lo que quisieran con los trabajadores de sus empresas, hizo innecesarias las reformas propuestas por el presidente y la iniciativa no fue aprobada en el Congreso.

en muchas etapas de la historia de ese país los cambios más importantes, han originado algunas de las mayores conmociones, han apoyado algunas de las mejores causas y han propiciado las mayores crisis; entre otras la que, a partir de los casos sobre la esclavitud condujo a los Estados Unidos a la guerra civil.

En la actualidad ningún otro funcionario estatal o federal es tan respetado como los jueces que integran la Suprema Corte. Muchas medidas que no puede ordenar el Presidente, ni la Cámara de Representantes (diputados) o la Cámara de Senadores, o ambas juntas, ni tampoco los más altos funcionarios de los Estados, puede ordenarlas la Suprema Corte. De la misma manera esa Suprema Corte, formada actualmente por nueve jueces, puede, por el voto de su mayoría, es decir, por el voto de cinco de ellos, dejar sin efecto una orden del Presidente, nulificar una ley votada por una mayoría abrumadora de los legisladores (representantes y senadores) en el Congreso Federal, abrir la posibilidad de movilizar el ejército en algún Estado de la Unión para cumplir con sus resoluciones,² u ordenar una distribución diferente de los distritos electorales.³

La imagen de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha pasado por situaciones muy distintas desde el inicio de sus funciones:

Por una primera época en la cual, como órgano judicial del gobierno federal tenía muy poca importancia frente a las cortes judiciales de los Estados. Esto explica por qué cuando el presidente Washington le propone uno de los puestos de la Corte a Robert W. Harrison, éste lo declina porque veía su cargo judicial como “*chancellor*” del Estado de Maryland como algo más importante y explica también como John Rutledge, quien era miembro de la Suprema Corte en la misma época, nunca asistió a una sola reunión en tres períodos de sesiones y finalmente renunció para aceptar ser Jefe de la Corte Superior de Justicia del Estado de Carolina del Sur.⁴

Después, en la época de Marshall de 1801 a 1835, la Corte ejerce un enorme poder. Son los tiempos en que decide algunos de los casos que forman la base misma del funcionamiento del sistema federal norteamericano. En 1819, invocando el Artículo I, Sección 8, párrafo 18 de la Constitución, sostiene que el Congreso tenía el poder de crear un banco y establecer ramas del mismo en cualquiera de los Estados y éstos no tenían el poder de cobrarle impuestos a ese banco ni a ninguna de sus ramas o sucursales, porque los Estados no pueden gravar con impuestos a las empresas del gobierno federal.⁵ En 1824 la Corte afirma la supremacía total del Congreso sobre los gobiernos de los Estados en el comercio interestatal en el caso *Gibbons v. Ogden*⁶ con el argumento, famoso desde entonces, de que teniendo el

² Cooper v. Aaron (1958).

³ Baker v. Carr (1962) y Wesberry v. Sanders (1964).

⁴ McCLOSKEY, Robert, *The American Supreme Court*, 1960, p. 4.

⁵ McCulloch v. Maryland, 4 Wheaton, 316.

⁶ Gibbons v. Ogden, 9 Wheaton, 1 (1824).

Congreso el poder de regular el comercio entre los diferentes Estados tiene por consecuencia el poder de regular la navegación, puesto que la navegación es comercio.⁷ Poco después, en 1826, sobre el mismo tema, la Corte sostiene que los Estados no tienen el poder para decretar impuestos al comercio interestatal en *Brown v. Maryland*.⁸

Es una época en que, por una parte, gracias a la Corte, se consolida la unidad federal, pero por otra se convalidan fraudes tan escandalosos como los de las tierras del Yazoo que comprendían la mayor parte de los territorios que forman lo que son actualmente los Estados de Alabama y Mississippi, las cuales fueron vendidas a un precio ridículo por la legislatura del Estado de Georgia después que todos los legisladores de ese Estado, excepto uno, fueron sobornados para aprobar el fraudulento contrato. La legalidad de ese fraude fue convalidada por la opinión del Jefe de Justicia John Marshall, quien invocando el principio que prohíbe “*impair of obligations of contracts*”, es decir, anular o disminuir las obligaciones de los contratos, a pesar de las confesiones de los legisladores cuyos votos habían sido comprados, sostuvo que sería “indecente” entrar a juzgar las razones del voto de los legisladores.⁹ Esta curiosa opinión de Marshall fue apoyada por todos sus colegas en esa Suprema Corte en el caso *Fletcher v. Peck*, en 1810.¹⁰ Es también la época en que se legalizan algunos de los mayores despojos en contra de los indios para quitarles sus tierras, especialmente en los casos de los cherokees resueltos en 1823, y además se dictan algunas de las más inmorales resoluciones a favor de los grandes especuladores como en el caso *United States v. Arredondo*¹¹ y en el caso *Mitchel* resuelto en 1835.¹²

A partir de 1841 llegan a la Suprema Corte los primeros casos notables directamente relacionados con la existencia y alcances de la esclavitud en los Estados Unidos. Uno de ellos, *Groves v. Slaughter*,¹³ fue el pleito entre dos tratantes de esclavos dispuestos, como sucede con los bribones más inteligentes, a invocar la

⁷ El argumento empleado por Marshall en *Gibbons v. Ogden*, usando el texto del artículo I, Sección 8, párrafo 3 que dice “The Congress shall have power...: To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States...” ha sido usado desde entonces en multitud de casos y, a partir de la concepción de la propiedad privada en el pensamiento norteamericano, ha dado lugar a una polémica entre quienes consideran lógico el argumento de Marshall y quienes ven en él una extensión arbitraria del concepto de “comercio”, especialmente cuando se contrasta con las resoluciones dictadas desde 1923 hasta principios de 1937, particularmente en el caso *Carter v. Carter Coal, Co.* en el cual se resolvió que las manufacturas no eran comercio.

⁸ *Brown v. Maryland*, 12 Wheaton, 19.

⁹ La Corte en ese caso dijo textualmente: “It would be indecent in the extreme to enter into an inquiry respecting the corruption of the sovereign power of a state”.

¹⁰ *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch, 87.

¹¹ *United States v. Arredondo*, 6 Peters, 691.

¹² *Mitchel et al. v. United States*, 9 Peters, 711.

¹³ *Groves v. Slaughter*, 15 Peters, 449, 10 L. Ed. 800 (1841).

Constitución, el estado de Derecho, el respeto a la propiedad y la santidad de los contratos. El asunto se originó por el incumplimiento en el pago de unos esclavos vendidos y entregados en Mississippi, Estado en el cual, de acuerdo con su propia Constitución, estaba prohibida la importación de esclavos después de 1833. En ese asunto la Suprema Corte se enfrentaba al fondo del problema, esto es, al dilema legal entre la proposición que planteaba que si los esclavos eran personas, ¿acaso no debía considerárseles protegidos por la Constitución estatal? y la otra proposición que sostenía que si los esclavos eran propiedad, como cualquier otro objeto de comercio, ¿acaso no deberían estar sujetos a la legislación federal a través de la cláusula de comercio? Para evadir el problema la Corte resolvió de una manera incoherente que, aunque el contrato de compra venta era inconstitucional, no era ilegal y, por lo tanto, el comprador debía pagar el precio de los esclavos.

Esos casos culminan con la resolución dictada en 1857 por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el asunto de Dred Scott, esclavo negro que con su familia había sido llevado por su dueño a un territorio del norte en donde se prohibía la esclavitud. En esa resolución, en el caso *Dred Scott v. Sandford*¹⁴ la Corte declaró que una ley del Congreso expedida 37 años antes, en 1820, conocida como el Compromiso de Missouri, la cual prohibía la esclavitud al norte de la latitud 36° 30' era inconstitucional. Esa decisión fue la causa inmediata de la mayor conmoción en la historia de ese país y precipitó la separación de la mayoría de los Estados del sur y la guerra del gobierno federal contra ellos para mantener la Unión por la fuerza.

Refiriéndose a la resolución en el caso *Dred Scott v. Sandford*, Abraham Lincoln, en su discurso al tomar posesión como presidente de los Estados Unidos el 4 de marzo de 1861, decía: “*si la política del Gobierno sobre las cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo va a ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Suprema Corte, en el instante en que así se hace en litigios ordinarios entre partes en acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propio amo, al renunciar prácticamente a su Gobierno para dejarlo en manos de ese eminente tribunal*”.¹⁵

Además de la trascendencia social y los desastrosos efectos que tuvo esa resolución de la Suprema Corte para los Estados Unidos, el asunto tiene una especial importancia jurídica porque en él, por segunda ocasión después de *Marbury v. Madison*, la Corte declaraba inconstitucional una ley del Congreso de la Unión y es la culminación de varios casos anteriores en que la concepción sagrada de la propiedad (en estos casos la propiedad sobre los esclavos) y la protección que la Constitución le daba a esa propiedad y al comercio entre los Estados fueron las bases deter-

¹⁴ *Dred Scott v. Sandford*, 19 Howard 393, fue discutido inicialmente en la Suprema Corte en 1856 y rediscutido al año siguiente, 60 U.S. (19 How) 393, 15 L.Ed.691 (1857).

¹⁵ “At the same time, the candid citizen must confess that if the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made in ordinary litigation between parties in personal actions the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal.”, Richardson, *Messages and Papers of the Presidents* 5, 9-10, 1897.

minantes del razonamiento de la Corte para mantener en la esclavitud a los negros que vivían en determinados territorios y re esclavizar a aquellos que habían vivido durante más de 30 años como hombres libres en las regiones que el Congreso había liberado de la esclavitud. Edward S. Corwin, el notable profesor de la Universidad de Princeton de 1918 a 1946, defensor convencido de la necesidad del inmenso poder que tiene la Suprema Corte de los Estados Unidos, lo expresa así: En la decisión de Dred Scott “*la Suprema Corte puso su sello en la santidad de la propiedad privada en la forma de la esclavitud humana*”.¹⁶

Los antecedentes, la explicación del asunto y las consecuencias directas del caso Dred Scott, exigen un comentario que ampliaría demasiado esta introducción, pero como por su importancia histórica, su adhesión a algunas reglas del texto constitucional ya entonces inoperantes, la monstruosidad social de sus efectos, y por ser en varios aspectos la antítesis del caso Marbury v. Madison, es indispensable comentarla, haré una referencia más amplia de ese asunto en el cuerpo de este ensayo.

A partir de 1867, después de la guerra y del hundimiento de su prestigio como resultado de su resolución en el caso de Dred Scott, la Suprema Corte de los Estados Unidos entra en una época en que parecería que la preocupación de los jueces que la integraban era hacer pasar a ese alto tribunal tan inadvertido como fuera posible. El desprestigio de la Corte en ese tiempo fue tan grande y la confianza en ella tan reducida que uno de los diputados, miembro de la Cámara de Representantes del Congreso de la Unión, presentó una iniciativa para llevar a cabo una enmienda constitucional a fin de desaparecer a la Suprema Corte del sistema federal norteamericano.¹⁷ El caso Ex parte McCardle,¹⁸ es una muestra de la posición de la Corte respecto al Congreso en los años siguientes a la guerra civil: en 1868, la Corte, de acuerdo con la legislación existente, había aceptado una apelación para revisar la resolución dictada por un tribunal de circuito, en la cual dicho tribunal había decidido que las leyes de Reconstrucción estaban apegadas a la Constitución. Después de que la Corte había aceptado conocer de esa apelación, pero antes de que dictara su resolución, el Congreso modifica la ley para retirarle a la Corte su jurisdicción impidiendo así que pudiera dictar una resolución contraria a esa legisla-

¹⁶ “the Dred Scott decision which put the Supreme Court seal on the sanctity of private property in the form of human slavery”, dice Corwin en el prólogo al libro de Ernest Sutherland Bates, *The story of the Supreme Court*. Corwin es probablemente el autor más citado entre los tratadistas que respaldan en los Estados Unidos la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Entre sus obras más conocidas están *The Doctrine of Judicial Review* (1914) *The Constitution and What It Means Today* (1920) *Twilight of the Supreme Court* (1934) *Understanding the Constitution* (1949) *The Presidency Today* con Louis Koenig (1956) y naturalmente su artículo *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, en 12 *Michigan Law Review* 538 (1914).

¹⁷ *Equal Justice Under Law*, publicado por The Foundation of The Federal Bar Association, Washington, D.C.1965, p. 53.

¹⁸ Ex parte McCardle, 74 U.S. (7 Wall.) 506, 19 L.Ed. 264 (1869).

ción. La Suprema Corte se somete y simplemente declara que de acuerdo con la nueva ley ya no tiene jurisdicción y desecha (dismissed) el caso.¹⁹

A partir de 1905 en el caso *Lochner v. New York*,²⁰ la Suprema Corte de los Estados Unidos empieza a mostrar una recuperación de su poder en la sociedad norteamericana al declarar inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que prohibía que los trabajadores de los hornos de las panaderías trabajaran más de 10 horas diarias. Con una mayoría de jueces especialmente conservadores, la Suprema Corte se presenta desde entonces y hasta 1937 como un órgano que desconoce las condiciones en las que vivían la mayoría de los trabajadores y el abuso y la explotación de la que eran objeto por muchos de los dueños de las empresas y, aferrándose al principio de la libertad de los contratos, no comprende tampoco la necesidad de implantar medidas económicas que eran obviamente desconocidas en la época en que se hizo la Constitución.

Esta actitud de la mayoría de los miembros de la Corte va creciendo con varias resoluciones contrarias a leyes estatales que pretendían mejorar la situación de los trabajadores, entre ellas las dictadas en los casos de *Adkins v. Children's Hospital*,²¹ en 1923, y *Morehead v. State ex rel. Tipaldo*,²² en 1936, en las cuales se nulificaron leyes que establecían salarios mínimos a fin de proporcionar a los trabajadores el mínimo de ingresos necesarios para no morir de hambre con el argumento de que los salarios no tenían relación con los servicios prestados, y llega a su culminación con la resolución dictada en el caso *Carter v. Carter Coal Co.*,²³ en el cual la Corte nulificó una ley federal que buscaba mejorar las infames condiciones de trabajo en las minas de carbón, con el argumento de que la minería y las manufacturas no eran comercio y por lo tanto no podían ser reguladas por el Congreso de la Unión.

McCloskey habla de “la revolución de la Corte”²⁴ y The Foundation of The Federal Bar Association le llama “la revolución constitucional de 1937”.²⁵

La posición de la mayoría de la Corte en contra de la legislación social y de la aplicación de las medidas necesarias para tratar de solucionar la crisis económica derivada del desplome financiero iniciado en 1929, la enfrenta directamente con el presidente Franklin D. Roosevelt, quien después de ganar su reelección en 1936 por una diferencia de más de 10 millones de votos propone su plan de reorganización de la Suprema Corte, declarando el 9 de marzo de 1937 que era urgente “res-

¹⁹ NOWAK, ROTUNDA, YOUNG, *Constitutional Law*, West Publishing, Co. St. Paul, Minnesota, 1986, pp. 38 y 39.

²⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905).

²¹ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 43 S.Ct. 394, 67 L.Ed. 785 (1923).

²² *Morehead v. State ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587, 56 S.Ct. 918, 80 L.Ed. 1347 (1936).

²³ *Carter v. Carter Coal Co.* 298 U.S. 238, 56 S.Ct. 855, 80 L.Ed. 1160 (1936).

²⁴ MCCLOSKEY, *op. cit.*, p. 24.

²⁵ The Foundation of The Federal Bar Association, en *Equal Justice under Law*, p. 83.

catar a la Constitución del dominio de la Corte”, *save the Constitution from the Court*.²⁶

La mayoría de la Corte, como en el caso Dred Scott, había perdido una vez más el sentido de la realidad y de las limitaciones naturales inherentes a sus funciones, pero en esta ocasión cambia su posición de inmediato y empieza a rectificar. Nowak, Rotunda y Young, en su obra *Constitutional Law*, se refieren a esta rectificación señalando que el plan para reformar a la Suprema Corte concebido por el presidente Roosevelt “fue finalmente derrotado, en gran medida porque los jueces de la Corte se reformaron a sí mismos”.²⁷ Veinte días después, el 29 de marzo, en un caso de una ley estatal que fijaba salarios mínimos, la Corte —en un cambio de opinión total— anunciaba que dicha ley era acorde con la Constitución, y el 12 de abril el Jefe de Justicia, Charles Evans Hughes, leía la resolución en el caso *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*²⁸ en la cual, dando un giro de 180°, la Corte sostenía la constitucionalidad de la *Warner Act*, la primera ley federal que regulaba las disputas entre patrones y trabajadores.

A partir de entonces, con notables excepciones, la Suprema Corte de los Estados Unidos parece menos preocupada por el texto exacto de la Constitución y más atenta a las necesidades de la mayoría de la población, al aseguramiento de las libertades fundamentales y a los derechos de las minorías, evitando cualquier papel protagónico frente a los otros órganos de gobierno, con lo cual ha mantenido un enorme respeto y ha conseguido la admiración y el reconocimiento de grupos sociales antagónicos, especialmente desde la extraordinaria resolución en el caso *Brown v. Board of Education* en 1954 y 1955.²⁹

Para poder hacer un estudio serio de la resolución dictada en el juicio *Marbury v. Madison* es indispensable hacer una relación, aún cuando ésta sea muy breve, de las circunstancias políticas, de la posición de sus protagonistas y de los hechos que dan origen a ese juicio.

II. Los antecedentes del caso

En la noche del 3 de marzo de 1801, en su oficina de la Casa Blanca, John Adams, en su último acto como Presidente de los Estados Unidos, nombra a 42 miembros de su partido para dejarlos como jueces de paz en el Distrito de Columbia y Alexandria. Al día siguiente, Jefferson, el líder de la oposición, fundador del partido demócrata-republicano, tomaría posesión como nuevo Presidente de los Estados Unidos.

Para entender el caso es conveniente regresar unos años atrás. En el año de

²⁶ Transmisión radial en la “charla junto al fogón”, *fireside chat*, de esa fecha.

²⁷ “*The plan was eventually defeated, in large measure because the justices “reformed” themselves.*” NOWAK, ROTUNDA, YOUNG, *op. cit.*, third edition, p. 147.

²⁸ 301 U.S. 1, 57 S.Ct. 615, 81 L.Ed. 893 (1937).

²⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L.Ed. 873 (1954), supplemented by *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 75 S.Ct. 753, 99 L.Ed. 1083 (1955).

1800, el gobierno del Presidente Adams y su partido federalista (llamado así por sostener la superioridad del gobierno federal sobre los gobiernos de los Estados) se encontraban en una situación desastrosa.³⁰ En parte, como resultado de su dedicación a suprimir las libertades políticas, especialmente a partir de la *Sedition Act* de 1798,³¹ además de las medidas económicas contra los grupos mayoritarios y a favor de los miembros de la aristocracia financiera y de los negocios; y, en otra parte, por la pugna entre el mismo Presidente Adams y el gran ideólogo de su propio partido, Alexander Hamilton.³²

Para terminar su período como Presidente, Adams, en el mes de mayo de 1800 había recurrido a uno de los miembros más sagaces del partido federalista, John Marshall, y lo nombra su Secretario de Estado, el cargo más importante en su gabinete.

En el mes de noviembre del año 1800 el grupo federalista pierde las elecciones presidenciales y pierde también las elecciones de la mayor parte de los diputados y senadores en el Congreso de la Unión, frente al partido de Thomas Jefferson, autor de la declaración de independencia y líder del movimiento democrático, apoyado por James Madison, reconocido como el hombre más conocedor de la teoría política en la Convención de Filadelfia y el principal artífice del proyecto de Constitución aprobado por los Estados.³³

³⁰ SWINDLER, William F., *The Constitution and Chief Justice Marshall*, Dodd, Mead & Company, New York, 1978, p. 5.

³¹ La sección 2 de la *Sedition Act* de 1798 penalizaba con multa y prisión hasta por 2 años “any person who shall write, print, utter or publish ... any false, scandalous, and malicious writings against the government of the United States, or either house of the Congress of the United States, or the President of the United States” La constitucionalidad de esa ley fue inmediatamente atacada por Madison en las famosas Resoluciones de Kentucky y de Virginia señalando que por una parte dicha ley iba más allá de los poderes enumerados que se le prestaban al Congreso y por otra que dicha ley violaba la Enmienda Primera la cual prohibía cualquier ley que redujera la libertad de palabra o la libertad de prensa. SUTHERLAND BATES, Ernest, *The Story Of The Supreme Court*, Charter Books, New York, 1963, p. 73. Información sobre algunos de los casos en los que se aplicó la famosa Ley de Sedición de 1798 se puede encontrar en WHARTON, *State Trials* (1849). MILLER, *Crisis in Freedom* (1951). James MORTON SMITH'S *Freedom's Fetters* (1956), y en 66 *Harv. L. Rev.* 189 (1952).

³² SWINDLER, William F., *The Constitution and Chief Justice Marshall*, introduction by Warren E. Burger, Chief Justice of the United States, Dodd, Mead & Company, New York, 1978. El libro de Swindler ofrece una visión oficial de John Marshall respaldada por los miembros de la Suprema Corte como se puede ver en la introducción escrita por Warren cuando era Jefe de Justicia de la misma. En la obra, especialmente elogiosa hacia Marshall, destaca la rivalidad entre Hamilton y el presidente Adams, y la animadversión final de Marshall hacia aquel.

Ver también “The Federalist System” por John SPENCER BASSETT, en *The American Nation, A History*, Harper & Brothers Publishers, New York and London, volume 11, 1906, p. 290.

³³ En la notable obra colectiva *The American Nation, A History*, en cuyos 27 volúmenes participaron los más notables profesores de historia de los Estados Unidos en las universidades norte americanas de esa época, bajo la dirección de Albert Bushnell Hart, como en casi todas los libros de historia de los Estados Unidos, se reconoce a James Madison como el principal autor de la Constitución “the chief autor of the Constitution”, Harper & Brothers, 1906, volume 11, pp. 14 y ss.

A partir de entonces Adams, contando con el apoyo de los miembros de su partido en el Congreso saliente, agrupados en torno a él después del desastre de las elecciones, actúa como aquel capitán de un buque encallado que quiere salvar a algunos de los miembros de su tripulación, dejarle el mando a su segundo y volver a su casa. Así, al haber perdido la presidencia y el Congreso, busca colocar a los miembros relevantes de su partido creando nuevas plazas de jueces federales y darles empleo a otros miembros de su partido, menos importantes, como jueces de paz durante cinco años; deja a su Secretario de Estado, John Marshall, a cargo de los asuntos de la presidencia y, para sentirse mejor, invirtiendo el orden de la actuación de aquel capitán del buque encallado, lo primero que hace es regresar a vivir a su casa en el pueblo de Quincy, Massachusetts.

A continuación, aprovechando que había quedado vacante el puesto de Jefe de Justicia en la Suprema Corte, Adams nombra precisamente a su Secretario de Estado John Marshall para desempeñar dicho cargo. El Senado confirma el nombramiento el día 27 de enero de 1801 y el día 4 de febrero Marshall empieza a desempeñar el cargo de Jefe de Justicia de la Suprema Corte. Lo interesante en este punto es que después de tomar posesión del cargo de Jefe de Justicia de la Suprema Corte, Marshall continuó siendo Secretario de Estado y como tal selló y firmó el nombramiento de Marbury el 3 de marzo, un día antes de entregar el poder presidencial a Jefferson. Así pues, cuando se hace el nombramiento de Marbury, quien certifica ese nombramiento como Secretario de Estado es el Jefe de Justicia de la Suprema Corte que iba a resolver su caso.

Es importante precisar que por consejo de Marshall (quien para entonces además de ser Secretario de Estado era Jefe de Justicia de la Suprema Corte y era quien dirigía las oficinas de la presidencia) el presidente Adams presenta una nueva ley de organización judicial, que se conocería después de aprobada como la *Judiciary Act* de 13 de febrero de 1801, con una exposición de motivos firmada por el mismo Marshall.³⁴ En dicha ley se creaban diez y seis nuevos juzgados federales para darles empleos de por vida a algunos de los políticos desplazados de su partido y se reducía el número de los jueces de la Suprema Corte de Justicia de seis a cinco a partir de la muerte o el retiro de alguno de los que se encontraban en funciones, para evitar que Jefferson, al entrar como nuevo presidente de los Estados Unidos, pudiera nombrar por un buen tiempo a ninguno de los jueces de la Corte controlada totalmente por los miembros del partido federalista.

Además de los juzgados federales, el 27 de febrero, cinco días antes de dejar su cargo, el Congreso dominado todavía por los federalistas salientes, autoriza al presidente Adams para que nombre a 42 jueces de paz que ejercerían sus empleos de tiempo parcial durante cinco años. Estos son los nombramientos que el presidente Adams firma la última noche de su mandato.

La historia de esos nombramientos ha dado lugar a muy diversas opiniones. Al

³⁴ Así se reconoce en la historia oficial sobre Marshall, en la obra ya citada de SWINDLER, p. 11.

referirse a ellos se ha hecho ya una costumbre hablar de “Los jueces de media noche”, (*Midnight Judges*)³⁵ como si todos los nombramientos hubieran sido hechos el 3 de marzo, en la última noche del periodo de Adams como presidente de los Estados Unidos.³⁶ Probablemente Adams empezó a hacer los nombramientos desde unos días antes y siguió haciéndolos hasta el 3 de marzo, fecha en que su Secretario de Estado, John Marshall, debía hacérselos llegar a sus destinatarios.³⁷

La cuestión de la fecha precisa en que fueron hechos esos nombramientos es mas o menos irrelevante. Lo importante para la historia del caso más trascendente en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos y por imitación en el Derecho Constitucional de muchos países que invocan ese caso para justificar el poder de sus jueces, es que 4 de los 42 nombramientos, los de William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper,³⁸ no llegaron nunca a manos de los beneficiados.³⁹

En el estudio y la investigación de este punto se han expresado varias hipótesis: para unos, como Archibald Cox, Marshall no entregó o no ordenó la entrega de esos 4 nombramientos por descuido o negligencia,⁴⁰ para otros que aceptan la explicación de Marshall, el secretario de éste había apilado los nombramientos en su propio escritorio. En una declaración jurada el hermano de Marshall, llamado James Marshall, quien trabajaba para aquel en su oficina, manifestó que en la noche del 3 de marzo él, James Marshall, “había recogido ciertas comisiones para entregarlas y que devolvió algunas porque era impráctico llevar todas”.⁴¹ Junto con estas hipótesis naturalmente se ha expresado la sospecha de que Marshall no entregó esos nombramientos por la antipatía que sentía hacia los 4 jueces a los que iban dirigidos.

En lo que no hay discusión es en que Marshall, como Secretario de Estado, debía haber estampado en cada uno de los nombramientos el sello de la Presidencia

³⁵ Así se les llama en *Equal Justice Under Law*, que es uno de los libros de la historia oficial de la Suprema Corte de los Estados Unidos, publicado por The Foundation of the Federal Bar Association, 1965, p. 27. Igual lo hace Robert G. McCLOSKEY, en *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1960, p. 41, y otros muchos autores.

³⁶ Según Archibald COX la firma de los nombramientos la hizo el presidente Adams y su Secretario de Estado, John Marshall, tres días antes de que tomara posesión Jefferson, es decir el 1° de marzo, en *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston, Mass, 1987, p. 46.

³⁷ BASSETT, en la obra citada, dice: “March 3 found him (Adams) busily signing the commissions of the appointees”, p. 296.

³⁸ BATES, *op. cit.*, p. 87.

³⁹ A pesar de que el caso *Marbury v. Madison* es, sin duda, el más importante en la historia de los Estados Unidos y tal vez el más conocido y comentado en los medios jurídicos en el mundo contemporáneo, existen versiones distintas o confusiones entre los tratadistas en lo que toca a los detalles. Por lo que toca a los nombramientos de los jueces de paz que no fueran entregados no hay duda de que fueron 4, los mismos que demandaron juntos en ese caso ante la Suprema Corte. La resolución de la Corte menciona en el primer párrafo de la introducción al texto a los 4 demandantes por su nombre.

⁴⁰ COX, *op. cit.*, p. 46.

⁴¹ SWINDLER, *op. cit.*, p. 26.

del cual era guardián y debía haber entregado oportunamente esos nombramientos a los destinatarios.

En estas condiciones, naturalmente cabe preguntarse si, dada su participación y su responsabilidad en los hechos que dieron origen al caso Marbury *vs.* Madison, era correcto, en términos de honestidad e imparcialidad, que Marshall conociera y resolviera ese asunto.

La cuestión es aún más grave si recordamos que la nueva ley de organización judicial (*Judiciary Act*) de 13 de febrero de 1801, por la cual se habían creado los nuevos juzgados federales y los nuevos puestos de jueces de paz de tiempo parcial había sido hecha precisamente por John Marshall, quien siendo el Secretario de Estado estaba encargado de hacer llegar los nuevos nombramientos a los jueces designados, quien además era ya el Jefe de Justicia de la Suprema Corte de los Estados Unidos y quien, en la realidad, gobernaba en lugar del presidente pues éste ya había abandonado las oficinas de la presidencia y había regresado a vivir a su casa.

Al tomar posesión de su cargo como nuevo presidente de los Estados Unidos, Thomas Jefferson nombra como su Secretario de Estado a James Madison, reconocido como el creador de la concepción del sistema político diseñado en el texto de la Constitución aprobado en la Convención de Filadelfia.⁴² En los días siguientes Madison, como Secretario del presidente Jefferson, pone en posesión de sus cargos a todos los jueces de paz que tenían en sus manos los nombramientos que había hecho en su favor el anterior presidente, John Adams. William Marbury y los otros tres miembros del partido federalista cuyos nombramientos nunca les fueron entregados por Marshall, reclaman al nuevo Secretario que se le entreguen los cargos que les habían sido conferidos por el presidente anterior, pero Madison rechaza la petición.

En vista de la negativa de Madison, Marbury y los demás afectados presentan una demanda judicial ante la Suprema Corte⁴³ pidiendo que emita un *writ of mandamus* contra Madison, el nuevo Secretario de Estado, en el cual se le ordene a éste que los ponga en posesión de sus cargos.

En este punto Archibald Cox, el famoso profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, señala que “*Tal vez Marbury buscaba el cargo porque realmente lo quería, aunque dicho empleo difícilmente valía la pena. Más probablemente, la demanda era parte de un plan de los federalistas que pensaban que podían avergonzar al nuevo presidente y ganar puntos a los ojos del público con una resolución en la que se dijera que el presidente Jefferson y su Secretario Madison habían ac-*

⁴² William H. REHNQUIST, Jefe de Justicia de la Suprema Corte desde 1986, como muchos otros autores de diversas nacionalidades, al referirse a Madison lo llama “el padre de la Constitución” diciendo “Madison, of course, would have been remembered equally well in American history as the father of the Constitution”, *The Supreme Court, How It Was How It Is*, publicado por William Morrow and Company, Inc. New York, 1987, p. 114.

⁴³ El escrito de demanda fue presentado ante la Suprema Corte en diciembre de 1801, según aparece en la introducción de la resolución de la Corte.

tuado ilegalmente al rehusarse a entregarle el cargo Marbury y los otros jueces deben haberse sentido alentados por el hecho de que el nuevo Jefe de Justicia en esa Corte era John Marshall."⁴⁴

Para poder entender la resolución, sus reticencias, sus incoherencias y sus afirmaciones, el texto de la misma no debe verse solamente desde un punto de vista jurídico, pues la resolución no tiene mucho que ver con el Derecho, del cual Marshall sabía poco, sino con una lucha por las posiciones políticas que estaban en juego. Se trata de una resolución que tenía únicamente propósitos políticos emitida en circunstancias muy peculiares. Por otra parte hay que recordar que el ilustre juez, afortunadamente para él, no se guiaba por sus profundos conocimientos teóricos pues, como se puede leer en cualquier relato sobre su vida, sus estudios formales de Derecho se reducían a un breve curso de menos de dos meses impartido por George Wythe en William and Mary College en 1780, pero en cambio tenía un gran sentido práctico de su oficio, una simpatía excepcional y una sagacidad política notable.

Independientemente de lo que pudieran pensar y desear William Marbury y sus compañeros al presentar su reclamación judicial en contra de James Madison, Secretario de Estado del nuevo presidente de los Estados Unidos, esa demanda pone al Jefe de Justicia Marshall en una situación muy difícil. Casi todos los autores que comentan la resolución dictada en el caso, señalan los dilemas de tipo político inmediato a los que se enfrentaba Marshall en ese caso.

El problema práctico es el siguiente: Una vez que queda probado en el juicio que Adams, siendo todavía presidente, había designado, junto con otros muchos, a Marbury y a los otros tres demandantes como jueces de paz durante cinco años, es indiscutible que estos tenían derecho a que se les entregara el cargo para el que habían sido designados, independientemente de que hubieran o no hubieran recibido los documentos en los cuales se hacían constar dichos nombramientos.

Ahora bien, si Marshall hubiera resuelto a favor de Marbury, como era lo correcto, tenía inevitablemente que haber expedido la orden de mandamus que éste pedía en contra del Secretario de Estado Madison para que éste lo pusiera en posesión del cargo al que tenía derecho, pero seguramente Madison, igual que había ignorado la notificación que le había hecho la Corte para que presentara las razones por las cuales no le había entregado a Marbury ese cargo —como lo señala el texto de la decisión en su primero y segundo párrafo—⁴⁵ también hubiera ignorado la orden que pudiera expedir la Corte condenándolo a hacer tal entrega.

En estas circunstancias la Corte no hubiera tenido forma de hacer cumplir su

⁴⁴ Cox, Archibald, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁵ En lo que en los Estados Unidos se llama estrictamente la opinión de la Corte, el caso *Marbury v. Madison*, empieza con las siguientes frases: "At the last terme on the affidavits then read and filed with the clerk, a rule was granted in this case, requiring the secretary of state to show cause why a mandamus (5 U.S. 137, 154) should not issue, directing him to deliver to William Marbury his commission as a justice of the peace for the county Washington, in the District of Columbia."

resolución. Archibald Cox presenta el dilema señalando que “En este contexto el Jefe de Justicia y sus jueces asociados sabían bien que si ellos expedían una orden (*writ of mandamus*) ordenando al Secretario Madison entregar su cargo a Marbury, el presidente Jefferson le hubiera dicho al Secretario que ignorara la orden. Y algo todavía peor para Marshall, el peligro de debilitar a los órganos judiciales mostrando su impotencia”.⁴⁶ Robert McCloskey, el notable profesor de Derecho Constitucional, lo hace notar diciendo: “Esto (la demanda presentada por Marbury ante la Suprema Corte) planteaba lo que parecía un dilema doloroso y desalentador para Marshall y su Corte. Si ellos sostenían el derecho de Marbury y ordenaban que se le entregara su cargo, la orden sería seguramente ignorada por Madison, la Corte mostraría su impotencia para hacer cumplir sus determinaciones y la debilidad del prestigio judicial quedaría enfatizada dramáticamente”.⁴⁷ El otro cuerno del dilema parecía igualmente peligroso: sostener que Madison había actuado correctamente al no entregarles sus cargos, no sólo sería equivocado, sino que complacería a los enemigos políticos de Marshall y avergonzaría a su propio partido. Por último, sostener que la Corte no tenía poder para expedir ordenes a un funcionario de la rama ejecutiva apoyaría la posición de Jefferson y cancelaría la posibilidad de que los órganos judiciales revisaran los abusos del órgano ejecutivo en el futuro.⁴⁸

Naturalmente Marshall tenía otros caminos frente a la demanda presentada por Marbury en lo que se refiere a la competencia o la jurisdicción de la Corte para conocer del asunto:

Uno, como lo hace cualquier tribunal que estima que no tiene jurisdicción sobre un asunto por cualquier razón, podía empezar por declarar eso, que la Corte carecía de jurisdicción, explicando esa carencia de jurisdicción con cualquiera de las múltiples razones que los jueces pueden invocar cuando no quieren conocer de un asunto, sin ninguna referencia a algo tan discutible como la inconstitucionalidad de la disposición que le daba jurisdicción a esa Corte para expedir ordenes a los funcionarios encargados de los órganos del gobierno; para lo cual no se necesitaba hacer afirmaciones o declaraciones sobre el derecho de Marbury al cargo que demandaba, ni tampoco sobre la obligación de Madison de ponerlo en posesión de ese cargo. Este camino probablemente hubiera aparecido ante sus compa-

⁴⁶ “In this context Chief Justice John Marshall and his Associate Justices could have had little doubt that if they issued a writ of mandamus ordering Secretary Madison to deliver Marbury’s commission, President Jefferson would tell the Secretary to ignore the order. ... Still worse from John Marshall viewpoint most have been the danger of weakening the Judiciary by showing its impotence.” Cox, Archibald, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁷ El comentario de McCLOSKEY dice: “This created what seemed a painful and unpromising dilemma for Marshall and his Court. If they upheld Marbury and ordered delivery of the commission, the order would surely be ignored by Madison, the Court would be exposed as impotent to enforce its mandates, the shakiness of judicial prestige would be dramatically emphasized.” *Op. cit.*, p. 41.

⁴⁸ Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, p. 51.

ñeros del mismo partido federalista como una claudicación y no hubiera ayudado nada a mantener el control que quería tener Marshall sobre los otros jueces en la Suprema Corte.

Otro camino, que sería una variante importante del anterior, podía haber sido empezar igualmente por declarar que la Corte carecía de jurisdicción en ese caso, porque la Ley de Organización Judicial que le otorgaba esa jurisdicción en forma original —según él— era inconstitucional y, por lo tanto, considerando que sólo podía expedir tales órdenes en jurisdicción en apelación, enviar la demanda al tribunal inferior que tenía jurisdicción para conocer del asunto en primera instancia. Esta vía tenía el peligro de que el tribunal inferior, como era correcto y debido, le diera la razón a Marbury y después Marshall se encontrara en una situación aún más difícil, pues Marbury no habría tenido entonces necesidad de acudir a la Suprema Corte para que ésta le diera en apelación lo que ya le había concedido el tribunal inferior de primera instancia y sólo pediría que la Corte expidiera la orden, el *writ of mandamus*, sin que Marshall pudiera evadir su responsabilidad —como finalmente lo hizo— de enviar un *mandamus* a Madison, la cual, éste igualmente hubiera ignorado, humillando de esta manera a la Corte y debilitando a los órganos judiciales.

III. ¿QUÉ FUE LO QUE MARSHALL NULIFICÓ?

La importancia de la resolución en el caso Marbury v. Madison, dictada por el juez John Marshall con el apoyo de los otros jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos en febrero de 1803, reside en que en esa resolución la Corte declara que una disposición de una determinada ley era nula porque, en su opinión, era opuesta al texto de la Constitución y, lo que es más importante, que ese poder de interpretar la ley y por consecuencia de declarar la invalidez de una ley cuando ésta es contraria a la Constitución “es de la verdadera esencia del deber judicial”.⁴⁹ Naturalmente la afirmación de ese poder de interpretar la ley y declarar su invalidez cuando tal ley es contraria a la Constitución, incluye necesariamente no sólo la interpretación de la ley sino la interpretación del texto de la Constitución con la cual se está comparando. Una vez establecido que los órganos judiciales tenían tal poder, muy pronto se empezó a decir que ese poder era un poder exclusivo de los jueces.

Lo primero que se pregunta cualquier persona al leer la famosa resolución es cómo, después de sostener que el señor William Marbury tenía derecho a ejercer durante cinco años el cargo de juez de paz que se le había conferido, aun y cuando no se le hubiera entregado el documento en que se hacía constar su nombramiento; de declarar además que Marbury tenía el derecho a demandar que se le pusiera en posesión de su cargo; de afirmar junto con eso que el nuevo Secretario de Estado, James Madison, estaba obligado a entregarle a Marbury el cargo que le había otor-

⁴⁹ La resolución dice “This is of the very essence of judicial duty.”

gado el presidente anterior; y de justificar con citas de todo tipo que esa Corte tenía el poder de emitir órdenes a los más altos funcionarios federales empezando por el presidente de los Estados Unidos; la Suprema Corte termina declarando que el derecho de Marbury al cargo que reclamaba no podía hacerse efectivo porque una disposición de una ley hecha casi 14 años antes por el Congreso, en la cual se le otorgaba poder a la Suprema Corte para emitir ordenes (*writs of mandamus*) a los funcionarios federales, era nula, por ser contraria a la Constitución.

Para entender el problema en la resolución en el caso Marbury v. Madison, es necesario examinar, al menos brevemente, qué era esa ley y cuál fue la parte que Marshall declaró nula:

La Ley de Organización Judicial de 1789 (*Judiciary Act*), en la que se encontraba la disposición anulada por la Suprema Corte, había sido elaborada y aprobada en el Primer Congreso de los Estados Unidos en septiembre de 1789 una vez que la Constitución había sido formalmente ratificada por el voto de 11 de los Estados, pero antes de que ese mismo Congreso presentara a todos los Estados para su ratificación las primeras 10 enmiendas constitucionales, y aún antes de que los Estados de Carolina del Norte y Rhode Island aprobaran el texto de la Constitución elaborado en la Convención de Filadelfia.

Dicha ley fue la primera en la que el Congreso de acuerdo con el Artículo III de la Constitución había instituido y establecido una Suprema Corte y los tribunales federales inferiores y había señalado también las excepciones a las reglas de competencia y la reglamentación de estas últimas. En la parte que tiene que ver con este caso, el Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos decía y dice lo siguiente:

“Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en una Suprema Corte y en los tribunales inferiores que el Congreso ordene y establezca.”⁵⁰ y en la sección 2. del mismo Artículo dice: “En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, *la Suprema Corte tendrá jurisdicción en única instancia. En todos los otros casos antes mencionados la Suprema Corte tendrá jurisdicción en apelación*, tanto en lo que toca a los hechos como al derecho, *con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que haga el Congreso*”.⁵¹

El proyecto de la *Judiciary Act* de 1789 había sido elaborado por los diputados William Paterson y Oliver Ellsworth, el primero fue juez de la Suprema Corte desde 1793 hasta 1806 y Ellsworth fue el Jefe de Justicia de la Suprema Corte inme-

⁵⁰ “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.”

⁵¹ El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos en su sección 2 dice “*The Judicial Power (of the United States) shall extend to... 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.*”

diatamente anterior a Marshall, ambos habían sido miembros de la Convención de Filadelfia que elaboró el proyecto de la Constitución y, como lo señala Ernest Sutherland Bates, “El Congreso que aprobó esa ley en 1789 incluía otros 11 miembros que habían formado parte de la Convención de Filadelfia, ninguno de los cuales percibió ningún defecto constitucional en la ley”.⁵²

Robert G. McCloskey, hace notar que la *Judiciary Act* de 1789 era conocida como “la más importante y la más satisfactoria ley jamás aprobada por el Congreso” y agrega que difícilmente nadie disputaba la opinión que la ley “era muy importante, porque no sólo establecía el amplio sistema de los tribunales federales sino que claramente definía su jurisdicción, especialmente la de la Suprema Corte, de manera tal que los Estados, el Congreso y el presidente podían estar sujetos a la autoridad judicial”.⁵³

La citada ley había sido aplicada constantemente desde su expedición, en 1789, por todos los órganos judiciales federales sin que se hubiera puesto jamás en duda su constitucionalidad.

La disposición legal que la Suprema Corte dijo que era nula fue la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789, la cual no tenía nada que ver con el derecho de Marbury al cargo que reclamaba. La parte de la ley que la Suprema Corte declaró nula no era una disposición en la que el demandado, James Madison, hubiera pretendido apoyar su negativa a entregarle a Marbury el cargo de juez de paz. No se trataba tampoco de una disposición que afectara derechos de ninguna persona, que decretara obligaciones o que estableciera pagos, penas o impuestos, de ninguna especie. Por el contrario, y esto es lo más increíble del asunto, se trataba de una disposición en la que de manera amplia se le daba un poder muy importante a la misma Suprema Corte. Concretamente era una disposición en la que se le daba a ese tribunal el poder para expedir órdenes (*writs of mandamus*) a los funcionarios del gobierno de los Estados Unidos.

Lo que hace Marshall en su famosa resolución es negar que la Corte de la que era Jefe tuviera el poder de emitir esas órdenes (*writs of mandamus*) a los funcionarios del gobierno de los Estados Unidos, porque aunque “la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 parecía otorgarle a la Corte ese poder, esa disposición era en sí misma inválida”.⁵⁴

⁵² SUTHERLAND BATES, Ernest, *The Story Of The Supreme Court*, p. 92. Es oportuno hacer notar que el título de esta obra no es “*The history of the Supreme Court*”, que sería en español “La historia de la Suprema Corte” sino “*The story ...*”, es decir el relato o el cuento de la Suprema Corte.

⁵³ “the Judiciary Act of 1789, which was to be called many years afterward “probably the most important and most satisfactory Act ever passed by Congress” y agregaba “the Act was extremely important, for it not only established the far-flung system of federal courts but boldly defined their jurisdiction, and especially that of the Supreme Court, in such a way that the states, Congress, and the President could be held subject to judicial authority.” MCCLOSKEY, Robert G., *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960, p. 4.

⁵⁴ MCCLOSKEY, Robert G., *The American Supreme Court*, p. 41.

La sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 en la parte que fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte, decía:

*La Suprema Corte tendrá también jurisdicción en apelación respecto de los tribunales de circuito y los tribunales de los diferentes estados, en los casos que de aquí en adelante especialmente se señalen; y tendrá poder para emitir órdenes de prohibición a los tribunales de distrito, cuando estos procedan como tribunales de almirantazgo y jurisdicción marítima, y órdenes (writs of mandamus), en todos los casos garantizados por los principios y los usos de la ley a los tribunales designados, o a las personas que tengan cargos bajo la autoridad de los Estados Unidos.*⁵⁵

La validez de la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 había sido reconocida por la Suprema Corte en el caso *United States v. Lawrence*⁵⁶ en 1794 y en el caso *United States v. Peters*⁵⁷ en 1795. Esto hizo que Bates dijera: *Si había alguna sección de alguna ley en las recopilaciones estatutarias constitucionalmente inatacable esa habría sido la Sección 13 de la Judiciary Act de 1789*⁵⁸.

Es conveniente señalar que ninguna de las partes en el caso, ni Marbury y los otros demandantes, ni Madison, habían objetado la validez de dicha disposición, ni mucho menos habían pedido que la Corte se pronunciara respecto de su constitucionalidad.

Por último, es oportuno recordar que esa ley, la *Judiciary Act* de 1789, fue revisada por el mismo Marshall, siendo Secretario de Estado del presidente Adams, para sustituirla por la ley de 1801 en la cual no se modificó y ni siquiera se tocó la sección 13 de la ley de 1789 la cual permaneció exactamente igual que como estaba en 1789. Esto resulta un poco extraño si, como dijo posteriormente Marshall en la resolución del caso *Marbury v. Madison*, esa sección 13, que él seguramente había conocido muy bien desde mucho tiempo atrás y había revisado como Secretario de Estado, era claramente repugnante a la Constitución.

La disposición que Marshall declaró nula era precisamente la que le daba poder a la Suprema Corte para emitir órdenes (*writs of mandamus*) a las personas que tuvieran cargos en el gobierno federal porque, aun y cuando en dicha disposición no se decía claramente si la Suprema Corte tenía el poder de emitir tales órdenes en forma directa en única instancia (*original Jurisdiction*) o solamente como tribunal de apelación (*appellate Jurisdiction*), según la Corte, debía pensarse que esa sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 se refería a una jurisdicción original, lo cual era

⁵⁵ “*The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and (writs of mandamus), in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.*”

⁵⁶ *United States v. Lawrence*, 3 Dallas, 42.

⁵⁷ *United States v. Peters*, 3 Dallas, 121.

⁵⁸ BATES, *op. cit.*, p. 92.

contrario al Artículo III de la Constitución que establecía que tal jurisdicción debía ser siempre en apelación. Por consecuencia, la sección 13 de esa ley era nula —según la resolución— porque daba a la Corte el poder de emitir órdenes (*writs of mandamus*) a los altos funcionarios federales en vía de jurisdicción original, cuando ese poder sólo lo podía tener como tribunal de apelación.

Charles Beard, el célebre autor de la obra *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* y defensor del poder de la Suprema Corte de revisar y anular las leyes federales que considerara inconstitucionales, en un ensayo titulado *The Supreme Court —Usurper or Grantee?*⁵⁹ reconoce que “un análisis de la decisión (en el caso *Marbury v. Madison*) muestra, sin embargo, que la sección anulada estaba, en el peor de los casos, mal redactada pero no era contraria a la Constitución”.⁶⁰

Como puede verse de la simple lectura del texto de esa sección 13, la misma no dice que el poder que el Congreso le daba a la Corte de expedir órdenes (*writs of mandamus*) debía ejercerse en jurisdicción originaria. Ahora bien, aún en el caso de que se entendiera que tal sección estaba confiriendo a la Corte ese poder para ejercerlo solamente en vía de jurisdicción original —lo cual parece ser exactamente lo contrario— era claro que la Constitución autorizaba en forma expresa al Congreso para establecer en todos los casos las excepciones que estimara convenientes, al decir: *In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, ... with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.*

No pretendo decidir si la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 era o no era contraria a la Constitución de los Estados Unidos; primero, porque pienso que basta con leer cuidadosamente los textos transcritos del Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos y la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 para tener una opinión clara sobre si esta sección era o no contraria a dicha Constitución y, segundo, porque lo importante del asunto no es averiguar si realmente esa disposición era opuesta a la Constitución, sino cómo fue que, nulificando una disposición procesal concerniente a una cuestión de competencia contenida en una ley emitida en 1789 por el primer Congreso de la Unión dominado mayoritariamente por el partido de Marshall, éste sienta la base para establecer que la Corte tiene el poder de

⁵⁹ El ensayo de Beard fue originalmente publicado en la revista *Political Science Quarterly*, volume 27, p. 1, 1912.

⁶⁰ La opinión de Beard incluye un comentario en el que sostiene que Marshall podía haber interpretado el texto de la ley de tal manera que no hubiera habido necesidad de declararla inconstitucional. \lang1033 “An analysis of the decision shows, however, that the section set aside was at most badly drawn and was not in direct conflict with the Constitution. Had Marshall been so inclined he might have construed the language of the act in such a manner as to have escaped the necessity of declaring it unconstitutional. *The Nation*, vol. LXXII, p. 104. The opportunity for asserting the doctrine, however, was too good to be lost, and Marshall was astute enough to take advantage of it. In view of the recent Jeffersonian triumph, he might very well have felt the need of having the great precedent firmly set.” *Essays in Constitutional Law*, editado por Robert McCLOSKEY, Alfred —A— KNOPE: New York, 1957, nota al pie de la p. 55.

revisar si las leyes hechas por el Congreso Federal son contrarias a la Constitución, aunque esa Constitución no diga una sola palabra en la que le otorgue ese enorme poder a la Suprema Corte.

IV. LA SITUACIÓN POLÍTICA

El caso Marbury v. Madison fue un asunto en el cual John Marshall, Jefe de Justicia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en medio de una lucha por los espacios del poder político entre dos partidos y varios grupos, declara que los jueces y por lo tanto esa Corte que él encabezaba, además del poder de dirimir los conflictos entre las partes, tenía el poder de nulificar las leyes emitidas por el Congreso de la Unión y el poder de interpretar la Constitución en forma exclusiva.⁶¹

Marshall pertenecía al partido federalista, llamado así porque sostenía que el gobierno central, es decir el gobierno federal, debía prevalecer sobre los intereses de los Estados y sus gobiernos. Esta organización representaba los intereses de los financieros, los hombres metidos en los grandes negocios y en términos generales los hombres más ricos del país. Al mismo partido pertenecía John Adams, el presidente de los Estados Unidos que designa a Marshall como Jefe de Justicia de la Suprema Corte, Samuel Chase, compañero de Marshall en la Corte y quien sería sometido poco tiempo después de la resolución en el caso Marbury v. Madison a un juicio político en el Congreso y, por encima de todos, Alexander Hamilton, el ideólogo reconocido del partido, que era la gran figura del pensamiento aristocrático y conservador en los Estados Unidos.

Del otro lado, en el partido demócrata-republicano, estaban los agricultores, los granjeros, los nuevos inmigrantes y, naturalmente los deudores de los banqueros y de los grandes propietarios. Su líder indiscutible era Thomas Jefferson, el autor de la Declaración de Independencia. Su confianza estaba puesta en el proceso político democrático y entre sus propósitos estaba limitar los poderes del nuevo gobierno federal.⁶² Al lado de Jefferson estaba James Madison, el creador del sistema político norteamericano, separado de muchos de los miembros de la Convención de Filadelfia, crítico de las políticas económicas de Hamilton y de la actuación del partido federalista, especialmente a partir de que los miembros de ese partido votan las leyes contra la sedición de 1798, *The Alien and Sedition Acts of 1798*, en respuesta a las cuales redacta la Resolución de Virginia, *Virginia Resolution*, en la que denuncia esas leyes como violaciones a la Primera Enmienda de la Constitución.⁶³

⁶¹ Aun cuando en la resolución del caso Marbury v. Madison no se dice claramente que la Corte tenga ese poder *en forma exclusiva*, por la forma como está redactada, se ha entendido que eso es lo que quiere decir.

⁶² COX, Archibald, *op. cit.*, p. 46.

⁶³ La Resolución de Virginia, *Virginia Resolution*, fue aprobada por la Asamblea General del Estado de Virginia, por el Gobernador y por el Senado del mismo Estado el 24 de diciembre de 1798.

En esta situación, con el líder del partido enemigo como presidente de los Estados Unidos, la mayoría del Senado y de la Cámara de Representantes en manos del partido opositor, el ex presidente Adams retirado en su casa en Massachusetts, los miembros más activos del partido federalista refugiados en los órganos judiciales federales aprovechando la inamovilidad judicial y después de haber perdido las elecciones presidenciales y las elecciones legislativas federales, los 4 jueces de paz que no habían recibido sus nombramientos por culpa del mismo John Marshall, presentan, en el mes de diciembre de 1801, una demanda judicial ante la Suprema Corte, después de que James Madison, el nuevo Secretario de Estado, se niega a darles posesión de sus cargos de jueces de paz de tiempo parcial durante cinco años que les había otorgado su amigo y compañero de partido John Adams cuando era presidente de los Estados Unidos.

Los antecedentes del caso, el abuso de poder del presidente Adams creando y distribuyendo cargos judiciales para darles empleo a algunos miembros de su partido, el nombramiento de Marshall como Jefe de Justicia de la Suprema Corte siendo al mismo tiempo Secretario de Estado, el control de éste sobre las oficinas de la presidencia, y el punto de si realmente había alguna inconstitucionalidad en la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789, son, sin duda, importantes y deben tomarse en cuenta para entrar a profundidad en el tema, pero el asunto central no es ninguno de ellos. El punto central no es si la resolución era procesalmente correcta, ni tampoco si existían precedentes más o menos desconocidos de nulificación de leyes por los jueces en los Estados Unidos, considerando que en la resolución que es particularmente empeñosa en citar cualquier cosa que pudiera apoyar sus afirmaciones sobre su poder de emitir ordenes a los altos empleados del gobierno y de nulificar leyes expedidas por los órganos legislativos, no se cita ningún precedente de los Estados Unidos.

El asunto central no es tampoco si el incorruptible juez Edward Coke en Inglaterra, erudito y valiente como pocos, con gran facilidad para decir en algunos de sus escritos lo contrario de lo que había dicho en otros, enemigo de las prerrogativas del rey y de sus abusos y, después de él, el juez Hobart,⁶⁴ habían tenido realmente poder para declarar nula alguna ley del Parlamento 200 años antes, pues ya para 1629, con el apoyo del mismo Coke como miembro de la Cámara de los Comunes, ésta declaraba categóricamente “su derecho a juzgar a los jueces”⁶⁵ y, para

⁶⁴ J. A. Jolowicz, el gran Profesor de la Universidad de Cambridge, al hablar del punto de vista de algunos jueces de *Common Law*, concretamente Coke y Hobart, a principios del siglo XVII, en el caso de Dr. Bonham (1610) 8 Co. Rep. 113b, 118^a, per Coke C.J.: y en el caso Day v. Savage (1614) Hob. 85, 87, per Hobart C.J., dice: “At one time, it is true, the view was expressed by the judges that Acts of Parliament which were contrary to “common right and reason” would be declared void by the common law, but this view has long ceased to be tenable if, indeed, it ever was.” Y agrega en nota: “Statements of the same period to the opposite effect may also be found, including one by Coke himself”: *Institutes* 4, 36.

⁶⁵ “While the Commons were asserting a right to judge the judges, they were also pursuing the Customs officers” LOCKYER, Roger, *The Early Stuarts, A political history of England 1603-1642*, Longman, London and New York, 1989, p. 349.

mediados de ese siglo era evidente la supremacía de la Cámara de los Comunes del Parlamento Británico, la cual no únicamente podía contradecir abiertamente al rey, sino que podía condenarlo a muerte y cortarle la cabeza, como lo hizo con Carlos I en la mañana del 30 de enero de 1649, afuera del palacio de Whitehall.

El punto central es, como ya lo he señalado, si los jueces además del poder de juzgar y resolver los conflictos entre las partes, como parte de su labor de juzgar, deben tener el poder de nulificar las leyes expedidas por los representantes de la población y, lo que es mucho más importante, si los jueces tienen en forma exclusiva el poder de interpretar que es lo que dice la Constitución y su interpretación debe ser obligatoria para los otros órganos del gobierno.

Lo primero que llama la atención al iniciar el análisis de la famosa resolución en el caso Marbury *v.* Madison, es el empeño que pone la Corte en enfatizar que los jueces tienen el poder de revisar los actos de los gobernantes y la invocación de citas y antecedentes, cuidadosamente escogidos e inventados para justificar ese poder, como aquel que dice que “En Gran Bretaña el Rey mismo es demandado en la forma respetuosa de una petición y nunca deja de cumplir con la resolución de su tribunal”.⁶⁶ Después de hacer esa aseveración más que todo imaginaria, de citar varias frases de Blackstone entre otras una que decía: “todo derecho cuando se afecta tiene que tener un medio de hacerse valer y todo daño debe tener un remedio”, continúa con una afirmación en la que sostiene que: “El gobierno de los Estados Unidos ha sido llamado enfáticamente un gobierno de leyes y no un gobierno de hombres” y, para hacer todavía más incongruente el razonamiento, agrega que “Indudablemente dejaría de merecer este alto nombre si las leyes no proveyeran de un remedio contra la violación de un derecho legal otorgado”. Pero después de todo esto, como conclusión, declara que esa Corte no tenía ese poder en el caso que estaba juzgando, porque la sección de la *Judiciary Act* de 1789 que se lo otorgaba era nula, pues le daba ese poder en jurisdicción directa y no, como según la Corte debía haber sido, en jurisdicción en apelación y, como resultado de lo anterior, Marbury se quedaba precisamente sin remedio alguno contra la violación de su derecho legalmente otorgado.

V. LOS DISTINTOS ASPECTOS DEL TEMA

¿Hasta dónde llega y hasta dónde debe llegar el poder de los jueces? Esta es la cuestión central en el fondo de la resolución del caso Marbury *v.* Madison.

El análisis de esta cuestión tiene varios aspectos:

El primero se refiere a algo que ha dividido las opiniones de los más notables pensadores. En la actualidad, en un sistema que se presenta como democrático, nadie tiene dudas de que son los jueces los únicos que deben decidir los conflictos en-

⁶⁶ “In Great Britain —dice Marshall en su resolución— the king himself is sued in the respectful form of a petition, and he never fails to comply with the judgment of his court.”

tre los particulares, y casi nadie tiene duda alguna de que son también los jueces quienes deben decidir los conflictos entre los particulares y los gobiernos, cuando la cuestión afecta de manera indirecta o poco significativa los intereses de la población, pero ¿quién debe decidir finalmente sobre las medidas que afectan a toda la población?

La Suprema Corte de los Estados Unidos, donde se originó lo que conocemos como *la revisión judicial* de los actos de los otros órganos de gobierno, está compuesta actualmente por nueve individuos que son designados por el presidente de los Estados Unidos. En el curso de un juicio, esos nueve jueces pueden, por el voto de cinco de ellos, dejar sin efecto una orden o una decisión del Presidente o una ley aprobada por todos los diputados y senadores federales, todos los cuales se supone han sido electos por los ciudadanos de los Estados Unidos, sobreponiendo su decisión a la del presidente y a la de los representantes de la población. Archibald Cox, el primer fiscal especial en la investigación de Watergate contra el Presidente Nixon que llevó a éste finalmente a renunciar, describe el problema así:

El Presidente es electo. El Congreso es electo. Los legisladores de los Estados y los gobernadores son electos. Los jueces de la Suprema Corte no son electos; son nombrados de por vida. Igual que lo son otros jueces federales. Sin embargo nosotros les damos a esos jueces no electos, un poder —llamado revisión judicial— por el cual pueden nulificar algunos actos de un presidente electo y de los representantes electos por el pueblo.⁶⁷

El siguiente aspecto se refiere a la pregunta ¿Quién debe interpretar la Constitución? Naturalmente todos los empleados de los diferentes órganos de gobierno que toman decisiones importantes, y desde luego los empleados que como representantes de la población aprueban o hacen las leyes, tienen que interpretar las leyes que les dicen cómo deben actuar y, primeramente, antes que cualquiera otra ley, deben interpretar las reglas establecidas en el texto de la Constitución. En el curso normal de las cosas, en el desempeño de su actividad, no es posible que el Presidente de los Estados Unidos y sus secretarios, y los diputados y los senadores federales, puedan dejar de interpretar la Constitución cuyas disposiciones están aplicando todos los días. Esto sería tan absurdo como pedirles que aplicaran la Constitución sin leerla o sin entenderla. Si todos los empleados de los órganos públicos, especialmente los que tienen las mayores responsabilidades, llevan a cabo necesariamente una interpretación constante de la Constitución y están obligados a hacerlo, para poder aplicarla, naturalmente su actuación se guía por su propia interpretación, ¿puede entonces pensarse que los jueces sean los únicos que interpreten la Constitución como si fueran los únicos que la aplicaran? Y, lo que es aún

⁶⁷ “The President is elected. The Congress is elected. State legislators and Governors are all elected. Supreme Court Justices are not elected; they are appointed for life. So are other federal judges. Yet we give unelected Justices and judges a power —called judicial review— under which they may nullify some acts of an elected President and the elected representatives of the people”. Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1987, p. 45.

más interesante ¿de dónde surge que la interpretación que hagan los empleados encargados de una de las ramas de gobierno, sea obligatoria para los otros?

Para evitar que uno de los órganos o departamentos del gobierno, en su sentido más amplio, pretenda imponer su criterio sobre qué es lo que dice la Constitución e intente hacer valer su interpretación sobre las otras dependencias del gobierno, en casi todos los países de la Unión Europea y cada vez en más países de América Latina y en otras partes del mundo, se han creado tribunales, ajenos a los órganos de gobierno y ajenos también a los órganos judiciales, que tienen a su cargo hacer la interpretación de sus textos constitucionales, por encima de las Supremas Cortes, los Parlamentos y los ministros encargados de la administración en sus respectivos países. No sucede así en Gran Bretaña en donde el Parlamento y, en concreto, la Cámara de los Comunes, está por encima de todos los demás órganos públicos y privados y puede dejar sin efecto cualquier acto o decisión de los órganos encargados de la administración, cualquier resolución dictada por los órganos judiciales y desconocer o condenar cualquier opinión de la Reina, de la Iglesia Anglicana, de cualquier otra organización religiosa y de cualquier entidad pública o privada.

En seguida hay otro aspecto más, el que se refiere al alcance de “la interpretación”. ¿Qué es interpretar? En la historia de los grandes textos se ha visto como algunos principios, son interpretados para que digan lo contrario de lo que las personas normales leen en ellos. Con frecuencia los mandamientos de algunas religiones, las disposiciones de las constituciones y las declaraciones de muchas revoluciones, igual que en el relato de *La granja de los animales*⁶⁸ de Orwell, han sido utilizados para apoyar acciones contrarias a esos mandamientos y a esas declaraciones sagradas.⁶⁹ Al hablar de la interpretación es conveniente siempre recordar las palabras de Charles Evans Hughes, cuando era gobernador del Estado de Nueva York, antes de ser Jefe de Justicia de la Suprema Corte de los Estados Unidos: “*Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es*”.⁷⁰

⁶⁸ La famosa obra de George ORWELL, *Animal Farm*, una fábula política basada en el relato de la Revolución Rusa convertida por Stalin en una dictadura, fue publicada por primera vez en 1945 y obtuvo un éxito inmediato.

⁶⁹ Harold LASKI se refería a esto al señalar: “Las leyes de Espionaje tergiversaron la Primera Enmienda (de la Constitución de los Estados Unidos) hasta el punto de destruir casi todo lo que ésta amparaba... Recordarán ustedes, sin embargo, que en *Abrams v. United States* (se refiere a la resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos 250 U.S., 616 dictada en 1919) sólo dos jueces insistieron en que la Primera Enmienda realmente tenía algún significado, el juicio de los demás quedó atrapado en las redes de la histeria bélica”, *La Libertad en el Estado Moderno*, traducción al español de la obra *Liberty in the Modern State*. Ed. Buenos Aires, 1946, p. 48.

⁷⁰ La conocidísima frase de Hughes viene de un discurso que hizo en la ciudad de Elmira en 1907 y aunque en sus notas biográficas se queja de la interpretación que el público y la prensa le dio a esa expresión, diciendo que era una frase accidental (*casual*) que él había dicho sin la menor intención “de presentar la solemne función de los jueces como una especie de engaño” “*exposed the solemn function of judging as a sort of humbuggery*”, la cual, desgraciadamente, se presentaba separada del texto completo

La Constitución, como cualquier texto que pretenda guiar la conducta de los seres humanos, dice lo que aquellos que están autorizados para interpretarla, dicen que dice. No existe mucha dificultad por la vía de la interpretación para hacer que un texto diga lo que el interprete, al que se reconoce como el interprete auténtico, quiere que diga; ni tampoco para que, a través de “la interpretación” de aquellos que tienen el poder, los textos sagrados y los textos fundamentales digan cosas totalmente distintas en diferentes épocas. Uno de los fragmentos que mejor expresa este problema es el maravilloso diálogo de Alicia con Humpty Dumpty en el libro *A través del espejo* de Lewis Carroll, el famoso matemático de la Universidad de Oxford y uno de los críticos más agudos del significado de las palabras y los disparates del razonamiento:

—No sé qué es lo que quiere usted decir con eso de “gloria”, observó Alicia.

—Humpty Dumpty sonrió despectivamente.

—Pues claro que no... y no lo sabrás hasta que te lo diga yo. Quiere decir que “ahí te he dado con un argumento que te ha dejado bien aplastada”.

—Pero “gloria” no significa “un argumento que deja bien aplastado”, objetó Alicia.

—Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso— quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

—La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

—La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— es saber quién es el jefe..., eso es todo.⁷¹

VI. HACIA EL FONDO DEL PROBLEMA

La importancia del juicio *Marbury v. Madison* consiste en que en la resolución del mismo, los jueces que en esa época formaban la Suprema Corte de los Estados Unidos, establecieron, primero, que ellos y los demás jueces federales tenían el poder de interpretar las leyes; segundo, que ellos y los otros jueces federales te-

de su discurso. Es obvio que la intención que tenía Hughes de expresar el mayor respeto por los jueces en ese discurso hace aún más notable la sinceridad de esa confesión espontánea en su discurso. Su biógrafo, Pusey, sin duda el más destacado entre sus admiradores, no logra tampoco convencer de lo que llama “The inexcusable nature of the distortion to which this segment of his speech has been subjected may be seen from the paragraphs of the text”. Para mayor información sobre los comentarios de Hughes en sus notas y los párrafos del discurso ver la biografía escrita precisamente por PUSEY, Merlo J., *Charles Evans Hughes*, Volume One, The Macmillan Company, New York, pp. 204 y 205, 1952.

⁷¹ “I don’t know what you mean by ‘glory’, Alice said.

Humpty Dumpty smiled contemptuously, ‘Of course you don’t till I tell you. I meant ‘there’s a nice knock-down argument for you’

But ‘glory’ doesn’t mean ‘a nice knock-down argument’, Alice objected.

‘When I use a word’, Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, ‘it means just what I choose it to mean, neither more nor less.’

‘The question is’, said Alice, ‘whether you can make words mean so many different things’.

‘The question is’, said Humpty Dumpty, ‘which is to be the master, that’s all.’

CARROLL, Lewis, *Through the Looking Glass*, capítulo VI.

nían, además, el poder de nulificar esas leyes hechas por los legisladores elegidos por la población, cuando, en la opinión de tales jueces, las mismas fueran contrarias a lo que dice la Constitución; y tercero, que al tener ellos la función de interpretar las leyes y de anularlas cuando fueran contrarias a lo que dice la Constitución, necesariamente tenían y les correspondía a ellos determinar qué es lo que dice la Constitución.

La resolución parte de varias premisas indiscutibles en los sistemas democráticos que se rigen por una Constitución escrita: que el texto de una Constitución escrita aprobada por la mayoría del pueblo, contiene la voluntad original de éste y, por lo tanto, es la ley suprema por encima de todas las demás leyes, y que en esa ley suprema que organiza el gobierno, el pueblo le presta a cada uno de los diferentes departamentos o diferentes ramas del gobierno sus respectivos poderes. Que siendo la Constitución, aprobada por el pueblo, la ley suprema, como dice Edward Corwin: “*obliga a todas las partes del gobierno federal*”.⁷² Esto lo expresaba Marshall en la sección de la resolución número 5 U.S. 137, 176 diciendo: “*Que el pueblo tiene un derecho original a establecer, para su futuro gobierno, los principios que en su opinión conducirán a su propia felicidad, es la base sobre la cual se ha construido toda la estructura americana.*” y en el párrafo siguiente: “*Esta voluntad suprema y original organiza el gobierno y asigna a los diferentes departamentos sus respectivos poderes*”.⁷³

Apoyándose en estas premisas, sobre las cuales no parece haber duda alguna, Marshall decía a continuación: “*Los poderes de la legislatura están definidos y limitados y para que esos límites no se confundan o se olviden, está escrita la constitución*”.⁷⁴ Con base en esta aseveración, en la que únicamente menciona como poderes limitados a los poderes de la legislatura, y en varias consideraciones que se desprenden de esa aseveración, declara en el último párrafo de la sección 177 que: “*Es enfáticamente el terreno y el deber del departamento judicial, decir cual es la ley*”.⁷⁵ y agrega en 5 U.S. 137, 178: “*Así pues, si una ley está en oposición con la constitución: si ambas la ley y la constitución se aplican a un caso en particular, de tal manera que la corte tenga que decidir ese caso conforme a la ley sin mirar a la constitución; o conforme a la constitución sin mirar la ley: la corte tiene que determinar*

⁷² CORWIN, Edward S., *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, 12 *Michigan Law Review* 538 (1914).

⁷³ “That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected.” ... “This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers.” *Marbury v. Madison*, (5 U.S. 137, 176).

⁷⁴ “The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written.” *Madison v. Madison*, (5 U.S. 137, 176).

⁷⁵ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.” *Marbury v. Madison*, (5 U.S. 137, 177).

cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto es de la verdadera esencia del deber judicial".⁷⁶

Pero sucede que en la Constitución de los Estados Unidos no hay nada que diga, ni siquiera como insinuación, que la Suprema Corte o los demás órganos judiciales federales tengan el poder o la facultad de interpretar las leyes federales; menos aún que esa Corte tenga a su cargo revisar y anular tales leyes y, mucho menos, que ella y los órganos judiciales que dependen de ella pudieran tener el poder de interpretar la Constitución en forma exclusiva y que su interpretación sea obligatoria para los otros órganos federales del gobierno. Archibald Cox, el destacado profesor de la Universidad de Harvard, partidario convencido de que la Suprema Corte de los Estados Unidos pueda revisar la constitucionalidad de las leyes y anular las mismas, hace notar esto, diciendo:

*Difícilmente existe alguna señal en el texto (el texto de la Constitución) del enorme poder que ahora ejerce la Suprema Corte de los Estados Unidos. Ni una palabra que indique que la Corte pueda revisar la constitucionalidad de las leyes del Congreso o los actos del Presidente.*⁷⁷

Es oportuno recordar que durante la Convención de Filadelfia, cuando se redactó el proyecto de Constitución que después se sometió a los Estados para su aprobación, se propuso y se discutió la conveniencia de crear un consejo compuesto por el Presidente de los Estados Unidos y dos jueces de la Suprema Corte, semejante al que existía en la Constitución del Estado de Nueva York, para revisar las leyes emitidas por el Congreso. Esta proposición fue derrotada el 4 de junio de 1787 por el voto de ocho contra dos de los representantes de los Estados. Dentro de esa discusión surgió también, como algo incidental, la posibilidad de una revisión judicial de las leyes, esta posibilidad fue rechazada de manera tan clara que ni siquiera se puso a votación y, obviamente, no se incluyó en la Constitución.⁷⁸

Es cierto, sin duda, que en un sistema político democrático representativo, basado en la necesidad de una constitución escrita, las facultades de los órganos creados por la Constitución son limitadas y los individuos que ejercen las funciones de esos órganos no pueden disponer ni tienen más poderes que los que les presta la población en forma directa o indirecta de acuerdo con esa constitución escrita y, es cierto también, como lo decía Marshall en su resolución, que *los poderes de los le-*

⁷⁶ "So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty." *Marbury v. Madison*, (5 U.S. 137, 178).

⁷⁷ "There is scarcely a hint in the text of the enormous power now exercised by the Supreme Court of the United States. Not a word indicates that the Court may review the constitutionality of Acts of Congress or of the President." COX, Archibald, *The Court and the Constitution*, 1987, p. 38.

⁷⁸ SUTHERLAND BATES, Ernest, *op. cit.*, p. 26.

gisladores están definidos y limitados y para que esos límites no se confundan o se olviden, está escrita la constitución. Pero esta aseveración vale igualmente para todos los otros altos empleados de la población que desempeñan funciones en las demás ramas del gobierno, es decir en los órganos que aplican y ejecutan constantemente la Constitución y las leyes, esto es en los órganos ejecutivos del gobierno y, naturalmente, para los individuos que desempeñan funciones en los órganos judiciales que no pueden usar poderes que la Constitución no les presta. La afirmación de Marshall en la resolución del caso Marbury v. Madison respecto de la legislatura podría aplicarse con mayor razón a los jueces de la Suprema Corte que a diferencia de los legisladores, ni siquiera son designados por la población a la cual se refería Marshall como “*la voluntad suprema y original que organiza el gobierno*”.

No existe relación ni coherencia alguna entre la afirmación selectiva que dice que la Constitución está escrita para que los poderes que la población les presta a los legisladores no se confundan o se olviden y desprender de eso que le corresponde a uno de los otros órganos de gobierno el poder exclusivo de decir qué es lo que dice la Constitución; esto es, el poder de interpretar según le parezca la Constitución y menos aún que dicho poder le corresponde a los órganos judiciales a pesar de que la Constitución, establecida por *la voluntad suprema y original* de la población, en ninguna parte les otorgue ese enorme poder a los jueces.

Tal vez es conveniente presentar algunas referencias a los sistemas de otros países para presentar con claridad el problema. En Gran Bretaña no existe separación de los poderes de la población entre distintos órganos de gobierno, pues todos los poderes están concentrados en el Parlamento, y los miembros de ese Parlamento sólo dependen de sus electores, a quienes se conoce como su *constituency*.

En el sistema británico, como lo hace notar K. C. Wheare, “*el Parlamento es el cuerpo soberano que hace el Derecho y por lo tanto no puede hacerse una Constitución para limitar sus poderes. Las limitaciones en el ejercicio de sus poderes legalmente ilimitados, se dan por otros medios, por la opinión pública, por las elecciones, por la formación de usos y convenciones ... en Gran Bretaña el Parlamento es supremo y está controlado por medios políticos y no por el Derecho de una Constitución*”.⁷⁹ En Gran Bretaña el Parlamento además de hacer las leyes y de ser el origen del órgano ejecutivo y la fuente de todos los poderes, puede aplicar sus decisiones en cualquier caso aún en las controversias entre particulares y puede revocar cualquier decisión de cualquiera de las cortes o tribunales, incluyendo las sentencias del más alto tribunal que es la sección judicial de la Cámara de los Lores. J.A. Jolowicz, el gran profesor de la Universidad de Cambridge, describe así los poderes del Parlamento: “*Hay, desde luego, ejemplos innumerables de alteración de las resoluciones de los jueces por el Parlamento, y esto no da lugar a preocupación alguna, aún cuando la intervención parlamentaria se haga inmediatamente después de una decisión específica de una corte. Es derecho y obligación del Parlamento alterar el Derecho si considera*

⁷⁹ WHEARE, K. C., *Modern Constitutions*, Oxford University Press, London, 1966, p. 10.

que se requiere hacerlo en interés de la nación como un todo. Se tiene que hacer notar también que no hay nada que impida al Parlamento intervenir después de una decisión judicial de tal manera que cambie el Derecho no sólo para el futuro, sino también retroactivamente, desposeyendo a la parte que ganó en un litigio de los frutos de su victoria.” Y agrega en nota: “Así sucedió inmediatamente después de la decisión en el caso *Rookes v. Barnard* (1964) A.C. 1129, en donde el Parlamento dejó sin efectos la sentencia expidiendo una ley, la *Trade Disputes Act 1965*”.⁸⁰

El sistema británico ha funcionado bastante bien y sin duda ha mantenido la estabilidad en la Gran Bretaña durante muchos años pero, evidentemente, de eso no podemos sacar ninguna conclusión respecto de otros países.

En los sistemas de constitución escrita existe, sin duda, la necesidad de que alguien interprete de manera final las disposiciones de la constitución. Ahora bien de la necesidad de que alguien interprete la Constitución, no se desprende que quien la interprete de manera final y obligatoria deba ser uno de los mismos órganos de gobierno que cumplen sus propias funciones, claramente distintas del gran poder de interpretar en exclusiva y de manera obligatoria para los demás, qué es lo que dice la Constitución que los rige a todos.

En casi todos los países que viven bajo sistemas democráticos representativos, la población presta sus poderes distribuyéndolos entre los altos empleados de los grandes órganos públicos a los que se les encargan funciones distintas, que de ninguna manera tienen por que tener el mismo peso ni la misma importancia: En Francia son por lo menos seis los grandes órganos públicos, pues además del Presidente de la República, del Primer Ministro y del Parlamento, hay dos cortes judiciales supremas: la *Cour de Cassation* y el *Conseil d'État*, totalmente independientes una de la otra, la primera conoce en última instancia de las materias civiles y penales y la segunda de las cuestiones administrativas, pero además existe el *Conseil Constitutionnel* que es totalmente independiente de las cortes judiciales y que se ocupa entre otras cosas de la interpretación de la Constitución. En Alemania además del Presidente de la República, que no gobierna; del Gobierno encabezado por el Canciller; de la Dieta Federal (*Bundestag*) y del Consejo Federal (*Bundesrat*); existen cinco Cortes que se ocupan de diferentes materias y un Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) independiente y ajeno a los órganos judiciales.

Ahora bien, en los países en los cuales se considera a los órganos judiciales, a los órganos legislativos y a los órganos ejecutivos como las grandes ramas entre las que se divide el gobierno, como es el caso de los Estados Unidos, si se acepta que sea alguno de esos órganos de gobierno quien tenga el monopolio de la interpretación del texto constitucional, la siguiente cuestión es naturalmente cuál de ellos es el más adecuado para interpretar las leyes, para nulificarlas y, lo más serio de todo, para interpretar de manera final la Constitución.

⁸⁰ JOLOWICZ, J.A., “Fundamental Guarantees in Civil Litigation”, publicado en *Studies in National, International and Comparative Law*, Milano-Dott, A.Guiffre Editore, Dobbs Ferry, New York Oceana Publication, Inc., 1973, p. 132.

Naturalmente, en cualquier sistema político al servicio de la sociedad, la Constitución debe interpretarse de acuerdo con lo que sea más conveniente para asegurar las libertades fundamentales y el bienestar de la población, pues esos propósitos son los únicos fines de las constituciones escritas y de la llamada separación de poderes, y nadie piensa actualmente que los gobiernos, las constituciones y lo que llamamos “las instituciones” y “los principios”, como la separación de funciones entre distintos órganos de gobierno, sean fines en sí mismos. Pero, como se ha visto en muchísimos casos, los dos verdaderos fines: las libertades fundamentales y el bienestar de la población, pueden enfrentarse de manera dramática.

En la actualidad nadie pone en duda que son los jueces los únicos que deben decidir los conflictos entre los particulares, y casi nadie tiene duda alguna de que son también los jueces quienes deben decidir los conflictos entre los particulares y la mayoría de la población o sus gobiernos, cuando la cuestión que se discute solamente afecta de manera indirecta o poco significativa los intereses de la población, aun cuando se considere conveniente que quien conozca del asunto sea un órgano judicial administrativo especializado, como lo hace el *Conseil d'État* en Francia. El asunto empieza a complicarse cuando un conflicto económico o social entre un particular y el gobierno afecta de manera grave a la sociedad y la decisión del conflicto puede causar un trastorno social o un enorme daño económico a la población.

El punto central del problema tiene que ver con algo especialmente difícil: En los países que dicen vivir en un sistema democrático representativo, organizado de acuerdo con una constitución escrita, en donde se establece una separación de funciones entre distintos individuos que integran diferentes órganos de gobierno, y en donde, por lo menos en apariencia, se resuelven sus problemas de acuerdo con esa constitución ¿quién debe decidir qué es lo que dice la constitución escrita y resolver finalmente las cuestiones que afectan en forma real y directa a la población entera?

Para acercarnos al final del dilema debemos dejar en claro que los juicios por asambleas en todos los países civilizados son una manera absurda, injusta y peligrosa de resolver controversias entre los particulares y los gobiernos. Como lo señala Harold Laski, el gran pensador socialista, a propósito de los prejuicios y los abusos de las mayorías.

*Fue, según creo, un abuso de poder el que cometió el Parlamento a rehusarse a admitir en su seno a Mr. Bradlaugh porque éste era un librepensador. Pero tal como lo enseña la historia, los sindicatos no son más aptos para abusar de su fuerza que el Parlamento mismo. Este último, si lo desea, tiene competencia legal para abolir los sindicatos, privar de derechos políticos a la clase obrera, limitar la condición de miembro de la Cámara de los Comunes a favor únicamente de aquellas personas que tengan una renta independiente.*⁸¹

⁸¹ LASKI, Harold J., *Liberty in the Modern State*, utilizó la traducción al español de WARSHAVER, Eduardo, *La libertad en el Estado Moderno*, Editorial Abril, Buenos Aires, 1946, p. 105. Es conveniente recordar que Laski fue uno de los constructores del sindicalismo británico y resintió varias acusaciones por considerarlo un comunista peligroso. Era marxista y antifacista y profundamente crítico del autoritarismo alemán; a su muerte era el más respetado ideólogo del partido laborista y probablemente el más afamado profesor de la *London School of Economics*.

Parece claro que tratándose de costumbres y de opiniones, y de creencias políticas o religiosas de la mayoría de la población que chocan con opiniones y conductas privadas de los individuos, los procesos por asambleas populares o por representantes electos por la mayoría de la población tienen un notable parecido con los linchamientos y muy poco que ver con la justicia. Los juicios políticos y las declaraciones de las asambleas políticas para proteger a los altos empleados de los órganos de gobierno, son, en mi opinión, degeneraciones de la democracia que deben desaparecer de un sistema democrático responsable.

Pero es igualmente claro que los órganos judiciales no son en algunos casos los más adecuados para resolver los problemas sociales y económicos. La historia de los Estados Unidos nos ofrece dos ejemplos en los que los órganos judiciales casi seguramente no eran de ninguna manera los más aptos para resolver los problemas a los que se enfrentaban: Uno el asunto de la esclavitud en 1857, en donde el conflicto se daba entre el derecho de propiedad sobre los esclavos negros y la libertad de éstos, todo ello en el marco de intereses económicos contrapuestos entre los dueños de las industrias en el Norte que usaban en sus fabricas la mano de obra de sus obreros “libres” y los dueños de las grandes plantaciones y de los esclavos que en ellas trabajaban, en el Sur. El otro, la crisis que se produce por la protección que la Suprema Corte les ofrece a los empresarios para imponer las condiciones de trabajo a sus obreros, basándose en la imaginaria libertad contractual, la cual estuvo muy cerca de acabar con la independencia de la Suprema Corte y hacer de ella una dependencia del Presidente de los Estados Unidos y del Congreso en 1937.

Ahora bien, los peligros de las decisiones de la población y los abusos de los parlamentos, no implican que las decisiones de un conjunto de notables, actuando como jueces, sea la mejor forma de gobierno.

Las grandes cuestiones abiertas por el caso *Marbury v. Madison* sobre el tema de que los jueces puedan revisar las leyes para determinar si son o no acordes con la Constitución y, por lo tanto, interpretar la Constitución para decidir si tales leyes son contrarias al texto constitucional, son las siguientes:

En un sistema democrático representativo, y suponiendo que los jueces sean sabios, prudentes y honrados,

¿Es conveniente que los jueces, dejen sin efecto las decisiones tomadas por los gobernantes electos o las leyes hechas por los representantes directos del pueblo?

¿Las decisiones de los jueces garantizan la justicia y la estabilidad, o tal vez solo la justicia pero no la estabilidad, o ninguna de las dos?

y, la otra cara del dilema,

¿El hecho de que las leyes las hagan los representantes electos por la población a través del sistema democrático, garantiza la bondad de tales leyes?

1. La mayoría de los partidarios de la prevalencia de la democracia en las cuestiones que conciernen a la vida social están conformes en dejar la decisión de los conflictos individuales y de los conflictos entre los particulares y el gobierno, que no inciden en forma directa y grave sobre la situación de la sociedad, a la opinión de un individuo (juez) o de un tribunal de varios miembros especialmente cono-

dores y prudentes, pero las resoluciones sobre lo que es bueno para la sociedad en general es algo que únicamente puede dejarse a la decisión de esa sociedad entera. No existe una ley eterna, la única ley es la que expresa la voluntad de la mayoría, que es la única que puede establecer las reglas. La justicia como algo abstracto no existe. Sobre las cuestiones generales (dejando aparte las libertades fundamentales que no causen un daño real tangible a los demás y que por lo tanto están más allá del poder del gobierno y de cualquier regla jurídica) lo mejor o lo menos malo y lo único a lo que puede llamarse justo, es lo que decida la mayoría de la población, sea en forma directa —que en nuestras sociedades actuales es imposible— o bien a través de los representantes que elige para hacer las reglas generales. Nadie sabe mejor que la sociedad lo que le conviene a ella misma, y por eso es ella la que debe decidirlo a través del único sistema posible de tomar una decisión, por mayoría.

2. Quienes se inclinan por limitar la voluntad de la mayoría hacen notar que la aplicación de la decisión democrática como regla única equivale a acabar con la libertad, a someter a cada uno de los individuos y a las minorías disidentes a las ideas, las creencias, los prejuicios y las pasiones del grueso de la población. Una sociedad uniforme, regida en todo por la voluntad de la mayoría, no parece ser el ideal de la vida en común.

Para ellos, es indispensable garantizar la libertad como poder del individuo de hacer algo distinto a lo que piense, crea y quiera la mayoría; la libertad como poder de actuar contra la opinión y la voluntad de esa mayoría. Muchos de quienes apoyan esta posición sostienen que por encima de la voluntad mayoritaria concretada en leyes que cambian con el tiempo, existen valores fundamentales de la vida humana que deben mantenerse sobre las veleidades de las asambleas y las expresiones cambiantes de las mayorías en votaciones. La regla mayoritaria no asegura la justicia. La única forma de mantener la justicia es confiar la decisión de lo que es correcto y de lo que no lo es, a un grupo de personas sabias y prudentes: los jueces, que están más allá de las modas y opiniones pasajeras del común de las gentes y no se dejan afectar por ellas; tal vez por esto un buen número de los profesionales del Derecho, que pretenden ser también expertos en la justicia, son conservadores. Pero lo verdaderamente importante de esta posición es la idea de algunos de sus partidarios en el sentido de que debe confiarse a los jueces no solamente la resolución de lo que es correcto en los casos individuales que les presenten, sino también decidir si la ley hecha por asambleas en donde prevalece la voluntad de la mayoría, es o no correcta. La ley, dicen quienes así piensan, aún cuando sea hecha por la voluntad de la mayoría o de los representantes de esa mayoría, no vale si no es acorde con la justicia.

Desde luego la respuesta a estas cuestiones no se puede resolver simplemente diciendo que si la revisión de las leyes por los órganos judiciales ha funcionado bien en general en los Estados Unidos, esa revisión por los órganos judiciales es buena en todos los casos. Así lo pensaron en muchos países algunos hombres dedicados a la política que decidieron imitar el sistema de gobierno de los Estados Unidos, no sólo en lo que dice la Constitución Norteamericana, sino también en lo que

no dice y que se otorgaron como un poder propio los jueces de la Suprema Corte de ese país.

El asunto tiene que ver con la cuestión de quién decide finalmente en el Estado moderno y por lo tanto quién tiene el poder, y también con la gran interrogante de la supremacía del Derecho, por sí mismo, sobre la realidad del poder. Naturalmente esta cuestión conduce directamente a otra: Si la democracia es el fundamento de la legitimidad de las decisiones del poder ¿deben tales decisiones quedar sujetas a la opinión de los jueces con base en las creencias de estos sobre lo que es la justicia, por encima de las decisiones de los representantes de la mayoría de la población?, o en otras palabras ¿debe el gobierno de una sociedad guiarse por las concepciones que sobre la justicia tengan los jueces que forman una corte suprema?

3. Por último para tener una mejor idea de la complejidad del problema y del peligro siempre presente del enfrentamiento entre los representantes democráticamente electos por la población y los jueces de la Suprema Corte, es oportuno recordar la opinión de John Marshall, siendo Jefe de Justicia de los Estados Unidos, dos años después de la resolución del caso *Marbury vs. Madison*, cuando, con motivo del asunto de la Ley de Organización Judicial de 1801⁸², elaborada por Marshall siendo Secretario de Estado y derogada por el Congreso en 1802, él y los demás miembros de la Suprema Corte se enfrentan a una reacción creciente del Congreso por las actitudes desafiantes de los jueces de esa Corte respecto de la derogación de aquella ley, especialmente la del juez Chase, sin duda el más imprudente y belicoso de los jueces del partido federalista que integraban la Corte de Marshall, la cual culmina en el juicio político (*impeachment*) en contra de Chase con la perspectiva muy probable de que fuera destituido y el peligro inminente de que a continuación el mismo Marshall fuera destituido y tal vez juzgado. La opinión de Marshall, el poderoso Jefe de Justicia, es simplemente el reconocimiento de los riesgos y los peligros a los que se exponen los órganos judiciales que pierden la idea de sus limitaciones naturales en el contexto en el que actúan y dice así:

*Creo que la moderna doctrina del juicio político debería ser sustituida por una jurisdicción de apelación de la legislatura... Una revocación de aquellas decisiones que el Congreso considerase inconvenientes armonizaría mejor con la suavidad de nuestro carácter que la remoción de un juez que ha fallado inocentemente.*⁸³

La opinión de Marshall es simplemente el reconocimiento de algo bien sabido: los órganos judiciales tienen limitaciones naturales que no pueden traspasar, pues

⁸² *Stuart v. Laird*, 5 U.S. (Cranch) 299, 2 L. Ed. 115 (1803).

⁸³ BEVERIDGE, Albert J., *The life of John Marshall*, tomo III, pp. 176 y 177. La opinión de Marshall expresada con motivo del juicio político instaurado en el Congreso contra el juez Chase dice: “the modern doctrine of impeachment should yield to an appellate jurisdiction in the legislature. A reversal of those legal opinions deemed unsound by the legislature would certainly better comport with the mildness of our character than a removal of the Judge who has rendered them unknowing of his fault.”

aunque se les menciona como órganos del poder, normalmente no tienen un poder político real y su poder social depende de la confianza que tenga en ellos la población y del grado de aceptación de las decisiones de los jueces en el medio en que se producen. Esto es lo que H. Rasmussen, sin duda un crítico del poder excesivo de los jueces, llamaba, en 1986, la legitimidad de la acción judicial “*basada en el déficit democrático*” (*on democratic deficit grounds*) y en el mito de que “*las legislaturas actúan efectivamente más allá de los intereses generales e individuales de los cuerpos políticos*”;⁸⁴ legitimidad judicial que surge y debe mantenerse dentro de la aceptabilidad social (*acceptability*) en el medio (*environment*) en el que se dan las resoluciones judiciales.

En el fondo del tema y de las polémicas de mi maestro Mauro Cappelletti⁸⁵ y Lord Devlin,⁸⁶ por una parte, y H. Rasmussen, por otra, está el dilema entre la democracia y la justicia, que, en mi opinión, es uno de los problemas más difíciles de la vida social y desde luego es uno de los temas que despierta la mayor inquietud intelectual por sus dificultades racionales y las mayores pasiones por sus implicaciones y sus consecuencias para la libertad y los intereses de los individuos y las minorías, y también para los intereses y los deseos de las mayorías.

Se trata de si en las relaciones de los hombres en sociedad, en caso de conflicto, debe prevalecer como la justicia, la idea que de ella tenga un tribunal en un caso particular con efectos no sólo para ese caso particular (lo cual nadie discute) sino con efectos para toda la sociedad, o si debe prevalecer la voluntad de la mayoría, bien sea porque se estime que la justicia en sí no existe o porque se considere que lo único justo es lo que decide la mayoría.

Naturalmente si lo que debe prevalecer es la voluntad de la mayoría podemos concluir que estamos en el ejercicio de la democracia o al menos de lo que se llama democracia representativa, pero esto puede implicar el desconocimiento de los derechos, los intereses y las ideas de las minorías, lo que con frecuencia quiere decir arrollamiento de la libertad en el sentido de pensar, decir y actuar de manera diferente a como piense, opine o actúe la mayoría de la población. En otras palabras, la prevalencia de la voluntad de la mayoría como regla única en todos los actos de la vida humana significa el fin de la disidencia y por lo tanto de la libertad. Así, más allá de la justicia, lo que hay en muchos de estos casos es el choque entre la democracia y la libertad.

⁸⁴ RASMUSSEN, Hjalte, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, 1986, pp. 62-64.

⁸⁵ CAPPELLETTI, MAURO, *The Law-Making Power of the Judges and its Limits*, Reporte General presentado en el Segundo Congreso Internacional de Jueces de Apelación que tuvo lugar en Sydney y Canberra en mayo de 1980 y que fue publicado originalmente en el número 8 de Monash Univ. L. Rev. 15 en 1981 y una versión editada del mismo fue incluida en *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1989.

⁸⁶ DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, 39 Mod. L. Rev. 1, 16, 1976.