

JOHN MARSHALL ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso “William Marbury versus James Madison”

Ernesto Adrián Löffler*
Abogado

Resumen: *John Marshall es considerado por un amplio sector de la doctrina como el padre del control de constitucionalidad. En este artículo se individualizan y evalúan diversos antecedentes que, de algún modo, cuestionan la originalidad de las ideas del prestigioso juez de la Corte Norteamérica. Al tiempo que se pone en tela de juicio la paternidad de Marshall, en torno del judicial review, se reconoce la visión institucional y el rol que tuvo en el caso Marbury versus Madison. No sólo, para conferirle autoridad al instituto aquí tratado, sino también, para erigirlo en la herramienta jurídica más efectiva de defensa del orden constitucional.*

Palabras clave: *John Marshall. Control de constitucionalidad. Antecedentes. Orígenes.*

Abstract: *John Marshall is considered father of the judicial review by a large sector of the doctrine. In this article, several records, which question the originality in the ideas of the prestigious Court of the United States judge, are individualized and evaluated. While the paternity of Marshall in relation to the judicial review is called into question, the institutional vision and the role played in the Marbury versus Madison case is still acknowledged. Not only to confer authority to the institute hereof, but also to establish it as the most effective legal tool to defend the constitutional order.*

Key words: *John Marshall. Judicial Review. Records. Origins.*

I. DEL PROPÓSITO DEL ENSAYO

El presente ensayo tiene como finalidad explorar ciertos antecedentes vinculados al control de constitucionalidad que habrían servido de inspiración al juez Marshall¹, en el conocido precedente “*William Marbury versus James Madison*”.

* Abogado Universidad Nacional de Buenos Aires. Especialización en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho y Magistratura Judicial Universidad Austral. Doctorando en Derecho Universidad Austral, Argentina. Juez de la Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego, Argentina.

¹ John Marshall (1755-1835), fue presidente de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, durante treinta y cuatro años. Fue elegido cuatro veces para presidir aquel alto tribunal, desde que en 1801 el presidente *John Adams* lo nombrara en el cargo hasta su muerte. Lo paradójico de este destacado magistrado es que accedió a la presidencia de la Corte de los Estados Unidos de Norte-

La intención es escudriñar cuán original fue la idea del entonces presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos. Para ello tendré en cuenta los avances de la doctrina y la jurisprudencia en torno del instituto, antes del dictado de la sentencia que lideró el prestigioso juez en 1803.

Mi tesis, a contrario *sensu* de la opinión de algunos especialistas del ámbito vernáculo como del extranjero, procurará demostrar que, tanto en el campo doctrinario como en el terreno jurisprudencial, existieron antes del voto de Marshall, criterios claros en torno a quién se le debía conferir la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento y los actos del Poder Ejecutivo. Entonces resulta válido preguntarnos sí: ¿El caso *Marbury vs. Madison* es el primer precedente donde se analizan la constitucionalidad de determinadas normas? O en cambio ¿Es el primero de los antecedentes donde se deja definido con claridad a qué órgano del poder le corresponde el control de constitucionalidad?

Como explicaré a lo largo de este trabajo, la doctrina no es pacífica en la respuesta a los interrogantes que planteará. Por ello, en este contexto, el objetivo que me propuse no resulta fácil de alcanzar. Por ejemplo, si tenemos en cuenta los inconvenientes que plantea Ramírez García cuando hace referencia a la “[...] constante disputa por las paternidades, que hoy se le regatean al juez Marshall, con o sin razón, pero desde luego con escasa eficacia. Así la ‘doctrina reciente ha tratado de despojar el halo mítico del (caso) *Marbury vs. Madison*’, informando sobre el mérito que juristas anteriores a Marshall habían tenido al afirmar el principio de que las leyes reconocen como fuente de su autoridad y, en consecuencia, como límite de su contenido a la Constitución”².

Teniendo presente estas dificultades abordaré a continuación el estudio de los antecedentes escogidos para luego dar una conclusión que podrá o no coincidir con la opinión del profesor Ramírez García. Antes, a manera de introducción, procuraré describir en apretada síntesis la génesis de las ideas que luego analizaremos en el viejo y en el nuevo continente.

Finalmente, responderé al interrogante del título de este trabajo ¿Podemos considerar al juez Marshall como el padre del control de constitucionalidad?

américa sin haberse recibido de abogado. Su profesión militar, lo alejaba de la preparación que se le exige a un juez de su trayectoria. El profesor Bianchi, Alberto en su obra *Control de Constitucionalidad*, tomo I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 80 refiere que sus estudios de derecho “eran casi nulos. En el invierno de 1779-1780, mientras aguardaba ser incorporado al ejército, asistió a unas conferencias de derecho durante unas seis semanas, intervalo en el cual, además, conoció a quién luego sería su esposa, lo que indica que tampoco todos sus pensamientos estaban dedicados a las ciencias jurídicas. Sin embargo, fue su experiencia militar, más que su paso por las aulas, lo que forjó su conciencia político-jurídica. Sirvió en la guerra de la independencia al lado de Washington y pudo comprobar allí la necesidad de consolidar un país fuerte, un gobierno central capaz de sobreponerse a sus estados miembros. De allí que toda su trayectoria como Presidente de la Corte haya estado destinada a consolidar el poder del tribunal y del gobierno federal [...] otros historiadores señalan que *Marshall* ejerció activamente la práctica de la abogacía en la ciudad de Richmond, Virginia, su estado natal, a partir de 1793, adquiriendo fama y prestigio. Luego en 1799, fue electo diputado por Virginia en el Congreso Federal, y finalmente fue nombrado Secretario de Estado del presidente *Adams* en 1800”.

² Ramírez García, Sergio. “Reseña de los ‘orígenes del control jurisdiccional’ de Manuel González Oropeza”, *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre número 011, Universidad Autónoma de México, México, p. 283. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/885/88501113.pdf>, acceso 22-X-2008.

II. BREVE EXPLICACIÓN DEL ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS DE NOROCCIDENTAL AMÉRICA

Resulta oportuno tener presente que la lucha contra los absolutismos europeos arrojó resultados disímiles en las trece colonias de América del Norte respecto a lo que ocurriera en la Francia de Luis XVI. Así pues, la revolución de 1789, que consagró la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”, no dictó, en lo inmediato, una Constitución. Sus fines fueron distintos a los buscados en el nuevo continente. En Europa continental (Francia) se produjo una revolución burguesa que acabó con el poder del rey absolutista.

La primera Constitución francesa data de 1791 fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de aquel año y aceptada por Luis XVI. En apretada síntesis este texto se ocupó de la reforma del Estado francés que se convirtió en una monarquía constitucional. Esta Constitución establece que la soberanía reside en la nación y ya no en el rey, que se titula “rey de los franceses”. Se proclama la libertad de pensamiento y de prensa, y la libertad religiosa. Se suprime la nobleza y las distinciones hereditarias, y se establece el libre acceso a los oficios y funciones que hasta ahora se reservaban a la nobleza o se heredaban³. No obstante, se mantuvieron las desigualdades. En la nación posrevolucionaria sólo una reducida minoría ejerció el derecho al sufragio⁴. En Francia, el soberano era el Parlamento. Se impuso el predominio del legislativo sobre las restantes ramas del poder; la norma jurídica superior no era la constitución sino la ley toda vez que procedía del Parlamento. En estos ordenamientos, existía una marcada desconfianza hacia la figura del juez, sobre quien, incluso, pesaba la posibilidad de ser condenado por el delito de prevaricato si se apartaba de lo dispuesto por las leyes⁵.

³ Véase Dufau, Pierre Armand, Duvergier, Jean Baptiste, Guadet, J. *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de L'Europe et des deux Amériques: avec des précis offrant l'histoire des libertés et des institutions politiques chez les nations modernes; et une table alphabétique raisonnée des matières*, tomo VI, París, 1832, pp. 132 ss.

⁴ Véase Tulard, Jean, Fayard, Jean-François y Fierro, Alfred. *Histoire et dictionnaire de la Révolution française 1789-1799*, ediciones Robert Laffont, colección “Bouquins”, París, 1987, 1998, pp. 650-651. “El sistema de elección de los diputados de la Asamblea Legislativa era el siguiente: se clasificaba a los varones franceses (las mujeres quedaron excluidas de la ciudadanía) en “ciudadanos activos” (los que pagaban impuestos directos equivalentes a 3 días de trabajo, tuviesen más de 25 años y residieran desde hacía más de un año en su comarca) y “ciudadanos pasivos” (quienes no pagasen impuestos). Solo los “ciudadanos activos” elegían a los electores de su departamento. Dichos electores eran quienes escogían a los diputados provinciales para la asamblea. En 1791, Francia contaba con 4 298 360 ciudadanos activos que representaban 61 % de los hombres y 15 % de la población total. 3. A este tipo de elección se le llama censitaria (sólo pueden votar los más ricos) e indirecta, puesto que los diputados no son votados directamente por todos los que tienen derecho al voto, sino a través de sus representantes”.

⁵ Afirma Vanossi que: “el pensamiento de los franceses en ese momento con respecto a los jueces se inspiraba sobre todo en el temor por el recuerdo que provocaron aquellos famosos *parlamentos judiciales* que aplicaron justicia durante el reinado de los Luises y que se excedían notoriamente en sus funciones. *Parlamentos* llamados así, no obstante que no dictaban leyes, sino que administraban justicia, y que provenían de la época de los estados generales. Es por eso que la Revolución Francesa, al romper el esquema de los estamentos, decide eliminar también la posibilidad de que los jueces se excedieran en esas funciones, y concibe la gestión de los jueces propiamente como Montesquieu la había expresado en *El espíritu de las leyes* [...] en ese orden de ideas las leyes [...] prohibían a los tribunales conocer y decidir de los actos administrativos” al igual que avanzar so-

Autores como Vanossi destacan que en la Europa continental fue Sieyès el primero en la historia del Derecho público en hablar de control de constitucionalidad como mecanismo necesario para resguardar la jerarquía suprema de los textos constitucionales rígidos. Contribuye con tres aportes a la evolución del constitucionalismo clásico, a saber: La doctrina del poder constituyente; la doctrina de la representación y su modelo de control de constitucionalidad de las leyes. En relación a este último aspecto, propuso la creación de un órgano permanente y autónomo que asumiera la función de armonizar y limitar a los poderes constituidos. En primer término, planteó la conformación de un *Jurado Constitucional* que no fue aceptado, luego en 1779 logró la creación de un *Senado Conservador* que se encargaría de la defensa a la constitución. Para ello se le confirieron facultades de anulación de las normas dictadas por los otros poderes en oposición a la *Ley Suprema* que le fueran remitidas a su consideración. “Esta función nos lleva a un doble comentario: 1) que la fecha de esta creación es anterior al nacimiento jurisprudencial de la ‘revisión judicial’ en los Estados Unidos de Norteamérica, que no estaba expresamente prevista en la constitución de 1787 (y que nació con la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Marbury v. Madison*, en 1803); 2) que el sistema ideado por Sieyès es –obviamente– la fuente remota del veto que hoy cumple la función de control de constitucionalidad en el régimen del ‘Consejo Constitucional’ que prevé la Ley Suprema de 1958”⁶.

Sostendrá Alexy⁷ que la visión del legalismo se caracterizaba por:

1. Rechazar los valores o principios. Sólo defendía las normas puestas por el legislador;
2. Recurría a la subsunción en la aplicación del Derecho descartando la ponderación;
3. Reivindicaba la autonomía del legislador democrático dentro de la Constitución, en lugar de la omnipotencia judicial;
4. Sostenía la independencia del derecho ordinario, en vez de la omnipresencia de la Constitución.

En el Derecho continental europeo la evolución y difusión del control se produjo, salvo el caso de Suiza y como vimos en Francia, a partir del año 1920. No obstante, no me extenderé en su análisis dado que tal empresa excede el alcance de este trabajo⁸.

bre las leyes dictadas por el Poder Legislativo. **Los jueces nunca han tenido la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o de examinar la constitucionalidad de un acto legislativo o administrativo “han sido, nada más ni nada menos, que los agentes del servicio público”** (Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Teoría Constitucional*, segunda edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, tomo II, p. 77. Las negritas son de mi autoría).

⁶ Vanossi, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional, ... op. cit.*, tomo I, pp. 26, 27.

⁷ Citado por Vigo, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 37.

⁸ A modo de resumen, recordemos que, durante el siglo XIX, en los sistemas políticos europeos, sólo se aceptó el control de constitucionalidad por el propio órgano legislativo o parlamento, pues era aquél quien investía la legitimidad de su representación democrática y expresaba la voluntad del pueblo, del soberano. Al hilo de lo dicho, ¿quién entonces mejor que el Parlamento para juzgar de la constitucionalidad, o no, de una ley?

Durante el siglo XX, uno de los acontecimientos institucionales más trascendentes fue la aparición y desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad y de la pertinente justicia constitucional. Ello a través de órganos específicos como el Tribunal Constitucional, el Consejo Constitucional, el Tribunal Supremo Constitucional, etc.

En cambio, en Estados Unidos, la Constitución de Filadelfia de 1787 consagró, como regla, el concepto de soberanía constitucional. El texto inspirado por principios del iusnaturalismo ponía límites al poder constituido, seccionándolo en tres departamentos.

Si bien el texto constitucional no establecía quién debería ejercer el poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a ella; como explicaré, con anterioridad al que algunos consideran como el nacimiento formal del sistema a partir del fallo liderado por el *Chief Justice Marshall* de 1803, existieron antecedentes en las ideas expuestas por Hamilton en *El Federalista* e influencia mediata de un importante antecedente inglés. Me refiero al precedente “*Bonham*” de 1610 donde el *chief justice* del *common pleas*, sir Eduard Coke, desarrolló ideas semejantes a las que luego aparecen en Hamilton y Marshall⁹. Además de otros doctrinarios como Iredell, resulta interesante estudiar algunos pronunciamientos de tribunales estatales y tres de la propia Corte Suprema de Estados Unidos.

Parafraseando a Alexy, podemos decir que el modelo americano se caracterizó por: 1. Apoyarse en valores o principios para invalidar normas puestas por el legislador cuando resultaban contrarias a la constitución;

2. Recurrir a la ponderación para aplicar principios;

3. Reivindicar la omnipotencia del departamento Judicial, por encima de la autonomía del legislador democrático;

4. Sostener la omnipresencia de la Constitución, por encima del Derecho ordinario¹⁰.

Desde sus orígenes, en 1920, la historia nos muestra tres etapas diferenciadas cronológicamente y que podemos reseñar de la siguiente manera:

Primera Etapa: Si bien es cierto que la Constitución de Suiza de 1874 implícitamente contempla una suerte de control de constitucionalidad conforme se infiere de los artículos 113.3 y 114 bis. (véase Auret, Jean F. *Traté de droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, Nueuchatel, 1967, vol. I, p. 94), no es menos cierto que este primer periodo se inicia casi cuarenta años después cuando, bajo la inspiración de Hans Kelsen en su proyecto austriaco de 1920, se conforman con el Tribunal Constitucional Checoslovaco (Constitución del 29 de febrero de 1920, sancionada bajo el régimen Republicano que va de 1918 a 1938) cuanto el Alto Tribunal Constitucional de Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920, dictada bajo el régimen de la República de Austria 1918-1933). Una década después, en la España Republicana se constituye el Tribunal de Garantías Constitucionales –Constitución de 1931, dictada bajo el Régimen de la II Republica Española 1931 a 1939 –(véase Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 1043 y ss).

Segunda Etapa: Tras la segunda postguerra mundial y el nuevo movimiento constitucionalista, se sancionan las nuevas constituciones en diversos países: 1) El Tribunal Constitucional Italiano de la Constitución de 1948; 2) El Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Federal de Bonn de 1949; 3) El Consejo Constitucional Francés de la Constitución de 1958 de particulares connotaciones.

Tercera Etapa: Luego de una década, nuevos Tribunales Constitucionales surgen debido a la sanción de las siguientes Constituciones trascendentales: 1) El Tribunal Constitucional Portugués, fruto de la Constitución de 1976 con las modificaciones de 1982; 2) El Tribunal Constitucional Español de la Constitución de 1978.

⁹ No obstante, cabe tener presente que la doctora Ángela Figueruelo planteaba en sus clases de postgrado de derecho constitucional en la Universidad de Salamanca –junio de 2008–, la existencia de varios precedentes anteriores al de Marshall de fines del siglo XVIII.

¹⁰ Sostendrá Vanossi que “en el momento de en el cual se produce la emancipación de las trece colonias, no existía una idea definida sobre el problema del poder judicial. Desde luego que conoc-

III. DE LOS ANTECEDENTES PREVIOS A 1803

1. *El caso Bonham*

La idea de Constitución como Ley Suprema, desde luego en lo formal, es originaria de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, este principio, encuentra sus raíces en el *common law* británico al ser considerado como Ley Fundamental.

Antes del siglo XVII, el *common law*, como norma no legislada, tenía primacía por sobre las leyes formales al concebirse como reglas particulares o de excepción al derecho consuetudinario establecido con anterioridad. Precisamente, esta tesis de supremacía del derecho consuetudinario sobre las leyes formales, fue desarrollada por Edward Coke, en el famoso caso *Bonham* en 1610.

El doctor *Thomas Bonham* era un médico egresado de la Universidad de Cambridge que se dispuso a ejercer la profesión en Londres sin la autorización del Colegio de Médicos. Conforme relata Bianchi¹¹, *Bonham* fue citado por el Presidente del Colegio y los Censores quienes, luego de encontrarlo deficiente en sus aptitudes, le impusieron una multa de 100 chelines y la prohibición de ejercer la profesión bajo pena de prisión. El médico continuó ejecutando sus artes y resultó nuevamente emplazado ante las autoridades del Colegio de Médicos de Londres en octubre de 1606. Esta vez no acudió a la cita y por ello se lo condenó con una nueva multa de 10 libras. Además, se lo detuvo en prisión. Luego, fue nuevamente emplazado por el Colegio y se negó a ser reexaminado, alegando que al ser médico de Cambridge el Colegio de Londres carecía de jurisdicción sobre él. Su actitud le valió ser condenado nuevamente y enviado a la cárcel. *Bonham* demandó a la institución médica londinense por encarcelamiento ilegítimo. En su defensa, los accionados invocaron un reglamento dictado bajo el reino de Enrique VIII, el cual facultaba al Real Colegio de Londres a ejercer el poder de policía sobre quienes practicaban la medicina y la autoridad para imponer multas. Éstas se dividían en partes iguales entre el Rey y el Colegio de Médicos. El caso, comenta Bianchi, “provocó una larga disputa entre los mismos jueces del *Common Pleas*, y mientras uno de ellos, Walmesley defendía ardientemente la causa del Colegio, Coke lo hizo a favor del doctor Bonham, concurriendo con él los jueces Warburton y Daniel. De los varios argumentos que Coke empleó en la sentencia, uno de ellos es el que más trascendencia tuvo para el control de constitucionalidad. De acuerdo con los estatutos vigentes, el Colegio percibía la mitad de las multas cobradas; **ello, a juicio de Coke, convertía al Colegio en juez y parte**

ían al poder judicial como tribunales y tenían poder judicial, que eran los magistrados y cortes locales de las trece colonias. Además, después de la independencia, la teoría y la práctica del control de constitucionalidad por los jueces era conocida, y puede afirmarse que al llegar a la reunión de Filadelfia existía conciencia sobre las bondades del sistema. En el orden local John Marshall había defendido su viabilidad en la Convención de su Estado y, para más ninguno de los Estados opuso reservas en cuanto al control de las leyes al proceder a la ratificación de la Convención de Filadelfia. Puede decirse que era un valor entendido. Es por eso que cuando en el preámbulo de la constitución de Filadelfia hablan de la *justicia* dicen “constituir la justicia”, en el sentido de constituir un poder judicial nacional y federal, porque ya tenían el local. En cambio, nosotros [en argentina] decimos “afianzar la justicia” porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra *justicia* con un sentido totalmente distinto: no es la justicia simplemente como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la *justicia* como valor, como fin”. Conforme Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Teoría Constitucional...*, *ob. cit.* p. 79/80.

¹¹ Véase Bianchi, Alberto. *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, p. 67.

de la situación, lo que era contrario al *common law*, ya que de acuerdo a los principios de éste, nadie puede ser juez de su propio caso¹².

Sostuvo entonces Coke:

“Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controla los actos del Parlamento y a veces, los juzga totalmente nulos: pues, cuando un acto del Parlamento va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el *common law*, lo controlará y juzgará como nulo”¹³.

A pesar de la importancia que en materia de control de constitucionalidad tuvo el caso *Bonham*, no trascendió en el Reino Unido de la manera como en efecto lo hizo en las colonias británicas del “nuevo mundo”. Al respecto sostuvo Cappelletti que “aun cuando la Gloriosa Revolución de 1688 marcó, en Inglaterra, el triunfo de la supremacía legislativa, las colonias americanas, sin embargo habían heredado las ideas de Coke, con respecto tanto a la subordinación de la Corona y del Parlamento a la ley suprema, como un poder judicial acostumbrado a interpretar y, a veces, a ignorar los actos legislativos que violaran principios superiores”¹⁴. Continuaba subrayando que “[e]n Inglaterra, el resultado consistió en despojar a los jueces de cualquier facultad de control sobre la validez de la legislación, a pesar de los primeros éxitos de la doctrina de Lord Coke”¹⁵.

A su turno, González Rivas, al destacar la importancia del caso *Bonham*, señalaba que el magistrado introdujo la idea de un derecho fundamental que “gozaba de supremacía sobre los actos del rey y las Leyes del Parlamento, y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía”¹⁶.

Como síntesis de la influencia que el precedente *Bonham* ejerció en el territorio americano, se debe tener presente lo expuesto por el profesor Ekmekdjian cuando afirma que “ya

¹² *Ibidem*, p. 67, el destacado es de mi autoría.

¹³ Véase Brewer-Carías, Allan R. “La Justicia Constitucional”, http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html, acceso 15-III-2009. Véase la cita y su comentario en Charles Howard McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale 1919, p. 286-301 y las críticas a las opiniones de Lord Coke en L. B. Boudin, *Government by Judiciary*, N.Y., 1932, Vol. 1, p. 485-517.

¹⁴ Cappelletti, Mario. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, p. 38/39, citado por Allan R. Brewer-Carías “La Justicia Constitucional”, http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html, acceso 15-III-2009. Sin embargo, a pesar del fracaso en el Reino Unido de la doctrina sentada por Coke, el propio Jeremy Bentham, en su difundida obra *A Fragment on Government*, cap. IV, 31 sostuvo que “la consecuencia de que una ley sea nula, es que el pueblo debe actuar como si ella no existiera [...] ¿A quién corresponde los castigos con que se habrán de sancionar tales actos? A los jueces. En la práctica esto significa que se confiere a los jueces un poder de control sobre los actos de la legislatura”.

¹⁵ Refiere Bianchi, A. en, *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, p. 68, que la doctrina de Coke, tuvo inicialmente una importante recepción. “Su sucesor en el *Common Pleas*, Sir Henry Hobart, la empleo en “*Day v. Savadge*”, sosteniendo allí que una ley en la cual se permitía a un hombre juzgar su propia causa es nula y contraria a la equidad natural.

¹⁶ González Rivas, Juan José. “La justicia constitucional: derecho comparado y español”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, p. 33.

en 1657 los tribunales de Boston aplicaban la jurisprudencia del caso ‘Bonham’, para invalidar leyes locales consideradas inconstitucionales”¹⁷.

2. *Precedentes anteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia de 1787*

En sintonía con el fenómeno que describiera en el acápite anterior el constitucionalista venezolano Brewer Carías, sostiene que las colonias del nuevo mundo acogen abiertamente la doctrina del caso *Bonham*, en tanto van a defender la subordinación de la Corona y el Parlamento británico a una ley suprema, “consignada en gran medida en un documento singular que, después de la Declaración de la Independencia, se convirtió en una Constitución adoptada por cada uno de los nuevos Estados. Por esa razón, después de 1776, en algunos Estados, particularmente en Pensylvania y Vermont, se fue insistiendo en la idea de que las leyes estatales no podían ser incompatibles con sus leyes fundamentales. **De ahí que los Tribunales de New Jersey, en 1780, ya hubiesen empezado a aplicar la idea de control judicial de constitucionalidad**”¹⁸.

Reforzando la idea, Bianchi afirma que los norteamericanos, antes de independizarse de Gran Bretaña, aplicaron los principios del *judicial review* perfilados por Coke¹⁹. Asimismo, enuncia una serie de casos donde por distintos motivos se invalidaron normas al resultar contrarias al derecho fundamental. Expone, en su reconocida obra que “[a]sí, ya en el siglo XVII, en “Giddings v. Browne”, el *Justice* Sydmonds de Boston, Massachussets, dispuso que una ley positiva no podía estar en contra de la ley natural o fundamental²⁰. Esto fue repetido por James Otis, en el caso “Paxton”, en 1761 y fue aplicado también por la Suprema Corte de Rhode Island [...] en 1786 [...]”²¹.

El profesor Sagüés en su obra de derecho procesal constitucional confirma la existencia del último de los antecedentes, al sostener que: “En el campo del derecho estadual (provincial), la Corte Suprema de Rhode Island, en el caso ‘Trevett v. Weeden’ (1786), había declarado a una ley local repugnante e inconstitucional”²².

Pablo Ramella señala que al debatirse en la Convención de Filadelfia los alcances de la Constitución de los Estados de la Unión, se tuvieron en cuenta los precedentes de los distintos tribunales estatales “citándose especialmente el de Josich Philips (1778) motivado por un *bill of attainder* dictado por la Legislatura de Virginia contra su persona. Cuando estaba reunida la Convención se estableció por la Corte de North Carolina, en el

¹⁷ Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, tomo III, Buenos Aires, 2004, p. 286, el destacado es mío.

¹⁸ Brewer-Carías, Allan R. “La Justicia Constitucional”, http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.htm, acceso 15-III-2009. Documento preparado para el “Encuentro sobre Derecho Iberoamericano (Derecho Público), Fundación BBV, Toledo, diciembre 1994, p. 5. Véase Wagner, W. J. *The Federal States and their Judiciary*, The Hague, 1959, ps. 87/88, el énfasis es propio.

¹⁹ Véase Bianchi A. en, *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, p. 71.

²⁰ En este caso, “la ciudad había decidido promover un fondo de 100 libras para la construcción de una casa para Mr. Cobbet, uno de los ministros. Browne, un ciudadano, se negó a pagar su cuota. La sentencia lo absolvió en la convicción de que una ley positiva no podía obligarlo a pagar.

²¹ Bianchi, Alberto. *Control de Constitucionalidad ...*, *op. cit.*, tomo I, p. 71.

²² Sagüés, Néstor Pedro. *Recurso Extraordinario*, cuarta edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, tomo I, Buenos Aires, 2002, p. 133.

caso ‘Bayard v. Singleton’, **que ninguna ley en ningún sentido podría derogar o alterar la Constitución**”²³.

En rigor, Ramella se remite a una obra de González Calderón quién, en su *Curso de Derecho Constitucional*, explica que antes de la sanción de la Constitución Norteamericana muchas cortes supremas de los distintos Estados de la Unión se rehusaron a aplicar leyes ordinarias al considerarlas contrarias a sus textos constitucionales locales conforme los casos que habrían recopilado los profesores Haines y Thayer²⁴.

No obstante, el punto de vista desarrollado hasta aquí, debemos advertir que no toda la doctrina compartía la idea de que en este período el Poder Judicial podía invocar la primacía de la Constitución para invalidar actos o leyes de los otros departamentos del Estado. Es que, por un principio de igualdad, se impedía que alguna de las ramas del poder se considerara superior a las otras. José Francisco García recuerda una tesis que contaba con numerosos adeptos. De este modo, para el período en estudio, el hecho de que las Cortes estatales, “pudieran juzgar acciones de otras ramas, implicaba una intromisión en asuntos ajenos que no le correspondían [...] Sin embargo, no todos estaban en desacuerdo con algún tipo de mecanismo de tutela judicial sobre la Constitución [...] Si la Constitución era la ley suprema, los actos legislativos en contrario eran *ultra vires* y nulos”²⁵.

Una de las mejores argumentaciones anteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia, en torno a la facultad de la judicatura de declarar la nulidad de una norma o un acto del ejecutivo contrario al texto de la Constitución, fue presentado por J. Iredell un año antes de la sanción de aquella²⁶. De manera categórica sostuvo que: “Por esta razón, un acto de la Asamblea, inconsistente con la Constitución, es nulo, y no puede ser obedecido, sin desobedecer a su vez a la ley superior, la cual hemos jurado servir, previa e irrevocablemente. Los jueces, por tanto, deben hacerse cargo en su labor, de que cada acto de la Asamblea que ellos manden a obedecer, sea garantizado por la Constitución, porque de lo contrario, no estarán actuando conforme a derecho. Esto no implica la usurpación o un poder discrecional, sino una conclusión inevitable del rol al que están llamados por la Constitución los jueces, para servir al pueblo y no a la asamblea”²⁷.

²³ Ramella, Pablo A. *Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 207/208, el destacado es mío.

²⁴ Véase González Calderón, Juan A. *Curso de derecho constitucional*, cuarta edición, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1963, p. 106.

²⁵ García, José Francisco. “El control de constitucionalidad en el *Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 número 3, p. 491/514, Santiago, 2003, p. 502.

²⁶ Comenta José Francisco García que “Iredell por esos tiempos era un abogado que representaba a un cliente cuya propiedad había sido confiscada sin un jurado que lo declarara, en caso pendiente ante la Corte de Carolina del Norte. Escribiendo bajo el pseudónimo de “Un elector”, Iredell publicó un ensayo para periódico en donde argumentó a favor de la autoridad judicial de declarar una ley inconstitucional nula. Al respecto ver *Bayard v. Singleton* (1787), *ibidem*, nota al pie número 50, p. 503.

²⁷ Iredell, J. “Un elector: al público” (1787) en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press en <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders>, acceso 15-III-2009.

3. Principales notas en *El Federalista* sobre control de constitucionalidad

Con anterioridad al dictado del precedente *Marbury v. Madison* (1803), los autores del *Federalista* habían estructurado un modelo de declaración de inaplicabilidad de las leyes federales, cuando éstas fuesen contrarias a la Constitución. Este mecanismo se sustentaba en la idea de que la Constitución no era una simple ley. Todo lo contrario, era una norma de rango superior que sólo podía ser modificada a través de un procedimiento especial y distinto al que regulaba el proceso de formación y sanción de las leyes ordinarias.

Hamilton se referirá fundamentalmente en el punto número 78 de *El Federalista* respecto a las funciones constitucionales del departamento jurisdiccional ligadas a la defensa de la supremacía de la ley fundamental. Al respecto expresó:

“Aunque confío en que los partidarios de la Constitución que ha sido propuesta no estarán nunca de acuerdo con sus adversarios en poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano que admite el derecho del pueblo a modificar o abolir la Constitución establecida en cualquier momento en que lo considere contradictorio con su felicidad, no debe inferirse de tal principio que los representantes del pueblo puedan violar justificadamente algunas de las previsiones de la Constitución, en cualquier momento en que una mayoría de sus electores de forma momentánea considerasen sus inclinaciones incompatibles con la Constitución existente; o que los tribunales deban convalidarse en la obligación de aceptar las infracciones cometidas por tal causa, de la misma forma que no lo estarían si las mismas procedieran de las intrigas del cuerpo representativo. Hasta que el pueblo por medio de alguna ley solemne y competente haya anulado o cambiado la forma de gobierno establecida, estará vinculado a la misma, tanto colectivamente, como desde el punto de vista individual; y ninguna presunción, ni incluso ningún conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede justificar a sus representantes para apartarse de la Constitución, antes de haber aprobado tal ley”²⁸.

La pregunta que desde luego nos hacemos es: ¿De qué manera Hamilton entiende que se debe garantizar el respeto irrestricto a la Constitución? La respuesta que brinda la encontramos igualmente en el N° 78 de *El Federalista*:

“Las limitaciones de esta clase no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello todas las reservas que se realicen respecto a determinados derechos o privilegios serían letra muerta”²⁹.

Pensamos con Hamilton que de las distintas ramas en que se separa el poder el órgano jurisdiccional, por la naturaleza de sus funciones, es el menos peligroso de los tres (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) respecto de los derechos políticos de la Constitución, al tener una capacidad sumamente inferior para restringirlos o perjudicarlos. De ahí se sostuvo que el Judicial es el departamento del poder que no tiene ni la espada ni la bolsa. Advertía Hamilton³⁰ que:

²⁸ Hamilton, Alexander, Madison, Santiago y Jay, John. *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, N° 78, p. 333/334.

²⁹ *Ibidem*, p. 331.

³⁰ Hamilton, Alexander en *El Federalista* sostenía que “El Judicial [...], no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro: no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee ni fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos [...] Aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas [...] mientras [...]

“[...] no es solo como vía para prevenir las infracciones de la Constitución como la independencia judicial puede constituir una salvaguardia contra los efectos de los malos humores que pueden producirse ocasionalmente en la sociedad. En algunos casos, estos no se extienden más allá de perjudicar en sus derechos a determinadas clases de ciudadanos particulares, por medio de leyes injustas y parciales. También aquí la firmeza de la magistratura tiene una gran importancia para mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes”³¹.

A Hamilton, se le presentó una cuestión que no podemos catalogar de menor. Debía justificar que el poder constituyente estaba por encima del poder constituido y que los jueces no tenían la potestad, sino la obligación de disponer la nulidad de una ley contraria a la Constitución:

“No hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el ciervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud del apoderamiento pueden hacer solo lo que este no permite, sino incluso lo que prohíbe [...] No es admisible la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras, de mantener a aquella dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y particularmente de la incumbencia de los tribunales. Una constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la de sus mandatarios”³².

Desde luego, en las conclusiones volveremos sobre esta obra que sin duda se erigió como fuente de inspiración para el juez Marshall antes del dictado de la sentencia en el caso *Marbury versus Madison*. Lo importante es haber recorrido y transcrito los principales pasajes de *El Federalista* que se refieren expresa y directamente a los alcances del control de constitucionalidad. A la conveniencia de poner en cabeza del departamento judicial la delicada misión de ejercer la custodia de la Constitución.

se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del ejecutivo”, *Ibidem*, p. 330/331. Una idea que me ha gustado reiterar –que hasta ahora no la he visto desarrollada por ningún autor–, es que, a pesar de que, al órgano jurisdiccional, como sostuvieran algunos, **no cuenta ni con la espada ni con la bolsa**, dispone **del reloj a su favor**, en tanto, resulta recomendable evitar la designación de jueces *a tempore* –como ocurre en la Provincia de Salta, con los siete ministros el Superior Tribunal de Justicia–. Esta necesidad de equilibrar las desventajas de un poder que *a priori* aparece como el más débil, también fue advertida por Alexander Hamilton, en *El Federalista*. Al respecto opinaba que “no puede esperarse [imparcialidad] de jueces que estén en posesión de sus cargos en virtud de designaciones temporales [...] habría peligro de una complacencia indebida frente al poder que los designa”, *Ibidem*, p. 335. Está formula también la encontramos en el N° 9 de *El Federalista*, al sugerirse la idea de constituir un poder judicial “**integrado por jueces que conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta**”, *Ibidem*, p. 32.

³¹ *Ibidem*, p. 334.

³² *Ibidem*, p. 332.

4. *Casos posteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia y anteriores al voto ponente del juez Marshall de 1803*

Pese, a los distintos antecedentes jurisprudenciales que cité, anteriores a la Constitución de Filadelfia; a pesar, de los criterios claros que surgen de los pasajes transcritos de *El Federalista*; pese, a los debates y votaciones que se verifican en la convención constituyente de 1787³³, los tres casos que logré individualizar, en los cuales se trata la cuestión vinculada a la potestad del Poder judicial de ejercer el control de constitucionalidad, carecen, en principio, de la extensión, de la claridad y de la autoridad con que Marshall destacó los perfiles de la *judicial review*.

Uno de los antecedentes que menciona la doctrina, es el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “USA v. Todd” del año 1794. En estos autos, la máxima instancia jurisdiccional invalidó una norma federal “concerniente a tareas extrajudiciales impuestas a una corte de circuito”³⁴.

Existe un interesante precedente de la propia Corte Norteamericana que se tradujo íntegramente. Me refiero al caso “Hylton v. The United States”. En un pasaje de aquel pronunciamiento se dijo:

En el año de 1796 se sometió a la decisión de la Suprema Corte, la cuestión relativa a la facultad del Congreso para imponer contribuciones.

³³ Nos enseñaba Sánchez Viamonte que “[l]a claridad de la Constitución argentina en esta materia (art. 31), no presenta ninguna dificultad a la jurisprudencia ni tampoco a la doctrina constitucional. La Constitución de los Estados Unidos, que carece de una disposición semejante a nuestro art. 31 a cerca de la supremacía constitucional, tuvo que ser interpretada por la Corte Suprema de aquel país [...]” –Viamonte, Carlos Sánchez. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Kapeluz S.A., Buenos Aires 1956, p. 93–. Es que, en U.S. la cuestión vinculada a la revisión judicial de las normas dictadas por el poder legislativo, no tuvo una discusión trascendente, ni fue objeto de una regulación expresa en el texto de la Constitución. No obstante, surgen en torno del debate a cerca de la conveniencia o no de crear un Consejo de Revisión de la legislación ordinaria, intervenciones de los constituyentes que en cierto modo tocan el problema del control de constitucionalidad de las leyes. Así en el debate del 21 de julio el convencional Wilson reconocía como conveniente atribuir a los jueces la potestad de ejercer la revisión. En tal sentido dijo que “la judicatura debe tener una oportunidad de protestar ante las usurpaciones contra el pueblo, así como también contra sí mismos. Se ha dicho que los jueces, como expositores de la ley tendrían la oportunidad de defender sus derechos constitucionales. Había peso en este argumento; pero este poder de los jueces no alcanzó a llegar tan lejos. Las leyes pueden ser injustas, pueden ser absurdas, peligrosas, destructivas; y aun no ser por ello inconstitucionales como para justificar el que los jueces rechacen su aplicación. Dejemos que participen del poder revisor y tendrán la oportunidad de tomar noticia de estas características de la ley, y de reducir los efectos perniciosos de estos productos de los defectos de la legislatura, mediante el propio peso de sus opiniones”. Luther Martín, en contra de la creación del mencionado Consejo, sostuvo que “las materias relativas a la constitucionalista de las leyes responden a los jueces como consecuencia del ejercicio de sus funciones judiciales. En esa función tienen la posibilidad de oponerse a ellas. Unirlos al Poder Ejecutivo en la función de revisión es concederles una doble posibilidad de oposición” –véase José Francisco García, “El control ..., *op. cit.*, p. 505/506–. El mismo autor indica que resulta difícil sacar una conclusión de los debates de la convención de Filadelfia, en torno al tópico aquí tratado. Lo cierto es que “dado que la moción de Wilson fue consecuentemente derrotada, y ninguna otra fue presentada en torno al rol de los jueces en esta materia, es difícil concluir que la Convención misma estuviera interesada en establecer el sistema de revisión judicial” –*Ibidem*–.

³⁴ Sagüés, Néstor Pedro. *Recurso Extraordinario...*, *op. cit.*, p. 133.

El 5 de junio de 1794 el Congreso estableció un impuesto sobre carruajes, y se suscitó la cuestión de si era una contribución directa según el espíritu de la Constitución. En caso de no serlo, sería conforme a la Constitución, porque esta dispone que los cargos, impuestos y derechos de importación, serán uniformes en todo el territorio de los Estados Unidos; mas no lo serían en caso de ser directa, pues la misma Constitución prevé que esta clase de contribuciones debe imponerse en cada Estado, teniendo presente sus respectivos censos.

Los magistrados que formaban parte del Tribunal de Circuito de Virginia se dividieron en sus opiniones; pero se apeló á la Suprema Corte, y ésta resolvió que el tributo no era directo, según el espíritu y texto de la Constitución, y que por lo mismo no era contraria a ella la ley que la impuso.

Se consideró que la cuestión era de suma importancia y fue muy debatida. El Congreso, se decía, tiene la facultad general e ilimitada de imponer y recaudar contribuciones (1; Art. 2, sec. 1; Art. 3, sec. 1 y 2).

Parece que esta distribución, tan hermosa y sencilla del poder, es demasiado clara para que pueda tergiversarse, y muy sagrada para que se viole. El juramento que se otorga de guardar la Carta Magna, por su propia fuerza y significado comprende necesariamente el deber de defender esa división de poderes, así como la jurisdicción para conocer de los casos que dimanar de la Constitución, la cual abraza la cuestión, de si el Congreso puede erigir un banco nacional.

Las palabras necesarias y convenientes que usa la Constitución, no deben limitarse a los medios indispensables para el ejercicio de una facultad expresa, sino que comprenden todos los que el Congreso creyere adecuados, útiles y conducentes al fin perseguido mediante el ejercicio de dicha facultad³⁵.

Respecto del citado antecedente, podemos decir que, si bien el actor reclamó la declaración de inconstitucionalidad del gravamen dado su carácter de impuesto directo, la Corte, como paso previo a lo peticionado, no le reconoció tal calidad al defender la tesis de que se trataba de un impuesto indirecto y por lo tanto el Congreso Federal tenía la facultad de imponerlo con los requisitos establecidos por la Constitución para todo el territorio de la Unión. Entonces, en este contexto, la Corte consideró innecesario avanzar en el análisis de la inconstitucionalidad, en especial, respecto de las atribuciones del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de una norma sancionada por los otros dos poderes del Estado Federal. No obstante, al igual que lo hizo Marshall en el caso *Marbury v. Madison*, a través de un *obiter dictum*, sostuvo *Chase* al final de su ponencia: **“Ya que no pienso que el impuesto sobre los carruajes sea un impuesto directo, es innecesario para mí, en este momento, determinar si esta Corte, posee de manera constitucional el poder de declarar una ley del Congreso nula, sobre la base de ser contraria y estar en violación de la Constitución; pero si la Corte posee tal poder, soy libre de declarar, que no lo voy a ejercer salvo en un caso muy claro”**.

Por último, existe otro caso fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el mismo año que el anterior (1796), en el cual se declarara la inconstitucionalidad de una ley local por ser contraria a un tratado internacional. Me refiero al caso *“Ware v. Hylton”*³⁶.

³⁵ 3 Dallas Bep. 171 –1796–.

³⁶ 3 U.S. (3 Dallas) 199 –1796–.

IV. WILLIAM MARBURY VERSUS JAMES MADISON

En el caso judicial *Marbury versus Madison*, la Corte de Estados Unidos consagró ya de manera expresa la doctrina de la supremacía de la Constitución y en su consecuencia la potestad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad.

Con relación al primero de los aspectos se expresaba en los siguientes términos:

“La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien esta al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, pudo ser modificada cuando a la legislatura plazca modificarla. Si la primer parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo de limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado [...] Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando la ley fundamental y suprema de la nación, y consecuente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Esa es la esencia verdadera de la obligación de los jueces”³⁷.

Vinculado a la potestad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad sostuvo Marshall:

“La competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican las normas a los casos particulares, deben necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cual es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, la ley y la constitución, son aplicables a un caso particular, por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Esa es la esencia verdadera de la obligación de los jueces”³⁸.

La profesora Gelli destaca el voto de Marshall por cuatro motivos:

En primer lugar, porque crea un control que tiene a la Corte Suprema como intérprete final sobre las otras ramas del poder estatal. En segundo lugar, porque la Corte elaboró las bases de ese control apoyándose en el principio de supremacía constitucional, confiriendo al Poder Judicial la atribución de ejercer dicho control respecto de aspectos que versaran sobre la Constitución Norteamericana. En tercer lugar, porque la más alta instancia jurisdiccional fijó los límites de su propio poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas a través de lo que se denominó doctrina de las cuestiones políticas no judiciales. Culmina exponiendo que la Corte declaró una inconstitucionalidad de oficio que nadie le había solicitado y lo hizo en materia de competencia, pero llamativamente para declinarla. De ahí que algunos autores opinen que todo el voto de Marshall es un *obiter dictum*³⁹.

³⁷ Viamonte, Carlos Sánchez. *Manual de Derecho Constitucional...*, op. cit. p. 93.

³⁸ Del voto del *Chief justice* Marshall, *William Marbury versus James Madison*, traducido al español en www.der.uva.es/constitucional/verdugo, acceso 15-III-2009.

³⁹ Véase Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, tercera edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 365/366.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión efectuaré seis glosas con el propósito de responder cada uno de los interrogantes formulados en el exordio de este trabajo.

1. A la luz de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que individualicé, es evidente que existieron ideas anteriores a las plasmadas por Marshall en el célebre caso de 1803 (*Marbury v. Madison*).

2. Conforme surge de alguno de aquéllos (“Bonham”, de 1610; “Giddings v. Browne”; “Paxton”, de 1761; “Josich Philips”, de 1778; “Trevett v. Weeden”, de 1786; “Bayard v. Singleton”; “USA v. Todd” del año 1794; “Ware v. Hylton”, de 1796; del texto de *El Federalista*, conforme N° 9, N° 78 y N° 82; el artículo de Iredell: “Un elector: al público” -1787- en *The Founders Constitution*; podríamos agregar con Bianchi los debates de la Convención de Filadelfia de 1787, los cuales si bien no resultan “absolutamente esclarecedores sobre este punto revelan la intención de crear un cuerpo u órgano encargado del control de los actos de la Legislatura y el Ejecutivo”⁴⁰ y finalmente la propuesta de Sieyès en lo que fuera la Constitución francesa de 1779), se reconocía por un lado la supremacía del derecho fundamental o de las constituciones, por encima del derecho ordinario. Por el otro, la facultad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad –salvo en el caso francés donde se rechazó la primera propuesta de Sieyès de creación de un *Jurado Constitucional* como órgano de control permanente y neutral, y se erigió luego un *Senado Conservador*, al cual se le otorgó la misión de defender la constitución–.

3. Respecto a este último aspecto, es decir, la potestad de la judicatura de ejercer la revisión de la legislación ordinaria en orden a su adecuación con el texto de la Constitución, debo reconocer que no existía unanimidad de criterios. Fundamentalmente, porque la Constitución de Filadelfia de 1787 no mencionó de manera expresa el control de constitucionalidad como una de las facultades del departamento Judicial en general “y, en especial del supremo tribunal federal de ese país”⁴¹.

4. Del análisis detenido del voto de Marshall, surgen puntos de contacto con las ideas que Hamilton desarrolló en *El Federalista*. Básicamente, aquéllas que consagran el principio de supremacía constitucional y las que ponen en cabeza del Poder Judicial el ejercicio del control de constitucionalidad.

5. Si bien es cierto, que, la existencia de los antecedentes doctrinarios y judiciales, podrían quitarle a Marshall cierta cuota de originalidad, hay que destacar, que su decisión le otorga un fuerte halo de institucionalidad al *judicial review*. Máxime, cuando en algunos casos, como vimos, se insinuaba tímidamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma (el ejemplo lo advertimos en el voto de Chase en “Hylton v. The United States” 3 Dallas Bep. 171). Con posterioridad al voto de Marshall, ya no se duda que la interpretación del derecho por parte de la judicatura es decisiva y obliga tanto a los demás departamentos del Gobierno, como al conjunto de la sociedad. Tanto el Congreso –depositario del poder legislativo–, como el presidente –depositario del poder ejecutivo–, están obligados a obedecer la interpretación que de la Constitución efectúe el Poder Judicial en el ámbito de su competencia.

⁴⁰ Bianchi, Alberto en, *Control de Constitucionalidad ...*, op. cit., tomo I, p. 74.

⁴¹ Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho...*, tomo III, p. 305.

6. Teniendo en cuenta el contexto político-institucional en el que Marshall emite su voto en *Marbury v. Madison*, es importante destacar el prudente equilibrio que caracterizó el comportamiento del juez de la corte al decidir una cuestión tan delicada sin distorsionar el sistema de frenos y contrapesos que erigió la Constitución de Filadelfia. Su reflexivo pero audaz desenvolvimiento demostró, como nunca antes había ocurrido, la importancia que tiene para el funcionamiento armónico de las ramas del poder, que un magistrado posea el perfil adecuado para el cargo que ocupó Marshall.

Destacaban en su haber dos idoneidades que los doctores Alfonso Santiago y Silvia Stanga señalan como esenciales en todo ciudadano que aspire a ocupar un lugar en un órgano como la Corte Suprema de un Estado. Esencialmente, se ve en Marshall, una adecuada visión institucional⁴² y una “delicada sensibilidad jurídico política para ejercer con lucidez la función de gobierno y control político debidos [...]”⁴³. A diferencia del resto de los jueces que, con antelación, resolvieron inconstitucionalidades advierto en el juez Marshall los rasgos de un verdadero estadista.

La respuesta que corresponde formular a los dos interrogantes que introduje al inicio del ensayo es categórica: No es el caso proyectado por el *Chief* Marshall el primero donde se analiza la constitucionalidad de una ley o, dicho con otro giro, donde se anula una norma por ser contraria a otra disposición de mayor jerarquía. Y tampoco es el primer antecedente donde se atribuye a un determinado poder del Estado la facultad de revisar los preceptos sospechados de contrariar a la constitución u otra norma de mayor rango. Siguiendo a Solá, el gran aporte que hace Marshall a través de su voto en el caso analizado fue “*considerar a la Constitución como parte del derecho, lo que establece un vínculo directo entre el constitucionalismo como movimiento político y la competencia judicial para resolver las cuestiones constitucionales*”⁴⁴.

⁴² Alfonso Santiago (h.) - Silvana M. Stanga, “El perfil de un buen juez para la Corte”, Diario La Nación, edición del 2 de noviembre de 2006, en http://www.lanacion.com.ar/02/11/06/do_447493.asp=20, acceso 21-V-2009. Al respecto sostenían los autores que “El Poder Judicial constituye un tercio del poder del Estado y buena parte de su competencia es controlar que el desempeño de los otros poderes se ajuste a la ley y a la Constitución, pero sin obstaculizar su debido funcionamiento. Esto requiere de la prudencia propia de los estadistas, que no se adquiere con el mero conocimiento jurídico. Se sostiene que una buena Corte renueva oportunamente el pacto político fundacional que supone la Constitución, evitando reformas inoportunas y manteniéndola permanentemente actualizada”.

⁴³ *Ibidem*. Continúan la idea refiriendo que: “Es esa sensibilidad la que les permitirá ejercer con acierto el control de razonabilidad de los actos estatales, situar al tribunal en la posición institucional adecuada a cada circunstancia, mantener una real independencia de criterio, interpretar dinámicamente el texto de la Constitución, ponderar las consecuencias sociales de sus decisiones, resolver con acierto las dialécticas constitucionales y, en definitiva, dar pleno sentido al significado político del control de constitucionalidad y a la misión institucional de poder moderador que tiene asignada la Corte Suprema. Como señala la propia jurisprudencia del tribunal [corte argentina], es conveniente que sus integrantes tengan una adecuada sensibilidad jurídico-política, de la que no es dado prescindir cuando el análisis recae sobre las bases mismas de la organización del Estado democrático”.

⁴⁴ Solá, Juan Vicente. *Tratado de derecho constitucional*, tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 41. Explica que la Constitución norteamericana no otorgó de manera explícita la facultad al Poder Judicial para ejercer control de constitucionalidad, que sí reclama Marshall en su tan comentado voto en el caso “Marbury”. El silencio, en tal sentido, habilitó el debate acerca de la legitimidad de la obra del juez americano. Por otro lado, en la Convención Constituyente de Filadelfia

La supremacía de la Constitución tiene naturalmente un sentido fáctico, que se identifica con la constitución material e implica que es el fundamento y pilar del ordenamiento político-jurídico del Estado. Además, posee otro vinculado a la constitución formal que, revestida de superlegalidad, hace que las normas y actos de los operadores públicos y privados se ajusten a ella. La tesis de la fuerza normativa de la Constitución da cuenta de estas nociones y perfecciona la doctrina de la supremacía, al sostener que la Carta Magna tiene “fuerza normativa jurídica de aplicabilidad, exigibilidad y obligatoriedad”⁴⁵.

La supremacía constitucional determina una situación jerárquica entre distintos preceptos que conforman un ordenamiento jurídico que habilitan la declaración de inconstitucionalidad cuando se rompe ese orden por un acto o disposición contraria a la *Superley*. Así, el texto constitucional, viene a configurarse como una norma de reconocimiento o norma esencial del sistema que sirve para definir la validez o invalidez de las normas que conforman ese sistema. De ahí que deba garantizarse a la Constitución su supremacía y estabilidad, ya sea en tanto regla de fondo o de procedimiento, anulando consecuentemente las disposiciones y actos que le sean contrarios. Nace así, por consiguiente, la justicia y la jurisdicción constitucional, como reflejo de que no existe la soberanía del legislador dentro del moderno Estado Norteamericano. El legislador estará siempre subordinado a la Carta Fundamental. En prieto resumen, digo que “*la doctrina de la supremacía* trae como lógica consecuencia *la doctrina del control de constitucionalidad*, como mecanismo que, confrontando normas y actos con la Constitución, verifica si están o no de acuerdo y, en caso de no estarlo los declara inconstitucionales, enervando su eficacia por falta de validez”⁴⁶.

Como corolario de este tópico estimo que no resulta apropiado considerar a John Marshall como el creador de la doctrina de la supremacía constitucional y del control judicial de constitucionalidad. No obstante ello, a mi juicio, fue quien supo primero defender la supremacía de la constitución e imponer el control de constitucionalidad en cabeza de todo el poder judicial, convirtiéndolo en el instrumento más eficaz para la defensa de la constitucionalidad⁴⁷.

se manejaron otras variables, como, por ejemplo, la creación de un “Consejo de Revisión” que se integraría por los jueces de la Corte Suprema y el Presidente, quienes en conjunto resolverían sobre la validez de los vetos de las leyes ordinarias dictadas por el Congreso. Claro está que, en esta ingeniería, se consideraría al veto como un modo de evitar la entrada en vigencia de las normas contrarias a la Constitución. “Esta propuesta fue rechazada con argumentos que apoyan la legitimidad del control judicial y del debate puede decirse que los constituyentes en Filadelfia consideraban que la concesión de la competencia a los jueces debía incluir la necesaria para que en la decisión de casos se dejaran de lado y no se aplicaran las leyes federales y estatales que fueran consideradas inconstitucionales”.

⁴⁵ Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 54.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 55, las cursivas son propias.

⁴⁷ La obra de Marshall, cobra mayor consideración si se tiene en cuenta, como señala Acosta Sánchez, que existen estudios de investigadores y constitucionalistas ingleses y norteamericana que llegan a la conclusión de que el fallo del juez Coke no puede ser considerado como precedente del *judicial review* en la práctica británica pues los jueces reconocían el rango superior de *statute* sancionado por el Parlamento y “la universal obediencia debida al mismo” (Sánchez, José Acosta. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 93). Amaya en idéntico sentido dice que “en definitiva, si Coke reconocía la soberanía del Parlamento, como él declaró expresamente, su doctrina no puede situarse en las raíces del control judi-

A mi juicio, no fue su creador sino quien luego de su nacimiento, supo corregirlo y perfilarlo como el instrumento más eficaz para la defensa de la constitucionalidad. Ése, y no otro, es el significado del término con el que se lo califica. De algún modo se piensa que expresa el verdadero peso que tuvo la obra del prestigioso juez Marshall.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 22.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007.

Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.

Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

Brewer-Carías, Allan R. “La Justicia Constitucional”, documento preparado para el “Encuentro sobre Derecho Iberoamericano (Derecho Público)”, Fundación BBV, Toledo, diciembre 1994.

Cappelletti, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. III, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2004.

Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

García, José Francisco, “El control de constitucionalidad en el Federalista y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 número 3.

Gelli, María Angélica, *Constitución de La Nación Argentina, comentada y concordada*, Tercera Edición Ampliada y Actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, cuarta edición, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1963.

Hamilton, Alexander, Madison, Santiago y Jay, John, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

Iredell, J., “Un elector: al público” (1787) en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press en <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders>. Acceso 15-III-2009.

Lozano, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, reimpresión, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, septiembre de 2007.

cial de la ley, puesto que la esencia de dicho control es la limitación del legislador” (Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad...*, ob. cit., p. 69).

Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y norma*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Quiroga Lavie, Humberto, *Derecho Constitucional, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires 1978.

Ramella, Pablo A., *Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

Ramírez García, Sergio, “Reseña de los ‘orígenes del control jurisdiccional’ de Manuel González Oropeza”, *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre número 011, Universidad Autónoma de México, México.

Santiago (h.), Alfonso - Stanga, Silvana M. “El perfil de un buen juez para la Corte”, *Diario La Nación*, edición del 2 de noviembre de 2006, en http://www.lanacion.com.ar/02/11/06/do_447493.asp=20, acceso 21-V-2009.

Sagüés, María Sofía, “Dinámica Política del Control de Constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, en prensa en la obra *Interpretación Constitucional*, coordinada por Ricardo Velásquez, Perú.

Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario*, cuarta edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.

Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, t. I, Editorial Kapeluz S.A., Buenos Aires 1956.

Solá, Juan Vicente, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.

Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría Constitucional*, segunda edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

Vigo Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.