

LA "REVISION JUDICIAL" DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS* **

* El tema de este ensayo es uno de los más populares en la doctrina de los juristas norteamericanos. También los expertos en Ciencias Políticas, la historia de los Estados Unidos, y otras disciplinas se han ocupado mucho del asunto, hasta el punto que hoy en día no cabría más investigación original de las raíces de la *judicial review*. Su desarrollo y sus presentes aspectos están expuestos en muchas obras. Vista esta situación, el autor hace una sencilla recopilación e interpretación de la labor de los investigadores y comentaristas pioneros, y la presenta en español. De ninguna manera se pretende decir que el tópico queda resuelto en toda faceta; todavía es motivo de muchas discusiones entre los juristas.

Muchos juristas peruanos han escrito sobre la revisión judicial en general reclamando una buena comprensión de la práctica estadounidense. Véase por ejemplo, Eguiguren, *La Inconstitucionalidad de las Leyes* (Lima, 19...); Ferrero, "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes", *Revista Jurídica del Perú* p. 87-91 (1960); Zárate Polo, "La Protección Judicial de la Constitucionalidad", *Revista de Jurisprudencia Peruana*, p. 383-414, 497-522, 622-634 (1957).

Estudios más integrales han sido hechos por los argentinos, quienes han aplicado la jurisprudencia estadounidense como lineamiento para la práctica de la revisión judicial por parte de la Corte Suprema argentina. Véase, entre otros, Bielsa, *La Protección Constitucional* (Buenos Aires, 1936); Ghigliani, *Del "Control" Jurisdiccional de Constitucionalidad* (Buenos Aires, 1953); Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia de Derecho Constitucional*, Tomo II (Buenos Aires, 1961).

** Editado originalmente en *Thémis*, Revista de Ciencias Jurídicas, Año 5, No. 7, 1a. época; Lima; 1969. Se publica con la expresa autorización de su autor y de su fundador y primer Director Domingo García Belaunde (N. del C.).

I. INTRODUCCION.— II. CRECIMIENTO DE LA PRACTICA DEL “JUDICIAL REVIEW” EN INGLATERRA Y LOS ESTADOS UNIDOS.— 1. Antecedentes británicos.— 2. Tradición constitucional.— 3. Independencia del Poder Judicial y su creación del “Common law” bajo el principio de “Stare decisis”.— 4. Desarrollo colonial.— 5. La Constitución de 1787.— 6. Marbury C. Madison.— III. LIMITACIONES DE LA REVISION JUDICIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS.— a) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte considerará con respecto a una ley.— b) Se requiere un “caso o controversia” auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso.— c) La Corte Suprema no intervendrá en una “cuestión política”.— d) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso.— IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

Uno de los rasgos más destacados del sistema jurídico de los Estados Unidos de Norte América —quizás el más interesante para el estudiante de Derecho Comparado— es el poder de la Corte Suprema Federal de decidir sobre la constitucionalidad de una ley del Congreso Federal. El más alto Tribunal puede declarar inconstitucional una ley, dejándola nula e ineficaz. Se llama

esta facultad la "*judicial review*", o sea, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y es uno de los aspectos de comparación más interesantes en el Derecho norteamericano. La revisión judicial de las leyes es una cuestión que arrastra dentro de su órbita toda la filosofía y la práctica de un sistema de gobierno bajo una Constitución y las leyes, y, por eso, su investigación puede revelar mucho que es fundamental para la comprensión de las otras características del mismo régimen.

Hemos escrito este artículo como la primera parte de un estudio comparativo de los sistemas jurídicos del Perú y de los Estados Unidos en cuanto al poder de sus tribunales supremos frente a una ley del Parlamento que esté en conflicto con la Constitución. Estas líneas están brindadas, entonces, como un punto de partida para el ensayo que compara directamente la práctica estadounidense con la peruana.

Al principio, pensamos en hacer las dos tareas en una sola obra, pero advertimos un gran interés en la revisión judicial tal como tiene lugar en los Estados Unidos y creemos que cabría adelantar un desarrollo exclusivo de este asunto. Con la información sobre las raíces y el presente alcance de la *judicial review* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, esta parte puede ser interesante también por las revelaciones inconscientes que contiene sobre las predilecciones y la técnica empleada por un jurista de los Estados Unidos.

Debemos señalar que el alcance de esta obra es, forzosamente, limitado. Trata solamente de la potestad de la Corte Suprema Federal con respecto a una ley del Congreso Federal. El mismo Tribunal ejerce revisión judicial sobre la legislación estatal de todo Estado de la Unión, en cuanto a posibles conflictos entre tales leyes y la Constitución Federal. Sin embargo, cada uno de los cincuenta Estados tienen un sistema parecido al nacional, inclusive una constitución y los tres poderes separados, para gobernar en asuntos particulares del Estado. En cada Estado el más alto tribunal estatal controla la conformidad de las leyes del Legislativo estatal con la Carta Fundamental del Estado. Sobre la aplicación de su propia Constitución, la deci-

sión de una *Corte Suprema Estatal*, obliga a la *Corte Suprema Federal*, siempre y cuando no surja conflicto con la Constitución Federal.

II. CRECIMIENTO DE LA PRACTICA DEL "JUDICIAL REVIEW" EN INGLATERRA Y LOS ESTADOS UNIDOS

1. Antecedentes británicos

Como mucho de la práctica y costumbre del régimen jurídico de los Estados Unidos en el siglo XX, la historia de la revisión judicial empieza en Inglaterra. El origen de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes no fue espontáneo en el Nuevo Mundo sino el resultado de la experiencia anglosajona desde el siglo doce hasta el comienzo concreto del poder de revisión por la Corte Suprema estadounidense en el caso de *Marbury c. Madison* en 1803¹.

Dos tradiciones del *Common Law* inglés, que llegaron a plena madurez en las colonias del Nuevo Mundo, favorecieron el desarrollo de la revisión judicial en los Estados Unidos de América:

(a) Un respeto, casi una reverencia sagrada, hacia la constitución, es decir hacia una ley máxima que no conoce limitación alguna sino que más bien limita a toda ley o actividad del gobierno creada al amparo de tal Constitución; y (b) un Poder Judicial fuerte e independiente, acostumbrado a manejar e interpretar la ley a través del principio de *stare decisis*, y a excluir a los otros poderes del Estado en esta labor.

2. Tradición constitucional

En Inglaterra hubo una serie de documentos notables por sus declaraciones de derechos y principios fundamentales. Figu-

1. L. Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

ran entre ellos, en orden cronológico, la *Charter of Liberties* (Carta de Libertades) de 1100, la *Magna Carta* de 1215, las *Provisions of Oxford* (Provisiones de Oxford) de 1258, el *Confirmatic Cartarum* de 1297, la *Petition of Rights* (Petición de Derechos) de 1628, el *Instrument of Government* (Instrumento de Gobierno) de 1653, y el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos) de 1688. Todos estos documentos fueron instrumentos hechos para plantear principios permanentes e innegables de gobierno. A pesar de esto, parece ser que en un comienzo no les hubieran considerado muy importantes. Su influencia y categoría crecieron con el tiempo².

Y con el tiempo, se elevaron estas declaraciones a un nivel más alto. Era éste un fenómeno peculiar al desarrollo de la monarquía constitucional en Inglaterra, o sea, al poder creciente del Parlamento y a la vez a la disminución de la autoridad real. Los protagonistas del proceso, que tomó siglos, buscaban la justificación de sus actuaciones en el Derecho, y la encontraron en las leyes fundamentales antes. Los intentos de limitar el poder del Rey, se basaron en la existencia de una ley fundamental superior aun al poder del monarca, como garantía de derechos inalienables de los individuos (usualmente individuos de la clase noble al principio). Reconocido un derecho, era ratificado en una ley escrita, y así cada una de dichas leyes vino a representar una etapa más en la erosión del poder real. Algunas de las limitaciones se impusieron tranquilamente, sin recurrir a revoluciones o conflictos armados, mientras que otras se instituyeron debido a acontecimientos que sacudieron las bases más profundas de la sociedad británica. Pero siempre había un hilo que hilvanaba a todas las declaraciones, tejiendo una tela de tradición: el reconocimiento de ciertos principios básicos que regulan todo gobierno, y el uso de estos principios para controlar su conducta.

Para nuestro asunto específico, la gran figura fue el jurista Coke, juez en la época del Rey Jacobo I. Pese a que su actitud molestaba al Rey, y por eso al fin le costó su alto cargo, Coke

2. Véase Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 26-40 (1966).

sostuvo en varias oportunidades la precedencia de la "ley básica" sobre la legislación. En 1610 el entonces Presidente de la Corte de *Common Pleas* escribió en la ejecutoria del caso del *Dr. Bonham*: "...aparece en nuestros libros, que en muchos casos el "Common Law" controlará las leyes del Parlamento, y a veces las juzgará completamente nulas: porque cuando una ley del Parlamento está en contra del Derecho y de la razón común, o es repugnante, o imposible de cumplir, el "Common Law" controlará y juzgará tal ley como nula."³

Algunos han notado que la manifestación de Coke en el caso *Dr. Bonham* no reflejó bien la jurisprudencia o el pensamiento general de su época⁴. Los otros juristas y jueces de la época, con la destacada excepción de su colega Hobart, no siguieron su precedente⁵. En 1871, la jurisprudencia de *Dr. Bonham's Case*, que nunca había sido aceptada como parte del Derecho inglés, fue rechazada de manera terminante y específica⁶. La ironía final es que ahora no existe en Inglaterra la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, aunque la jurisprudencia de Coke fue una piedra angular en el desempeño de esta práctica en los Estados Unidos⁷.

La visión de Coke y su conciencia de una ley básica, superior aún al monarca y definida en términos del "Derecho y ra-

3. *Dr. Bonham's Case*, 8 Rep. 114, 118, (1610).

4. Véase, Allen, *Law in the Making*, 432-35 (6a. ed., 1958); Dowling, *Constitutional Law*, 29 (6a. ed., 1959); Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review", 40 *Harv. L. Rev.* 30 (1926); Thorne, "Dr. Bonham's Case", 54 *L.Q.R.* 543.

5. Véase, *Day V. Savadge*, Hobart 85, 86 (1615); *Sheffield (Lord) v. Ratcliffe*, Hobart 334, 346 (1615); Allen, *ob. cit. supra* nota 6, 433.

6. *Lee v. Bude & Torrington Jct. Ry.*, L.R. 6, C.P. 576, 582 (1871).

7. Para una descripción breve del impacto de Coke en los Estados Unidos colonial, véase Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* 56-57 (1961).

Además, hay otros países en la comunidad británica que tienen la casación de sus leyes por el tribunal máximo. Esta práctica ha sido influida mucho por la tradición estadounidense. Véase, Haines, "Judicial Review of Legislation in Canada", 28 *Harv. L. Rev.* 565 (1915).

zón comunes”, pasó hasta América, donde los lectores del famoso jurista, o no se dieron cuenta de la falta de fundamento para tal regla, o no les importó. Muchos de los colonos en esta era fueron puritanos o de otras facciones que se oponían a la prerrogativa real tal como era practicada por Carlos I (1625-1649), y habían huido al Nuevo Mundo para escapar de su persecución. La enseñanza de Coke les sirvió perfectamente para dar justificación legal a la actitud de estos rebeldes contra la corona.

Del triunfo en 1649 de los que habían quedado en Inglaterra con el líder Cromwell, resultó el primer intento anglosajón de confeccionar una carta definitiva de gobierno. Cromwell y sus militantes propusieron primeramente el *Agreement of the People* (Acuerdo del Pueblo). El Acuerdo nunca fue adoptado, y una carta sustitutoria, el *Instrument of Government* (Instrumento de Gobierno), fue promulgado en 1653. Después de la muerte de Cromwell, el *Instrument* cayó frente a la reinstalación de la monarquía en 1660, pero no sin haberse tomado bien en cuenta por la gente en las colonias.

Los Estuardo que sucedieron a Cromwell intentaron de nuevo recuperar una fuerte prerrogativa real, hasta manejar el Estado sin intervención del Parlamento. Dada esta situación, casi todos los grupos políticos y sociales en oposición a los Estuardo se unieron. Finalmente, el Rey Jacobo II se dio a la fuga en 1688 y el Parlamento plantó el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos) en 1689. Guillermo de Orange asumió el trono, reconociéndose sujeto a lo expresado en el *Bill of Rights*, cuyos artículos efectivamente crearon el sistema moderno de gobierno inglés: Parlamento sobre el Rey. Así, aunque la Gran Bretaña no tiene una Constitución única, el *Bill of Rights*, la *Petition of Rights*, y la *Magna Carta* han formado, desde 1689, un triunvirato de documentos fundamentales, ampliados y extendidos por la costumbre.

3. *Independencia del Poder Judicial y su creación del “Common law” bajo el principio de “Stare decisis”.*

Coke también destacó por su defensa de la independencia del Poder Judicial y de los jueces⁸. Los reyes Estuardo pretendían hacer que los jueces sirvieran los intereses de la Corona antes de todo, tal como los demás funcionarios reales. Aunque en esos días los jueces no disfrutaban de la seguridad de inamovilidad, Coke sostuvo “que los jueces tienen que cumplir con un servicio aún más alto, debiéndose éstos a la majestad de la ley, a la cual ni siquiera el rey mismo es superior”⁹. Coke nuevamente perdió esta batalla en su propia época. Pero la Historia le dio el triunfo. La dinastía de los Estuardo sufrió la derrota final en la Revolución de 1688, y, con el *Act of Settlement* (Ley de Arreglo) de 1701, el juez inglés fue investido con la inamovilidad y su posición como intérprete y aplicador exclusivo de la ley quedó así ratificada.

Madurando a la vez con la independencia del Poder Judicial y la trascendencia del Derecho sobre el Rey, inextricablemente relacionado con aquellos sucesos, vino el principio de *stare decisis*. Brevemente, la aplicación de la regla quiere decir que todo tribunal se conformará a la jurisprudencia anterior cuando decida sus juicios, asegurando constancia y estabilidad en el Derecho¹⁰. Así concebido y aplicado, el principio de

8. Sobre el desarrollo tradicional del juez inglés, véase Cooper, *Diez Ensayos sobre el Common law*, 61-85, esp. 62-68 (1967); Cooper, *Evolución de pensamiento jurídico* (1967).

No fue la labor exclusiva de Coke, la elevación del juez inglés a su presente prestigio. Empero Coke fue el líder y el pionero de la transición desde sirviente del rey hasta intérprete independiente de la ley y oráculo del derecho.

9. Plucknett, “Boham’s Case and Judicial Review”, 40 *Harv. L. Rev.* 30, 48 (1926).
10. El concepto de *stare decisis* es complejo, y muy a menudo mal entendido aun por los abogados del “*Common law*”. Bajo *stare decisis* el precedente de una sentencia reside en los principios generales necesarios para decidir el problema específico, puestos los hechos y las partes involucrados en el juicio. Estos principios, aplicados concretamente en la decisión de un caso y *absolutamente necesarios para tal decisión*, constituyen el *ratio decidendi* de la sentencia. Empero un juez puede expresar mucho más en su fallo. Estas manifestaciones “extras” del Derecho no deben tener fuerza de jurisprudencia, por-

Stare decisis, refleja la esencia y el verdadero significado del "*Common law*", un Derecho común en el sentido de un Derecho aplicado igualmente en todas partes¹¹. Faltando una legislación nacional como fuente básica de su Derecho, los ingleses alcanzaron un sistema unificado a través de la utilización de *stare decisis*.

Dado este régimen, que aún no existe formalmente en los países de tradición romanista, una decisión judicial tiene la fuerza de una norma general para todo caso parecido, que reúna las mismas consideraciones de hecho y factores jurídicos. Cuando la cuestión se presenta igual en otro caso posterior, no valdrá la pena ir a juicio porque las partes podrán vaticinar el resultado sobre la base del específico precedente existente.

Este es un punto muy importante de la práctica de *stare decisis*. El tribunal en su sentencia siempre se restringe a los hechos y las partes del juicio particular para decidir. Pero todos se dan cuenta de que la sentencia representará no simplemente una decisión particular sino un precedente, una pauta en que se puede basar futura conducta. Así que hoy en día la Corte Suprema norteamericana no tiene que decir que su decisión en contra de una ley anula la disposición del Legislativo. Toda persona sabe que en otra oportunidad el tribunal daría el mismo veredicto, y por eso el pueblo podría ignorar la ley con impuni-

que son *obiter dictum*. Por ejemplo, si el juez escribiera: "Si fuera así la situación, el resultado sería tal", no siendo así la situación, su declaración no tiene que ver con la decisión del caso puesto, es *obiter dictum* y carece de aplicación futura.

Cuando surge una racha de casos semejantes, todos aplicando los mismos principios en la misma forma, la norma común o las normas comunes que aparecen como *ratio decidendi* en estos precedentes se convierten en reglas consagradas en el "*Common law*".

A menudo, es muy difícil distinguir entre el *ratio decidendi* y el *obiter dictum* de una decisión o de extraer el principio común de una serie de fallos. La hábil manipulación e interpretación de la jurisprudencia así constituye la maña tradicional del abogado del "*Common law*". Véase J.C. Gray. *The Nature and Sources of The Law* 198-259 (Boston, 1963).

11. Por supuesto, el sistema de *stare decisis* es menos factible donde no hay una jerarquía de tribunales, inclusive una Corte Suprema para

dad, eficazmente, anulando su vigencia. No existe tribunal inferior que aplique la ley contra una parte en un juicio nuevo, una vez pronunciada su inconstitucionalidad por la Corte Suprema¹².

Es de suma importancia para nuestro tema el hecho que los experimentos en el Derecho y en el gobierno que tuvieron lugar en Inglaterra culminaron en un sistema completo antes de la revolución de 1776. Así que la joven nación de *Norte América* gozó la ventaja de poder adoptar lo bueno de un sistema entero y en plena función. La trascendencia de la Constitución como carta básica fue establecida, así como la independencia y poder de la institución judicial, inclusive la inamovilidad de los jueces.

Hay que tomar en cuenta que el "sistema británico" conocido en las colonias como siempre correspondió al modelo verdadero. Las fuentes de información más importantes fueron los libros que circulaban en esa época. Teóricos como Locke, Hobbes, y el francés Montesquieu tuvieron enorme influencia en los norteamericanos. Muchas veces el pensamiento de estos autores era más importante que las realidades y actualidades que ellos describían. Por ejemplo, la teoría del contrato social

definir cuál regla tiene precedencia donde dos tribunales en el mismo nivel se encuentran con su jurisprudencia en conflicto sobre una cuestión.

Debemos señalar que en los Estados Unidos los tribunales no son terminantemente obligados a seguir sus decisiones anteriores. Si existe una razón para dejar de aplicar una norma de la jurisprudencia, lo harán. Sin embargo, desviaciones de los precedentes existentes son excepcionales y son casi siempre de responsabilidad del último tribunal, y no de los jueces inferiores. Véase J.C. Gray, *The Nature and Sources of the law* 241-259 (Boston, 1968).

La obligación de la jurisprudencia pudiera ser más estricta en Inglaterra, la cuna del "Common law". Véase Allen, *Law in The Making* 183-342 (London, 1958). Sin embargo, el *House of Lords* recientemente decidió que no está obligado por sus precedentes anteriores, trastornando siglos de tradición. Véase *Chancery Lane Sale Deposit and Offices Co. v. Inland Revenue Commons*, (1966), A.H. E.R.I.

12. Este aspecto se compara con la práctica en los sistemas Romanistas, donde un fallo no es obligatorio como precedente. Así una corte en el Perú puede decir, como ha sostenido la Corte Suprema peruana en el juicio *I.P.C. con Evans*:

expuesta por estos autores para caracterizar el régimen inglés es una idea que está en la misma raíz de la Constitución de los Estados Unidos; empero en Inglaterra tiene una aplicación más periférica. Hemos señalado también el ejemplo de Coke y su fallo en el caso *Bonham*, que no tuvo mucha fuerza en su propia tierra, pero se aceptó como doctrina incontrovertible en las colonias. En realidad, los abogados de la colonia, no acatan el derecho inglés, sino el Derecho de Coke y de otros comentaristas¹³.

4. *Desarrollo colonial*

La historia de las colonias y sus gobiernos también revela mucho que está relacionado con el poder actual de la Corte Suprema en los Estados Unidos. La tendencia a escribir cartas fundamentales se trasladó con los inmigrantes. Usualmente, tal documento hizo definir el arreglo entre Gran Bretaña y su colonia, declarando las limitaciones y controles a que las administraciones americanas fueron sujetas.

Las leyes de Inglaterra no se aplicaron automáticamente en las colonias, pues había Congresos coloniales que legislaron para tener sus propias constituciones. Sin embargo, los Congresos coloniales no ejercieron pleno poder. Todos sus actos y leyes fueron sometidos a revisión por el gobierno real en Inglaterra, y

“Que ninguno de estos dispositivos legales (con referencia a la Constitución del Estado; el Título Preliminar del Código Civil, art. XXII; y la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 8º) concede atribuciones a la Primera Sala de esta Corte Suprema para declarar inconstitucional una ley, sino preferir la Constitución a cualquier otra ley... que el Poder Legislativo al formar la ley, el Poder Ejecutivo al promulgarla y el Poder Judicial al aplicarla, han cumplido con lo que la Constitución de la República señala como atribución a cada uno de estos poderes y sin que nuestra Carta Política conceda al Poder Judicial la facultad de declarar inconstitucional una ley. . .”.

Bajo el sistema de *stare decisis* la declaración del tribunal no tendría sentido porque “preferir la constitución a una ley” y “anularla” serían sinónimos en sus efectos.

13. Véase Corwin, *The “Higher Law” background of American Constitutional Law*, 72-89 (1961), sobre la influencia de Coke y Locke en las colonias.

una ley colonial que hubiera estado en conflicto con el Derecho inglés hubiera sido derogada. La mayoría de las cartas coloniales contuvieron cláusulas rutinarias otorgando el poder de legislar al gobierno de la colonia, pero "siempre que sus actos y ordenanzas no estuvieran en contra de la prerrogativa real, ni de las leyes, reglas y costumbres del dominio inglés"¹⁴.

En aplicación de tal limitación, toda legislación colonial entre los años de 1660 a 1696 pasó al *Privy Council* para su revisión. En el último año, fue creado el *Board of Trade* (Junta de Comercio), un ente administrativo, cuyo único cargo era el de revisar tal legislación. Fueron derogadas muchas leyes coloniales por medio de esta revisión. Uno de los casos más famosos fue *Winthrop c. Lechmere*,¹⁵ que anuló una ley de la colonia de Connecticut sobre la sucesión de la propiedad de intestados porque era "contraria a las leyes de Inglaterra y no otorgada por la Carta de esa Colonia". Esta derogación judicial trastornó a dos leyes aprobadas por el Legislativo colonial y cinco fallos de su más alta corte. "Si los colonos resintieron el ejercicio de control en tales casos, no obstante ellos se acostumbraron a la idea y la práctica de anulación [de sus leyes] por un tribunal de apelación"¹⁶.

En la mitad del siglo XVIII la naturaleza del Derecho y el gobierno en las colonias había cambiado. Donde había habido abogados mal entrenados, sin fuentes de investigación, ahora había más capaces, con mejores fuentes de doctrina y jurisprudencia procedente de Inglaterra¹⁷. Coincidieron en la misma época unas circunstancias que hicieron subir el descontento de los colonos con su situación frente al reino británico. Su protesta tomó la forma de una demanda por "derechos debidos", fundamentada en la Constitución inglesa y la "ley natural", en la manera expuesta por Coke.

14. Véase Dowling, *Constitucional Law*, 42 (6a. ed., 1959).

15. Sentencia del *Privy Council*, 1727-28. Apareció en Thayer, *Cases on Constitucional Law* 34 (1895).

16. Dowling, *ob. cit. supra*, nota 14, en página 49.

17. Véase Plucknett, *ob. cit. supra*, nota 9.

Los colonos deseaban los derechos del *Common law* inglés y las garantías del *Bill of Rights*, ambos asegurados a todos los ciudadanos británicos residentes en el Viejo Mundo. Fue la falta de tales garantías lo que permitió la promulgación por el Parlamento británico de la famosa ley de "tributos sin representación", que contenía dispositivos contra el comercio proveniente de las colonias, y que otorgaba el ejercicio de una poderosa prerrogativa real para las colonias en asuntos que en su propia tierra la Corona no atrevía tocar.

Los líderes coloniales abogaron contra la discriminación del gobierno inglés en su conducta hacia los residentes de Norte América y hacia los ciudadanos de Inglaterra. Vincularon sus argumentos en la existencia de una ley fundamental e innegable, que ellos sostuvieron debía regir para toda gente sujeta a la soberanía inglesa. En varias ocasiones, voces coloniales invocaron el caso de *Dr. Bonham* y el comentario de Coke sobre el mismo, la "ley natural" y los "derechos naturales" y la Constitución para respaldar sus derechos absolutos y todas las ventajas disponibles al ciudadano de la madre patria.

Por ejemplo, en 1765, un oficial inglés escribió con respecto a los problemas en la administración de una ley, "...nuestros amigos toman ventaja de una máxima que encuentran en Lord Coke, sosteniendo que una Ley del Parlamento contraria a la Magna Carta o a los derechos especiales de la gente inglesa es, *ipso facto*, nula. Esto, tomado en la amplitud a que el pueblo se muestra dispuesto a tomarlo, tiene que ser fatal para todo gobierno, y parece haber llevado a gran parte de la colonia a oponerse con fuerza a la aplicación de la Ley en cuestión...".

Empero, mientras que los colonos pretendieron justificar su creciente rebelión por fundamentar su resistencia en principios legales básicos, el gobierno inglés no reconoció tal idea. En 1766, en el *Declaratory Act* (Ley Declaratoria) el Parlamento manifestó su insuperable autoridad de mandar a las colonias "cualquiera que sea el caso". Por su parte, los colonos sostenían que "hay ciertos derechos inherentes y originales pertene-

cientes al pueblo, que el Parlamento mismo no puede suprimir, sin contradecir sus propias constituciones..."¹⁸.

La situación se puso cada vez más insoportable desde el punto de vista de las colonias, cuando se reunió el Primer Congreso Continental en Filadelfia, el 5 de setiembre de 1774. La mayoría de este Congreso de líderes y voceros coloniales estaba resignada a someterse al control del Parlamento inglés en cuanto a su comercio externo, pero rechazaba su poder de inmiscuirse en cuestiones de tributación u otros asuntos internos coloniales. Cuando tuvo lugar el Segundo Congreso Continental en 1775, la guerra abierta había comenzado. El resultado del Segundo Congreso fue la Declaración de Independencia, que proclamó: "Tomamos estas verdades como evidentes en sí mismas: que todo hombre es creado igual, que es investido por su Creador con ciertos derechos inalienables, entre los que figuran la Vida, la Libertad, y la Búsqueda de la Felicidad.— Que para asegurar estos derechos, se instituyen entre los hombres gobiernos, derivando sus poderes justos del consentimiento de los gobernados.— Que, cuando cualquier forma de gobierno se hace destructiva de estas metas, es el derecho del pueblo alterarla o abolirla, y plantear un nuevo gobierno, vinculándolo con tales principios y organizando sus instituciones en tal forma, que les parezca más probable de garantizar la salud, la felicidad del pueblo".

En 1777 los mismos delegados promulgaron los *Articles of Confederation* (Artículos de la Confederación), el primer intento de hacer una unión política entre todas las colonias norteamericanas. Casi todos los Estados individuales, cumpliendo con la resolución del Segundo Congreso Continental, también confeccionaron sus cartas fundamentales en reemplazo de las cartas coloniales que habían fijado sus arreglos con el Rey inglés. Frente a las nuevas constituciones estatales, los *Articles of Confederation* carecían de autoridad. No había ni Ejecutivo ni Poder Judicial nacional. El Congreso nacional no pudo crear leyes tributarias, ni tampoco regular el comercio entre los Estados. Además, por falta de poder policial, le faltó un modo de aplicar sus

18. Véase Dowling, *ob. cit. supra*, nota 14, en página 51.



decisiones y políticas. Para subsanar estos defectos en los *Articles of Confederation* y crear una nación con el poderío de mantenerse frente a la amenaza de los fuertes países europeos, se reunieron en 1786 los redactores del documento que ha servido como esquema básico para el gobierno estadounidense desde entonces. En solamente 6,000 palabras crearon una carta con amplios poderes nacionales, repartidos entre tres poderes, teóricamente iguales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La idea básica es la separación y equilibrio de poderes. Una de las claves de la aplicación de este concepto es el ejercicio por la Corte Suprema de los Estados Unidos de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del Congreso, o sea, la *judicial review*, que sólo se consolidó años más tarde.

5. *La Constitución de 1787*

Los redactores de la Constitución empezaron su tarea convencidos de la necesidad de crear una nación fuerte y centralizada, pero al mismo tiempo que responda a la voluntad del pueblo. Donde la *Confederación* de 1778 enfatizó una unión de estados, los arquitectos del documento de 1787 dieron más importancia a la idea de una nación vinculada con el ciudadano individual, en vez de las unidades políticas que representaban los estados. Hallaron la solución en amplios poderes nacionales, pero repartidos entre las tres instituciones del gobierno, en un equilibrio de poderes. Con esta separación ninguno de los poderes podría superar o dominar a los otros, garantizando así la estabilidad y durabilidad del régimen creado por la Constitución. Cada una de las tres ramas distintas estuvieron provistas de limitaciones contra la actuación indebida de las otras dos. El poder básico de la Corte Suprema bajo este sistema consiste en aplicar y afirmar la Constitución como la ley suprema e insuperable.

La Constitución establece específicamente la jerarquía de las leyes, declarando: "La Constitución, y las leyes de los Estados Unidos, que se hiciesen en aplicación de la misma; y todos los tratados hechos, o que se hiciesen, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país"¹⁹.

19. Constitución de los Estados Unidos de Norte América, art. 2.

La Constitución también instituyó un Poder Judicial independiente y al mismo nivel de las otras instituciones del Estado. Declara que el Poder Judicial estará constituido por "una Corte Suprema y tantos tribunales inferiores como el Congreso de vez en cuando ordene y establezca"²⁰. Los jueces no sólo disfrutaban de inamovilidad, sino de la seguridad de que sus sueldos no pueden ser reducidos durante su cargo²¹.

La jurisdicción de la Corte Suprema se define abarcando a todo caso. . . involucrando esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos, y tratados hechos, o que se hiciesen, bajo su autoridad"²². Así que, desde el comienzo, se habían expresado algunos artículos que apoyan el ejercicio de una revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema. Además, no hay en el texto de la Constitución ninguna disposición que se interpretara en contra de tal facultad.

Los comentaristas no han hallado ninguna prueba directamente relacionada con el propósito final de los redactores sobre la *judicial review* en los apuntes escuetos que nos quedan de los debates constitucionales. Como la historia indica, muchos de los colonos fueron partidarios del inglés Coke y su doctrina. Es posible que los diseñadores simplemente hubieran supuesto que el poder de la revisión judicial de las leyes existía sin decirlo expresamente en el texto de la Constitución²³. Tiene más fuerza esta

20. Constitución, *Ibid.*, art. III, § 1.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*, art. III, § 2.

23. Para el autor es la versión más aceptable después de leer los datos contemporáneos sobre el asunto. Empero, hay que tomar en cuenta el debate académico que continúa hasta la fecha, y probablemente jamás cesará. Hay aquellos que sostienen que es claro el apoyo en favor de la revisión judicial entre los redactores de la Constitución y los ciudadanos de la joven nación, mientras otros investigadores, con argumentos bien documentados, no reconocen que así sea. Aunque esta discusión no tiene importancia pragmática hoy en día (vista la práctica de la revisión judicial), es interesante contrastar los juristas que están a favor de la teoría de la revisión como sobreentendida en la Constitución de 1787, incluyendo a Beard, *The Supreme Court*

posibilidad cuando consideramos la presentación de Alexander Hamilton en *The Federalist* No. 78²⁴.

En su ensayo, Hamilton describió el Poder Judicial y manifestó que incluía a la revisión judicial de las leyes. Justificó su argumento así “. . . todo acto de una autoridad delegada, en contra del tenor de la comisión bajo la cual ejerce su autoridad, queda nulo. Ninguna ley, desde luego, contraria a la Constitución, puede ser válida. Negar esto, sería afirmar, que el agente sea mayor que su principal; que el sirviente esté sobre su amo; que los representantes del pueblo sean superiores al mismo pueblo; que hombres actuando en virtud de poderes, puedan hacer no solamente lo que sus poderes no otorgan, sino lo que proscriben. . .

“Ni de ninguna manera, supone esta conclusión una superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Supone solamente que el poder del pueblo sea superior a los dos; y donde la voluntad del Legislativo declarada en sus leyes, se pone en oposición a la voluntad del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deben ser gobernados por ésta en vez de aquellas”.

and the Constitution (1912); Corwin, *The doctrine of Judicial Review* (1914); I Warren, *The Supreme Court in United States History*, cap. 5, esp. 252-67 (1922); Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harv. L. Rev.* 129 (1893), con los juristas que están en contra, incluyendo a Cohen, *The Faith of a Liberal*, esp. 178-95 (1946); Boudin, *Government by Judiciary* (2 vols. 1932); II Crosskey, *Politics and the Constitution* (1953); Levy “Judicial Review, History and Democracy: An Introduction”, en *Judicial Review and the Supreme Court*, 1-12, (1967).

24. Después de su redacción por la Convención Constitucional, la Constitución, para entrar en vigencia, tenía que ser ratificada por la mayoría del voto popular, por lo menos nueve de los trece estados. Para defender su obra y ayudar en su ratificación popular, tres de los redactores escribieron ensayos explicativos sobre el propuesto documento, elaborando y exponiendo las ventajas de su sistema. Esta serie de ensayos se publicaron en un folleto titulado *The Federalist*. Visto que la población de nueve estados aceptó a la Constitución de 1787 dentro del plazo de dos años, los argumentos de los autores de *The Federalist* habrían tenido gran predicamento en interpretar el sentido de la Constitución a sus contemporáneos.

Así, desde el principio las voces más influyentes de la nueva nación habían dotado del poder de la *judicial review* a la Corte Suprema. No hubo una mayoría unánime sobre el asunto. Muchos, sin embargo no quisieron dejar al tribunal dar la última palabra con respecto a la constitucionalidad de las leyes promulgadas por el Congreso.

A pesar de la existencia de ciertas manifestaciones en contra del ejercicio de este poder por el Tribunal Supremo, la historia de esta época contiene más indicios de la aceptación general de la idea. Los tribunales de los diferentes Estados de la Unión siguieron practicando la revisión, pues cada Estado tuvo su Constitución y su Corte Suprema. La soberanía de estas constituciones sobre las leyes de los legislativos estatales fue confirmada en unas veinte sentencias distintas, entre 1778 y 1803, procedentes de las Cortes Supremas de varios Estados. Ellos prefieren sus constituciones sobre sus leyes cuando había conflictos, citando a Coke, la Magna Carta, la Ley Natural y otras fuentes semejantes como fundamento²⁵.

Además, un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos se acercó al problema, pero no llegó a encarar directamente la cuestión. Se atacó la constitucionalidad de una ley en el caso de *Hylton c. United States*²⁶, pero los jueces fallaron en favor de la validez de la ley, sin alcanzar a considerar su propia facultad de anular una ley. De todas maneras, en esta oportunidad la sentencia pareció presumir la existencia de tal facultad.

25. Véase, e.g., Dowling, *ob. cit. supra*, 58-61; Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review", 40 Harv. L. Rev. (1926). Empero, había excepciones, véase Thayer, *ob. cit. supra*, nota 22, en pp. 133-34.

26. 3 Dall. 171 (1796). Otros fallos de la Corte Suprema también trataron el asunto del poder de la Corte en cuanto a una ley inconstitucional, y en las sentencias los jueces reconocieron, casi presumieron, la existencia del poder de revisión judicial; Cooper c. Telfair, 4 Dall. 14 (1800); Calder c. Bull, 3 Dall. 386 (1798); Van Horn's Lessee c. Dorrance, 2 Dall. 309 (1795). En el primer nivel de la apelación, las *circuit courts* federales, (los jueces de un circuito) fallaron en contra de una ley del Congreso nacional, fundamentando su decisión en el conflicto entre la ley y la Constitución. Sin embargo, este juicio no prosiguió hasta el último nivel que es la Corte Suprema; Hayburn's Case, 2 Dall. 409 (1792).

Más tarde, existió un grupo de congresistas que insistieron que los vocales debían haber ejercitado la *judicial review* para anular las leyes contra la sedición²⁷. Estas leyes limitaron severamente la libertad de la prensa y la ciudadanía para criticar públicamente al gobierno, operando en favor de los federalistas que entonces tenían la presidencia y la mayoría parlamentaria. La minoría sostuvo que la Corte Suprema debía haber empleado su poder de revisión para derogar las leyes en cuestión, por estar en conflicto con la libertad de expresión, consagrada en la Carta Magna de la nación²⁸.

Así era que no solamente las palabras de la Constitución, sino también su exposición por Hamilton en *The Federalist*, la práctica en los estados individuales, y hasta la actitud de los mismos parlamentarios nacionales comprobaron la vitalidad y aplicación continua de este concepto durante los primeros años de la Unión: la Corte Suprema Federal debe revisar la constitucionalidad de las leyes. Empero su ratificación formal tuvo que esperar catorce años, hasta el caso de *Marbury c. Madison* en 1803²⁹, ocasión en que el Tribunal adoptó la doctrina de la revisión, definitiva y finalmente.

6. *Marbury c. Madison*

En todo el mundo el caso de *Marbury c. Madison* es sinónimo de revisión judicial en los Estados Unidos de Norteamérica. Dada su alta importancia, cabría una exposición del juicio y la sentencia. La historia revela mucho. En primer lugar, el ambiente político en que el suceso se desarrolló tiene gran incidencia en el resultado final. Uno de los partidos políticos originales en la joven nación eran los federalistas, quienes lucharon por un

27. Véase, e.g., Warren, *op. cit. supra*, nota 22 en pp. 164-66, 266-67.

28. Constitución de los Estados Unidos de Norte América, Enmienda Primera.

29. 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

gobierno central fuerte, en vez de poderosos Estados, que hubieran repartido peligrosamente el vigor de la nueva unión. Los federalistas ganaron las tres primeras elecciones nacionales, logrando la presidencia y la mayoría en ambas cámaras del Legislativo. Los primeros jueces del alto tribunal, nombrado por el Presidente y aprobado por el Senado, también fueron federalistas.

Pero en las elecciones generales de 1800 la actitud de los votantes cambió en favor del líder Thomas Jefferson, y del otro partido: los Republicanos. Estos ganaron la presidencia y la mayoría en el Parlamento, y los federalistas quedaban fuera del poder. Sin embargo, hubo un período entre las elecciones y la inauguración de los nuevos funcionarios del Estado. Se supo los resultados de la votación en diciembre de 1800, pero los elegidos no pudieron asumir sus cargos hasta marzo de 1801; mientras tanto las responsabilidades del gobierno quedaron en las manos de los federalistas. Este partido (como un canto de cisne, porque jamás volvió a ser un partido de importancia en la historia de la nación, mientras que los Republicanos quedan hoy en día como uno de los grandes partidos) aprovechó los pocos meses de administración que le quedaron para fortalecer su influencia en el poder no sujeto a elecciones: el Judicial. Se promulgó una ley creando nuevos puestos para jueces de las Cortes de Circuitos, de Apelación, jueces instructores y jueces de paz. Trabajando contra el tiempo, el Presidente Adams se dedicó a cubrir los puestos creados con juristas de tendencias federalistas. Hasta la última hora de su último día de funciones, el Presidente y su equipo se ocuparon de seleccionar y aprobar tales hombres e instalarlos en sus cargos. Habían nombrado algunos jueces de paz, incluyendo un tal Marbury, pero no certificados formalmente por oficio de la oficina del Secretario del Estado, como debían haberlo sido, cuando la administración del gobierno pasó a manos de Jefferson y su nuevo equipo el 4 de marzo de 1801.

El nuevo gobierno se negó a entregar los nombramientos (ya preparados) a las personas a quienes les correspondía. Los pretendidos jueces de paz no podían entrar en función sin sus nombramientos formales. Para forzar al gobierno republicano a entregarles sus credenciales, Marbury y otros ejercitaron una

acción para sacar un *Mandamus* contra el Secretario del Estado, James Madison³⁰.

La reacción del gobierno de Jefferson contra la gestión apurada y desesperada de los federalistas, implicó más que guardar las credenciales no enviadas. El nuevo Congreso republicano derogó la ley federalista, terminando con todos los puestos últimamente creados y postergando por catorce meses la próxima sesión de la Corte Suprema.

Cuando la Corte volvió a reunirse en 1803, uno de los primeros asuntos que le tocó fue el asunto *Marbury*. La jurisdicción de la Corte Suprema, como corte de primera instancia en el proceso del *Mandamus*, se vinculaba al *Judicial Act* de 1789 (muy parecido a una ley orgánica de Poder Judicial) que decía en uno de sus artículos, "La Corte Suprema tendrá. . . poder de dirigir *writs of mandamus*, en casos señalados por los principios y usos del Derecho, a toda. . . persona con autoridad en los Estados Unidos". Empero la Constitución dice, "La Corte Suprema tendrá jurisdicción original en todo juicio que afecte a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y aquellos en que en un Estado tome parte. En todo otro juicio, la Corte Suprema tendrá jurisdicción en apelación".

Mientras la Corte prosiguió con la prueba, para determinar la razón del reclamo de *Marbury*, Jefferson y sus partidarios se mostraron bien descontentos frente a la actuación del tribunal supremo. El Presidente declaró que todo el proceso representaba una indebida intervención del Poder Judicial en un asunto que hubiera caído exclusivamente dentro de la discre-

30. La acción de *Mandamus* en los Estados Unidos es algo semejante a ciertos aspectos del Habeas Corpus peruano. Es un proceso en que se intenta establecer ante un tribunal el deber de gobierno de hacer una cosa específica. Establecida la obligación en cuestión, la Corte ejecutará un *writ of mandamus*. Este documento es un mandato judicial, dirigido al funcionario u oficina gubernamental que debe cumplir con lo dispuesto en el *writ*. Por ejemplo, en el caso *Marbury c. Madison* el *writ of mandamus* habría ordenado al Secretario del Estado Madison, entregar los títulos en cuestión a los nombrados jueces de paz.

ción y la voluntad del Ejecutivo. Jefferson y sus partidarios dijeron que el juicio *Marbury* era otro intento federalista para controlar la nueva administración desde su posición atrincherada en el Poder Judicial. La situación se puso agitada cuando los nuevos funcionarios republicanos, citados como testigos ante la Corte, manifestaron ignorancia de la ubicación de las comisiones escritas que nombraron a Marbury y el resto, y hasta de la propia existencia de éstas.

La sentencia de la Corte en *Marbury c. Madison* salió en febrero de 1803, tres semanas después de abrirse el juicio ante los jueces. Era una ejecutoria larga y un resultado inatacable desde el punto de vista republicano. Y esto porque la Corte declaró que la ley que creaba la jurisdicción de primera instancia en el *Mandamus* era inconstitucional, nula y sin ninguna aplicación.

La Corte explicó así su decisión, y estableció de esta manera la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, con las siguientes declaraciones (que han quedado como la letra viva de la práctica estadounidense, y una de las ejecutorias más importantes de su historia) en las palabras del Presidente de la Corte, *Chief Justice* John Marshall:

“La cuestión que se refiere a la validez, de una ley repugnante a la Constitución interesa profundamente a los Estados Unidos; pero, afortunadamente, no es tan complicada como importante. Para decirlo sólo es necesario recordar algunos principios establecidos desde hace largo tiempo de modo preciso”.

“Todo el sistema político norteamericano, ha sido construido sobre el principio fundamental de que el pueblo tiene el derecho originario de establecer, para su futuro gobierno, las reglas que considerará adecuadas para lograr su felicidad. El ejercicio de este derecho originario constituye un grandísimo esfuerzo; y no se puede, ni se debe, repetirlo con frecuencia. Los principios así establecidos, se consideran fundamentales. Y como la soberanía de donde procede es suprema, y puede actuar rara vez, son planteados para ser permanentes”.

“Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno, y atribuye a varias ramas sus poderes respectivos. Ella puede li-

mitar a eso su gestión; pero también puede aun establecer ciertos límites que las varias ramas no deben sobrepasar”.

“El gobierno de los Estados Unidos es de la última descripción. Los poderes del Legislativo son definidos y limitados; y para que no se equivoque, ni se olvide estos límites están escritos específicamente en la Constitución, ¿Con qué objetivo serían los poderes limitados, y con qué objetivo es esta limitación inserta en el articulado de la Constitución, si estos límites pudieran ser superados en cualquier momento por aquellos mismos llamados a respetarlos?. Sería suprimida la distinción entre gobiernos con poderes limitados y gobiernos con poderes no limitados, si estos límites no constituyeran un freno para las personas a quienes son impuestos, y si no se hace distinción entre actos prohibidos y actos permitidos. Es una proposición demasiado clara para ser discutida, que, o la Constitución controla cualquier ley que le es repugnante, o el Poder Legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria”.

“Entre estas dos alternativas no existe término medio. La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, invariable por medios ordinarios, o está en el nivel con las disposiciones ordinarias legislativas y, como ellas, es modificable cuando al Legislativo le parezca conveniente modificarla”.

“Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no será ley; si, en cambio, la segunda parte es cierta, entonces las constituciones escritas habrán de ser intentos absurdos, de parte del pueblo, para limitar un poder que por su naturaleza es ilimitable”.

“Ciertamente, todos aquellos que han redactado constituciones escritas las contemplan formando la ley fundamental y suprema de la nación, y, en consecuencia, la teoría fundamental de cada gobierno tal tiene que ser, que una ley repugnante a la Constitución es nula e ineficaz”.

“Esta teoría se deduce de la naturaleza de la constitución escrita y, desde luego, ha de ser considerada, por este tribunal, como uno de los principios de nuestra sociedad. No debe de ser, por lo tanto, dejada de lado frente a las demás consideraciones sobre este asunto”.

“Si una ley del Parlamento repugnante a la Constitución es nula, ¿puede, no obstante, tener eficacia ante los tribunales y obligarlos a darle efecto?. O, en otras palabras, a pesar de que

no sea ley”, ¿puede un acto legislativo constituir causa de efectos jurídicos?. Esto significa destruir, en la práctica, lo establecido en teoría y parecería a primer golpe un absurdo demasiado grosero para ser considerado. . .”.

“Es enfáticamente la función y el deber del Poder Judicial señalar qué es la ley. Aquellos que apliquen una norma legislativa a un caso específico deberán, necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes están en conflicto, las Cortes tienen que decidir sobre la eficacia de cada una de ellas”.

“Así, cuando una ley no está conforme con la Constitución, en cuanto la ley y la Constitución, se refieran a un caso particular de manera que el tribunal esté obligado de decidirlo, o con arreglo a la ley, no haciendo caso de la Constitución, o con arreglo a la Constitución, no haciendo caso de la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en colisión debe ser aplicada. Esta es la verdadera esencia de la función judicial. Así que, si los tribunales deberán tener en cuenta la Constitución, y si la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, la Constitución y no la ley ordinaria, tiene que controlar el caso a que ambas se refieren”.

“Aquellos que discuten el principio de que la Constitución se considera por las Cortes, como la ley superior, son reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y fijar solamente la ley”.

“Aceptar esta doctrina sería subvertir el verdadero fundamento de toda constitución escrita. Sería declarar una ley que, según los principios y teoría de nuestro gobierno, es enteramente nula, es sin embargo, en la práctica, completamente obligatoria. Declararía que si el Legislativo haría lo que le es expresamente proscrito, tal ley, a pesar de la prohibición expresa, es en la práctica eficaz. Se daría al Legislativo una omnipotencia práctica y efectiva, a la vez que proclama restringir sus poderes dentro de límites estrechos. Eso equivaldría a establecer límites y después declarar que los límites puedan ser superados a capricho”.

“De este modo se anularían las ventajas de la constitución escrita, que según nosotros constituye la más importante conquista del progreso en el campo de las instituciones políticas. Eso, en sí mismo, sería suficiente en América, donde la consti-

tución escrita ha sido vista con tanta reverencia, para rechazar la construcción propuesta ante este tribunal. . .”.

Hay aquellos que acusan a Marshall de una especie de cinismo político y de una construcción más conforme con los objetivos del partido federalista que con el Derecho³¹. Sea como fuere el ánimo de Marshall, redactor de la sentencia en *Marbury c. Madison*, su jurisprudencia nos queda hoy en día como un rasgo destacado de la personalidad política de los Estados Unidos y una brillante exposición de su sistema de gobierno constitucional. Su vigencia y su fuerza en pleno siglo veinte es indiscutible.

III. LIMITACIONES DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

La potestad de la Corte Suprema de los Estados Unidos es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tomar en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sale en busca de oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. En su voluminosa jurisprudencia, la Corte ha establecido ciertas reglas incontrovertibles que limitan su función de revisión judicial³². Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la *judicial review*.

31. Véase, *e.g.*, Warren, *ob. cit. supra*, 264.

32. Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la *judicial review*. Véase *Ashwander c. T.V.A.*, 297 U.S. 288, 346 (1939) (opinión concurrente del Brandeis, J.); *Rescue Army c. Municipal Court of Los Angeles*, 331 U.S. 549 (1947).

Sin embargo, hay unas pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar estas limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables.

A) *La validez constitucional es la última cuestión que la Corte considerará con respecto a una ley*

Es un lema principal de la Corte Suprema estadounidense, una pauta sumamente básica para su aporte en estos asuntos, que jamás tocará la cuestión de la constitucionalidad de una ley hasta que no le quede otra solución a la cual recurrir. Es decir, el tribunal se dirigirá a la validez constitucional de una pieza de legislación del Congreso sólo después de haber agotado todo otro aspecto que pudiera haber servido como base jurídica para su decisión en tal caso. La Corte nunca buscará un cotejo frontal entre la Constitución y una ley. La evitará hasta que no haya otra salida, y entonces por fin la llevará, pero siempre cautamente y con reluctancia.

La Corte, en una de sus sentencias, lo expresó en esta forma, "si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de la adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad. . . hasta que sea inevitable"³³.

Una regla correlativa es cuando hay dos bases para una decisión, una vinculación a la Constitución, la otra al Derecho general, la Corte tratará solamente ésta. No sostendrá nada relacionado con la faceta constitucional; no alcanzará a considerarla formalmente. No deberá aparecer ninguna mención del asunto en la sentencia declarada en el juicio³⁴.

B) *Se requiere un "caso o controversia" auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso*

La Corte Suprema de los Estados Unidos no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico

33. *Spector Motor Service c. McLaughlin*, 323 U.S. 101, 105 (1944). Véase *Alabama State Federation of Labor c. McAdory*, 325 U.S. 450 (1945); *Crowell c. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932); *Burton c. United States*, 196 U.S. 283, 295 (1904).

34. Véase *Siler c. Louisville & Nashville Ry. Co.*, 213 U.S. 175, 191 (1909).

co entre partes adversarias. Este es el pre-requisito de un verdadero "caso" o "controversia", como exige la Constitución al establecer las jurisdicciones de la Corte Suprema³⁵. Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. Se aplica este requisito aún más severamente cuando se trata de juzgar los méritos entre la Carta Magna y una ley. Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de una ley. *Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes del juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema.*

Este requisito se aplica en las formas y situaciones siguientes:

1) El demandante tiene que agotar sus recursos ante la rama administrativa y otras cortes antes de acudir a la Corte Suprema.

2) El demandante tiene que demostrar ser agraviado directa y perjudicialmente por la aplicación de la ley en cuestión.

Mostrarse afectado directamente no basta; tiene que demostrarse los daños y perjuicios que la ley causa. Si no, no habría por qué quejarse de la ley³⁷.

3) Tiene que tratarse de una interpretación o una aplicación concreta de la ley. El mero hecho de que una ley pudiera ser interpretada o aplicada directamente con perjuicio de una persona no creará el derecho de atacar la ley ante el Tribunal.

35. Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, art. 6, § 2.

36. Véase *Parker c. Los Angeles Country*, 338 U.S. 327 (1949); *Wilson c. Cook*, 237 U.S. 477, 480 (1946); *Yalus c. United States*, 321 U.S. 414 (1944).

37. Véase *Tileston c. Ullman*, 318 U.S. 44 (1943); *Columbus & Greenville Ry. c. Miller*, 283, U.S. 96, 99-100 (1931); *Massachusetts c. Mellon*, 262 U.S. 447 (1938). Pero véase *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

Se observará esta limitación a pesar de que las palabras de la ley fuesen obvias y claras, e indudablemente afectarían directa y perjudicialmente al demandante en el futuro próximo³⁸.

4) El efecto de la ley tiene que ser presente en la fecha de la sentencia sobre su constitucionalidad. Por ejemplo, si una mujer en estado de gravidez iniciara un juicio contra una ley aplicada a las mujeres embarazadas, y el Tribunal no llegara a su decisión final antes del parto, probablemente la Corte abandonaría el caso porque la demandante habría perdido una característica esencial de su demanda. La ley no la afectaría más³⁹.

5) El juicio tiene que ser entre adversarios, y no el resultado de una colusión entre las aparentes partes. Por ejemplo, la Corte rehuyó escuchar una causa en que una de las partes pagaba los costos de las dos⁴⁰.

6) La Corte Suprema jamás proporcionaría, aún en respuesta al Presidente o el Congreso, una opinión sobre la eficacia probable de un proyecto de ley. Hubo casos en que tales opiniones fueron solicitadas, pero el Tribunal rechazó terminantemente la gestión⁴¹.

38. Véase *Poe c. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961); *United Public Workers c. Mitchell*, 330 U.S. 75 (1947); *Liverpool, N. Y. & P.S.S. Co. c. Emigration Commirs*, 113 U.S. 33, 39 (1885).

39. Véase *Wright*, *Federal Courts* 33-34 (1963); *Parker c. Ellis*, 362 U.S. 574 (1960).

40. Véase *United States c. Johnson*, 319, U.S. 302 (1943); *Chicago & G.T. Ry. c. Wellman*, 143 U.S. 339, 345 (1892); *Lord c. Veazie*, 8 How. 251 (1850). Pero véase *Dred Scott c. Sanford*, 19 How 393 (1857).

41. Véase *Alabama c. Arizona*, 291 U.S. 286, 291 (1943); *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911).

42. Véase *Barrett, et. al., Constitutional Law*, 48-111 (1959); *Dowling, Constitutional Law* 112-159 6a. ed., (1959); *Lockhart, et. al, American Constitution* 36-95 (1964).

7) Hay más ejemplos específicos en la jurisprudencia norteamericana, pero las pautas principales deben quedar claras de la lectura de los puntos citados⁴².

C) *La Corte Suprema no intervendrá en una "cuestión política"*

Existe una clase de asuntos que la Corte Suprema estadounidense ha designado "cuestiones políticas", o sea, cuestiones que el Tribunal no reconoce como dentro de su competencia legal. Se ha negado a opinar sobre el reconocimiento de un gobierno extranjero, dejándolo completamente dentro de la voluntad del Ejecutivo. Otro ejemplo es el proceso legislativo; no se pregunta si el Congreso ha cumplido con todas las reglas formales al promulgar una ley que el Legislativo presenta como promulgada correctamente⁴³.

D) *La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso*

La voluntad y la discreción de la Corte Suprema y sus nueve miembros también mitigan la función del Tribunal. La Corte es un tribunal de apelación, pero no tiene que aceptar todas las demandas presentadas⁴⁴. La Corte misma escoge entre las causas, según su propio criterio seleccionando sólo los casos que se consideran los más apropiados para una decisión de fondo.

El entonces Presidente de la Corte Suprema, el desaparecido Fred Vinson, manifestó en 1949 lo siguiente con respecto al cargo que desempeñaba en la Corte: "El deber de la Corte Suprema no es, y jamás ha sido, principalmente preocuparse en corregir los errores en los fallos de las cortes inferiores. En casi toda causa dentro de la potestad en apelación de la Corte, el demandante ya ha recibido una revisión de su caso. Los debates en la Convención Constitucional dicen claramente que el objeti-

43. Véase *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Colegrove c. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

44. Sería imposible hacerlo. Por ejemplo, en 1963 habrían presentado 2183 demandas. La Corte sentó jurisprudencia en 574 de estos casos.

vo de formar un tribunal supremo nacional fue. . . 'para asegurar los derechos nacionales y la uniformidad de juicios'. La función de la Corte Suprema es, desde luego, resolver conflictos de opinión sobre cuestiones federales que han surgido entre las cortes inferiores; considerar cuestiones de impacto amplio bajo la Constitución, leyes y tratados de los Estados Unidos; y ejercer poder de supervisión sobre las cortes federales inferiores. Si lleváramos cada caso en que hubiera una cuestión jurídica interesante, o nuestra *prima facie* impresión fuera que la decisión de abajo fuese errónea, no podríamos cumplir con las responsabilidades puestas en la Corte por la Constitución y las leyes. Para seguir en forma eficaz, la Corte Suprema tiene que continuar decidiendo solamente los casos que presenten asuntos cuya resolución sería de importancia general, aparte de los hechos y las partes particulares involucradas"⁴⁵.

Para llevar a cabo esta regla de escuchar sólo las apelaciones que más le conviene conforme a su tarea jurídica, la Corte ha creado "la regla de los cuatro"⁴⁶. Eso quiere decir que cuando hay cuatro de los nueve magistrados de la Corte Suprema

45. Conferencia ante el *American Bar Association* el 7 de setiembre de 1949.
46. Véase *Rogers c. Missouri Pacific Ry. Co.* 352, U.S. 500, 559, (1957); *Ferguson c. Moore-Mac Cormick Lines, Inc.*, 352 U.S. 521, 559 (1957); *State of Maryland c. Baltimore Radio Show*, 338 U.S. 912 (1950); Leiman, "The Rule of Four", 57 *Colum. L. Rev.* 975 (1957).
47. Esta presentación consiste en argumentos orales, de 30 minutos, hechos por los abogados de las partes interesadas. La Corte puede permitir más tiempo en casos especiales. La presentación oral completa los expedientes impresos llamados *briefs*.
48. Esta forma es "*negar certiorari*".
49. Esta forma es muy parecida a una sentencia de la Corte Suprema Peruana.
50. En la Corte Suprema de los Estados Unidos hay solamente nueve jueces, y los nueve participan en una sala única en que se presentan todos los juicios que lleguen ante la Corte.
51. 3 *Dall.* 171 (1796) (enfático en el original).

quienes favorecen dar a una causa en conflicto con las provisiones de la Constitución. Pero esto es únicamente el comienzo, porque no es suficiente el juicio de los nueve. Lo que determina por fin la cuestión en cada caso es: "¿Podría otro poder del Estado —el Congreso— haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional?". O, en otra forma, el último problema no es: ¿Cuál será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo?⁵².

Una anécdota sobre el punto, quizá lo ilustre más claramente. El jurista Cooley, notó de acuerdo con la limitación bajo discusión, que un miembro del Congreso puede luchar contra un proyecto de ley y por fin votar en contra a su promulgación si estima que la ley propuesta entra en conflicto con la Constitución. Como legislador, su mera opinión propia le basta para determinar su voto. Nombrado subsecuentemente a la Corte Suprema la misma persona, si la misma ley se presentara para una determinación de su constitucionalidad el ex-legislador podría encontrar su deber judicial sostener la validez de la ley, aunque no haya cambiado de ninguna manera su opinión personal sobre el asunto. Es que, como juez de la Corte Suprema, tiene que preguntarse objetivamente "¿Puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó en favor de la ley? Si la respuesta es positiva, el juez tiene que fallar en favor de la validez de la ley.

IV. CONCLUSION

Para apreciar bien lo que es la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos, el lector deberá tener en cuenta dos consideraciones básicas. Primeramente, las circunstancias fortuitas de la historia y la tradición han dado a la práctica una trayectoria larga e ininterrumpida en los Estados Unidos, desde la fundación de la nación en 1787. Hoy en día, la *judicial review* forma una verdadera parte del ambiente guberna-

52. Thayer, "The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law", 7 *Harv. L. Rev.* 149 (1893).

mental estadounidense, aceptada por el pueblo tanto como por los poderes del Estado. La estabilidad del mismo esquema durante ciento ochenta años presta una fuerza casi irresistible a su existencia. Si se preguntara a los ciudadanos de los Estados Unidos: “¿Cuáles son los poderes de un más alto tribunal cualquiera?; no cabría duda que la mayoría le contestaría: “el poder de revisión sobre la constitucionalidad de las leyes del Congreso”, entre otros. Para esta mayoría, inclusive probablemente la gran parte de los abogados también, la *judicial review* es sencillamente, como son el agua y el aire. Ni siquiera se les ocurre acabar con la costumbre o modificarla, aunque la misma Constitución lo hace factible y hasta relativamente fácil hacerlo.

Una prueba de la fuerza de la tradición fue lo ocurrido durante la Gran Depresión de los años treinta. El Presidente Franklin Roosevelt vio frustrados sus programas sociales y económicos debido a las decisiones de la Corte Suprema que anularon las leyes creadoras de algunos de dichos programas. Propuso crear cuatro cargos adicionales en la Corte, para poder nombrar unos jueces que estuvieran de acuerdo a sus propósitos, alejando así una mayoría favorable entre trece vocales en vez de nueve. Habría logrado su fin con una simple ley del Congreso, donde tuvo la mayoría de las curules, pero la resistencia al plan, aun dentro de sus más leales partidarios, derrotó esta propuesta.

En segundo lugar, a pesar de toda la fuerza de la historia, el Poder Judicial quedará, por fin, supeditado a la voluntad de las otras ramas de gobierno. Es importante hacer notar que a la Corte le falta el poder de iniciativa. En cambio, el Legislativo y en un grado menor, el Ejecutivo, funcionan como cuerpos creadores de la política estatal, saliendo en búsqueda de sus trabajos. El Tribunal no hace reglas ni el Derecho en la manera que lo hacen los otros dos poderes del Estado; la Corte se abstiene hasta que le proporcionen un juicio concreto entre partes y luego aplica las reglas encontradas en las varias fuentes del Derecho norteamericano. Siempre, y sobre todo, quedará la Constitución como la fuente suprema.

Además la función de la Corte Suprema de los Estados Unidos está sujeta a la merced del Congreso y el Ejecutivo de

una forma más pragmática. Por ejemplo, la Constitución deja al Congreso la facultad de cambiar el número de jueces en el Tribunal⁵³. Lo han hecho en variadas ocasiones en el siglo diecinueve⁵⁴. El Ejecutivo tiene que llevar a cabo lo dispuesto en los fallos de la Corte Suprema y, con una administración que no hiciera caso de las sentencias de la Corte, ésta encontraría su labor completamente ineficaz. Nunca ha habido un Presidente que ignorase abiertamente una ejecutoria de la Corte⁵⁵, aunque se dieron casos en que el Primer Mandatario no aplicó los fondos y los esfuerzos necesarios para cumplir eficazmente con la jurisprudencia de la Corte⁵⁶. Probablemente la barrera más estimable contra el ejercicio de estas posibilidades para modificar la función o el efecto de los fallos de la Corte, es la opinión pública, que hoy en día no soportaría maniobra política contra el papel actual del más alto Tribunal.

En gran parte, la misma Corte Suprema de los Estados Unidos ha contribuido, en mucho a su propia ubicación actual, por la responsabilidad y la prudencia con que ha desempeñado su deber. Los rangos de sus jueces, desde la gran figura de Marshall,

-
53. La Constitución dice solamente que habrá "una Corte Suprema", sin especificar su organización o composición. Véase art. III, 1.
 54. Hasta el año 1806, habían solamente seis *justices* (Vocales o jueces) de la Corte. Después había siete hasta el año 1836, cuando el Congreso creó dos puestos más. En 1862 se agregó un vocal, con un total de diez. Empero en 1865 bajó otra vez su número a nueve; después en 1867 nuevamente a sólo ocho *justices*. En 1869 el Legislativo volvió a crear un puesto noveno y ahí ha quedado desde entonces.
 55. A pesar de la famosa anécdota sobre la supuesta declaración del Presidente Jackson en 1832, cuando él dijo acerca de un fallo que no le agradó: "La Corte ha decidido; ahora bien, ellos mismos pueden ejecutar su fallo". En realidad, el Presidente Jackson cumplió en llevar a cabo la sentencia de la Corte en esta ocasión, no obstante sus sentimientos personales. Véase I Warren, *The Supreme Court in United States History*, cap. XIX, esp. página 759 (1923).
 56. Un ejemplo es la gestión del Presidente Eisenhower, quien no impulsó con fuerza la integración racial en los colegios estadounidenses, después del famoso fallo en contra de la segregación en la educación pública en *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

han incluido a los juristas más destacados y capaces del país. Pese al desacuerdo interno doctrinario, entre los partidarios del *Judicial Activism* (Activismo judicial) y los del *Judicial Restraint* (Restricción judicial), la Corte jamás ha sido una entidad lírica, en el sentido de hacer gestiones caprichosas o mal pensadas, o con fines de corto plazo. Su sentido de autolimitación es indiscutible⁵⁷.

Esto no quiere decir que la Corte es omnisciente o que no ha hecho decisiones controvertidas; muchas lo han sido y siguen siéndolo. Pero su jurisprudencia sale como las *Sagradas Escrituras*: severa en algunos casos, pero de innegable voluntad y acertada consideración en su pronunciamiento⁵⁸. No cabría consideración más pura ni más objetiva de la cuestión que la contemplación jurídica rendida a los nueve miembros de la Corte Suprema. Cuando se combina esto con las autolimitaciones que el

57. Por lo menos, a juicio del autor. Otros observadores y juristas norteamericanos no son de la misma opinión.

58. Cada uno de los nueve jueces investiga y opina sobre cada caso presentado ante la Corte. Sin embargo, el Presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema encarga a un juez específico la responsabilidad de redactar la sentencia, la que saldrá con su nombre. Si otros jueces se hallan en desacuerdo con el resultado ellos pueden escribir su *dissenting opinion*, u opinión en contra. Otros jueces quienes coinciden en el resultado, suelen escribir su propia interpretación de los factores que determinan el resultado. Estas se llaman *concurring opinions*, u opiniones concurrentes. Así es que, en una sentencia bien discutida entre los miembros de la Corte, la jurisprudencia podría salir como opinión principal, más unas opiniones concurrentes y opiniones en discordia.

Para llevar adelante las extensas investigaciones exigidas en este sistema, cada juez tiene uno o dos *law clerks*, quienes hacen las investigaciones preliminares y centran los puntos de hecho o de Derecho más importantes en el caso. Se puede comparar estos *law clerks* con los relatores o aun con los fiscales en el sistema peruano. Su papel en la Corte es muy semejante; por costumbre son abogados jóvenes que entran en servicio inmediatamente después de obtener su grado, y servirán solamente uno u dos años. El acceso para estos cargos en la Corte Suprema y en las demás cortes federales es difícil y altamente competitivo asegurando así que los que logran entrar en el servicio como *law clerks* representen una suerte de élite de los recién graduados.

Tribunal se ha puesto sobre su potestad, se ve que la facultad ha crecido por lo poco que se emplea⁵⁹.

Por fin y por todo, el poder de la *judicial review* reside en la Corte Suprema por gracia del pueblo y las otras instituciones del gobierno. El Tribunal no posee poder en sí, sino solamente a través de la voluntad popular. El Legislativo y el Ejecutivo quedan en la misma situación frente a la ciudadanía; empero estos son organismos extendidos y variados. La Corte Suprema, en última instancia, está constituida por nueve hombres que trabajan a plena luz y el producto de su labor es obvio a todo el mundo. Mientras practique su función dentro de unos límites invisibles, que jamás esté demasiado delante de la sociedad y nunca demasiado atrás del sentimiento común, su trabajo es un engranaje firme y fijo en el proceso democrático estadounidense y los jueces son oráculos del Derecho. Si se apartan demasiado de los tácitos márgenes de su papel, los jueces son nada más que nueve hombres como nueve ciudadanos cualesquiera. Lo increíble y lo bueno es que el Tribunal ha comprendido y respetado la delicadeza de su situación durante toda su historia y cambios de los actores subjetivos, y ha nutrido su posición hasta la presente centuria.

59. En toda su historia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha anulado algo menos de 50 leyes del Congreso Federal por ser inconstitucionales.