

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN *EL FEDERALISTA* Y LOS FUNDAMENTOS DE UNA SOCIEDAD LIBRE

*José Francisco García*

Abogado.

Investigador Instituto Libertad y Desarrollo

### 1. INTRODUCCIÓN

“Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno si no el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres y para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados, y luego obligarlo a que se regule a sí mismo. El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares”.

*Federalista* N° 58.

La presente investigación tiene por objeto elaborar un estudio acerca de algunos de los principios jurídicos establecidos en relación al control de la constitucionalidad, presentes en *El Federalista*, la obra de Hamilton, Madison y Jay, que escribieron en apoyo de la Constitución norteamericana de 1787.

*El Federalista*, o *The Federalist Papers*, es una serie de ochenta y cinco artículos escritos entre octubre de 1787 y mayo de 1788. Los ensayos fueron publicados simultáneamente en varios periódicos del estado de Nueva York, en forma anónima, bajo el seudónimo de *Publius*. *El Federalista* se escribió y publicó para incitar a los ciudadanos de Nueva York a ratificar la Constitución de los estados Unidos, que había sido redactada en Filadelfia durante el verano de 1787. Al urgir la adopción de la Constitución por encima de los *Artículos de Confederación* ya existentes, los textos explican ciertas disposiciones de la Constitución en detalle. Por esta razón, *El Federalista* se utiliza a menudo hoy para ayudar a interpretar las intenciones de quienes redactaron la Constitución de los Estados Unidos. A fin de motivar la opinión pública del estado de Nueva York, que se mostraba renuente, Alexander Hamilton, secretario de Washington, James Madison, el futuro presidente –que fueron miembros de la Convención Constitucional– y John Jay, ex presidente del Congreso Continental, todos ellos autores de dichos ensayos, los publicaron y su conjunto llegó a convertirse en un clásico de la doctrina del Derecho Constitucional y la Ciencia Política.

Desde la fecha de su publicación se les ha considerado como los más perfectos comentarios existentes sobre el significado y la naturaleza de la Constitución de los Estados Unidos. Así, Thomas Jefferson, por ejemplo, creía que representaban “la opinión general de los que la redactaron y de los que aceptaron la Constitución de los Estados Unidos, en asuntos relativos a su genuino significado”<sup>1</sup>. Para los propósitos de esta investigación, sin embargo, resulta

<sup>1</sup> Leonard Liggio, “The Life and Works of Thomas Jefferson” en *The Locke Luminary*, Vol. II, N° 1 (Summer 1999) Part 3 en <http://www.lockeinstitute.org>

más reveladora la estimación de Jefferson en otro contexto: a saber, él creía que era “el mejor comentario sobre los principios de gobierno que se haya escrito jamás”<sup>2</sup>. Fue quizás George Washington el que mejor fijó su lugar entre los clásicos al escribir que “merecía la atención de la posteridad porque ahí se analizan francamente los principios de la libertad y los tópicos del gobierno que resultarán siempre de interés para la humanidad, mientras el hombre esté relacionado en la sociedad civil”<sup>3</sup>.

En este sentido, el presente trabajo ha querido centrarse fundamentalmente en analizar el aporte que realizó *El Federalista* en materia del principio de control de la supremacía constitucional. La doctrina, en general, reconoce en el fallo de 1803 del juez John Marshall en *Marbury vs. Madison*, el inicio del control de la constitucionalidad, mediante el cual se declara inaplicable una norma de rango inferior por ser contraria a la Constitución. En esta materia, esta investigación quiere demostrar que *El Federalista*, veinte años antes del citado fallo, ya había desarrollado el principio del control constitucional (que toma la forma de *judicial review* o revisión judicial propia del Derecho americano basado en precedentes). En este sentido, los autores de *El Federalista* comprendieron que la sola existencia de la Constitución no bastaba para garantizar su carácter de norma superior del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, no garantizaba los derechos y libertades de los individuos. Es por ello que los Federalistas y la jurisprudencia de la Corte Suprema americana años más tarde, basándose en dicha doctrina, consagraron institucionalmente la necesidad de respetar la supremacía constitucional. Garantizar el que la Constitución no pareciera sino que fuera la norma superior del ordenamiento jurídico, se transformó en el corolario necesario y directo, el requisito *sine qua non* de una sociedad que hiciera respetar bajo sus fronteras el Estado de Derecho. De ahí surge la jurisdicción constitucional en su sentido moderno.

## 2. EL SENTIDO DE LA CONSTITUCIÓN

La idea de una ley fundamental que gobierna la legislación ordinaria es muy vieja<sup>4</sup>. La exigencia de un documento escrito y unificado para las normas fundamentales surgió, en primer lugar, con la revolución puritana como protesta frente a la pretensión del Parlamento Largo de ejercer una autoridad absoluta e ilimitada. En el siglo XVII y, más acentuadamente, en el siglo XVIII, el concepto de “Constitución” adquirió su significación actual bajo el poderoso estimulante de la idea del *contrato social*. En palabras de Lowenstein, la Constitución: “vino a significar el documento específico en el cual estaban contenidas en un sistema cerrado todas las leyes fundamentales de la sociedad estatal, que imbuidas en un *telos* ideoló-

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Para este y otros comentarios por eruditos y estadistas respecto de *El Federalista* ver Gottfried Dietze, *The Federalist: A Classic on Federalism and Free Government*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1960, Capítulo 1.

<sup>4</sup> La realidad en el Estado de una ley fundamental de su organización se observa en todas las épocas de la historia. Sin embargo, el estudio de una “teoría de la Constitución” es contemporáneo, manifestación del fenómeno constitucionalista, producido desde fines del siglo XVIII. Con todo, conviene recordar, brevemente, algunos antecedentes importantes. En este sentido, Silva Bascañán sostiene: “En la antigüedad grecorromana, Aristóteles analizó muy profundamente la estructura de las ciudades griegas, y reunió una colección de sus constituciones. Se observa la de Atenas, que describe su historia y su organización. (...) En la Edad Media, cuando a la destrucción del Imperio Romano sucede la época feudal, como la autoridad se vincula al señorío de la tierra y se confunde con este, las instituciones públicas caen en el ámbito del derecho privado y los intérpretes procuran hallar analogías con las de este incluso a categorías jurídicas pertenecientes por esencia al campo del derecho público. (...) Las monarquías estamentarias admiten los diversos fueros o privilegios que benefician a los diversos sectores sociales, ciudades o cuerpos institucionales que formaban los brazos del reino, y las *cartas forales* que precisaban sus bases importaban verdaderos contratos celebrados entre el señor o rey y el estamento favorecido con los privilegios, en los cuales se señalaban las franquicias, los deberes y derechos inherentes al estatuto especial que regía las relaciones de las partes. La Carta Magna de 1215 consagró, por ejemplo, junto a muchas otras, la garantía del consentimiento del impuesto por el *Mágnam Concilius* o la *Curia Regis* compuesto por los señores feudales que lo deberían pagar. Cuando en los siglos XVII y XVIII se entronizaron en Europa continental los reinados absolutos, las cartas o franquicias en que se estampaban los fueros medioevales perdieron su eficacia”. Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo N° 1, Editorial Jurídica, Santiago, p. 77.

gico específico estaban destinadas a doblegar la arbitrariedad de un detentador del poder único, sometiéndolo a restricciones y controles. Con esta finalidad, el Leviatán, tuvo que ser domado; su soberanía, hasta entonces monolítica, fue dividida en diversas secciones o departamentos, asignando a cada una de estas partes una actividad estatal especial. Esta constituyó el principio de la independencia funcional o separación de poderes, que supuso elevar a la categoría de órgano estatal independiente o detentador del poder lo que en sí no era sino un segmento del orden total. La unidad orgánica del Estado fue entonces restablecida al combinar conjuntamente a estos detentadores del poder autónomos e independientes en la formación de la voluntad estatal. Todos estos dispositivos, cuidadosamente planeados de antemano, fueron entonces incorporados en un documento específico que fue elevado con especial solemnidad al rango de ley, siendo llamado 'ley fundamental', 'instrumento de gobierno' o 'Constitución'. Sin embargo, la idea de hacer a esta ley superior explícita y obligatoria, mediante su transcripción a un documento, fue puesta en práctica por vez primera por los colonos revolucionarios de Norteamérica. Las colonias individuales tuvieron de hecho su primera experiencia en materia de codificación de dicha ley superior, partiendo de una base popular más amplia que la de la legislación ordinaria<sup>5</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Mayora quien señala que: "La sociedad moderna es inconcebible sin la existencia de ciertas instituciones políticas que suponen relaciones de poder. Casi podría decirse que las instituciones políticas son un conjunto determinado de relaciones de poder-obediencia. (...) De manera que el problema del poder público se nos presenta, de una parte, como algo connatural a la vida humana en sociedad, y de otra, su ejercicio, hasta el punto máximo que los límites (constitucionales o reales) lo permitan, resulta, para quienes son los depositarios del poder público (la autoridad civil) una inclinación irresistible. El ejercicio del poder público es entonces, a la vez, inexorable y compulsivo. Creer que los titulares del poder público –quienquiera que sea– son capaces de autolimitarse sistemáticamente, de abstenerse de mandar, aun teniendo el poder para hacerlo, sería un costoso y lamentable error. Es casi una máxima que nunca se propende a ejercitar menos poder del que se tiene, sino que muy por el contrario, la propensión natural es que el ejercicio del poder propenda a excederse de los límites predeterminados. El problema no es, pues, cómo lograr que las autoridades ejerzan el poder, sino cómo lograr que su ejercicio se confine dentro de ciertos límites compatibles con el mayor disfrute posible de la libertad, en el seno de la sociedad civil. Es una combinación difícil de concebir y de conseguir: ser libre, mientras se está sujeto al poder, a la voluntad de terceros. Como sabemos, dicha combinación solo puede lograrse cuando el poder está, a su vez, sometido a la norma"<sup>6</sup>.

En este sentido, se puede señalar con claridad que el fin de la Constitución es constituirse en freno o limitación del poder, lo cual conlleva naturalmente la correlativa defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos. En esta línea se pueden señalar los argumentos de Friedrich: "Si preguntamos cuál es la función política de una Constitución, encontraremos que el objetivo nuclear de la misma estriba en la salvaguardia de cada miembro de la comunidad política en tanto que persona, que ser humano. La Constitución está dispuesta para proteger el *yo*, pues este constituye el valor (primero y último). Tal preocupación con el ser, muy arraigada en las creencias cristianas, acabó por dar origen a la noción de derechos humanos. La Constitución existe para proteger al miembro individual de la comunidad política contra las interferencias en su estado personal"<sup>7</sup>.

Así las cosas, resulta fácil concluir que la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder; así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.

<sup>5</sup> Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 149.

<sup>6</sup> Eduardo Mayora, *Teoría Constitucional para una sociedad libre*, Fundación República para una Nueva Generación. Buenos Aires, p. 71.

<sup>7</sup> Friederich citado por Mayora, *idem*.

Estas aspiraciones quedaron concretadas en la necesaria aprobación por parte de los destinatarios del poder de los controles sociales ejercidos por los dominadores y, consecuentemente, en la participación activa de los dominados en el proceso político. Las limitaciones impuestas al nudo poder estarían aseguradas por el acuerdo de la sociedad estatal sobre ciertas reglas fijas, reguladoras del proceso político. Se creyó que este objetivo sería alcanzado de mejor manera cuando el ejercicio del poder político estuviese distribuido entre diversos detentadores del poder, que estarían así obligados a una respectiva cooperación, en lugar de monopolizar el ejercicio del dominio un detentador único. Allí donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control.

### 2.1 *La Constitución Americana de 1787: el sentido de una Constitución codificada*

El inicio del movimiento revolucionario, que condujo a un nuevo intento de asegurar la libertad del individuo, es descrito por un reconocido autor americano: "Cuando en 1767 el modernizado parlamento inglés, obligado desde dicha fecha por los principios de soberanía parlamentaria ilimitada e ilimitable, declaró que la mayoría podía aprobar cualquier ley que estimara conveniente, tal declaración fue saludada por los habitantes de las colonias americanas con exclamaciones de horror. James Otis y Sam Adams, en Massachusetts; Patrick Henry, en Virginia, y otros dirigentes coloniales a lo largo de los territorios de la costa gritaron: ¡Traición y Carta Magna! La aludida doctrina parlamentaria, insistieron, destruye la esencia de todo aquello por lo que los antepasados británicos habían luchado; suprime el propio aliento de la admirable libertad anglosajona por la que los patriotas y los hombres de bien ingleses habían muerto"<sup>8</sup>.

La Revolución Americana, en sus comienzos, estuvo por completo basada en los conceptos tradicionales que tenía el pueblo inglés respecto de las libertades. Edmund Burke y otros ingleses simpatizantes no fueron los únicos que hablaron de los colonos como de gentes "entusiastas no solamente de la libertad, sino de la libertad según los ideales ingleses y basada en principios ingleses"<sup>9</sup>. Hasta la ruptura final, las pretensiones y razones expuestas por los colonos en el conflicto con la Madre Patria se basaban enteramente en los derechos y privilegios a que se consideraban acreedores como ciudadanos británicos. En este sentido, "solamente cuando descubrieron que la Constitución británica, en cuyos principios habían creído firmemente, poseía poca entidad y no podía invocarse con éxito contra las pretensiones del Parlamento, llegaron a la conclusión de que tenían que edificar los cimientos que faltaban y consideraron, como doctrina fundamental, que "la Constitución permanente" era esencial para el gobierno libre y que significaba gobierno limitado"<sup>10</sup>. En este sentido, la frase más comúnmente utilizada fue la de Constitución limitada, en la cual se comprendía la idea de una Constitución que limita los poderes gubernamentales<sup>11</sup>. De lo anterior, resulta inevitable concluir que cuando el pueblo americano proclamó en 1776 los principios políticos sobre los cuales se sentarían las bases para la nueva República, puso la verdad evidente de que todos

<sup>8</sup> Edward Mims Jr., *The Majority of the People*, Butterworth & Co., London, 1941, p. 71. En este sentido, Kramer señala: "Los whigs americanos nunca aceptaron la idea de soberanía parlamentaria. Para ellos, la Gloriosa Revolución (1688) era una afirmación de la viabilidad de la *Antigua Constitución*". Larry Kramer, *Forward: We the Court*, en *Harvard Law Review*, N° 115, HLR Association, Massachusetts, 2001, p. 34.

<sup>9</sup> Edmund Burke, "Discurso de conciliación con las colonias americanas" en *Grandes Discursos*, Océano, Barcelona, 1995, p. 270.

<sup>10</sup> Frederick Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1991, p. 220. En la perspectiva de Kramer: "Los eventos acontecidos a los ojos americanos se traducían en que Inglaterra se esforzaba en forma repetitiva y persistente en privarlos de los que estos consideraban sus derechos constitucionales. Los colonos hicieron ver este asunto presentando sus agravios en términos legales y constitucionales, y pese a sus infructuosos esfuerzos en esta dirección, en todo momento se veían a sí mismos como los defensores de las libertades antiguas frente a la corrupción de las autoridades imperiales. (...) Era una rebelión en defensa del concepto mismo de constitucionalismo, un concepto que los americanos no decidieron abandonar repentinamente o repudiar en medio de la vorágine independentista". Kramer, *op. cit.*, p. 35.

<sup>11</sup> Alexander Hamilton y otros, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, N° 78.

los hombres son iguales porque poseen "ciertos derechos inalienables". Los gobiernos que estos constituyen, son establecidos "para asegurar estos derechos". Este, entonces, se convirtió en el propósito de los documentos que establecieron el gobierno americano y su Constitución.

Así, el concepto de Constitución<sup>12</sup> llegó a enlazarse íntimamente con el de "gobierno representativo" en el que los poderes del cuerpo de representantes están estrictamente circunscritos por el documento que los determina. La fórmula de que todo el poder deriva del pueblo se refería no tanto a la periódica elección de representantes como al hecho de que el pueblo organizado en asamblea constituyente tiene el derecho exclusivo de determinar los poderes de la legislatura representativa. La Constitución fue concebida tanto como una protección del pueblo contra la acción arbitraria del Legislativo, como contra la de otras ramas del gobierno.

La Constitución americana pasó a ser uno de los documentos fundamentales del constitucionalismo moderno, no tan solo por su contenido, sino también por el hecho de haberse convertido en la primera Constitución codificada moderna, lo que la erigió en un modelo a imitar por el resto de las naciones emergentes que vieron en esta institución, el corolario necesario a la adecuada relación entre las leyes y normas menores, con los principios y valores superiores y permanentes que rigen en una sociedad<sup>13</sup>. Más aún, se puede decir con propiedad que antes que cualquiera de los contenidos materiales específicos del texto aprobado en Filadelfia, el primer aporte singular del experimento constitucional americano sería la idea misma de Constitución en su sentido moderno, es decir, la de un código cerrado y sistemático elaborado por una asamblea popular, que aparecía como reflejo político y pública expresión de aquel acuerdo al que ya Locke se había referido en su momento: un acuerdo entre hombres libres "según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad"<sup>14</sup>. Hamilton retomaría estas ideas cuando, en el primero de los artículos de *El Federalista*, al tiempo que subrayaba la importancia de la Constitución, de la que dependían "nada menos que la existencia de la Unión, la seguridad y el bienestar de las partes que la integran y el destino de un imperio que es en muchos aspectos el más interesante del mundo"<sup>15</sup>, confesaba a sus connacionales su opinión de que les convenía adoptarla, por ser "el camino más seguro para vuestra libertad, vuestra dignidad y vuestra dicha"<sup>16</sup> y manifestaba su convencimiento sobre "la seguridad suplementaria que su adopción prestará para salvaguardar esa especie de gobierno (republicano), para la libertad y la propiedad"<sup>17</sup>. Madison, destacaría, por su parte, la novedad radical de los orígenes del nuevo acuerdo fundador, un acuerdo que por primera vez en el devenir de la humanidad había sido adoptado por un poder constituyente popular: "Es muy digno de notarse que en todos los casos que consigna la historia antigua, en que un gobierno fue establecido previa deliberación y con el consentimiento general, la tarea de formarlo no estuvo encomendada a una asamblea"<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Como señala Kramer: "La idea de 'Constitución' no era nueva en 1787, o incluso en 1776. Los americanos tenían el concepto de ley fundamental y bien desarrolladas ideas sobre la naturaleza de la Constitución, mucho antes de que se sentaran a escribir la propia Constitución. Desde una perspectiva histórica, este concepto lo encontraban ya desde las peleas de Jacobo I con los Comunes. (...) Los colonos americanos estaban ligados a los principios de la Constitución antigua (*Ancient Constitution*), vinculados íntimamente con los términos y principios que la inspiraban". Kramer, *op. cit.*, p. 16 y 17.

<sup>13</sup> En este sentido, vital importancia cobran las reglas morales, las costumbres y las tradiciones de una sociedad; instituciones que son la base de las denominadas Constituciones "consuetudinarias".

<sup>14</sup> John Locke, *Segundo Tratado de Gobierno Civil*, Agora, Buenos Aires, sec. 140, p. 111.

<sup>15</sup> Hamilton y otros, *op. cit.*, N° 1, pp 3-5.

<sup>16</sup> *Idem*

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, N° 38, p. 152.

Por otra parte, se debe señalar que el fenómeno de la Constitución codificada vino a reflejar, en cierta medida, una importante discusión jurídica de la época: las desventajas de la Constitución "consuetudinaria"<sup>19</sup>.

La opción por un modelo jurídico *positivizado* marcó el desarrollo constitucional para varias sociedades emergentes, entre ellas Francia. Se puede decir que el fundamento de este modelo descansaba sobre tres ideas fundamentales de la época. Como señala Esmein: "Primera, la superioridad de la ley escrita sobre la costumbre era entonces reconocida en forma general; era necesario en consecuencia llevar a ella las reglas constitucionales más importantes. En segundo lugar, los hombres del siglo XVIII consideraban gustosos una Constitución nueva dictada por la soberanía nacional, como verdadera renovación del contrato social; era necesario, pues, redactar sus cláusulas en la forma más solemne y más completa. Pensaban, en fin, que las constituciones así redactadas proporcionarían excelente medio de educación política, que extendería con seguridad entre los ciudadanos el conocimiento y, al mismo tiempo, el amor de sus derechos. Es difícil negar que en este punto la experiencia y la historia les han dado la razón"<sup>20</sup>.

Así, se daba importancia a un documento codificado para establecer con claridad, certeza y precisión su contenido, a fin de convertirlo en instrumento eficiente cuando correspondiera invocar y hacer efectivas sus disposiciones<sup>21</sup>. Se terminarían así las vaguedades y las confusiones del pasado cuando era difícil conocer con exactitud cuál era la regla en vigor y su exacto significado. El documento señala la norma fundamental no solo por su principalidad e importancia normativa, en razón de su rango doctrinario, sino por su carácter de ley superior,

<sup>19</sup> A modo de contrastar la idea de Constitución escrita con una consuetudinaria como la inglesa, Silva Bascuñán sostiene: "La Constitución inglesa no consiste, pues, en uno o varios textos escritos que tengan, por su forma, el carácter de la ley fundamental del Estado, sino en un conjunto de leyes comunes, tradiciones, de prácticas o convenciones que están en relación racional con lo que se refiere esencialmente a la organización jurídica básica de la autoridad y de los derechos fundamentales del pueblo inglés. En la Constitución inglesa se comprenden, no solo las leyes ordinarias que razonablemente cabe calificar, por su propia naturaleza, como de tal orden (*statue law*) (*and the law of the constitution* comprende en efecto, textos tan importantes como la Carta Magna, el *Bill of Rights*, etc.), sino que el conjunto de precedentes que forman el *common law*, concepto este que expresa el derecho establecido en los fallos de los tribunales, conforme al sistema característico de la administración de justicia inglesa. La mayoría de los preceptos organizativos de la autoridad se consignan en los *statue laws*, al paso que en el *common law* se fundamentan los principios substanciales de las libertades concretas cuyo reconocimiento ha venido logrando a través de los siglos el pueblo inglés". Silva Bascuñán, *op. cit.*, pp. 80-81. Kramer, refiriéndose a la Constitución inglesa, señala: "La ley fundamental consiste en principios inmutables de la libertad inglesa que derivan de costumbres inmemoriales, un canon muy real cuyas raíces se dicen estar perdidas en la tradición y en el pasado Sajón. Las prácticas desarrolladas, los tratados aprendidos y los argumentos derivados de la ley natural eran todos útiles para iluminar, traducir y aplicar los antiguos principios", Kramer, *op. cit.*, p. 18. Asimismo, Kramer señala: "los detalles, aplicaciones, incluso las instituciones pueden cambiar, pero la ley fundamental permanece constante en sí misma, y retiene su sustancia esencial como garante de la libertad frente al poder. Esta capacidad de transformarse sin cambiar fue siempre considerada como una de sus mayores virtudes". *Ibidem*, p. 20. Por otra parte, Silva Bascuñán señala: "Las ventajas de las constituciones consuetudinarias —de general aplicación antes del fenómeno constitucionalista moderno— se refieren a la fiel y permanente concordancia entre la norma fundamental y la realidad llamada a regir; a la flexibilidad y agilidad de su contenido, siempre dispuestas a adaptarse a las necesidades cambiantes de los hechos sociales; a las modificaciones incesantes que experimentan, en fin, de modo consecuente con las propias alteraciones de la estructura social (...) pero esas mismas ventajas generaron, por exceso, la reacción que provocó el término del sistema allí donde había sido pervertido por el absolutismo, cuando la norma fundamental no presentaba más firmeza que la voluntad versátil del soberano, ni más ductilidad que la de su capricho, es decir, no lograba imponerse al gobernante ni garantizaba el respeto de los derechos y libertades de los súbditos". Silva Bascuñán, *op. cit.*, p. 83.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> En este sentido, señala Kramer: "El mayor efecto de dejar constancia por escrito de los principios constitucionales era entregarles un mayor grado de explicitación y claridad, algo que no era conocido. Aparte de esto, mientras había consenso en torno a muchos de los principios de la Constitución consuetudinaria (inglesa), necesariamente se veían afectados dichos principios por la falta de certeza inherentes a todo tipo de ley consuetudinaria". Como señala Tucker en *Kemper vs. Hawkins*: "la constitución no es un ideal sino una realidad existente: puede materializarse en forma visible, sus principios pueden ser extraídos de su forma escrita, y no de razonamientos oscuros o meras deducciones". Tucker es, por cierto, exagerado desde un doble punto de vista: la constitución consuetudinaria no era totalmente incierta, en la medida en que dos siglos de escrituración de algunas normas le habían dado mayor claridad. Sin embargo, había una efectiva diferencia de matices con la Constitución escrita, lo cual hizo optar a los americanos por esta última". Kramer, *op. cit.*, p. 46.

a la cual han de someterse y dentro de cuyas pautas deben dictarse todas las demás reglas que pretendan vigencia en el Estado<sup>22</sup>.

Lo característico del fenómeno americano no estriba, por lo tanto, en la mera existencia en el Estado de una ley fundamental que fije su organización, realidad ineludible de todos los lugares y tiempos, ni aún en que la sociedad política tome conciencia de dicha realidad (muy anterior también a tal fenómeno) ni, en fin, en que se tracen en documentos escritos los rasgos de la ordenación básica. La novedad e importancia de este fenómeno se halla en la tendencia que se extiende entre las naciones de expresar solemnemente la voluntad de organizarse sobre los marcos que se precisan en documento escrito en que se determinan la estructura del Estado, sus órganos, los mecanismos del gobierno y las garantías de las libertades y derechos individuales. Además, estos textos recogían de gran forma los fundamentos mismos de la tradición jurídica británica: el respeto y protección de los derechos y libertades de los gobernados.

## 2.2 *Un nuevo Poder Judicial*

Entre los principios que se incorporaron a la estructura de la Constitución está un Poder Judicial “integrado por jueces que conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta”<sup>23</sup>. En forma clara se esperaba que el Poder Judicial jugara un rol decisivo en el constitucionalismo americano.

En *El Federalista* N° 78 Hamilton fundamenta la premisa central sobre la que se fundamenta el nuevo Poder Judicial: “el (Poder) Judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. (...) 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 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 (...) se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo”<sup>24</sup>.

Esta independencia judicial, señala Hamilton, es igualmente necesaria para proteger a la Constitución y a los derechos individuales, “de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que (...) tienen (...) la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario (...) es fácil comprender que se necesitaría una firmeza poco común de parte de los jueces para que sigan cumpliendo con su deber como fieles guardianes de la Constitución, cuando las contravenciones a ella por el legislativo hayan sido alentadas por la opinión de la mayor parte de la comunidad”<sup>25</sup>.

Además, la buena conducta sería propia del especial método de designación de los jueces: “Esta adhesión uniforme e inflexible a los derechos de la Constitución y de los individuos (...) no puede esperarse de jueces que estén en posesión de sus cargos en virtud

<sup>22</sup> A mayor abundamiento: “las principales ventajas que se atribuyen generalmente a las Constituciones codificadas son: 1) Precisan la organización de las autoridades y el alcance de sus atribuciones, lo cual facilita el ejercicio de las facultades de la autoridad y el cumplimiento de sus deberes por los gobernados. 2) Proporcionan garantía a los gobernados de sus derechos, cuyo reconocimiento se les asegura, y se definen sus limitaciones, al tiempo que establecen los recursos de protección frente a los atropellos que puedan sufrir. 3) Determinan las responsabilidades de los órganos de autoridad y señalan sanciones para el caso de violar sus obligaciones. 4) Contribuyen a la educación cívica de los ciudadanos, al permitir saber cada cual sus deberes para actuar en forma consecuente”. Silva Bascuñán, *op. cit.*, p. 84.

<sup>23</sup> Hamilton y otros, *op. cit.*, N° 9, p. 32.

<sup>24</sup> *Ibidem*, N° 78, pp. 330-331.

<sup>25</sup> *Ibidem*, N° 78, p. 333.

de designaciones temporales (...) habría el peligro de una complacencia indebida frente al poder que los designa”<sup>26</sup>.

Por otra parte, era necesario cautelar las particulares condiciones que necesitarían reunir los miembros de la magistratura. En este sentido señala Hamilton: “Se ha observado a menudo, muy oportunamente, que un voluminoso conjunto de leyes constituye un inconveniente que va necesariamente unido a las ventajas de un gobierno libre. Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes (...) se comprende fácilmente que (...) la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable, y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado. Por esta razón serán pocos los hombres en cada sociedad suficientemente versados en materia de leyes para estar capacitados para las funciones judiciales. Y si descontamos lo que corresponde a la perversidad natural del género humano, han de ser menos aún los que unan a los conocimientos requeridos la integridad que debe exigirse”<sup>27</sup>.

Para el propio Madison, resultaba crucial el rol que respecto de la defensa de la Constitución, y los derechos y libertades garantizados en ella, le cabría al Poder Judicial: “Una vez que la Declaración de Derechos fuera incorporada a la Constitución, los Tribunales de justicia independientes se considerarían a sí mismos los guardianes de dichos derechos. Las cortes se transformarían en un bastión impenetrable contra cualquier abuso por parte de alguna de las otras ramas del Estado Federal, Legislativo y Ejecutivo, y sería llevado naturalmente a resistir cada usurpación sobre los derechos estipulados expresamente en la Constitución por dicha Declaración de Derechos”<sup>28</sup>.

El fundamento de existencia y efectividad de la tutela de la Constitución por parte del Poder Judicial es la necesaria autonomía que debe poseer este respecto de los otros poderes del Estado, y así lo entendieron los Federalistas. El poder judicial federal fue establecido independiente de las otras ramas del gobierno en orden a que los jueces pudieran de mejor manera ser capaces de “realizar su labor como fieles guardianes de la Constitución”<sup>29</sup>; en este sentido, debían ser capaces de hacer cumplir los límites que establecía la Constitución a las otras ramas del Estado y especialmente respecto de aquella que los padres fundadores pensaban que podría convertirse en la mayor amenaza: el Legislativo. Actuando bajo este mandato, ellos representarían al resto de los ciudadanos de los Estados Unidos en su capacidad soberana o constituyente; o, expresado de otra manera, el ejercicio del poder que detentan pertenecía por derecho natural a las personas, quienes escribieron y ratificaron la Constitución, y que además tienen el poder para reformarla<sup>30</sup>.

El poder para hacer cumplir la Constitución *por* cualquier medio “no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera”<sup>31</sup>. Además, sostiene *Publius*: “Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente; y ninguna suposición con respecto a sus sentimientos, ni aún el conocimiento fehaciente de ellos, puede autorizar a sus representantes para apartarse de dicha forma previamente al acto que indica-

<sup>26</sup> *Ibidem*, N° 78, p. 335.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> Samuel Padover, *The Complete Madison*, Padover, Nueva York, 1953, p. 344.

<sup>29</sup> Hamilton y otros, *op. cit.*, N° 78, p. 334.

<sup>30</sup> Este poder, sin embargo, es ejercido por el Poder Judicial y no por las mismas personas por las razones dadas por *Publius* en *El Federalista* N° 49, lo cual es consistente con toda la teoría del rol del Estado en la sociedad que impulsa el liberalismo clásico, desarrollada por Adam Smith en su *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, 1958, pp. 612-613; y que ha sido revisado y reafirmado por Milton Friedman en *Libertad de Elegir*, Orbis, Madrid, 1983, pp. 48-56.

<sup>31</sup> Hamilton y otros, *op. cit.*, N° 78, p. 332.

mos”<sup>32</sup>. Y si los representantes de la gente en su capacidad legislativa están sujetos a tales límites, parece evidente por sí mismo que los representantes de la soberanía del pueblo, esto es, los jueces, están sujetos a los mismos límites estrictos. Los jueces son independientes, pero deben dicha independencia al criterio de los padres fundadores quienes vieron que solo con esta podrían ejercer en forma efectiva el poder que por derecho natural corresponde a otra persona, el pueblo constituyente. Al pueblo le pertenece el poder de ordenar y establecer la Constitución con sus derechos específicos, y solo a ellos, al pueblo en su capacidad soberana, pertenece el poder de reformar la Constitución y sumar o quitar los derechos establecidos. Los padres fundadores se habrían opuesto rotundamente al hecho de dotar a los jueces del poder y autoridad para “crear” derechos y habrían calificado como una usurpación el ejercicio de tal poder sin la autorización correspondiente.

Pero no es solo en el caso de las infracciones a la Constitución como la independencia de los jueces puede constituir una salvaguardia esencial contra los efectos de esos malos humores circunstanciales que suelen penetrar a la sociedad, porque como señala Hamilton: “En ocasiones, estos no van más allá de perjudicar en sus derechos privados a una clase determinada de ciudadanos, por medio de leyes injustas y parciales. Aquí también reviste gran importancia la firmeza de la magistratura mitigar la severidad y limitar el efecto de esa clase de leyes. No solo sirve para moderar los daños inmediatos de las ya promulgadas, sino que actúa como freno del cuerpo legislativo para aprobar otras, pues percibiendo este los obstáculos al éxito de sus inicios designios que son de esperarse de los escrúpulos de los tribunales, se verá obligado a modificar sus intentos debido a los móviles mismos de la injusticia que medita realizar. (...) Los hombres prudentes, de todas las condiciones, deben apreciar en su verdadero valor todo lo que tienda a inspirar y fortalecer ese temple en los tribunales, ya que nadie tiene la seguridad de no ser víctima de móviles injustos el día de mañana, no obstante que hoy se beneficie de ellos”<sup>33</sup>.

### 3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN *EL FEDERALISTA*

Entre los principios e instituciones que sostienen la teoría constitucional de *El Federalista*, un rol mayor le tocaría cumplir al Poder Judicial, y no tan solo en cuanto a la necesidad de independencia para cumplir con sus funciones propias, como se ha visto en el punto anterior.

Dentro de estos principios e instituciones elaborados por *El Federalista* la separación de poderes, por ejemplo, impediría la tiranía que importa la concentración de todas las funciones gubernamentales, que permite, que uno, pocos o muchos, gobiernen en forma arbitraria. Así, entonces, el gobierno queda “limitado”. Pero *Publius* también cree que la Constitución es la ley fundamental, que las instituciones que crea –legislatura, Ejecutivo y Judicial– están obligadas a obedecer. Haciendo una diferencia entre las Constituciones británica y la americana señala: “La distinción importante también entendida en Estados Unidos entre una Constitución establecida por el pueblo e inalterable por el gobierno, parece haber sido poco comprendida y aun menos observada en cualquier otro país. Dondequiera que haya residido el poder supremo del Legislativo, allí también se ha supuesto que reside el poder pleno para cambiar aquella forma de gobierno. Incluso en Gran Bretaña, donde los principios de la libertad política y civil han sido analizados muy ampliamente y donde conocemos la mayoría de los derechos de la Constitución, se mantiene que la autoridad del parlamento es trascendente e incontrolable tanto con respecto a la Constitución como con respecto a los objetos ordinarios de las cláusulas legislativas”<sup>34</sup>.

Sin embargo, esto no sucede, asegura, bajo la Constitución de los Estados Unidos, puesto que todas las ramas del gobierno, incluyendo el Legislativo, están obligadas por la Constitu-

<sup>32</sup> *Ibidem.*, N° 78, p. 333.

<sup>33</sup> *Ibidem.*, N° 78, p. 334.

<sup>34</sup> *Ibidem.*, N° 78, p. 331.

ción. En las palabras de *Publius* en *El Federalista* N° 78: “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 siervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud de apoderamiento pueden hacer no solo lo que este no permite, sino incluso lo que prohíbe”<sup>35</sup>.

Hay dos aspectos un tanto distintos del pensamiento de *Publius* respecto a la idea de gobierno limitado. El primero se relaciona a cómo o por qué medios se harán cumplir aquellas limitaciones establecidas en la Constitución; el segundo, a la naturaleza, carácter y especie de las limitaciones que la Constitución, en cuanto ley básica o fundamental, debería contener. Respecto a este último aspecto, se puede señalar que *Publius* es bastante categórico en su argumentación de que la sola inclusión de un *Bill of Rights* no es garantía suficiente, y por el contrario, la respuesta de *El Federalista* va orientada en la línea de la configuración de poderes públicos limitados por parte de la Constitución. Con todo, no existe duda respecto a las enseñanzas de *Publius*, respecto al primero de estos asuntos. Dice en *El Federalista* N° 78 que “una Constitución limitada” —que, en el contexto de un gobierno republicano, significa una en la cual existen limitaciones específicas y expresas a la autoridad legislativa— puede mantenerse en la práctica solo mediante los tribunales de justicia, cuyo deber debe ser declarar nulos todos aquellos actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución.

En este sentido, si se considera que el principal objetivo de la Constitución americana fue establecer límites a la actuación del gobierno, particularmente a la legislatura, se hace evidente que debían adoptarse medidas para aplicar tales restricciones según los métodos fijados en relación con otras leyes y principalmente a través de tribunales. No es sorprendente, por tanto, el que un cuidadoso historiador encuentre que “la revisión judicial, en vez de ser una invención americana, es tan vieja como el derecho constitucional mismo y sin ella nunca hubiera quedado implantado el constitucionalismo”<sup>36</sup>. En razón del carácter del movimiento que condujo a la redacción de una Constitución codificada, debe ciertamente parecer curioso que no se haya discutido jamás la necesidad de tribunales que puedan declarar la constitucionalidad de las leyes. El hecho importante, en definitiva, es que para algunos redactores de la Constitución la revisión judicial era una parte necesaria y *per se* evidente del texto en cuestión; que cuando se presentó la ocasión de defender la concepción en las primeras discusiones, tras haber sido adoptados aquellos redactores, fueron suficientemente explícitos. La frase más famosa es encontrada en *El Federalista* N° 78: “Siempre que un estatuto particular se halla en contraposición de la Constitución, es deber de los tribunales judiciales adherirse a esta última y repudiar el primero”<sup>37</sup>.

La idea de jurisdicción constitucional está vinculada íntimamente con la intención de velar en forma efectiva por la supremacía constitucional y de solucionar, aplicando criterios jurídicos, los conflictos constitucionales que surjan entre los órganos estatales supremos. Nada se saca con dictar una Constitución que no se aplica o cuya normativa no se visualice como obligatoria para todos los habitantes de un Estado y, especialmente, para aquellos que gobiernan. En esta materia, parece relevante señalar que ya en 1610, el juez Sir Edward Coke, con motivo del *Bonham's Case* señaló: “Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controla las leyes del parlamento y a veces decide que son enteramente nulas; porque cuando una ley aprobada por el parlamento es contraria a común derecho y razón, o repugnante, o de imposible ejecución, el *common law* debe dominar sobre ella y pronunciar la nulidad de tal ley”<sup>38</sup>. Esta opinión constituye una de las primeras manifestaciones del pensamiento moderno en torno al principio de control constitucional y más exactamente a la

<sup>35</sup> *Ibidem* N° 78, p. 332.

<sup>36</sup> Charles McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 278.

<sup>37</sup> Hamilton y otros, *op. cit.*, N° 78, p. 333.

<sup>38</sup> Joseph Baker, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, London, 1979, p. 182.

*judicial review of legislation*, demostrando la profunda raigambre inglesa del sistema de control constitucional norteamericano<sup>39</sup>.

### 3.1 Evolución de la revisión judicial en Norteamérica.

#### 3.1.1 Comienzos de la revisión judicial: la soberanía popular en el período 1770-1780

La idea de soberanía popular no era nueva, y los americanos creían que esta había estado siempre presente en la Constitución consuetudinaria (inglesa). Sin embargo, dicha creencia no sería puesta en práctica sino hasta la crisis revolucionaria del período 1763-1776, durante el cual, el principio de soberanía popular emerge como el principio fundamental sobre el que se sostendría el constitucionalismo americano. En este sentido G. Stourzh señala: “El surgimiento de la Constitución como ley fundamental, suprema reinante y por lo tanto, invalidante (si acaso esto fuera procedimentalmente posible), de cualquier ley de menor entidad en la jerarquía de las normas legales, incluyendo leyes “ordinarias” hechas por el legislador; es la gran innovación y logro del constitucionalismo americano del siglo XVIII. Más allá de sus innovaciones, el hecho de haber sido reducida a un documento escrito, se destaca porque evoca los comentarios de grandes americanos de la época, y gran con orgullo, tales como Paine, Iredell y Madison”<sup>40</sup>.

En aquella primera época revolucionaria, el respeto por la soberanía popular demandaba el que los jueces hicieran cumplir las leyes establecidas y dejaran la resolución de los conflictos constitucionales en otras manos. Nadie dudaba que una verdadera Constitución, como Pendleton señala: “era una regla obligatoria para cada departamento, de la cual nadie podría apartarse bajo ningún respecto”<sup>41</sup>. Sin embargo, ello no implicaba que la judicatura pudiera invocar la autoridad de la Constitución contra otro departamento. Ninguna de las ramas debía ser superior a las otras, salvo que se tratara de la legislatura. Sin embargo, cuando se trataba de la Constitución, todas las ramas se subordinaban al pueblo. Así como no es posible que un particular castigue a otro por violar una ley ordinaria, no era posible que la judicatura invocara la Constitución contra actuaciones del legislativo. Esta era una responsabilidad entregada al pueblo: una responsabilidad que era ejercida principalmente a través de las elecciones, pero si fuese necesario, por medios más “revolucionarios”<sup>42</sup>. La interferencia de las cortes, el que estas pudieran juzgar acciones de otras ramas, implicaba una intromisión en asuntos ajenos que no le correspondían. Más aún, no era posible sostener como sostiene el juez Nelson en el caso *Kemper vs. Hawkins* que “la judicatura se presente como superior al Legislativo”<sup>43</sup> en materias propias de la legislatura, en las que se encontraba el tomar decisiones en torno a la constitucionalidad de la legislación, así como su necesidad. Bajo este contexto es que hom-

<sup>39</sup> Con todo, no todos los autores están de acuerdo en esta tesis. En este sentido, Kramer sostiene: “Una última característica parece relevante para entender la Constitución consuetudinaria (inglesa), y es que esta no contiene nada parecido a lo que actualmente entendemos por revisión judicial. Esto no se debe a que la interpretación y aplicación constitucional estén reservadas al Parlamento. La doctrina de la supremacía legislativa comienza a ganar adeptos solo en la segunda década del siglo XVIII, después de la aprobación del *Septentional Act* the 1716. (...) Había una época en que era popular leer la opinión de Sir Edward Coke en relación al caso *Bonham*. (...) Como señala J. Pocock ‘el fantasma de la revisión judicial’ en la jurisprudencia de Coke fue mandada al olvido por J. W. Gough en 1955. El acierto de Gough fue poner las sentencias de Coke en su real contexto, contexto basado en el acercamiento de Coke a las posturas del Parlamento en su oposición a las extravagantes solicitudes de Jacobo I para aumentar las prerrogativas reales. Los esfuerzos de Coke no apuntaban al establecimiento de un control judicial sobre la ley fundamental, sino a limitar los poderes del rey *vis-à-vis* del Parlamento. (...) Coke, simplemente proponía una regla de interpretación estatutaria, acorde a la cual una ley que contradijera principios legales establecidos sería apartada en ausencia de una clara regla en contrario. (...) Así, no se puede caer en el error de interpretar las intenciones de Coke como un deliberado esfuerzo en establecer ni siquiera un modesto precedente o sistema de revisión judicial, porque ninguno de los escritos de este autor hace presumir su concepción de la ley fundamental en esos términos”. Kramer, *op. cit.*, p. 25.

<sup>40</sup> Gerald Stourzh, *Conceptual Change and the Constitution*, Pocock, Boston, 1988, p. 47.

<sup>41</sup> *Commonwealth vs. Caton* en Kramer, *op. cit.*, p. 48.

<sup>42</sup> Por medios más “revolucionarios” debe entenderse el derecho de resistencia o rebelión del pueblo.

<sup>43</sup> Kramer, *op. cit.*, p. 49.

bres como Tucker señalaban: “la Constitución de un Estado es una regla aplicable solo a la legislatura”<sup>44</sup>.

Se debe ser muy claro en este argumento, porque es de la máxima importancia entender el contexto bajo el cual emerge la revisión judicial. Al sugerir que la constitucionalidad de la legislación no debía quedar bajo el amparo de la judicatura, no se estaba señalando que lo estuviera bajo la interpretación de autoridad alguna, ni siquiera bajo la del Legislativo. Así, ninguna de las ramas era llamada a ejercer una función interpretativa de la Constitución pues esta recaía en el pueblo, aunque los funcionarios oficiales tuvieran muchas veces que interpretar la Constitución para realizar sus tareas propias. Pero subrayando los argumentos de Nelson y Tucker, se asumía que las restricciones impuestas por el pueblo mediante leyes, eran restricciones impuestas al propio Legislativo, y no a las otras ramas. Era responsabilidad del Legislativo, delegada por el pueblo, decidir si determinada ley era constitucionalmente autorizada, sujeta a la revisión del pueblo. Las cortes, simplemente no tenían nada que hacer en esta materia. Cualquier acto en este sentido, era considerado por el pueblo como una intromisión de un subordinado: la gente había instituido ambos poderes: Legislativo (encargado de hacer las leyes) y Judicial (resolver conflictos), cualquier interferencia del Judicial en esta materia implicaba entrometerse en materias propias de otro departamento.

A pesar de que los argumentos antes expuestos representan el pensamiento anterior a 1790, algunos americanos que rechazaban la revisión judicial, no encontraban en los medios “político-legales” tradicionales (elecciones y derecho de rebelión) suficiente garantía para hacer cumplir la Constitución. Quizá esto hubiera sido posible en la era colonial, cuando los conflictos constitucionales eran escasos; aunque eran sumamente esenciales enfrentados a usurpaciones de gran entidad como las que antecieron las revoluciones de 1688 (gloriosa revolución inglesa) y la propia americana de 1776. Pero ¿podían estos mecanismos tradicionales controlar los pequeños pero numerosos actos inconstitucionales, cotidianos, de las legislaturas estatales? En este sentido, uno de los más fervientes detractores de la revisión judicial, R. Dobbs, señalaba que este mecanismo era “totalmente absurdo y contrario a las prácticas de todos los países en el mundo”<sup>45</sup>, a la vez que sostenía que “sin embargo, algún mejor mecanismo (que los tradicionales) parece absolutamente necesario para asegurar nuestro bienestar”<sup>46</sup>. A pesar de todo ningún otro medio se le ocurría: “el único que se me ocurre es la elección anual de representantes”<sup>47</sup>. Otros fueron incluso más creativos. Jefferson, por ejemplo, propuso que para corregir las “brechas” en la interpretación de la Constitución, se podría autorizar a dos de las ramas para que convocaran a una asamblea del pueblo para resolver el conflicto<sup>48</sup>. Por otra parte, los redactores de la constitución de Nueva York, querían establecer un Consejo de Revisión que actuara con poder de veto en determinadas materias, y que solo un quórum de dos tercios de la legislatura podía dejar sin efecto sus resoluciones<sup>49</sup>.

Sin embargo, no todos estaban en desacuerdo con algún tipo de mecanismo de tutela judicial sobre la Constitución. Asumiendo también como fundamento de cualquier análisis constitucional el principio de la soberanía popular, muchos sostuvieron que para garantizar el respeto efectivo de dicho principio, se hacía necesaria la revisión judicial. Si la Constitución era la ley suprema, los actos legislativos en contrario eran *ultra vires* y nulos. Los jueces ante los cuales se pusiera en conocimiento de tales actos no podrían ignorar tal hecho. El principio de la soberanía popular exigía que dichas leyes fueran tratadas conforme a los vicios inherentes a ellas.

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> “Carta de Richard Dobbs Spaight a James Iredell” (agosto 12, 1787) en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press en <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders>

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia*, Peden, University of Chicago Press, 1954, p. 221.

<sup>49</sup> Kramer, *op. cit.*, p. 50.

En este sentido, una de las mejores argumentaciones en torno a este punto de vista fue presentada por J. Iredell en 1786<sup>50</sup>. Iredell comenzó su argumentación con una proposición que gozaba de unanimidad absoluta: la Constitución estatal era “la ley fundamental, inalterable por la legislatura, cuyos poderes derivaban todos de ella”<sup>51</sup>. Establecido este punto, Iredell pasó a lo que él llamó el “gran argumento”: “Aunque la Asamblea no tiene el derecho de violar la Constitución, si esto ocurriera en los hechos, el único remedio es el derecho de petición (a los representantes) de repeler dicha ley, o la resistencia universal del pueblo. Pero, mientras tanto, este acto, cualquiera que sea, debe ser obedecido como ley (por los jueces); porque el Poder Judicial no tiene la facultad de poner en duda un acto de la asamblea”. Sin embargo, Iredell tras alegar la inconveniencia de estos remedios (la petición de representantes o el derecho de resistencia del pueblo, considerando respecto de esto último que lo natural es que se diera frente a grandes opresiones y no en los actos inconstitucionales diarios, que eran los más frecuentes), sostuvo la conveniencia de la revisión judicial basado en la suposición de que naturalmente la Constitución expresaba la soberanía popular: “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 una 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”<sup>52</sup>.

Los argumentos de Iredell son útiles en un doble sentido: tanto por ser una clara y razonada presentación de la justificación inicial de la revisión judicial, como, en muchos aspectos, es fiel reflejo de las proposiciones más importantes de la época y que eran compartidas por las distintas visiones: el constitucionalismo popular, derivado del principio de soberanía popular. El fundamento de esta proposición: la Constitución era la ley fundamental (esto es, la ley suprema hecha por los gobernados para regular y limitar el poder de los gobernantes), y no cualquier clase de ley. Sin embargo, se debe recalcar que Iredell nunca sugirió que las cortes debieran ejercer la revisión judicial debido a que poseyeran alguna competencia especial para dicha cuestión, o porque interpretar y hacer cumplir la ley es lo que deben hacer las cortes. Por el contrario, él argumentó que las cortes deben ejercer la revisión judicial porque son representantes de la gente también. Ignorar la inconstitucionalidad de las leyes que entran bajo su conocimiento sería violar la misión que le ha impuesto el pueblo.

Con todo, esto no significaba que no se pudieran obtener beneficios positivos y prácticos en la aplicación de la revisión judicial. Ejerciendo dicha revisión, las cortes actuarían de lado del pueblo, entregando un remedio pacífico que sustituiría la resistencia popular y ofrecería un alivio en circunstancias en que de otra manera no estaría disponible. J. Varnum enfatiza, en la misma línea, a la corte en *Trevett vs. Weeden*: “Como el Legislativo es el poder supremo del gobierno, ¿quién juzgara el si acaso se han violado o no los derechos constitucionales del pueblo? Yo respondo (...) el pueblo por sí mismo debe juzgar, como el último recurso en caso de una gran opresión. Pero cuando (los legisladores) proceden solo a hacer una ley (o lo que ellos consideran que es ley), y sean conocidas por la judicatura dichas leyes para que tomen una determinación, entonces (en el cumplimiento de la gran responsabilidad que se le ha entregado a la judicatura y para prevenir los horrores de una guerra civil, como en el presente caso) los jueces pueden, y creemos que así lo harán, decidir respecto de ellas”<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> 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 vs. Singleton* (1787). *Ibidem*, p. 51.

<sup>51</sup> “Un elector: Al público” (1787) en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press en <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders>.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> Kramer, *op. cit.*, p. 53.

La revisión judicial, en otras palabras, no era considerada simplemente un acto legal de interpretación ordinario. Era un acto político de resistencia (o político-legal). En su rechazo a hacer cumplir las leyes inconstitucionales, los jueces ejercían en forma subsidiaria el derecho de resistencia derivado del poder y autoridad del pueblo, entregando un remedio complementario para actos legislativos *ultra vires* que ocasionaran la necesidad de movilizar una oposición popular.

Así, no deja de ser interesante que muchos de los primeros proponentes de la revisión judicial estaban convencidos de la naturaleza más bien política de sus propuestas. E. Randolph, inicialmente rechazó la revisión judicial mientras preparaba el alegato en defensa del estado en *Commonwealth vs. Caton*. Randolph cambió su posición mientras iba desarrollando sus argumentos. Reconociendo la extraordinaria naturaleza de lo que proponía, basada en su rol de abogado general del estado de Virginia y suscribiendo una posición favorable a ejercer la revisión judicial el mismo, señaló: "¿Deberé temer a la decisión de mi propia mente, el que una ley contra la Constitución pueda ser declarada nula? o ¿deberé temer el resentimiento de la corte, cuando entregue mi testimonio contra la competencia de esta de pronunciar la invalidez de tal ley? ¡No!, la revolución me ha entregado un manto de protección mientras adhiera a sus principios. Esa frontera también ha sido levantada por la revolución, y no sucumbiré ante ningún poder indebido. Yo sostengo, entonces, que cualquier ley contra la Constitución puede ser declarada nula"<sup>54</sup>.

Así las cosas, la revisión judicial en el período inmediatamente anterior a la Convención Federal de Filadelfia (en el verano de 1787), era, en el mejor de los escenarios, incierta. Ni siquiera estaban claros, para la gran mayoría de los políticos y líderes americanos, los argumentos de fondo que se discutían. Ninguna corte había publicado alguna opinión afirmativa en esta materia. La única argumentación existente, medianamente elaborada, era la entregada por Iredell, que se asemejaba a la presentada por Varnum en *Trevett vs. Weeden*.

Ciertamente, nada indicaba la existencia de una posición dominante en esta materia, ni siquiera entre aquellos que abogaban por la revisión judicial. En este sentido, al menos tres posiciones podían ser encontradas. Por un lado, quienes se oponían a la revisión judicial, creían que los límites constitucionales eran prescripciones que establecía el pueblo frente al Legislativo solamente; si el legislativo traspasaba dichos límites sería el pueblo el responsable de tomar una decisión. Investigando la constitucionalidad de un acto legislativo, la corte se entrometía en áreas propias de otra rama. Por otro lado, quienes estaban a favor de la revisión judicial, algunos pocos intelectuales más sofisticados como Iredell y Varnum, creían que los límites constitucionales pasaban a ser un asunto judicial cuando cualquier ley inconstitucional llegaba a conocimiento de la corte durante un juicio. Ellos afirmaban que la Constitución delegaba la responsabilidad en esta materia durante el proceso adjudicatario a la judicatura, la cual en dicho proceso debía hacer cumplir los límites constitucionales impuestos. Había, sin embargo, una tercera posición, intermedia. Se podría alegar que las cortes tenían el derecho, así como la responsabilidad, de examinar la constitucionalidad de las leyes que regulaban el proceso judicial en sí mismo. Respecto a este punto existía pleno consenso en todas las posiciones en cuanto a que estaba dentro de la esfera de actuación de la judicatura. La legislatura podría querer tener autoridad para regular los procedimientos judiciales, y en este caso, el Judicial no estaría sobreactuando si saliera en defensa de la constitucionalidad de dicha regulación.

En síntesis, el argumento de asignar a las cortes el rol de velar por la Constitución estaba en el ambiente, pero es difícil señalar que era un tema conocido o que se daba por establecido. En el intento por describir el contexto jurídico o entregar los argumentos que circulaban antes de la Convención Federal de 1787, en torno a la revisión judicial, esta investigación no ha querido hacer parecer que el tema de la revisión judicial era un tópico que realmente importara al pueblo en general o siquiera a los representantes. Para muchos políticos y líderes de la época los tópicos importantes se centraban en cómo limitar los poderes del gobierno

<sup>54</sup> *Ibidem.*, p. 54.

federal, y en este sentido, la gran innovación eran las elecciones periódicas de representantes y la separación de poderes.

### 3.1.2 *La revisión judicial en la Convención Federal de Filadelfia de 1787*

La controversia constitucional de la revisión judicial de la legislación no fue objeto, en Filadelfia, de una discusión relevante, ni, en consecuencia, de regulación explícita en el texto constitucional aprobado por la Convención constituyente<sup>55</sup>. Sin embargo, con ocasión del debate mantenido entre los partidarios y los detractores de la inclusión en el texto de la Constitución de un *Consejo de Revisión* se producirían intervenciones en que se suscitaría, de una u otra forma, la problemática del control de la constitucionalidad de las leyes del Congreso americano.

Así, por ejemplo, en la sesión del 21 de julio, se demostró que tanto los partidarios como los detractores del Consejo de Revisión reconocían de una forma u otra, que la función de control de constitucionalidad era propia de los jueces. Un Consejo de Revisión era necesario según Wilson, porque “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 (los jueces) 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”<sup>56</sup>.

El Consejo propuesto fue objetado. Durante el curso de la discusión, otros delegados volvieron sobre el punto planteado por Wilson en torno a la revisión judicial. Contrario a dicho Consejo, por ejemplo, Luther Martin, sostuvo que: “las materias relativas a la constitucionalidad de las leyes corresponden a los jueces como consecuencia del ejercicio de sus funciones judiciales. En esa función tienen la posibilidad de oponerse ellas. Unirlos al Poder Ejecutivo en la función de revisión es concederles una doble posibilidad de oposición”<sup>57</sup>.

Respondiendo a Martin, G. Mason, delegado por Virginia, y partidario del Consejo y de la presencia judicial en el mismo, afirmaba (repetiendo los argumentos de Wilson): “Se ha dicho que si los jueces participasen en este control de las leyes (el que supondría un Consejo de Revisión con presencia judicial) gozarían de un doble derecho de oponerse a las mismas, en la medida en que su función interpretativa lleva ya aparejada una posibilidad de oposición. Yo quiero replicar ese argumento afirmando que en este último supuesto los jueces solo

<sup>55</sup> Resumiendo parte de los antecedentes antes expuestos señala Blanco: “No se podría decir, en ningún caso, que la práctica del control de la constitucionalidad (político o judicial) no tuviese en los territorios de la futura Unión americana antecedentes teóricos (filosófico-políticos) remotos, o precedentes jurídicos inmediatos: bien de carácter legal, como los que supusieron los *Consejos de Censores* que habían procedido a crear en su momento las Constituciones de Pensilvania o de Vermont, o el *Consejo de Revisión* establecido en su día en la Constitución de Nueva York; bien de carácter jurisprudencial, como los derivados de ciertos pronunciamientos contenidos en las sentencias de los tribunales estatales que resolvieron, por ejemplo, los casos *Commonwealth v. Caton* (decidido por el Tribunal de Apelación de Virginia en 1782), *Trevett v. Weeden* (decidido por el Tribunal Supremo de Rhode Island en 1786) o *Bayard v. Singleton*, decidido por el Tribunal Supremo de Carolina del Norte en 1787, caso, este último, cuya resolución vino a coincidir con la apertura de la Convención de Filadelfia. Ni tampoco quiere decir, en fin, que una vez abierta tal Convención, la cuestión de cómo debía procederse a limitar al Poder Legislativo no constituyese un tema muy relevante de debate, de lo que son demostración incontestable las propuestas al respecto contenidas en el *Plan de Virginia*, que preveía un sistema de control político del poder legislativo, en el que se incluía la creación de un *Consejo de Revisión* similar al establecido previamente por la Constitución de Nueva York”. Al respecto ver con más detalle a Rafael Blanco, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp.118-135.

<sup>56</sup> Kramer, *op. cit.*, p. 65.

<sup>57</sup> Robert Ketcham, *Escritos Antifederalistas y Debates de la Convención Constitucional de Estados Unidos*, Hacer, Barcelona, 1996, p. 124.

pueden impedir la ejecución de las leyes en un caso: declarando la nulidad de una ley por inconstitucional”<sup>58</sup>. Este reconocimiento se encuentra también en las palabras de los delegados contrarios al Consejo y a la entrada en él de los jueces.

Es difícil sacar alguna conclusión en torno al debate antes descrito. Wilson parecía asumir que la revisión judicial estaba limitada a leyes usurpadoras de la judicatura, que es la razón por la que quería jueces en el Consejo, para que “protestaran ante las usurpaciones contra el pueblo así como también contra sí mismos”. Martin y Mason, en contraste, parecían asumir un poder más amplio. Nadie más habló en torno a este tópico. Y dado que la moción de Wilson fue consecencialmente 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.

Lo anterior explica (la no inclusión en el debate de la Convención de la *judicial review*, ni su consagración expresa en el texto constitucional) el intenso debate doctrinal suscitado en los Estados Unidos en torno a la cuestión de si la Constitución de 1787 establecía bases jurídicas susceptibles de justificarla, debate que surge en el momento mismo en que John Marshall dicta, en 1803, su sentencia en *Marbury vs. Madison*, donde vaya a recaer desde el principio, en la interpretación que habría de darse, sobre todo, a dos disposiciones de la Constitución de 1787<sup>59</sup>.

### 3.1.3 Fundamentos de la revisión judicial en *El Federalista* N° 78

Con todo, antes de que se pronunciara la primera sentencia en 1803, en que el Tribunal Supremo de la Unión declaraba inconstitucional una ley federal, los autores de *El Federalista* habían delineado en forma casi perfecta un modelo de obligatoriedad de la declaración judicial de inaplicabilidad de las leyes federales que fueran contrarias a las previsiones de la Constitución<sup>60 61</sup>. Tal esquema iba a sostenerse, esencialmente, en la idea de que la Carta

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>59</sup> Es el Art. III, sección 2ª, según el cual “el Poder Judicial se extenderá a todos los casos ya de justicia, ya de equidad contemplados o que puedan producirse bajo el imperio de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad”; y, en el Art. VI, inc. 2: “La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la ley suprema del país y serán obligatorios para todos los jueces en cada Estado, y ello no obstante las disposiciones contrarias insertas en la Constitución o en las leyes de cualquiera de Los Estados”. Marshall, recordó también el juramento de respeto a la Constitución impuesto a los jueces por ella misma (Art. VI., inc. 3), pero este se establece también para muchos otros funcionarios”. Silva Bascuñán, *op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>60</sup> Resulta interesante señalar que *El Federalista* N° 78, y sus argumentos a favor de la revisión judicial, no tuvo ninguna influencia en la ratificación de la Constitución, a nivel federal. Se debe recordar que *El Federalista* se escribe con la intención de apoyar la ratificación de la Constitución Federal, pero centrada en Nueva York. Esto se debe a que “nadie vio este ensayo, como tampoco los argumentos de Brutus (pseudónimo equivalente a Publius de los Antifederalistas), durante la campaña de ratificación. Brutus era valorado en un pequeño círculo de intelectuales, pero su obra no había sido propiamente “popularizada” o leída. Por su parte, la audiencia de Publius era inmensamente mayor, sin embargo, su estatus de obra trascendente se entiende como un fenómeno posratificación. (...) Esto es particularmente cierto respecto del N° 78, que no fue incluido en la serie original de periódicos y vio por primera vez la luz solo en la segunda publicación de la obra *El Federalista* a fines de mayo de 1788, demasiado tarde para influenciar cualquier convención de ratificación excepto la de New York”. E. Elaine Craine, *Publius in the Provinces: Where Was The Federalist Reprinted Outside New York City?*, Wm & Mary Q., New York, 1964, p. 589.

Con todo, y a pesar de que la revisión judicial no fue tocada en profundidad en el período de ratificación (salvo por Publius en el N° 78 y por algunos ensayos de Brutus), se puede encontrar una presentación bastante completa en J. Wilson, quien aparentemente fue persuadido para aceptar una versión más amplia de la revisión judicial a aquella defendida en la Convención Federal. En una de sus intervenciones menos felices en la Convención de Ratificación de Pensilvania, señaló: “Yo digo, bajo esta Constitución, que la legislación puede ser restringida, y mantenida dentro de las fronteras establecidas, por la actuación del departamento judicial. Espero, señor, explicar esto en forma clara y satisfactoria. Tuve la ocasión cierto día (...) de señalar que el poder de la Constitución era superior al poder de la legislación, y que actuando en esa capacidad, puede traspasar los límites permitidos, y el acto puede pasar, en el modo usual, sin siquiera notarlo; pero cuando sea el caso de que llegue a conocimiento y discusión por los jueces, y considerando los principios consagrados en ella, la consideren (la ley) incompatible con el poder superior de la Constitución, es su deber pronunciarse por su nulidad”.

<sup>61</sup> En esta materia, muchos de los razonamientos y argumentos esgrimidos pueden encontrarse también en Blanco, *op. cit.*, pp. 118-135.

Fundamental no era una simple ley, sino una norma cualitativamente diferente, lo que además venía claramente demostrado en su artículo V que disponía un procedimiento especial para introducir reformas a esta.

La rigidez constitucional, y, esencialmente, el carácter expreso de la reforma constitucional, van a tener, efectivamente, una decisiva importancia en Norteamérica, donde la reforma será operativa más como idea sustentadora de la superioridad de la Constitución sobre la ley que como institución efectiva para la adaptación histórica de aquella<sup>62</sup>. Es innegable, ciertamente, que cuando los comentaristas de la Constitución se ocupan en *El Federalista* expresamente de la cuestión de la reforma, no van a conectarla con la de la superioridad de la Constitución sobre la ley.

Será en el N° 78 de *El Federalista*, en el que Hamilton se explayará en la explicación de la funcionalidad constitucional del Poder Judicial como garante último de la superioridad de la Constitución, en el que los autores del comentario abordarán expresamente la vinculación que no podía sino existir entre la mencionada superioridad y el carácter expreso de la reforma constitucional: "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 considerarse 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"<sup>63</sup>.

¿Cuál era la forma para garantizar el respeto irrestricto a una ley que solo de forma expresa podía ser modificada? La respuesta de Hamilton sería simple: "Las limitaciones de esta clase (al Legislativo) 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"<sup>64</sup>. La argumentación de *Publius* se basa por una parte en la peligrosidad del Legislativo y por la otra, en la particular inocuidad del judicial<sup>65</sup>, lo que hacían de este último, un garante completamente idóneo del ejercicio de sus facultades por parte del primero y le permiten llevar a cabo no solo una protección jurídica del texto de la Constitución, sino también una política, de su espíritu, pues la Constitución es también un ámbito de garantías de los derechos de los particulares y, muy especialmente, de aquellos que están en posición minoritaria: "Pero 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. Tam-

<sup>62</sup> Al respecto ver Javier Pérez Royo, *La Reforma de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 23-24.

<sup>63</sup> Hamilton y otros, *op. cit.*, N° 78, p. 333-334.

<sup>64</sup> *Ibidem*, N° 78, p. 331.

<sup>65</sup> En este sentido, "Cualquiera que considere atentamente los distintos órganos del poder podrá percibir que, en un gobierno en que se encuentran separados unos de otros, el judicial, por la propia naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque él tendrá una capacidad muy inferior para molestarlos o perjudicarlos". *Idem*.

bién aquí la firmeza de la magistratura tiene una gran importancia para mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes”<sup>66</sup>.

La intervención de los jueces, en definitiva, resulta fundamental para conservar no tan solo la integridad jurídica de la Constitución sino su espíritu, y, por lo tanto, conservándola, evitar las “graves opresiones sobre el partido minoritario en la Comunidad”<sup>67</sup>. Consciente Hamilton de los efectos que en términos de legitimidad podría traer la intervención judicial al defender la Constitución, explicará por qué la función de control de la constitucionalidad era un derecho (y una obligación jurídica) que, en un sistema de gobierno limitado, correspondía al Poder Judicial por la propia naturaleza de las funciones que tal poder tenía encomendadas. En este sentido, Hamilton abordará en forma previa una cuestión conexas de gran importancia: la de si esa facultad judicial de controlar al órgano legislativo del Estado convertía de hecho a la magistratura en superior de la legislatura<sup>68</sup>, discusión decisiva en la evolución del debate sobre la legitimidad de la revisión judicial de la legislación: “Se argumenta que una autoridad que puede declarar nulos los actos de otra debe ser necesariamente superior a aquella cuyos actos han sido declarados nulos. Como esta doctrina tiene una gran importancia en todas las Constituciones americanas, será conveniente una breve discusión sobre las bases en que se asienta”<sup>69</sup>.

Lo anterior servirá a *Publius* como fundamento en el sentido que la magistratura no puede, en el ejercicio de su función natural, la de interpretar y aplicar normas jurídicas, eludir su obligación de declarar nulas las leyes contrarias a la Constitución, en la medida en que esa nulidad resulta solo una consecuencia, asimismo natural, de los principios que rigen en cualquier sistema constitucional, es decir, en cualquier sistema presidido por una ley fundamental. Según él, afirmar, como hacían los detractores de la *judicial review of legislation*, que al declarar nula una ley contraria a la Constitución los jueces estaban inmiscuyéndose en el ámbito del poder legislativo, sería tanto como negar la posibilidad de que los jueces existiesen como órganos separados del Legislativo. Y es que los jueces no solo ejercen en esos supuestos un derecho, sino que dan curso a una obligación que emana del concepto de gobierno limitado: el de garantizar y hacer respetar la superioridad formal de la Constitución sobre la ley. En este sentido, la supremacía formal de la Carta Fundamental es el principio jurídico esencial sobre el cual descansan los argumentos de *El Federalista* N° 78: la Constitución no es simplemente una ley más dentro del conjunto de leyes que forman parte del ordenamiento jurídico, sino que es la norma más importante y fundamental sobre la cual descansan el resto de las leyes. Esta característica, la supremacía formal de la Constitución, refleja tanto la intención del poder constituyente, representativo de la sociedad civil (el pacto social en la visión lockeana) por establecer una necesaria correlación racional en el orden y jerarquía de las fuentes, como asimismo la supremacía material de la Constitución, puesto que es en este principio donde se contienen los fundamentos del orden social imperante en todas sus dimensiones: económicas, sociales, políticas y especialmente doctrinarias. Consecuencia evidente de la supremacía constitucional, tanto formal como asimismo material, es que todas las normas jurídicas cuya vigencia se disponga han de conformarse sustancial y formalmente a ella y que, por lo tanto, carecen de todo valor si pugnan con la Carta.

Hamilton también abordará esta controversia: “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 siervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son

<sup>66</sup> *Ibidem*, N° 78, p. 334.

<sup>67</sup> *Idem*.

<sup>68</sup> “Se han suscitado dudas respecto del poder de los tribunales de declarar nulos los actos del Legislativo basándose en que son contrarios a la Constitución, como consecuencia de la idea errónea de que esa doctrina implicaría la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo”. *Ibidem*, N° 78, p. 332.

<sup>69</sup> *Idem*.

superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en virtud de apoderamiento pueden hacer no solo lo que este no permite, sino incluso lo que prohíbe”<sup>70</sup>.

Con todo, Hamilton procederá a enunciar el argumento central de su razonamiento: el de las consecuencias que los jueces deberían obtener, en el ejercicio de su función aplicadora del derecho, de la evidencia que el propio Hamilton acababa de sentar: “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 peculiarmente 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 intención de sus mandatarios”<sup>71</sup>. Por lo tanto, la superioridad formal de la Constitución sobre la ley y la consecuente obligación para los jueces de aplicar el ordenamiento sobre ese principio constitucional (por fundador) fundamental, no es más que una derivación ineludible de su superioridad formal, del hecho de que la Constitución, a diferencia de la ley, procede del poder constituyente del Estado y del correlativo de que por proceder de ese poder superior a todos los demás, no puede ser sino modificada de forma expresa a través de una ley solemne y competente a tal efecto<sup>72</sup>.

La cuestión que parece surgir en forma natural es la de si existía en la Constitución de 1787 alguna base jurídica en la que sostener una atribución tan trascendental a la magistratura. En esta materia, Publius ya en el N° 78 de *El Federalista*, había dedicado un comentario tangencial de su forma de enfrentarse a esta cuestión<sup>73</sup>. Según Hamilton, aunque la Constitución no admitía expresamente la revisión judicial de la legislación, tampoco la prohibía expresamente, de lo que debería deducirse que la misma quedaba contemplada en el sistema constitucional americano, pues esa intervención limitadora de los jueces resultaba ser un elemento indispensable de una Constitución limitada. En este sentido, y tras admitir Hamilton que “no existe una sílaba en el plan que se presenta a nuestra consideración que *directamente* faculte a los tribunales nacionales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución”, Hamilton explicaba por qué tal facultad debía admitirse en la Constitución de modo implícito toda vez que la misma no la había prohibido expresamente: “Admito, sin embargo, que la Constitución deberá ser el canon para la interpretación de las leyes y que siempre que se planteé una contradicción evidente, las leyes deben ceder ante la Constitución. Pero esta doctrina no es deducible de ninguna circunstancia peculiar del plan de la convención, sino de la teoría general de una Constitución limitada; y hasta donde sea cierta es igualmente aplicable a la mayoría, sino a todos los gobiernos de los estados. No puede fundarse en esta circunstancia ninguna objeción, por tanto, contra la judicatura federal que no fuera también en contra de las judicaturas locales, y que no sirva para condenar a cualquier Constitución que pretenda poner límites a la discrecionalidad del Poder Legislativo”<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> *Idem.*

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> Hamilton lo subraya, cerrando su reflexión sobre la funcionalidad del Poder Judicial en el Estado constitucional: “Esta conclusión no significa en modo alguno la superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo. Solo supone que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en las leyes, entra en contradicción con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán conformarse a la última de las preferencias y no a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las leyes fundamentales y no por las que no tienen este carácter fundamental”. *Idem.*

<sup>73</sup> “Si se dijera que el cuerpo legislativo es por sí solo constitucionalmente el juez de sus propios poderes y que la interpretación que se haga de ellos es concluyente para los otros órganos, se podría responder que esta no puede ser la presunción natural en los casos en que no se derive de alguna particular previsión de la Constitución”. *Idem.*

<sup>74</sup> *Ibidem*, N° 81, p. 344.

### 3.2 Fallo *Marbury vs. Madison*: aplicación judicial de los principios de *El Federalista*

La gran contribución de *El Federalista* es sin lugar a dudas el haber sembrado de alguna manera las semillas suficientes para que brotara una *mentalidad constitucional*, que se había ido asentando poco a poco en los territorios de la Unión y que acabará muy pronto dando un fruto de significación histórica extraordinaria. En efecto, cuando el juez John Marshall dicte su sentencia en el caso de *Marbury vs. Madison* se verá reproducido en una resolución judicial, que declara inaplicable por inconstitucional una ley federal, una buena parte de los razonamientos previamente expuestos por Hamilton y *El Federalista*.

En 1801 llegó a la Presidencia de la Corte Suprema de Estados Unidos John Marshall, quien habría de mantenerse en su puesto hasta 1835. Pertenecía al partido Federalista que aquel mismo año había de perder la dirección del gobierno. En 1803, y antes de abandonar el cargo, el Presidente Adams había hecho numerosos nombramientos judiciales, a algunos de los cuales no quiso dar curso la nueva administración. Entre los perjudicados se encontraba el juez Marbury, quien se presentó a la Corte Suprema pidiendo que esta dictara una orden (*write of mandamus*) en contra del Ministro de Justicia (más tarde Presidente de la República, James Madison) a fin de obligar a este a hacer efectiva la designación<sup>75</sup>.

Antes de transcribir la opinión de la Corte, el relator sintetizó brevemente los antecedentes del caso, del siguiente modo: "En el último período, esto es, diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado Charles Lee —ex ministro de Justicia de los Estados Unidos— solicitaron al Tribunal que ordenara a James Madison manifestar las causas por las cuales la Corte debía abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los demandantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia. Esta petición fue apoyada en testimonios de los siguientes hechos: que el señor Marshall estaba enterado de esta petición y que el señor Adams, ex Presidente de los Estados Unidos, elevó al Senado las nominaciones de los candidatos para ser designados en tales cargos; que el Senado aconsejó y consintió estas designaciones; que las correspondientes designaciones formales nombrándolos jueces fueron firmadas por el presidente y, finalmente, que el sello de los Estados Unidos estaba puesto en debida forma en tales designaciones por el entonces Secretario de Estado (John Marshall); que los solicitantes habían pedido al señor Madison que les entregara tales nombramientos con resultado negativo y que dichas designaciones les fueran retenidas"<sup>76</sup>. Sobre estas bases fue emitida una orden para que el Secretario de Estado diera cuenta de las causas que motivaron su conducta.

La esencia del fallo *Marbury vs. Madison*, que no invocó ni adujo precedentes, sino razonamientos, se halla, por una parte, en afirmar con gran vigor la necesidad de hacer efectiva la supremacía constitucional, y en sostener, por otra, que la ley fundamental otorgaba la función específica de asegurarla al Poder Judicial.

En el primer aspecto, argumentó el Juez Marshall: "Los poderes legislativos son definidos y limitados; y para que esos límites no puedan confundirse u olvidarse, la Constitución es una Constitución escrita. ¿Con qué finalidad se limitarían los poderes y con qué propósito se habrían puesto esas limitaciones por escrito si esos límites pudieran, en cualquiera ocasión, ser sobrepasados por las personas mismas a quienes la Constitución misma intenta constreñir? Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida. (...) Es una proposición demasiado sencilla para ser respondida la de que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, que la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser

<sup>75</sup> Silva Bascuñán, *op. cit.*, p. 131.

<sup>76</sup> Texto íntegro del fallo *Marbury vs. Madison*, versión en español en <http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo>.

alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable"<sup>77</sup>.

Marshall, continuando con su argumentación, se refiere en esta materia al sentido de la Constitución escrita: "Ciertamente, todos los que han construido Constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la nación, y consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución, es nula. Esta teoría guarda una relación con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por este Tribunal, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad"<sup>78</sup>. Aunque pudieran ser de Hamilton, estas palabras proceden de John Marshall.

Más aún, "quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema", señala Marshall, "se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar solo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción"<sup>79</sup>.

En segundo lugar, y con el objeto de fundamentar la facultad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad, Marshall sostiene: "La competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares, deben necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cuál 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"<sup>80</sup>.

La respuesta de Marshall a la cuestión que él mismo se plantea en su pronunciamiento judicial será tan clara y tan rotunda como antes lo había sido la de Hamilton en su comentario de la Constitución: "Si, por tanto, los tribunales tienen que observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, es la Constitución, y no esa ley ordinaria, la norma de que debe regir el caso al cual ambas se aplican"<sup>81</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La presente investigación cree haber cumplido con los objetivos propuestos en la introducción de la misma. En este sentido, este trabajo ha querido centrarse fundamentalmente en analizar el aporte que realizó *El Federalista* en materia de control de la supremacía constitucional. Como se explicó en la introducción, la doctrina en general, ha reconocido en el fallo de 1803 del juez John Marshall en *Marbury vs. Madison*, el inicio del control de la constitucionalidad.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> Silva Bascañán, *op. cit.*, p. 133.

En esta materia, se buscó demostrar no tan solo que en los primeros años de la revolución americana surgieron autores como Iredell o Varnum, que llegaron a decir incluso que: “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 una 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”<sup>82</sup>, sino que se demostró que *El Federalista* y particularmente el N° 78, desarrolló en forma bastante extensa y profunda no tan solo los principios jurídicos más importantes bajo los cuales se fundamentó la revisión judicial de la constitucionalidad, sino que, incluso, analizó las consecuencias institucionales que esta revisión acarrearía para el nuevo diseño constitucional. Así, en primer lugar, no se pueden obviar las palabras de Hamilton en el N° 78 en torno a su idea de Constitución limitada: “Por constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa. (...) Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. (...) Esto no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última”<sup>83</sup>.

En segundo lugar, *El Federalista* desarrolló las consecuencias institucionales que se derivarían de velar por la supremacía constitucional: dicha tutela se llamaría revisión judicial y no por casualidad, sino por el convencimiento de que el órgano llamado naturalmente a garantizar la supremacía de la Constitución fuera el Poder Judicial: “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 peculiarmente 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 ocurriere 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 intención de sus mandatarios”<sup>84</sup>.

En este sentido, el centro de la mentalidad constitucional de los autores de *El Federalista* radica en que comprendieron, que la sola existencia de la Constitución no bastaba para garantizar su carácter de norma superior del ordenamiento jurídico y, consecuencialmente, no se estarían garantizando los derechos y libertades de los individuos. Es por ello que surge de manera inevitable, la necesidad de consagrar este mecanismo en forma institucional: ahí reside la mayor importancia del fallo de J. Marshall en *Marbury vs. Madison*.

Lo anterior no busca en ninguna forma desmerecer la calidad y categoría del fallo. Garantizar, institucionalmente, el que la Constitución no pareciera sino que fuera la norma superior del ordenamiento jurídico, pareció transformarse en el corolario necesario y directo, el requisito *sine qua non* de una sociedad que quería hacer respetar bajo sus fronteras el Estado de Derecho, y por cierto, de ahí surge la jurisdicción constitucional en su sentido moderno.

<sup>82</sup> Kramer, *op. cit.*, p. 56.

<sup>83</sup> Hamilton y otros, *op. cit.*, p. 332.

<sup>84</sup> *Idem*.

Sin embargo, la compleja argumentación de *El Federalista* respecto de la necesidad de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, no sería cabalmente comprendida, así como no sería cabalmente comprendida la intención global de la obra, si no se hubiera investigado, además, el real sentido que le entregaba *El Federalista* a la Constitución.

En esta materia se debe señalar que el sentido de la Constitución para los Federalistas; esto es, cómo diseñar una Constitución que tuviera como horizonte, tanto teórico como práctico, el garantizar los derechos y libertades de las personas, se centraba ante todo en la configuración de poderes públicos limitados a través del cual se imponían las necesarias restricciones a quienes mayor daño podrían causar en una república que asumía la forma representativa: las mayorías que se formarían al interior del Poder Legislativo. Así, la esencia de la Constitución radicaba en delinear cuidadosamente (y por lo tanto delimitar) los poderes del nuevo gobierno, radicándolos en tres poderes que se fiscalizan y contrapesan mutuamente. Este arreglo institucional ayuda a garantizar que ni el gobierno como un todo ni cualquier parte de él, se convierta en tan poderoso como para pasar a ser una amenaza a los derechos de las personas. Hamilton también creía, junto con Madison, que la república comercial y secular establecida en la nueva Constitución americana, estimularía tal proliferación de intereses económicos y religiosos, que ningún interés o grupo religioso formaría una mayoría permanente al interior de la sociedad. Cuando tal mayoría permanente se aglutinara alrededor de algún interés particular, o bien alrededor de alguna creencia religiosa o filosófica en forma radical, nos encontraríamos frente a una amenaza real a los derechos y libertades de los individuos, y que ningún catálogo o lista de derechos o judicatura, por más vigorosa que fuera, podría ser capaz de prevenir por mucho tiempo la opresión de tal mayoría contra los miembros de los grupos de la minoría<sup>85</sup>.

La manera concreta, los arreglos o principios institucionales necesarios para hacer operativo el diseño constitucional de *El Federalista* fueron enumerados en el N° 9: “la distribución ordenada del poder en distintos departamentos, la introducción de un sistema de frenos y contrapesos legislativos, la institución de tribunales integrados por jueces que conservarán su cargo mientras observen buena conducta, la representación del pueblo en la legislatura por medio de diputados de su elección (...) y la ampliación de la órbita en la que esos sistemas han de desenvolverse”<sup>86</sup>. Así, la Constitución en el sentido de los Federalistas, al igual que en el sentido lockeano, es un pacto social para la convivencia pacífica entre las personas; contrato social mediante el cual son adecuadamente protegidos la vida, la libertad y la propiedad de los individuos miembros de la sociedad política. Por lo tanto, el control de este gran contrato, no pasa a ser simplemente un mecanismo más del diseño global constitucional de una sociedad determinada, y por lo tanto, su análisis no tiene un sentido puramente analítico o de purismo jurídico, sino que refleja la profunda lógica de un sistema diseñado y fundamentado en la protección de los derechos y libertades de los individuos.

Finalmente, no se puede dejar pasar el hecho de que *El Federalista* está inserto, y solo así puede dimensionarse su gran aporte, en relación con la Constitución americana de 1787. La importancia de esta Constitución no radica en su larga vida (más de doscientos años con muy pocas enmiendas nuevas y modificaciones), sino en que dio a las sociedades emergentes una importante lección en cuanto a la posibilidad cierta de desarrollar una Constitución codificada que fuera exitosa.

Parece interesante hacer dos reflexiones en esta materia. En primer lugar, no se puede confundir el éxito de la experiencia constitucional americana con el éxito de una Constitución codificada. Los fundamentos de este éxito se deben encontrar en otros factores: los “colonos” y los “padres fundadores” habían aprendido de la Madre Patria, los fundamentos mismos de las instituciones que crearon: velar por el fortalecimiento y promoción permanente de la libertad de las personas. Así, la Constitución americana no es solamente el reflejo de grandes

<sup>85</sup> Al respecto ver Alexander Hamilton y otros, *op. cit.*, N° 9.

<sup>86</sup> *Ibidem*, N° 9, pp. 32-33.

ideas filosóficas, sino el reflejo profundo del contexto, la realidad y la mentalidad de los miembros del pacto social americano. No entender el rol de las instituciones sociales y económicas que sostienen el modelo político-constitucional establecido en la Constitución, es no entender que la base del éxito americano solo se puede encontrar en dicha combinación.

En segundo lugar, la Constitución escrita abría nuevos horizontes en el mundo del Derecho, en la medida en que existía la intención de incorporar algunos elementos que se consideraban ausentes en el modelo de Constitución consuetudinaria. Estos elementos eran principalmente dos: certeza y claridad, tanto en las responsabilidades como en los derechos. En este sentido, no dejan de ser acertadas las palabras de Kramer, refiriéndose a las ideas reinantes en la aquella época de nuevos desafíos para los “padres fundadores” de la nueva nación, en torno a justificar la Constitución codificada: “El mayor efecto de dejar constancia por escrito de los principios constitucionales era entregarles un mayor grado de *explicites* y claridad, algo que no era conocido. Aparte de esto, mientras había consenso en torno a muchos de los principios de la Constitución consuetudinaria (inglesa), necesariamente se veían afectados dichos principios por la falta de certeza inherentes a todo tipo de ley consuetudinaria”<sup>87</sup>.

La experiencia constitucional americana demuestra que han debido transcurrir muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. La existencia de la sociedad libre depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. Hoy en día, parece más que nunca necesario, que las sociedades del siglo XXI, busquen y encuentren en el siglo XVIII, los fundamentos y principios jurídicos y políticos que constituyen los fundamentos de la sociedad libre.

<sup>87</sup> Kramer, *op. cit.*, p. 15.