

MARBURY vs. MADISON
O DE ANTIGUAS Y MODERNAS TENSIONES
ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

MARBURY vs. MADISON
OR ABOUT FORMER AND MODERN TENSIONS
BETWEEN DEMOCRACY AND CONSTITUTION

JORGE ALEJANDRO AMAYA¹

*“Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas:
o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla,
o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria.
Entre tales alternativas no hay términos medios:
o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios;
o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo,
como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca”.*

*“Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley;
si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas
son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”.*

*“Los poderes de la legislatura están definidos y limitados.
Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita”.*

*“¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita
si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos
que resultan sujetos pasivos de la limitación?
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”²*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. REFLEXIONES PREVIAS. LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL MUNDO CONTEMPORÁNEO Y SU FILOSOFÍA. II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS, IDEOLÓGICOS Y PERSONALES DE *MARBURY V. MADISON*. III. LA SENTENCIA ¿UN ENFRENTAMIENTO ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN? IV. MAYORÍAS Y MINORÍAS EN LA DEMOCRACIA. V. MARSHALL Y LA TESIS ANTIMAYORITARIA. EL ORIGEN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. VI. CONCLUSIÓN.

Summary: I. INTRODUCTION: PREVIOUS REFLECTIONS. THE JUDICIAL FUNCTION IN THE JURIDICAL TRADITIONS OF THE CONTEMPORARY WORLD AND ITS PHILOSOPHY. II. THE HISTORICAL, IDEOLOGICAL AND PERSONAL PRECEDENTS OF *MARBURY V. MADISON*. III. THE JUDGMENT ¿A CLASH BETWEEN DEMOCRACY AND CONSTITUTION? IV. MAJORITIES AND MINORITIES IN THE DEMOCRACY. V. MARSHALL AND THE ANTIMAJORITY THESIS. THE ORIGIN OF THE CONSTITUTIONAL DEMOCRACY. VI. CONCLUSION.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

² De la sentencia *Marbury William vs. Madison James*, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803). J. M. MILLER, M. A. GELLI y S. CAYUSO, “Constitución y Poder Político”, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 5/12.

I. INTRODUCCIÓN. REFLEXIONES PREVIAS. LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LAS TRADICIONES JURÍDICAS DEL MUNDO CONTEMPORÁNEO Y SU FILOSOFÍA

Sostenía Marguerite Yourcenar³ en su “Alexis” o “El tratado del inútil combate” que “Hay temas que flotan en el aire de un tiempo”. Y así como es cierto que hay temas que flotan en el aire de un tiempo, hay algunos pocos que recurrentemente flotan en el aire de los distintos tiempos que conforman la historia de la humanidad. Uno de ellos es - sin duda alguna- un interrogante que gira en torno a los principios del estado de derecho: *¿a quién corresponde la defensa de la Constitución?* O dicho de otro modo, *¿cual es el poder, el órgano o el procedimiento más eficiente para ejercer el control de constitucionalidad en la difícil misión de asegurar la supremacía de la norma fundamental?*

Este tema despertó históricos y apasionados debates, como los que enfrentaran en su momento a Coke⁴ y Blackstone⁵ en la Inglaterra del siglo XVII; a Juan B. Alberdi⁶ y Domingo F. Sarmiento⁷ en la Argentina del siglo XIX; o, a principios del siglo XX, a esos extraordinarios juristas alemanes que fueron Hans Kelsen⁸ y Carl Schmitt⁹.

³ Escritora belga (1903-1987).

⁴ Sir Edward Coke, abogado, juez y parlamentario preeminente, contribuyó al desarrollo del Derecho constitucional inglés promoviendo la supremacía del *common law* frente a las prerrogativas reales. En el ámbito del derecho constitucional americano, las aportaciones de Coke son consideradas el precedente de la *judicial review* y del *due process of law*. De la diversa bibliografía sobre sus aportaciones al derecho inglés y su influencia en el sistema constitucional americano, entre otros, *vid.* J. V. ORTH, “Did Sir Edward Coke Mean What He Said?”, *Constitutional Commentary*, vol. 16, 1999, pp. 33-38; A. D. BOYER, “Understanding, Authority, and Will’: Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review”, *Boston College Law Review*, vol. 39, 1997, pp. 43-93; J. HOSTETTLER, *Sir Edward Coke: a Force for Freedom*, Barry Rose Law Publishers, Chichester, England, 1997; H. J. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence. Coke, Selden, Hale”, *Yale Law Journal*, vol. 103, núm. 7, 1994, pp. 1651-1738.

⁴[67] *Vid.* G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982, p. 39, nota 46. Para un análisis de la doctrina de la soberanía parlamentaria defendida por COKE, *vid.* R. A. MACKAY, “Coke-Parliamentary Supremacy or the Supremacy of the Law”, *Michigan Law Review*, vol. 22, 1924, pp. 215-247.

⁵ William Blackstone, uno de los jueces más célebres de Inglaterra, comentarista de las decisiones del *Common Law* (1723-80). Desde 1758 se convirtió en el primer docente universitario del *Common Law* en Inglaterra (en la Universidad de Oxford). G. MORENO, *Elogio del Common Law*, www.liberalismo.org

⁶ Juan Bautista Alberdi, jurista, político y escritor argentino, nacido en San Miguel de Tucumán el 29 de agosto de 1810 y fallecido en Neuilly-sur-Seine, Francia, el 19 de junio de 1884. Es considerado uno de los ideólogos de la Constitución Argentina de 1853.

⁷ Domingo Faustino Sarmiento (San Juan, Argentina, 15 de febrero de 1811 – Asunción del Paraguay, Paraguay, 11 de septiembre de 1888) fue un político, filósofo, pedagogo, escritor, docente, periodista, estadista y militar argentino; gobernador de la Provincia de San Juan entre 1862 y 1864, Senador Nacional por su Provincia entre 1874 y 1879 y presidente de la Nación Argentina entre 1868 y 1874. Se destacó tanto por su laboriosa lucha en la educación pública como a contribuir al progreso científico y cultural de su país. En 1947 la Conferencia Interamericana de Educación estableció como Día Panamericano del Maestro al 11 de septiembre en homenaje a su fallecimiento.

⁸ Hans Kelsen fue un jurista, filósofo y político austríaco de origen judío (Praga, 1881- Berkeley, California, Estados Unidos 1973), profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Viena desde 1917. En 1919 se convierte en profesor de Derecho Administrativo en la misma casa de estudios vienesa, a la vez que el Canciller Karl Renner le encarga un diseño de nueva Constitución que es finalmente

El sistema de control de constitucionalidad en el mundo occidental presenta básicamente tres variaciones que se pueden ejemplificar a la luz de los órdenes jurídicos inglés, continental europeo y norteamericano.

En el sistema británico, que corresponde a la tradición jurídica del derecho común, no hay control judicial de constitucionalidad. Esto quiere decir que ningún juez interno, ni aún el Tribunal Superior constituido por la Cámara de los Lores, puede descalificar una ley dictada por el Parlamento ni una norma inferior, sobre la base que ello viola la Constitución, que en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no documentada. En Inglaterra triunfó la idea de la absoluta soberanía del Parlamento. Tal como sostenía Blackstone, lo que el Parlamento hace ninguna autoridad de la tierra lo puede deshacer, o dicho de otro modo *vox populi vox dei*.

La tradición jurídica continental europea, a partir de la primera guerra mundial, fue estableciendo tribunales especialmente encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes. La historia de las Cortes Constitucionales europeas comenzó con Checoslovaquia y Austria en 1920, siguiendo luego de la segunda gran guerra con las Cortes italiana en 1948; alemana en 1949; el Consejo constitucional francés en 1958 y las más modernas, la portuguesa de 1976; la española de 1978; y la polaca de 1982, entre otras.

La característica principal de este modelo es ser concentrado en un órgano constitucional cuya composición es mixta reflejando criterios jurídicos y políticos, es independiente de los poderes políticos y generalmente está separado del poder judicial. El control puede ser concreto o abstracto y en este caso, puede ser preventivo o remedial.

El tercer modelo de control de constitucionalidad es, por supuesto, el norteamericano que también encuadra en la tradición del derecho común o *common law* y se caracteriza por ser difuso es decir aplicado por cualquier juez, para casos concretos, con efecto *inter partes* y tener carácter vinculante a través de la doctrina del precedente o *stare decisis*. Nació pretorianamente en 1803 en el fallo que justifica este trabajo.

Es importante tener en cuenta que las dos tradiciones jurídicas a las que he hecho referencia: derecho común anglosajón y derecho civil, responden a distintos presupuestos filosóficos. Podemos ver al *common law* como un derecho de jueces,

terminada en el año 1920. Después de eso, Kelsen es nombrado como miembro vitalicio del Tribunal Constitucional Austríaco. Dado el clima de conservadurismo que se notaba en Austria en 1930, sobre todo después de enconadas discusiones sobre el divorcio en el seno del tribunal constitucional, Kelsen es removido como miembro por ser un juez cercano a la tendencia socialdemócrata.

⁹ Carl Schmitt (Plettenberg, Alemania, 1888 - id., 1985) Jurista de Estado alemán. Adscrito a la escuela del llamado Realismo político, lo mismo que a la teoría del orden jurídico. Escribió centrado en el conflicto social como objeto de estudio de la ciencia política, y más concretamente la guerra. Su obra atraviesa los avatares políticos de su país y de Europa a lo largo del siglo XX. Militó en el Partido *Nazi* (Nacionalsocialista de los Trabajadores Alemanes), pero las amenazas de la S. S., que le consideraba un advenedizo, le apartaron del primer plano de la vida pública.

incluso como un derecho de “supremacía judicial”, especialmente en los Estados Unidos. En la tradición del *common law* el juez es un héroe de la cultura, un padre, a partir del hecho que dicha tradición jurídica nace y se edifica de la mano de los jueces, razonando en forma similar de caso en caso y construyendo un cuerpo de decisiones que obligan a los jueces de generaciones posteriores mediante la doctrina del *stare decisis* (la novela encadenada de Dworkin¹⁰).

Frente a esto, y por imperio de algunos de los dogmas de la ideología de la revolución francesa, la figura y la función del juez continental es diferente. Los jueces en la Francia anterior a la revolución eran un grupo aristócrata (“la aristocracia de la toga”) que daba su apoyo a las clases aventajadas en contra de los campesinos, lo que edificó el miedo a una dictadura judicial interesada.

La consagración del dogma de la estricta separación de poderes, restringió también la función judicial. La ley solo podía ser creada por la legislatura representativa, por lo que el derecho no podía ser creado ni directa ni indirectamente por los jueces. El juez solo podía usar la ley para decidir un caso, lo que implicaba el rechazo a la doctrina del *stare decisis*. La aspiración de la “codificación” de contar con una legislación completa, clara y coherente, que cubriera todos los supuestos posibles reserva al juez del derecho continental el lugar de una especie de empleado experimentado que aplica la ley en forma mecánica, ya que debe encontrar el precepto legal apropiado y aplicarlo a la situación concreta¹¹.

El sistema jurídico argentino encuadra parcialmente en ambas tradiciones. Es un híbrido. Esto obedece a dos razones principales. Primero, porque ambas tradiciones jurídicas se han ido flexibilizando con el transcurso del tiempo ante la necesidad de dar respuesta a los profundos cambios producidos en el mundo en los últimos años, lo que condujo a que tomaran recíprocamente algunas de sus características.

Así como en el *common law* ha ido creciendo paulatinamente la “codificación”, en el *civil law* el papel de los jueces en la creación del derecho por medio de la interpretación de la norma es hoy un factor indiscutible. Segundo, porque el sistema argentino combina la tradición del derecho continental cuyo principal postulado relega al poder judicial a la mera actividad mecánica de la aplicación de la ley al caso concreto, con la existencia de una constitución y un control de constitucionalidad al estilo americano que asigna la facultad de examen y declaración de validez de la norma dictada por la legislatura al propio poder judicial y no a un órgano político como exigiría mas coherentemente los principios del *civil law*. Esta situación genera una tensión indiscutible en el funcionamiento jurídico político del sistema argentino.

¹⁰ R. DWORKIN, “Los Derechos en serio”, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.

¹¹ Ver J.A. AMAYA, “¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?”, *Revista Jurídica La Ley, Suplemento especial por el 70º aniversario*, Buenos Aires, 2005; “Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema Argentina”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, año 1, N° 1, agosto de 2008 (<http://pergamino.pucp.edu.pe/derechoprosesal/node/65>).

Marbury vs. Madison es – sin lugar a dudas - el caso más famoso del constitucionalismo moderno; y todos los libros, artículos y profesores de derecho constitucional se refieren a él para explicar el nacimiento de la llamada *judicial review* o el control judicial de constitucionalidad sobre los actos de los poderes políticos del Estado.

Pero el interés de *Marbury vs. Madison* es mucho más profundo que el que se asigna en la mayoría de las referencias doctrinarias; las citas bibliográficas o las invocaciones judiciales o académicas, y se instala en la discusión – entre otras muchas cuestiones – sobre la posición que una Constitución posee frente a los principios del sistema jurídico democrático.

Marbury vs. Madison no se refiere – en su esencia - a una cuestión de derechos fundamentales, sino más bien a una de las posibles vías para garantizar, para hacer efectiva la Constitución. Trata de un asunto de teoría general de la Constitución: la supremacía constitucional; y de teoría de derecho procesal constitucional: el papel de los jueces ante las leyes que consideran inconstitucionales¹².

Seguramente si a cualquier profesor de derecho constitucional se le preguntara acerca de la sentencia del caso, incluso a muchos abogados preocupados por el derecho público, contestarían que la misma fue una creación del *chief justice* John Marshall¹³ por la cual se consagró el control de constitucionalidad de las leyes, en virtud del cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos por vez primera declaró una ley del Congreso como contraria a la Constitución.

Pero si interrogáramos sobre cuales fueron los antecedentes históricos, políticos y hasta personales del caso, seguramente serían muchos menos quienes podrían dar una contestación acertada. Es que, como narran muchos investigadores de la historia constitucional norteamericana, los antecedentes sociales, políticos, e incluso las cuestiones personales, determinaron la propia existencia del caso y su solución¹⁴.

Marbury vs. Madison no solo puede analizarse como el reconocimiento judicial de la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema, frente a los actos

¹² M. CARBONELL, “*Marbury vs. Madison*: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, www.miguelcarbonell.com

¹³ Marshall nació en 1755 en el seno de una familia terrateniente del Estado de Virginia. Su camino a la Suprema Corte se comienza a preparar en diciembre del año 1800, cuando el tercer presidente de la Corte, Oliver Ellsworth, renuncia al cargo. El Presidente de los Estados Unidos, John Adams, nombra entonces a John Jay para sustituirlo; Jay – autor de algunas partes de *El Federalista*- ya había sido el primer Presidente de la Corte entre los años 1789 y 1795 y terminó no aceptando el cargo. Adams nombró entonces a Marshall, que en ese momento ocupaba el cargo de Secretario de Estado en el gobierno federal. El 27 de enero de 1801 el Senado ratificó el nombramiento de Marshall y el 4 de febrero tomó posesión de su cargo. Marshall desempeñó durante un mes el cargo de Presidente de la Corte y de Secretario de Estado simultáneamente. La renuncia a la secretaría de Estado se produce ante la toma de posesión del cargo de Presidente por parte de Thomas Jefferson el 4 de marzo de 1801.

¹⁴ C. SLOAN y D. MCKEAN, “The great decision: Jefferson, Adams, Marshall and the battle for the Supreme Court”, *Public Affairs*, 2009.

ordinarios de la Legislatura; sino también como John Marshall contra Thomas Jefferson; el Presidente de la Corte Suprema contra el Presidente de los Estados Unidos; el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo; los Federalistas¹⁵ contra los Republicanos¹⁶; los defensores de un gobierno central fuerte, contra los defensores de los derechos de los estados; o, como proponemos en este trabajo, la antigua y moderna tensión entre democracia y constitución, entendiendo la democracia como la aspiración de “autogobierno”; y la Constitución, como los límites que el propio “autogobierno” se impone.

Todo esto y más presenta para su análisis *Marbury vs. Madison*, al darse cita ideologías políticas radicalmente enfrentadas, e incluso antipatías personales.

¿Acaso podría comprenderse el caso *Marbury* sin conocer los históricos y radicales enfrentamientos entre los federalistas (conservadores o elitistas) partidarios de un fuerte gobierno central y de un Poder judicial independiente controlador del poder político; y republicanos (radicales o demócratas) defensores de la primacía de los estados frente al ejecutivo federal y de los órganos de representación popular directa; o sin estar al tanto de la enemistad política y personal entre Thomas Jefferson, Presidente Republicano de los Estados Unidos y John Marshall, Presidente Federalista de la Corte Suprema de Justicia?

No podemos dejar de reconocer que esta obra del Constitucionalismo moderno, se trató de una sentencia política, cuya paradoja condujo a un proceso en donde la decisión desestima la pretensión de los demandantes por razones procesales, pero que materialmente reconoce la tesis esgrimida por los actores¹⁷, a la vez que desautorizaba la tesis presidencial en contra de la independencia de los Tribunales, y a favor de que cada rama del gobierno federal fuese quien controlase la constitucionalidad de sus actos.

Sin duda, Marshall, tendría que haberse abstenido de intervenir al estar directamente implicado en los hechos que se enjuiciaban, por haber revestido - hasta poco tiempo antes - el cargo de Secretario de Estado del ex Presidente Adams y haber intervenido en la designación de William Marbury¹⁸ y de otros cuarenta y un jueces de paz del Distrito de Columbia, pero el no apartamiento integra – justamente - uno de los tantos condimentos políticos del caso.

¹⁵ Actual Partido Republicano.

¹⁶ Actual Partido Demócrata.

¹⁷ La acción solicitando la notificación de su nombramiento fue promovida, previa solicitud de notificación ante el Secretario de Estado James Madison, ante la Corte Suprema por el conocido William Marbury y por Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper.

¹⁸ Quien no tenía antecedentes como Juez, ya que era un rico terrateniente y banquero de Maryland perteneciente al partido Federalista. Conf. B. SCHWARTZ, *Some Makers of American Law*, Oceana Publications, New York, 1985, p. 27, citado por A. B. BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, T 1, 2ª. ed., Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, p.78.

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS, IDEOLÓGICOS Y PERSONALES DE *MARBURY VS. MADISON*.

El contexto político-social de finales del siglo XVIII y principios del XIX en Estados Unidos estaba muy polarizado entre los partidos políticos rivales, a partir de las distintas visiones que tenían de lo que deberían ser los Estados Unidos. Quizás uno de los autores de lengua hispana que más ha trabajado el contexto histórico e ideológico del llamado “período crítico” de la historia de los Estados Unidos de Norteamérica¹⁹ haya sido Roberto Gargarella²⁰ quien relata con claridad meridiana las dificultades sociales y políticas que demandó la organización institucional norteamericana.

Con el fin de la guerra de la independencia en 1776, los norteamericanos albergaban enormes esperanzas en los tiempos de libertad por arribar. Sin embargo, pasados algunos años la situación se mostraba cada vez más grave. Las líneas de crédito con que habían contado los terratenientes americanos en su relación comercial con sus pares ingleses, se habían cancelado y se les exigía el pago de sus deudas en moneda dura y la no utilización de muchas rutas comerciales de las que antes usufructuaban.

Esta situación llevó a los mercaderes americanos a trasladar la situación desventajosa a sus deudores internos, es decir los pequeños propietarios y granjeros norteamericanos a quienes se les exigió en forma inmediata la cancelación de sus deudas en moneda constante, y no en especies y crédito según la costumbre comercial de la época.

La situación límite se produjo cuando los acreedores norteamericanos llevaron a sus deudores ante la justicia, para procurar el cobro de las deudas, situación que no fue aceptada por éstos desembocando en levantamientos sociales que produjeron muchas muertes y que debieron ser sofocadas por el ejército.

Este contexto, avalaba la creencia de que el Poder Judicial, que en aquella época era pedáneo y se constituía donde debía “impartir justicia”, trabajaba inexorablemente a favor de los terratenientes norteamericanos, ya que los integrantes de ambos grupos pertenecían a la misma clase social. Lo mismo ocurría con la composición de las Legislaturas de los Estados.

La ciudadanía resistió las ordenes judiciales, movilizándose para impedir la reunión de las Cortes y, paulatinamente, también fueron obteniendo el favor de las Legislaturas, que comenzaron a autorizar la emisión de papel moneda y, posteriormente, capturaron su composición política²¹.

¹⁹ Así se conoce al corto período de tiempo comprendido entre la Declaración de la Independencia de 1776 y la sanción de la Constitución Federal en 1787.

²⁰ De este autor ver *Nos los Representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, 1995 y *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, abril de 1996.

²¹ El desafío presentado por las Legislaturas llegó a su punto culminante en Rhode Island. Allí la política de alivio de deudas obedeció a que los deudores pasaron a controlar la vida institucional del Estado. Bajo

Esta realidad, provocó la reacción de los sectores conservadores que comenzaron a cuestionar la plausibilidad de un sistema que permitiera tales intromisiones de “las mayorías” en los asuntos de gobierno, mayorías que aparecían como caprichosas, arbitrarias y facciosas. “La regla de la mayoría, desde entonces, pareció a los ojos de los conservadores como “un instrumento de tiranía y opresión”²².

Los acontecimientos descriptos ayudan a comprender el desarrollo -a criterio de Gargarella- dentro del pensamiento conservador de la época, de una definida inclinación elitista o contramayoritaria, asociándose la participación de las “mayorías” en política con situaciones de caos, violencia y excesos. Por consiguiente, se instaló la noción y el convencimiento que las asambleas “mayoritarias” tendían irreductiblemente a ser guiadas por la “pasión” y no por la “razón”²³.

Estos presupuestos constitutivos del concepto de “facciones”, que se extendía para definir a “las mayorías pasionales”, resultaban compartidos por todos los pensadores conservadores de la época, quienes dominaron la Convención de Filadelfia, y fundamentalmente por los dos autores principales de la recopilación de cartas conocida posteriormente como “El Federalista”, Alexander Hamilton y James Madison, quienes, conjuntamente con John Jay, son considerados los “padres fundadores” e “ideólogos” del modelo norteamericano, y los primeros y mayores intérpretes de la Constitución Federal de Filadelfia de 1787.

Como consecuencia de las ideas expuestas, “los padres fundadores” sostuvieron que la Constitución tenía como objetivo primordial neutralizar la acción de las “facciones”, para lo cual el diseño institucional de un sistema de división de poderes con “frenos y contrapesos” (*checks and balances*) debía controlar eficientemente la Legislatura, sede natural de la representación popular, para evitar los excesos de “las mayorías” frente a los derechos de “las minorías”, aunque para algunos autores, el concepto de “minoría” de aquella época sea hoy contraintuitivo, ya que se tendía a proteger a los grupos mas favorecidos de la sociedad²⁴.

La idea de “frenos y contrapesos” fue una de las novedades institucionales mas interesantes de las discusiones constitucionales norteamericanas, la cual consistía en diseñar un sistema de gobierno dividido en diferentes ramas de poder (ejecutiva, legislativa y judicial) que se encontrarían parcialmente separadas entre sí, pero que al mismo tiempo serían capaces de controlarse mutuamente, por ejemplo el veto del Ejecutivo; o la capacidad de cada Cámara Legislativa de bloquear las decisiones de la otra. En lo que hace al Poder Judicial, el control de constitucionalidad, no reconocido en

el liderazgo de Jonathan Hazard la mayoría deudora resultó elegida para el gobierno del Estado bajo la promesa de llevar adelante un programa especial de asistencia a los deudores. Ver R. GARGARELLA, *Nos los Representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, cita 20, p. 52.

²² R. GARGARELLA, cita 20, p. 54., citando a Irwin Polishook.

²³ Ver la opinión de James Madison en El Federalista N° 58.

²⁴ Ver R. GARGARELLA, cita 20, p. 57/60.

el texto constitucional de 1787, pero con variados antecedentes²⁵ y creado pretorianamente por la Corte de Marshall en el fallo que este libro analiza, se eleva como la auténtica herramienta de control del Judicial hacia los poderes políticos del Gobierno, y la razón que posiciona al Judicial en la trilogía de poderes norteamericana²⁶.

James Madison, en el *Federalista*, publicado el 23 de noviembre de 1787, expone en su mayor extensión y fortaleza la ideología que venimos señalando, confrontando el concepto de un diseño institucional que abre principalmente en la democracia, frente a las mayores beneficios de la república representativa.

Para Madison “La falta de fijeza, la injusticia y la confusión a que abre la puerta las asambleas públicas, han sido siempre las enfermedades mortales que han hecho perecer a todo gobierno popular; y hoy siguen siendo los tópicos predilectos y fecundos de los que los adversarios de la libertad obtienen sus mas plausibles declamaciones. Nunca admiraremos bastante el valioso adelanto que representan las constituciones americanas sobre los modelos de gobierno popular, tanto antiguos como modernos [...] cuando un bando abarca la mayoría, la forma del gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés tanto el bien público como los derechos de los demás ciudadanos. Poner el bien público y los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservar a la vez el peligro y la forma de gobierno popular, es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones. Permítaseme añadir que es el gran desiderátum que rescatará a esta forma de gobierno del oprobio que tanto tiempo la ha abrumado”. “Este examen del problema permite concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos que se reúnen y administran personalmente el gobierno no puede evitar los peligros del espíritu sectario. En casi todos los casos, la mayoría sentirá un interés o una pasión comunes, [...] y nada podrá atajar las circunstancias que inciten a sacrificar al partido más débil o a un sujeto odiado. Por eso estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y de sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes”²⁷. “Los políticos teóricos que han patrocinado estas formas de gobierno, han supuesto erróneamente que reduciendo los

²⁵ Entre otros antecedentes se citan la doctrina del Juez Coke en el caso *Thomas Bonham* (1610) frente al monarca Jacobo I; la etapa colonial americana donde los Tribunales coloniales apelaban a los Tribunales Superiores ingleses frente a determinadas leyes de las Asambleas Coloniales; la discusión en la Convención Constituyente de 1787; los artículos de “*El Federalista*” (85 ensayos publicados entre 10/1787 y 5/1788) principalmente el N° 78 de Alexander Hamilton, escrito en 1788; y algunas Constituciones Estadales, como la Constitución de Massachusetts de 1780.

²⁶ A nuestro criterio el principio constitucional de “división de poderes” que en Europa desarrollan principalmente John Locke y el Barón de Montesquieu en su famoso “espíritu de las leyes” se distingue en su interpretación norteamericana al posibilitar al Poder judicial alcanzar la categoría de auténtico poder del estado mediante la herramienta del control de constitucionalidad. En Europa esta función, por razones históricas y filosóficas, la cumplen los Tribunales Constitucionales, que son independientes del Poder Judicial, careciendo este último de esta facultad.

²⁷ Recordemos que era conocido en América los acontecimientos que se vivían en Francia y que desembocarían poco más de un año después en la Revolución Francesa.

derechos políticos del género humano a una absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones”. “Una república, o sea un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos”²⁸.

La relación entre Jefferson y Marshall – principales actores de este capítulo de la historia constitucional mundial - estuvo marcada durante muchos años por una gran rivalidad política y personal. La decisión de Marshall fue sumamente complicada, ya que ambas ramas políticas del gobierno estaban dominadas por el Partido Republicano, y el Presidente había amenazado con desconocer una decisión que fuera contraria a sus intereses, y promover juicio político a los integrantes de la Corte Suprema.

III. LA SENTENCIA ¿UN ENFRENTAMIENTO ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN?

Como conocen quienes han estudiado el fallo, la sentencia se articula a través de tres preguntas que Marshall hábilmente formula: a) ¿tiene el demandante derecho al nombramiento que solicita?; b) Si tiene tal derecho, y ese derecho le ha sido negado, ¿las leyes del país le ofrecen un remedio?; y c) ¿ese remedio es un *mandamus* que debe expedir esta Corte?

Marshall comienza haciendo un breve recuento de los hechos que se debaten en el juicio y desgrana las etapas que conforman el procedimiento para nombrar a los jueces. Dicho procedimiento termina, sostiene la sentencia, cuando se expide el nombramiento escrito, esté o no entregado el mismo al interesado. Esto es así, explica Marshall, ya que hecho el nombramiento el Presidente ya no puede revocarlo. La firma es la orden expresa para la fijación del gran sello al nombramiento escrito; y el gran sello sólo se le fija a un documento que ya esté completo. Da fe de la autenticidad de la firma presidencial. El gobierno viola derechos legales adquiridos al no entregarle a Marbury su nombramiento.

Constatada esa violación, Marshall pasa a la segunda pregunta: ¿hay algún remedio que le ofrezca el ordenamiento jurídico a fin de combatir dicha violación? A este interrogante, contesta que la esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cualquier persona a reclamar la protección de las leyes, siempre que exista un derecho violado; y que al Gobierno de los Estados Unidos se le ha llamado un gobierno de leyes y no un gobierno de hombres. Indudablemente, dejaría de merecer este alto calificativo si las leyes no otorgaran un remedio contra la violación de todo derecho legal adquirido.

Por último, Marshall pasa al análisis de si el *mandamus* es la acción procesal correcta. Aunque la respuesta es afirmativa, formula a continuación una pregunta encadenada que es la que, a través de su fundamento, da lugar al nacimiento de la institución de la *judicial review*: ¿es la ley que regula la competencia de la Corte para la expedición del *mandamus* conforme a la Constitución?

²⁸ A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, “El Federalista”, Fondo de Cultura Económica, Méjico, septiembre de 2001, p. 35/41 (Nº 10, Madison).

Aquí, contrariamente a lo esperado, su respuesta es negativa, al restarle validez - para el caso - a la sección 3ª de la *Judiciary Act* de 1789 que autorizaba el *mandamus* en jurisdicción originaria de la Corte, por violatoria del artículo III de la Constitución que enumeraba – según su interpretación – todas las hipótesis de jurisdicción originaria.

Sostiene: “La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente en el país es profundamente interesante para los Estados Unidos; pero felizmente no es tan complicada como interesante. Para decidir esta cuestión parece necesario tan solo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración”²⁹.

Asentada esa premisa, que la sentencia no justifica, ya que no menciona ningún antecedente de la facultad de la Corte para revisar la constitucionalidad de las leyes a pesar de la existencia de un cúmulo de ellos como citamos en nota 21, Marshall describe al gobierno de los Estados Unidos como un gobierno limitado por mandato precisamente de la Constitución, que impone límites a la actuación de los poderes públicos: “¿con qué objeto son limitados los poderes y a que efectos se establece que tal limitación sea escrita, si ella puede en cualquier momento ser dejada de lado por los mismos que resultaron sujetos pasivos de la limitación ?”

En este interrogante y en las reflexiones que siguen, transcriptas al inicio de este trabajo, se encuentra resumida gran parte de la filosofía del constitucionalismo moderno. La supremacía constitucional; la normatividad y rigidez de la misma y la custodia de estos valores en cabeza del Poder Judicial son ideas que –con mayor o menor aceptación - fueron precisadas por Marshall, y en gran medida son razonamientos “lógicos” que se derivan de los antecedentes históricos e ideológicos que precedieron a la sentencia.

La argumentación presentada por Marshall, con antecedentes en Hamilton, se ha constituido en una de las mas sólidas defensas del control judicial de constitucionalidad, al sostener que la capacidad del Poder judicial de negar la validez a una norma legislativa no implica superioridad de los jueces respecto de los legisladores, sino que viene a reafirmar el peso de la “voluntad popular” al ratificarse la preeminencia de la Constitución, que es el documento que mas fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo.

A nuestro criterio, la “lógica” de Marshall no debe ser buscada en los principios de una “lógica” jurídica positiva a partir del razonamiento de la existencia en todo sistema jurídico de una regla de reconocimiento (al decir de Hart) o una norma básica (al decir de Kelsen) que determina la validez o invalidez del resto de las normas del

²⁹ “Marbury vs. Madison”, J. M. MILLER, M. A. GELLI y S. CAYUSO, “Constitución y Poder Político”, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 11.

ordenamiento, tarea que seguramente encontrará evidentes falencias³⁰, sino en una “lógica” jurídica política, imperante y triunfadora en el pensamiento constitucional norteamericano de la época, y proyectada a la mayoría de los países americanos³¹.

Ahora bien ¿porqué decide Marshall que una ley contraria a la Constitución debe ser simplemente inaplicada en el caso y no opta por decretar su expulsión del ordenamiento jurídico? Esta diferencia, que distingue el modelo difuso del concentrado, o el americano del europeo, no encuentra justificación en los fundamentos de la sentencia.

Sí queda claro, que para Marshall, cualquier juez que se enfrente a una norma inconstitucional debe inaplicarla, estableciéndose de esta manera el control “difuso” de la constitucionalidad. Esta argumentación encuentra sustento en los párrafos de la sentencia, y en los antecedentes de la misma, ya que era una de las propuestas que Alexander Hamilton formulara en el *Federalista* 78, a pesar que, como ya destacamos, Marshall nada haya dicho en torno a los precedentes.

En los años posteriores a 1803, la técnica de la *judicial review* se fue extendiendo y perfeccionando. Marshall precisó algunos conceptos relevantes en *McCulloch vs. Maryland*³², de donde surge que la interpretación constitucional que realiza la Corte obliga a todos los poderes públicos, tanto federales como locales.

Pero en línea con la habilidad política de Marshall, la Corte no volvió a declarar la inconstitucionalidad de una ley federal hasta cincuenta años después, en el tristemente célebre caso *Dred Scott vs. Sandford*³³ que abrió las puertas a la guerra civil. Sí, en cambio, la Corte declaró la inconstitucionalidad de gran cantidad de leyes estatales, reafirmando el poder federal sobre los Estados, y dejando en evidencia que, en los primeros años de consolidación de la Corte, la estrategia de Marshall estuvo dirigida a consolidar el sistema creado por los Constituyentes de Filadelfia, e imponer el derecho federal sobre los Estados, evitando enfrentarse con los otros poderes del Gobierno Central.

³⁰ Profundizadas y dejadas en evidencia por C. S. NINO, *La Filosofía del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Institucionales, Argentina y *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 258 y ss.

³¹ Argentina adoptó plenamente el sistema mediante los fallos de la Corte Suprema Argentina “Sojo” y “Elortondo” (1867 y 1869), siendo actualmente el único país en Latinoamérica que mantiene el sistema difuso puro.

³² 17 U.S. 319 (1819). La Corte falló que el Congreso podía crear un banco nacional basándose en las cláusulas de comercio entre los estados y otras cláusulas similares, siendo que este poder, para crear un banco no se encontraba explícitamente mencionado en la Constitución.

³³ 17/09/1858. El caso *Dred Scott v. Sandford* fue una demanda judicial, crucial en la historia de los Estados Unidos, resuelta por la Corte Suprema de dicho país en 1857 en una decisión que prohibió a todo habitante de ascendencia africana, fueran esclavos o no, el derecho a la ciudadanía y que le quitó al Congreso la autoridad de prohibir la esclavitud en territorios federales del país. La decisión fue escrita por el Juez Presidente Roger B. Taney.

Para un republicano demócrata como Jefferson, *Marbury vs. Madison* convirtió a la Constitución en un objeto de cera en manos de los jueces, que le pueden otorgar la forma que quieran³⁴ ¿De dónde emerge la idea de Marshall de que la Constitución debe imponerse a la ley en el caso que haya una contradicción entre las dos normas? ¿Por qué sostiene que corresponde al Poder Judicial dicha tarea?

Parecería que la principal fuente de inspiración de esta posición ha sido la influencia ideológica de “El Federalista”³⁵ y la posición política de Marshall, ya que era necesario consolidar la idea del Gobierno representativo frente a modelos de mayor incidencia democrática; las ventajas de la Constitución escrita y rígida como barrera a las facciones mayoritarias; y el sistema de frenos y contrapesos como modo de control de la Asamblea.

Marshall encontró la oportunidad de reafirmar estas concepciones triunfantes en el diseño institucional de la Constitución Federal, justamente frente a un Ejecutivo y Legislativo que habían sido capturados por el pensamiento contrario, lo que implicaba un notorio riesgo para la posición política de los Republicanos, y – según su pensamiento - para el futuro de las instituciones de la Unión. La fineza política de este gran Juez, estuvo dada por una sentencia que, al descalificar una ley que ampliaba las facultades procesales de la Corte, conformando de esta manera la visión “democrática” del Ejecutivo, sentó institucionalmente la visión “aristocrática” del control del poder político por parte del poder judicial.

IV. MAYORÍAS Y MINORÍAS³⁶ EN LA DEMOCRACIA

³⁴ Esta opinión surge de la carta dirigida por Jefferson al juez Spencer Roane de la Corte Suprema de Virginia en 1819, reproducida en *The Portable Thomas Jefferson*, citada por Bianchi Alberto, obra cita 16, p. 200.

³⁵ “[...] los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última 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... Donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”, Hamilton, Alexander, *El Federalista* N° 78, Fondo de Cultura Económica, México, septiembre de 2001, p. 330/36.

³⁶ Cuando se habla de minorías se alude a dos entidades diferentes. Se habla de minoría para referirse a un grupo poblacional diferenciado, numéricamente modesto. Las hay de muchos tipos y tamaños, pero no todas poseen la misma relevancia constitucional, ya que algunas sólo ameritan el respeto de los demás y otras imponen a la sociedad y al Estado medidas positivas de apoyo. Las minorías numéricas o procesales operan al momento de una votación (o elección) o resultan de tales actos. Su forma de trascender el momento decisorio y funcionar como esquema permanente de cooperación es la conformación de partidos, movimientos políticos y grupos parlamentarios. Las minorías substantivas son grupos sociales de tamaño variable cuyos contornos están demarcados por una característica socialmente relevante que ha desatado conflicto social frente a otro segmento social considerado mayoritario y que ha sentido un tratamiento de exclusión: el color de la piel, la lengua, la fe religiosa, la opción sexual, etc.

Conforme viéramos, la ideología de la Constitución norteamericana tuvo como uno de sus objetivos primordiales contener el accionar de las “mayorías” y, principalmente, de las “mayorías legislativas”. La sentencia de Marshall, depositando el control de la constitucionalidad de las leyes en el Poder judicial, preserva – según la visión de parte de la doctrina y jurisprudencia constitucional - dicho objetivo, tenido en mira por el sistema de frenos y contrapesos. El control de constitucionalidad aparecía como un medio de asegurar la supremacía de la Constitución y la limitación del Gobierno corriente. Para este sector de la doctrina y la jurisprudencia, la objeción “contramayoritaria”³⁷ como la ha llamado Bickel³⁸ lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial, es una de las razones de su creación, a efectos de preservar a las “minorías”³⁹ de los excesos de las mayorías coyunturales⁴⁰.

Pero también las hay corporativas, grupos pequeños de interés económico o cultural muy definido, tales como asociaciones gremiales. Y las hay de contornos desdibujados pero peculiares, como por ejemplo, los *hippies*, los *punk*, etc.

³⁷ La dificultad contramayoritaria se funda en el hecho de una grave carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del Poder judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes. La objeción a la inserción de tal mecanismo de control dentro de un sistema democrático se apoya en cuatro dificultades básicas: 1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes. 2) La duración en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos. 3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad popular. 4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél. Ver Verly, Hernán, “El argumento contramayoritario”, ED, 1/10/91.

³⁸ A. M. BICKEL, *The least dangerous branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978.

³⁹ Este “principio” está presente en el pensamiento de los padres fundadores del constitucionalismo americano. Ver A. HAMILTON, J. MADISON J. y J. JAY, “El Federalista” (III), Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2000. Respecto del papel de las minorías políticas en una democracia representativa ver J. A. AMAYA, “Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios”, *Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Fascículo N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Resumen del trabajo publicado en “El Derecho” (Derecho Constitucional) N° 10.054, Buenos Aires, 26 de julio de 2000; y J. A. AMAYA, “Entre las Fronteras del Debate Político y la Libertad de Expresión” capítulo integrante de la obra colectiva *Poder Político y Libertad de Expresión*, coordinado por el Instituto de Ciencia Política de la Sociedad Científica Argentina, editorial Abeledo-Perrot, mayo de 2001.

⁴⁰ Esta posición la encontramos expuesta en una sentencia paradigmática de la Cámara Nacional Electoral de la República Argentina, en la causa “Patti Luis A. s/promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación”, Exp. N° 4207/06. El mas alto Tribunal Electoral de mi país expuso al respecto: “Considerando 22º) Que no escapa al criterio del Tribunal que decisiones como la que aquí se adopta, pueden llegar a provocar, de modo análogo a lo que ocurre cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, cierto grado de desconcierto para un lector desaprensivo. En efecto, en ambos casos, un tribunal priva de eficacia a la expresión formalmente válida de una mayoría de representantes que – a diferencia de lo que ocurre con los jueces – son elegidos directamente por el sufragio popular. Sin embargo resulta indispensable advertir que ese carácter “contramayoritario” del Poder Judicial...es precisamente el que permite que los magistrados judiciales – ajenos a las mayorías coyunturales y mutables – aseguren y preserven los derechos de las minorías frente a los potenciales excesos de las mayorías. En ese entendimiento, las constituciones incluyeron distintos mecanismos – entre los que se inscribe la creación de un poder judicial de los denominados “contramayoritarios” – destinados a restringir en todo tiempo la capacidad de acción del poder de la mayoría en cuestiones que pudieran incidir negativamente en la conservación del proceso democrático, la protección de la autonomía individual y los derechos de las minorías, y la continuidad de la práctica constitucional...”.

Desde los tiempos antiguos los conceptos de minoría y democracia han adoptado diferentes significaciones, constituyéndose ambos en conceptos equívocos. La teoría se ha interrogado desde siempre sobre ¿qué es la democracia?⁴¹, coincidiendo -como anticipamos- que es un concepto complejo y multívoco.

Es que la democracia posee distintas aristas, las cuales podemos simplificar en la extensión de sus aspectos material y formal. La democracia en su sentido material es un sistema político que intenta hacer efectivas la igualdad y la libertad. El origen etimológico de la palabra democracia (*demos*: pueblo, *kratos*: poder) expresa completamente su significado. La democracia es el poder del pueblo, aquella forma de gobernar en la cual es el pueblo quien gobierna. Pero desde la antigüedad, también significa algo más, es el régimen de la libertad y de la igualdad, de derechos entre los ciudadanos.

Como bien señala Véronique Fabré-Alibert “no estamos ante una sociedad auténticamente democrática mas que cuando las libertades fundamentales son efectivamente garantizadas”. “La democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones sino algo mas, ya que puede ser una exigencia moral”⁴².

Además de su aspecto material o sustancial, la democracia también posee un aspecto formal: es un conjunto de procedimientos de decisión. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de instituciones concretas⁴³.

La filosofía política siempre ha considerado a la democracia directa como su forma auténtica, el ideal de democracia, ya que ésta es el gobierno de los ciudadanos y no el de los representantes. Sin embargo, como vimos al revisar el proceso constitucional norteamericano, la construcción del estado liberal se fundamentó sobre parámetros diferentes. El tamaño de las poblaciones, estados o confederaciones sobre los que se estableció, llevó a considerar que resultaba preciso establecer fórmulas representativas.

Esto explica que las luchas contra el estado absolutista se hicieran en nombre de un principio representativo y no del ejercicio directo del poder por parte de los ciudadanos. Así, los regímenes políticos establecidos a lo largo de los tres últimos siglos reconocieron un amplio marco de derechos y libertades individuales (la libertad negativa) y pretendieron establecer un modelo de separación entre los poderes

⁴¹ Desde Tucídides, Demóstenes, Platón, Jenofonte, Aristóteles, pasando por Locke, Rousseau, Constant, Mill, Tocqueville, Marx, hasta Kelsen, Schumpeter, Dahl, Sartori, Macpherson, Popper, Habermas y Held, entre otros, se han abocado al estudio de la democracia.

⁴² Ver “La notion de ‘société démocratique’ dans la jurisprudence de la CEDH”, *RTDH*, N° 35, 1998, p. 465.

⁴³ En torno al aspecto procedimental de la democracia ver J. ELY, *Democracia y Desconfianza*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

legislativo, ejecutivo y judicial, como garantía de que el ejercicio del poder político sería limitado.

En el estado liberal, el derecho político fundamental de los ciudadanos es el voto electoral representativo. Evidentemente, la época dorada de estado liberal representativo que expresan la Constitución de Filadelfia de 1787 y la Argentina de 1853, coincidió con una ciudadanía extremadamente restringida. Fue la época en que se consolidó la separación de los poderes del estado; se reconocieron progresivamente muchos derechos individuales y se consolidó el control de constitucionalidad, a partir de la creación de Marshall en *Marbury vs. Madison* y la enorme proyección de la sentencia.

A medida que se amplió el derecho de ciudadanía, el régimen político fue evolucionando – a lo largo del siglo veinte - desde una democracia representativa hacia una democracia electoral⁴⁴. Los regímenes democrático-electorales han establecido un concepto amplio de ciudadanía asentado en un derecho de sufragio prácticamente universalizado y han desarrollado su naturaleza liberal, con amplias libertades individuales.

En las democracias electorales el poder del pueblo significa esencialmente la posibilidad periódica de cambiar el gobierno. La delegación efectiva no se hace en representantes concretos sino en un partido o movimiento político, ya que aunque formalmente se eligen representantes, éstos son un mero medio para elegir a quienes gobiernan.

Más que un régimen presidencialista o parlamentario, lo que hoy existe en muchos países de Latinoamérica, es un régimen electoral de selección del ejecutivo, con un papel fundamental de los aparatos de los partidos. Por consiguiente, el fortalecimiento del ejecutivo, propio de toda democracia electoral, hace que la separación de poderes, los frenos y contrapesos pensados por los “ideólogos” norteamericanos se diluyan o pierdan efectividad, pues el legislativo, una vez efectuada la elección del jefe del gobierno se convierte, en la práctica, en un órgano técnico de las decisiones que se adoptan fuera de las cámaras del Congreso.

Por ello, el grado de control externo del gobierno es mucho menor que en una democracia representativa tradicional y descansa - primordialmente – en la efectividad e independencia del Poder Judicial.

La exportación del modelo político estadounidense (entre ello la creación del control judicial de constitucionalidad) operado durante el siglo XVIII y XIX a casi todos los países del continente Americano, ha venido experimentando profundas críticas⁴⁵ por las notorias diferencias históricas y culturales de nuestros países. Con independencia del modelo presidencial o parlamentario y de los debates al respecto,

⁴⁴ Respecto del modelo de democracia electoral ver J. SCHUMPETER, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Madrid, Orbis, 1983.

⁴⁵ Ver en este sentido B. ACKERMAN, *La Nueva división de poderes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

parecería que gran parte del dilema se reduce aún al “control del poder político”, que ha mantenido y acrecentado a lo largo de estos siglos las razones que fundaron las prevenciones de la ideología liberal.

V. MARSHALL Y LA TESIS ANTIMAYORITARIA. EL ORIGEN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Aún hoy, muchos sectores políticos y académicos ven atractiva la posición que sostiene que la democracia es el poder de la mayoría, la voluntad del mayor número como fuente genuina de derechos. Una vez concluido el escrutinio de votos en la elección y proclamado el resultado, la minoría desaparece como entidad del mundo político e incluso – muchas veces - carece de voz y representación⁴⁶. El “bienestar de la mayoría” y la “felicidad del mayor número” condensan el criterio más importante de justicia distributiva de bienes y cargas sociales.

Bajo esta concepción tan primaria de la democracia, toda falta de acuerdo unánime se resuelve mediante la regla de la mayoría, que - según la trascendencia de la decisión - unas veces será mayoría absoluta: el voto favorable de la mayoría de los integrantes del cuerpo decisorio y otras la regla de mayoría relativa o simple: el voto favorable de la mayoría de los participantes en el proceso de decisión. En una sociedad imaginaria formada en la isla de Robinson Crusoe por cinco sobrevivientes, la constitución tendría una regla básica: se hará lo que quieran tres de ellos.

Ante esta situación ¿qué derechos tienen las minorías?, ¿sólo aquellos que la mayoría otorgue conservando la potestad de restringirlos y negarlos según sus necesidades y valoraciones?, ¿sólo aquellos inherentes al proceso decisorio deliberativo de la democracia, los que le permitirían tornarse mayoría algún día : derecho al voto igual y libertad de expresión?⁴⁷.

Desde mediados del siglo XIX el concepto de mayorías y minorías ha venido dando un vuelco valorativo radical: la revalorización de las minorías. En la ciencia política estadounidense la expresión “democracia madisoniana” nos recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria⁴⁸.

⁴⁶ Por ello en los sistemas electorales denominados “mayoritarios”, basta que un partido o una lista aventaje por un voto a los demás para ganar todos los escaños que se encuentran en juego. Es el sistema que rige – por ejemplo - la conformación de los colegios electorales de cada Estado federado cuyos votos designan al presidente de los Estados Unidos de América.

⁴⁷ Como ejemplo de concepción mayoritaria, el científico social Jon Elster denunciaba en 1993 que en las nuevas democracias surgidas en Europa Oriental y la ex Unión Soviética se había pasado “del despotismo de partido al despotismo de la mayoría, ambos hostiles a la protección de las minorías” (Elster, Jon. “Régimen de mayorías y derechos individuales”; en *De los derechos humanos*, ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 165.

⁴⁸ R. A. DAHL, *A Preface To The Democratic Theory*, Chicago, The University Chicago Press, 1956, p. 4. Explica así la referida expresión: “*What I am going to call Madisonian theory of democracy is an effort*

La construcción ideológica de Madison en “El Federalista” había anticipado esta visión, al señalar que tan peligrosa para la república es la minoría detentadora del poder, como la mayoría que lo ejerce sin límites constitucionales sobre la minoría (tiranía de la mayoría) (tesis antimayoritaria).

En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino también proteger a una parte de la población contra las injusticias de la otra. Si una mayoría se une por obra de su interés común, los derechos de las minorías estarán en peligro. Sólo hay dos maneras para precaverse de esos males: primero, creando en la comunidad una voluntad independiente de la mayoría, esto es, de la sociedad misma; segundo, incluyendo en la sociedad tantas categorías diferentes de ciudadanos que los proyectos injustos de la mayoría resulten no sólo muy improbables sino irrealizables⁴⁹.

En su obra “La democracia en América”, al develar los rasgos de la naciente democracia norteamericana, Alexis de Tocqueville previno contra el ilimitado “poder moral de la mayoría sobre el pensamiento”, como el mayor peligro de este sistema de gobierno⁵⁰: “el mayor peligro de las repúblicas americanas reside en la omnipotencia de la mayoría”⁵¹.

Pero la más interesante versión liberal de esta tesis antimayoritaria la encontramos en John Stuart Mill, al sostener que la opinión mayoritaria de una sociedad en materia moral e intelectual carece de toda legitimidad para imponer modelos de vida virtuosa o planes de vida valiosos a los individuos. Por más soberanos que sean el poder de la mayoría y su voluntad general plasmada en la ley, no los autoriza a desconocer los ámbitos de autodeterminación personal, los espacios de conducta autorreferente. La mayoría entonces, no puede llegar a negar la diversidad de las formas de vida, algo valioso y digno de protección y estímulo. Hay un derecho básico: el derecho a la diferencia. Ser mayoría no otorga por sí misma ninguna respetabilidad ética o estética ni fundamenta más derechos que el de regular, mediante ley, algunos planos de la conducta que afecta a terceros⁵².

to bring off a compromise between the power of majorities and the power of the minorities”. La democracia madisoniana se opone a la “democracia mayoritaria”, según J. FISHKIN, *Democracia y deliberación*, ed. Ariel, Barcelona, 1995, p. 75.

⁴⁹ J. MADISON, A. HAMILTON y J. JAY, *El Federalista* (1787), Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1957, Apartado LI, p. 222.

⁵⁰ A. TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, ed. Alianza, Madrid, 1980, Tomo I, Segunda Parte, Capítulo VII. p. 239.

⁵¹ Obra citada en nota anterior, p. 244.

⁵² “Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo”. De lo cual concluye: “La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que concierne netamente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio

Es que sometido a un escrutinio lógico, el concepto de mayoría pierde sustancia, sólo queda como instrumento aritmético operativo. En esta condición, la regla de mayoría no puede ser la panacea dogmatizada para zanjar todas las diferencias en una sociedad, aunque todavía sea insustituible como esquema de cooperación entre ciudadanos que se ven a sí mismos como libres e iguales. Hoy podemos afirmar, que a partir de la configuración del Estado democrático de derecho, de la democracia constitucional como la denomina Ronald Dworkin, la regla de la mayoría dejó de ser una simple valoración numérica para convertirse en un principio dual de protección, como lo es el de la mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más como de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución de cada Estado⁵³.

Develar algunos supuestos e implicancias institucionales de tales reglas y su relación con los derechos constitucionales constituye motivo hoy de debate entre constitucionalistas, políticos y filósofos del derecho ¿Qué límite tiene el poder de las mayorías?; ¿Hay asuntos de una sociedad que no son objeto de decisión mayoritaria?; ¿Cuáles minorías adquieren relevancia constitucional? ¿Qué derechos otorga ser una minoría?

Bien podemos atribuir a los derechos constitucionales básicos o fundamentales, la característica de corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria. Si en el caso de la comunidad de los cinco sobrevivientes citado en párrafos anteriores, los derechos de cada uno de ellos dependen del voto de tres (mayoría absoluta), entonces ninguno tiene derechos fundamentales, aunque sí derechos subjetivos legales. Es la garantía constitucional contra la regla de mayoría lo que les imprime fundamentalidad⁵⁴. En ese sentido los derechos fundamentales son “cartas de triunfo” en el juego de las razones jurídicas, son como el as de la baraja⁵⁵.

cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”. J. S. MILL, *Sobre la libertad*, ed. Alianza, Madrid, 1984, pp. 65 y 66.

⁵³ Para Dworkin la visión “estadística” o “mayoritaria” de la democracia es una visión pobre de la misma. El profesor norteamericano propone su visión de una Democracia Constitucional que significa “el autogobierno por todos actuando colectivamente, como miembros de un emprendimiento cooperativo en el que participan en pie de igualdad”, R. DWORKIN, “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve”, *Fordham Law Review*, vol.65, 1997, pp. 1249-1268, citado por Gargarella, Roberto, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, 636.

⁵⁴ Esta señal particular antimayoritaria de los derechos fundamentales se arraiga en la idea kantiana de que, al ser la persona humana un fin en sí misma (y no sólo un medio), ésta no puede ser sacrificada a favor de los demás. Tal concepción fue revivida en 1971 por John Rawls en su Teoría de la justicia, en la cual se lee: “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales”, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1985, pp. 19 y 20.

⁵⁵ Opinión de Ronald Dworkin en *Los derechos en serio*, ed. Ariel, Barcelona, 1982, p. 37.

Siempre hemos sostenido que hay derechos fundamentales implícitos en la definición misma de democracia, puesto que sin ellos no habría decisión mediante participación: los derechos políticos (de participación y decisión ciudadana) y los anexos de libertad de expresión, reunión, expresión, prensa, asociación, etc. Sin ellos, a los que definimos como “conjunto unitario de derechos y valores políticos de la democracia”⁵⁶ es impensable un proceso de libre e igualitaria deliberación para formar un agregado de preferencias individuales equivalente a la mayoría y para tener la posibilidad de la minoría en transformarse en mayoría.

Desde una perspectiva liberal, a la cual adherimos, que reconoce la pluralidad de formas de vida como algo éticamente valioso, el derecho fundamental protege al individuo como minoría mínima. Sin embargo, se discute si la mayoría tiene el derecho a limitar la acción de estos grupos heterodoxos a fin de aminorar su impacto en la ética social; es decir, si su opción puede ser difundida, aun con recursos públicos⁵⁷.

Como hemos visto, la tesis antimayoritaria edificó el pensamiento liberal, que veía al Estado en su necesidad de mantenerse neutral frente a las distintas concepciones de vida adoptadas por los ciudadanos. Por ello, el liberalismo se compromete con la consagración y la defensa de un conjunto de derechos individuales inviolables que constituyen limitaciones a la ambición de las “mayorías” o de figuras autoritarias.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, ante los riesgos derivados de la concentración de poder, el liberalismo propuso un sistema de controles institucionales, dividiendo el poder y creando un sistema de frenos y contrapesos para evitar que las “mayorías” o las “minorías” pudieran oprimir al grupo contrario. La concepción “contramayoritaria” presente en el diseño institucional de las constituciones liberales de los siglos XVIII y XIX (ejemplo el bicameralismo; el veto; o el control judicial de las leyes) tiene por fin restringir la capacidad de acción de la mayoría, principal amenaza para el progreso de la Nación y el establecimiento de la paz social.

“Este temor de que el sistema institucional fuera “capurado” por mayorías descontentas (o tiranos circunstanciales actuando en su nombre) llevó a muchos liberales a rechazar, como principio doctrinal, toda ingerencia de las autoridades estatales dirigida a regular la vida pública. Desde sus orígenes el liberalismo juzga al intervencionismo estatal como inaceptable; ve en tales intervenciones una grave amenaza, una irrupción indeseable e injustificada, solo capaz de distorsionar la libre voluntad de los ciudadanos”⁵⁸.

⁵⁶ Ver nuestro trabajo “El conjunto unitario de derechos y valores políticos en la democracia” en J. A. AMAYA (dir.), *Visiones de una Constitución*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004.

⁵⁷ En este sentido, ver O. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, ed. Gedisa.

⁵⁸ R. GARGARELLA, “Historia Constitucional”, en S. ALBANESE, A. DALLA VÍA, R. GARGARELLA, A. HERNÁNDEZ y D. SABSAY, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 49.

Como magistralmente planteó Marshall: “¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación? 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”

VI. CONCLUSIÓN

Las recomendaciones formuladas por el constitucionalismo liberal, deben ser leídas a la luz de los fundamentos desarrollados. Estas fueron las razones que indujeron a plantear Constituciones orientadas a limitar el poder de las “mayorías”; sistemas de frenos y contrapesos (*checks and balances*) para fortalecer los mecanismos de control institucional; y la proposición y creación de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que garantizara la normatividad de la Constitución; su supremacía; y el control sobre los poderes “mayoritarios”.

Más allá de las respetadas críticas que ha recibido la sentencia y las falencias en la “lógica de Marshall”, tan bien señaladas por Carlos Nino⁵⁹, *Marbury vs. Madison* se constituyó en el paradigma del control judicial de constitucionalidad y se extendió por toda América, siendo incorporado al sistema jurídico argentino, también por la vía jurisprudencial, a partir de 1887 y 1888 en los casos “Sojo”⁶⁰ y “Elortondo”⁶¹.

Si la tesis antimayoritaria estuvo en el corazón de *Marbury vs. Madison*, y la misma edifica el control judicial de constitucionalidad y el diseño constitucional liberal de frenos y contrapesos, ¿cómo ha evolucionado este objetivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina?, ¿cómo ha fallado la Corte Suprema ante el dilema de mayorías y minorías?, ¿qué actitud ha tenido ante las políticas de las “mayorías” cuestionadas por afectar derechos individuales civiles, sociales, políticos o económicos?

Nuestra respuesta a estos interrogantes han, y seguirán siendo materia de análisis en otros trabajos. Con el que compartimos hoy, integrante de esta obra colectiva que ha sumado el esfuerzo de reconocidos constitucionalistas de habla hispana, queremos rendir homenaje a *Marbury vs. Madison*, una sentencia ejemplar que mantiene vivas sus enseñanzas y sus temores, a más de doscientos años de su dictado.

⁵⁹ C. S. NINO, obra *cit.* 29.

⁶⁰ CSJN Fallos 32:120.

⁶¹ CSJN Fallos 33:162.

MARBURY v. MADISON O DE ANTIGUAS Y MODERNAS TENSIONES ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

Resumen: *Marbury v. Madison* es, sin lugar a dudas, el caso más famoso del constitucionalismo moderno para explicar el nacimiento de la llamada *judicial review* o el control judicial de constitucionalidad sobre los actos de los poderes políticos del Estado. Pero el interés de *Marbury v. Madison* es mucho más profundo que el que se asigna en la mayoría de las referencias doctrinarias y se instala en la discusión, entre otras muchas cuestiones, sobre la posición que una Constitución posee frente a los principios del sistema democrático. *Marbury v. Madison* no solo puede analizarse como el reconocimiento judicial de la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema, sino también como la antigua y moderna tensión entre democracia y constitución, entendiendo la democracia como la aspiración de “autogobierno”; y la Constitución, como los límites que el propio “autogobierno” se impone. Todo esto, y más, presenta para su análisis *Marbury v. Madison*, al encontrarse ideologías políticas radicalmente enfrentadas, e incluso antipatías personales.

Palabras clave: Democracia. Constitución. Tradiciones Jurídicas. Control de constitucionalidad. Ideologías políticas. Mayorías. Minorías. Tesis contramayoritaria. Democracia constitucional.

MARBURY v. MADISON OR ABOUT FORMER AND MODERN TENSIONS BETWEEN DEMOCRACY AND CONSTITUTION

Abstract: "Marbury v. Madison" is, no doubt, the most famous case of the modern constitutionalism to explain the "judicial review" or the judicial control of constitutionality on the acts of the political power of the State. But the interest of "Marbury v. Madison" is much deeper than that is assigned in the majority of the doctrinaire references and establishes itself in the discussion, between other many questions, on the position that a Constitution possesses opposite to the democratic system. "Marbury v. Madison" not only can be analyzed as the judicial recognition of the normative power of the Constitution as supreme law, but also as the former and modern tension between democracy and constitution, understanding the democracy as the aspiration of "self-government"; and the Constitution, as the limits that the own "self-government". This, and more, presents for his analysis "Marbury v. Madison", on having been political conflicting ideologies and also personal antipathies.

Keywords: Democracy. Constitution. Juridical Traditions. Control of Constitutionality. Political Ideologies. Majorities. Minorities. Antimajority thesis. Constitutional Democracy.

Artículo recibido: 27.5.2010.

Artículo aceptado: 20.9.2010.