

**EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD.
LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE COMO PARADIGMA
DEL ACTIVISMO JUDICIAL**

Por D. GABRIEL MORENO GONZÁLEZ
*Estudiante de 2.º de Grado en Derecho
Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*

Resumen

Este artículo pretende abordar el ya clásico debate en torno a la legitimidad de la justicia constitucional y de la propia constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, garante de un núcleo indisponible de derechos y libertades. A tal fin, se llevará a cabo un sucinto análisis de la evolución histórica de la justicia constitucional estadounidense para intentar perfilar la imperiosa actualización del marco jurídico-constitucional norteamericano, renovación que se ha convertido, con el devenir del tiempo, en una exigencia real y palpable que ha de analizarse desde la óptica del Derecho comparado.

Abstract

This article intends to treat the «classic» debate around the legitimacy of constitutional justice and of the Constitution itself as the supreme law of the legal system as guarantee of the bare essentials of rights and freedoms. For that purpose, a brief analysis of the historical evolution of American constitutional justice will be carried out, in an attempt to outline the urgent need to update the American legal-constitutional framework, a restructure that has become, with the passage of time, in a clear necessity that should be analyzed from a compared law viewpoint.

SUMARIO

- I. LA SUPREMACÍA DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA EN EL SISTEMA CONTINENTAL
- II. «LIBERTY AND PROPERTY»
- III. «NOSOTROS, EL PUEBLO»
- IV. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN
- V. EL ORIGEN DEL PODER JUDICIAL COMO CONTRAPODER CONSTITUCIONAL: *MARBURY V. MADISON*
- VI. LA CONSOLIDACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES
- VII. LA ERA LOCHNER Y EL ACTIVISMO JUDICIAL
- VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: GARANTE DE LA DEMOCRACIA

En 1803, una joven Estados Unidos acogía en su seno uno de los debates más apasionantes en la configuración de la democracia moderna. El juez Marshall acababa de dar un giro profundo e innovador a la noción que hasta entonces se poseía de la Constitución al instaurar el primer sistema de justicia constitucional de la historia.

Un siglo después, cuando Europa todavía limpiaba su sangre derramada en las trincheras de la Gran Guerra, el gran jurista austríaco Hans Kelsen trasladaba, con un siglo de retraso, el debate estadounidense a la arena europea.

Ambas controversias giraban, y siguen girando sin cesar, en torno a una única cuestión: ¿han de ser los jueces los máximos garantes de la Constitución y, por ende, de la democracia?

En los últimos años asistimos a una reanudación sin precedentes de este debate ya secular. La judicialización de la política se ha convertido en un fenómeno cada vez más común, donde los tribunales de justicia, y especialmente los encargados de la justicia constitucional, han de decidir continuamente sobre aspectos sustanciales de la dinámica social y democrática de los Estados. Paralelo, y anterior a éste, otro debate se ha ido forjando con el devenir del tiempo, y es que, desde los albores del constitucionalismo, nunca se ha dado por concluida la definición del propio *valor* de la Constitución; de lo que depende, obviamente, la legitimidad y necesidad de la justicia constitucional. Mientras que la expansión de ésta en la actualidad nos lleva a preguntarnos sobre su naturaleza y orígenes, el repliegue de la Constitución en medio de una sociedad cada vez más transnacional ha de guiarnos en la búsqueda de su verdadera esencia y valor. El propio Kelsen se lamentaba ya de la vulgarización a que había sido sometida la democracia, «uno de los conceptos de los que más se ha abusado»¹.

Intentaremos, por ello, alcanzar su esencia y abordar ambas cuestiones (el valor de la Constitución y la derivada necesidad de una justicia constitucional) desde la óptica inigualable del desarrollo democrático y constitucional de los Estados Unidos de América.

I. LA SUPREMACÍA DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA EN EL SISTEMA CONTINENTAL

En los albores de la contemporaneidad y con el advenimiento de las revoluciones ilustradas, un poder absoluto y omnipotente se liberará de sus pesadas

¹ Hans Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, K.R.K. Ediciones, 2006, pág. 33.

cadenas: el Estado. El derribo en Estados Unidos y en Francia de las atávicas instituciones absolutistas consagrará la divinidad del Ente Supremo, como lo definiera Hegel², al ocupar éste el lugar otrora reservado a la religión y la tradición gracias al imperio de la Ley y el Derecho. La soberanía popular, traslúcida en el Estado como espejo de la Voluntad General, creará una nueva situación hasta entonces inimaginable, magistralmente descrita por Alexis de Tocqueville: «Todos los poderes parecen acudir por sí solos hacia el centro, se acumulan en él con una rapidez sorprendente, y el Estado alcanza de golpe los límites extremos de su fuerza, mientras que los particulares se dejan caer en un instante hasta el último grado de debilidad»³.

Ante la posibilidad inminente de este Estado absoluto que se ha desprendido de las cadenas de la historia, los ilustrados acuden a la Constitución como *limite* impuesto al poder político desde dos perspectivas que podemos derivar del art. XVI de la Constitución francesa de 1791: «cualquier sociedad que no garantice los derechos, ni la separación de los poderes, no tendrá Constitución»⁴.

De este modo, Constitución viene a definirse, en primer lugar, como separación y ordenación de los poderes del Estado (parte orgánica), y en segundo lugar, como reconocimiento y garantía de los derechos de los ciudadanos (parte dogmática). Aunando ambas, el pensamiento ilustrado crea en su Teoría del Estado el mayor instrumento limitador del poder, la Constitución, que será interpretada de forma diferente a uno y otro lado del Atlántico.

Para el constituyente francés, la Constitución es un documento político, sin efecto jurídico directo que, no obstante ser un límite a la posibilidad recién creada de un Estado absoluto, nunca puede interferir ni anular la actividad del verdadero órgano en que reside la soberanía: el Parlamento. Desde el inicio, los revolucionarios franceses rechazaron cualquier límite de poder extraparlamentario, si bien las opiniones nunca fueron pacíficas⁵. El constituyente francés optará, en cambio, por la introducción de elementos orgánicos destinados a evitar, en la medida de lo posible, la extralimitación del Parlamento en sus funciones constitucionales, todo ello a la luz del modelo de Montesquieu⁶. Así lo expresa el

² Selección de textos presentada por Friedich Heer, Frankfurt, 1955. Citado en Hans GRAF HUYN, *Seréis como Dioses*, Madrid, El bucy mudo, 2010, pág. 45. Nos dice Hegel: «El Estado no existe por mor de los ciudadanos, antes bien se diría que el primero es el fin y que estos son los instrumentos para él... Al Estado debe el hombre todo lo que es, porque sólo dentro de él puede encontrar su esencia. Cuanto hay en el hombre de valioso, cuanto en él puede haber de realidad espiritual, sólo gracias al Estado lo posee. [...] Lo divino del Estado consiste en la presencia de la Idea sobre la Tierra».

³ Alexis TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 1989, tomo II, pág. 349.

⁴ Alistair HORNE, *La revolución francesa. Extractos*, Barcelona, Librería Universitaria S.L. Ediciones, 2009.

⁵ Vid. Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, págs. 240-319.

⁶ Es ya clásica la definición que el Barón hace de los pesos y contrapesos: «il faut arreter le pouvoir avec pouvoir» («Es necesario detener el poder con el poder»).

diputado de la Asamblea Constituyente Boissy d'Anglas: «Todo hace pensar en la necesidad de oponer un poderoso dique a la impetuosidad del poder legislativo, dique que no puede ser otro que su división en dos asambleas»⁷.

De este modo se acude a los pesos y contrapesos (*checks and balances*) de la propia estructura autolimitadora del Estado. El veto suspensivo o la división del legislativo en dos cámaras se constituyen en los principales instrumentos políticos de control de constitucionalidad. Hemos de recordar, asimismo, que el sistema francés y, por ende, el europeo, habrán de convivir todavía forzosamente con la figura cadavérica del monarca. Su colocación institucional no deja de suponer, primero en la Constitución de 1791 y después en la época de la Restauración, un contrapeso añadido a la extralimitación parlamentaria, gracias a la potestad de sancionar las leyes o al propio veto que se le otorgue.

Así, el Parlamento queda libre de todo límite externo, y sólo ha de salvar las formalidades internas para vulnerar y saltarse la Constitución. Y es que, desde el principio, la soberanía nacional, que por su propia naturaleza es ilimitada, queda identificada automáticamente con el Parlamento. Como decía Sieyès, el pueblo no puede expresar su voluntad si no es a través de la asamblea de diputados⁸ y dado que ésta se identifica con la ilimitada soberanía nacional, ningún control extraparlamentario o, más bien, «extrasoberano», puede existir y, menos, si procede del Poder Judicial. En este sentido, la *intelligentsia* francesa no oculta su temor hacia los jueces, a los que considera antiguallas del *Ancien régime*. Nos dice el diputado de Lyon, Bergasse, en el curso de los debates de la Asamblea Constituyente de 1789: «No existe ningún poder público que sea necesario limitar con más exactitud que el poder judicial; no existe ninguno, en consecuencia, que sea conveniente organizar con una prudencia más inquieta y con precauciones más escrupulosas»⁹.

Este temor hacia el Poder Judicial se materializará, incluso, en una institución poco conocida y bastante singular: el *référé législatif*. Dado que el Parlamento es el soberano indiscutible y fuente suprema de toda ley, los jueces no pueden interpretar ésta a su libre arbitrio, sino que han de acudir a su hacedor, al Parlamento (*le législatif*), en caso de duda sobre su aplicación¹⁰.

La superioridad política del Parlamento y la supremacía jurídica de la ley son, así, los dos elementos sustanciales del valor dado por el constituyente francés a la Constitución, reducida a una mera declaración política. Se instaura, de este modo, el modelo continental de la soberanía parlamentaria sin límite jurídico alguno, valor que perdurará en Europa hasta la primera postguerra mundial y que descartará, tajantemente, un control jurisdiccional y externo de constitucionalidad.

⁷ Cit. en Roberto L. BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, pág. 241.

⁸ *Ibidem*, pág. 253.

⁹ *Ibidem*, pág. 275.

¹⁰ Esta institución sólo se llegará a aplicar en un breve período revolucionario.

II. «LIBERTY AND PROPERTY»

Antes de acudir directamente a la configuración estadounidense de la Constitución y de la justicia constitucional, hemos de analizar y ponderar el origen inmediato del propio constitucionalismo norteamericano: el modelo inglés. En él encontraremos el fundamento de la singular concepción que de la Constitución harán los juristas americanos y, muy especialmente, el *Chief Justice* Marshall en su celeberrima sentencia.

Lo que Fioravanti ha denominado como «modelo historicista»¹¹ hace referencia a la peculiaridad jurídica de la Inglaterra del s. XVII. En ella, la existencia de derechos «naturales» (*the law of the land*) consolidados por la historia en el devenir del medioevo inglés, derivó en la indisponibilidad por parte de los poderes públicos (Rey y Parlamento) de un núcleo cerrado de derechos fundamentales amparados por el *common law*, sin necesidad de una Constitución escrita.

La propia existencia de una verdadera separación de poderes en el s. XVII es ya de por sí un indicador de la singularidad del modelo inglés, cristalizado en la convivencia (y connivencia) de los distintos órganos (*King, commons* y *lords*) que triunfó tras la Revolución Gloriosa (1688).

Sin embargo, la principal nota característica del modelo británico no es la existencia tan prematura de los *checks and balances*, sino el relevante papel concedido al Poder Judicial. Al existir un núcleo de derechos naturales e indisponibles para el legislativo¹², y anteriores incluso a la existencia de éste, su determinación no ha de venir de un poder constituido *a posteriori*, sino, dada su existencia palmaria y tangible, del Poder Judicial, de los jueces. La jurisprudencia se convierte en el principal medio «configurador» de esos derechos inalienables e históricos, a través de su concreción en innumerables sentencias que no dejan de ser la constatación objetiva de una realidad existente *a priori*. Pero no sólo los jueces han de determinar la dimensión de esos derechos, puesto que, además, ellos mismos se erigen como los principales valedores de su respeto y de la mencionada indisponibilidad por parte de los poderes públicos.

Así, en la Inglaterra de John Locke y del *Chief Justice* Edward Coke, el poder estaba limitado, por un lado, por su propia organización orgánica (*checks and balances*), y, por otro lado, por un núcleo indisponible de derechos tutelados por el Poder Judicial en tanto garante del *common law* iusnaturalista.

¿Y cuáles son, precisamente, los derechos que conforman ese núcleo cerrado? Pues aquellos conformados por la historia en el decurso de la Edad Media y derivados de las relaciones de vasallaje: la libertad y la propiedad¹³. Ambos de-

¹¹ Mauricio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 31-35.

¹² Este núcleo de derechos indisponibles para los poderes constituidos es denominado por Ferrajoli como «esfera de lo indecidible». Luigi FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 29.

¹³ De ello da buena cuenta el viejo concepto inglés: *my home is my castle*.

rechos se irán delimitando y configurando a través del trabajo de juristas tan prestigiosos como el ya nombrado Sir Edward Coke¹⁴, y constituirán, con el paso del tiempo, la base indispensable para el desarrollo y consolidación del modelo liberal. Sin embargo, hemos de apuntar que a finales del siglo XVIII, cuando se produzca la independencia de las trece colonias americanas, los postulados de Coke resultaban ya anacrónicos, habiéndose reforzado el papel del Parlamento como depositario directo de la soberanía nacional. Empero, sus ideas y las del resto de juristas ingleses, llegarán a los juristas y filósofos estadounidenses, quienes, como veremos, recuperarán la esencia del modelo inglés adaptándolo, *mutatis mutandis*, a la realidad norteamericana.

III. «NOSOTROS, EL PUEBLO»

La creación *ex novo* de los Estados Unidos en pleno siglo XVIII ha de ser objeto, cuanto menos, de un especial interés por parte de la ciencia jurídica. Como nos dice el propio Tocqueville: «América es el único país donde se ha podido asistir a los desarrollos naturales y tranquilos de una sociedad, y donde ha sido posible precisar la influencia ejercida por el punto de partida sobre el porvenir de los Estados»¹⁵.

El proceso de independencia de las trece colonias americanas culminaría con la aprobación de la primera gran Constitución escrita de la historia de la humanidad, una Constitución que viene a recoger y a consolidar las peculiaridades del modelo inglés arriba descritas, introduciendo importantes matices.

En primer lugar, hemos de atenernos a la especial naturaleza de la sociedad norteamericana sobre la que se van a asentar las bases del nuevo Estado. El modelo inglés, y el resto de modelos constitucionales europeos, parten de la existencia previa de una estratificación social determinada por la historia. En Europa, especialmente durante la Restauración, el movimiento liberal ha de encajar en el marco constitucional la figura del Monarca, preservando temporalmente viejos privilegios y anacronías, que, *pro futuro*, terminarán desapareciendo. Así, el constitucionalismo continental se esfuerza en el derribo de las viejas instituciones absolutistas que han sobrevivido a los embates de la Revolución, aumentando paulatinamente el poder del Parlamento frente al del Monarca. De este modo, la institución que más se ve fortalecida con el paso del tiempo es el Parlamento, como contrapoder de las pocas figuras predemocráticas existentes y en tanto representante directo de la soberanía nacional.

Sin embargo, en EE.UU. no se parte de una sociedad estamental, sino de una *sociedad homogénea en todas sus partes*. En esta homogeneidad (burguesa) se susten-

¹⁴ En 1999 moriría, a los cien años de edad, el que para muchos ha sido el último gran jurista del sistema inglés, el controvertido Lord Denning, cuyas imaginativas y singulares sentencias se hicieron particularmente famosas en los países de derecho anglosajón.

¹⁵ Cit. en Roberto L. BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, pág. 99.

tará la legitimidad democrática de todos los órganos de poder, sin necesidad de hacer frente a las concepciones absolutistas y pseudomedievales que pervivirán en Europa. Aquí no ha de ubicarse constitucionalmente un Monarca, sino a un Presidente elegido democráticamente por los ciudadanos. A pesar de ello (o precisamente por ello), el eterno deseo de controlar y limitar el poder es, en América, mucho más pronunciado que en Europa, como tendremos oportunidad de ver.

Dada la procedencia democrática de todo el poder del Estado y la directa proyección en éste de la ilimitada soberanía popular, el constituyente norteamericano depositará el miedo inherente del constitucionalismo a la extralimitación de los poderes no en los jueces, como sí hacía el constituyente francés (recuérdese el *référé législatif*), sino en el propio órgano donde reside ese (i)limitado poder: el Parlamento. Así lo manifiesta Madison: «En una República [...] donde el poder legislativo es ejercido por una Asamblea, que [...] es suficientemente numerosa como para sentir todas las pasiones que agitan a la multitud, pero no tanto como para ser incapaz de perseguir el objeto de sus pasiones por los medios que prescribe la razón, el pueblo deberá dirigir su celo y utilizar todas sus precauciones contra las tentativas ambiciosas de este órgano»¹⁶.

Y no sólo se teme por la extralimitación del Parlamento, sino por la propia extralimitación del sentir democrático, es decir, de la Voluntad General, que puede volverse, en cualquier momento, en contra de las minorías. De nuevo Madison: «en todos los casos en que la mayoría está unida por un interés o por una pasión común, los derechos de la minoría están en peligro»¹⁷.

Con este fin no valdrá solamente la introducción de los *checks and balances*, acudiéndose al modelo inglés de *common law* para garantizar el principal límite sustancial y material al poder legislativo, límite que procederá, de este modo, del Poder Judicial. Así, mientras que en Europa es el Parlamento el mayor beneficiado del desarrollo del modelo constitucional, en EE.UU. será el Poder Judicial, sobre todo a través de la omnipresente Corte Suprema, el poder que más importancia cobre con el paso del tiempo como principal valedor del Estado de Derecho.

«La ley del país» inglesa, el derecho natural histórico, se reconocerá en la Declaración de Independencia y, por supuesto, en la Constitución de 1787. Ese núcleo de derechos indisponibles será recogido por escrito en las diez primeras enmiendas de 1791 que constituyen, *per se*, una verdadera *Bill of Rights*¹⁸. La seguridad jurídica de tener una Constitución escrita no implica, consiguientemente, el despojo al Poder Judicial de la tutela de ese núcleo de derechos fundamentales, puesto que, si bien dicha tutela no se reconocerá expresamente en la Constitución, será la propia jurisprudencia la que, recogiendo el legado inglés,

¹⁶ Cit. en Roberto L. BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, pág. 115.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Entre los derechos reconocidos figuran la libertad de culto, expresión, imprenta y reunión (I Enmienda), el derecho a poseer armas (II Enmienda) o el derecho al debido proceso (V Enmienda).

erija al poder judicial como el principal garante de tales derechos «naturales» que ahora se ven débilmente positivizados.

Pero, ¿de dónde procede la legitimidad de la Constitución como norma suprema y ordenadora del poder del Estado? Si retrotraemos la concepción de Siéyes del poder constituyente, encontraremos la respuesta. La Constitución, es, ante todo, la manifestación directa de la soberanía popular, la cual ha decidido «activar» mediante el poder constituyente el marco jurídico mínimo de organización de la sociedad que la propia soberanía estatuye. La Constitución es, por tanto, ese *We, the people*. No obstante, tal concepción *material* de legitimidad será, como pronto tendremos ocasión de ver, secundaria en el proceso de delimitación del valor de la Constitución estadounidense, optándose por el elemento *formal* para consolidar la supremacía de la «Ley de leyes».

IV. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN

Como ha afirmado Pérez Royo¹⁹, el procedimiento de reforma de la Constitución de los Estados Unidos juega un papel más importante como idea que como procedimiento verdaderamente operativo y factible, dado su especial dificultad. «Idea» en tanto al instaurar el constituyente un procedimiento rígido de reforma constitucional, estaba, a su vez, aceptando implícitamente la superioridad jurídica de la Constitución, diferenciándola así de la ley ordinaria.

El procedimiento que recoge el art. V de la Carta de Filadelfia posee una dificultad tan palmaria que incluso en el propio proceso de redacción nunca fueron pacíficas las opiniones²⁰. Y es que para realizar una enmienda a la Constitución es necesario seguir uno de los dos procedimientos establecidos en dicho art. V, que a continuación se explican *grosso modo*.

Por un lado, podría conseguirse siempre y cuando así lo apruebe al menos dos terceras partes de las dos Cámaras del Congreso (Cámara de Representantes y Senado) y sea dicha enmienda ratificada por las tres cuartas partes de las legislaturas estatales. O bien, las enmiendas a la Constitución podrían triunfar tras la convocatoria de una Convención Nacional convocada a petición del Congreso (ambas cámaras) o de las legislaturas de las dos terceras partes de los Estados²¹.

¹⁹ Javier PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, págs. 23-24.

²⁰ Valga el sarcasmo de un anónimo antifederalista que se esconde bajo el sinónimo de John DeWitt: «No, mis queridos conciudadanos, de igual manera que estáis obligados ahora a aceptar [la Constitución] en su totalidad, deberéis después administrarla en su totalidad, sin esperanza de cambio, a menos que volvamos de nuevo al estado de Naturaleza, lo cual se opondría al éxito de lo que han aprobado el gobierno existente». Cit. en Roberto L. BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, pág. 125.

²¹ Para un análisis más detallado del complejo procedimiento de enmienda a la Constitución, Paolo BISCARETTI DI RUFFÍA, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, págs. 173 y ss.

Esta dificultad inherente a la introducción de enmiendas constitucionales se ha agravado con la proliferación de Estados, ya que en la actualidad hay que contar con la opinión de 50 sujetos federados, cada uno de ellos con sus propios intereses y ordenamientos²². Ello explica que, desde la aprobación de las diez primeras enmiendas (*Bill of Rights*) en 1791, sólo se hayan aprobado diecisiete más en un período de tiempo que ya supera los doscientos años²³.

No obstante, del análisis del propio tenor del texto constitucional no se desprende, en ningún momento, una referencia *explícita* a la idea de que dicha rigidez en el procedimiento de reforma sea como consecuencia de la superioridad formal de la Constitución²⁴. Sin embargo, parece evidente que el silencio del constituyente americano en torno a una cuestión tan fundamental no sea más que la puerta abierta a la interpretación de la Carta Magna como norma suprema del ordenamiento jurídico. En este sentido, nos dice Edouard Lambert: «Ha quedado definitivamente establecido que si muchos de los padres constituyentes de 1787 desearon personalmente que los tribunales adquirieran un control constitucional [...], se guardaron de expresar su voto en la Constitución federal para evitar provocar el fracaso de la misma. Y dejaron abierta la cuestión intencionadamente»²⁵.

V. EL ORIGEN DEL PODER JUDICIAL COMO CONTRAPODER CONSTITUCIONAL: *MARBURY V. MADISON*

Esta puerta abierta que deja la Constitución y sus redactores será cerrada, con un portazo, por una de los juristas estadounidenses que más han contribuido con su hacer a la ciencia jurídica: el Presidente de la Corte Suprema, John Marshall.

Su sentencia, quizás la más famosa de la historia, constituirá un verdadero giro copernicano en la noción que hasta entonces se tenía de la Constitución. Si bien sus postulados ya se pueden ver en juristas y filósofos anteriores, incluido el propio Hamilton, será el *Chief Justice* Marshall quien, con su sentencia, asiente uno de los pilares fundamentales de la democracia estadounidense.

Ya Sir Edward Coke, en el también célebre *Caso Bonham* de 1610, defendió la idea de que toda ley que se opusiera a aquel núcleo de derechos fundamentales (*the law of the land*) amparados por el *common law*, podría ser declarada nula por los jueces. También el inglés James Harrington, en su obra utópica *La República*

²² Ello implica que, en la actualidad, solamente 13 Estados pueden bloquear la iniciativa de enmienda, ya que se requieren tres cuartas partes de las legislaturas estatales para su éxito.

²³ La XXVIII y última enmienda fue ratificada en 1992.

²⁴ Alexander Hamilton se aproximará al concepto de Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico en el n.º 78 de *El Federalista*. *The Federalist Papers* son un conjunto de ensayos indispensables para la comprensión jurídica del proceso constituyente norteamericano.

²⁵ Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces*, Madrid, Tecnos, 2010, pág. 21. En este ensayo, Lambert analiza el fundamental papel que ha jugado el Poder Judicial en los EE.UU., sobre todo en lo referente al control jurisdiccional de constitucionalidad.

de Océana, mostraría similar parecer al afirmar que «el centro y la base de toda república no es otro que su ley fundamental»²⁶.

Ambos juristas influirán, junto con el resto del pensamiento anglosajón contemporáneo, en la decisión que tomará el Presidente de la Corte Suprema. No obstante, no debemos desposeer a éste del mérito y originalidad propia de la peculiar configuración del que, recodemos, será el primer sistema de control jurisdiccional de la legislación (*judicial review of legislation*).

Si nos atenemos al caso concreto, *Marbury v. Madison* constituye el fiel reflejo de la dinámica política de su época. Incluso, como ha señalado parte de la doctrina, «el caso simbolizó el enfrentamiento entre federalistas y antifederalistas»²⁷, incluida la animadversión de dos de sus principales figuras, Adams y Jefferson. La sentencia es, pues, producto del crispado clima político de una primeriza nación que buscaba, todavía, su propia identidad y lo hacía a través de dos grandes partidos.

Por un lado, el Partido Federalista, fundado por el jurista y economista Alexander Hamilton, propugnaba un gobierno central fuerte y centralizado, en detrimento de la autonomía de los Estados federados²⁸. Como consecuencia de tales ideas, no eran pocas las voces dentro del Partido que abogaban por un sistema de justicia constitucional en tanto baluarte contra las posibles extralimitaciones de los Estados²⁹. Por su parte, los antifederalistas, agrupados en la figura del padre de la Declaración de Independencia, Thomas Jefferson, defendían un modelo federal altamente descentralizado, donde los Estados siguiesen siendo los verdaderos portadores de la soberanía.

En este contexto histórico y político, el federalismo sufriría uno de sus mayores reveses cuando, en 1800, el presidente federalista John Adams perdiera las elecciones frente a Jefferson. El desencadenante del litigio más famoso de los EE.UU. sería la decisión, tomada por Adams unos días antes de abandonar el poder, de modificar toda la estructura del Poder Judicial, nombrando decenas de nuevos jueces partidarios de las ideas federalistas para que hiciesen frente, desde la judicatura, al inminente gobierno antifederalista de Jefferson. Adams

²⁶ Cit. en Roberto L. BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, pág. 139.

²⁷ Vid. María Sofía SAGÜES, «Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América», en *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 5, 2007, pág. 137.

²⁸ Martín Shapiro y Alec Stone han defendido que el federalismo contribuye al origen y consolidación del control judicial de constitucionalidad y del consecuente activismo judicial al ser ambos, en sus propias palabras, de gran «utilidad potencial como colaboradores del gobierno central en la difícil tarea de mantener los Estados bajo control». Cit. en Javier COUSO, «Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política», en *Revista de Ciencia Política* (Universidad Diego Portales de Chile), vol. XXIV, n.º 2, 2004, pág. 40.

²⁹ El propio Hamilton, a través de las páginas de *El Federalista*, se pronunciaría en diversas ocasiones a favor no sólo de la supremacía jurídica de la Constitución, sino también de su concreción práctica a través de la justicia constitucional.

corroboró, con esta astuta táctica, lo que ya dijera el diputado Bergasse años antes en la Asamblea Nacional francesa: «todos los que han querido cambiar el espíritu de las naciones se han consagrado de manera singular en organizar el Poder Judicial de acuerdo a sus designios»³⁰. El intento de aferrarse al poder influyendo decisivamente en uno de los pilares de la democracia estadounidense fue tan rápido y palmario que, cuando el propio Jefferson asumió el cargo, aún se estaban notificando los nuevos destinos a los futuros jueces³¹. De este modo, el Presidente entrante, consciente de la maniobra política de su eterno rival, acudió a su Secretario de Estado, Madison, para impedir que ejercieran su cargo aquellos jueces a los que todavía no se les había notificado su apresurada elección. William Marbury era uno de ellos³².

La pretensión que Marbury elevó a la Corte Suprema, consistía, simplemente, en su deseo de que la Corte le restableciera en primera instancia su legítimo derecho a ser reconocido como juez, pues *de iure* ya se le había nombrado. Para ello, se dirigió contra Madison en tanto Secretario de Estado y brazo ejecutor de Jefferson en los días posteriores al comienzo del mandato de éste. ¿Y quién debía de analizar y juzgar el caso? Pues precisamente el otrora Secretario de Estado bajo la presidencia de Adams, y uno de los jueces nombrados a última hora por el insigne federalista: el *Chief Justice* John Marshall. El Presidente de la Corte Suprema (*Chief Justice*) no sólo era un eminente federalista, sino que, además, él mismo había sido el encargado de tramitar los nombramientos de las decenas de jueces encargados de hacer frente al nuevo gobierno de Jefferson.

A pesar de ser tan favorable, la posición de Marshall (y del federalismo) era sumamente delicada. Si ordenaba a Jefferson o al mismo Madison reconocer a Marbury como juez, se podía enfrentar ante un muy probable desacato de los antifederalistas, que ya controlaban el Congreso, produciéndose un conflicto entre los poderes del Estado donde la Corte podría salir muy debilitada. Así lo expresó el *Chief Justice* Burguer en su análisis de aquella época: «la Corte Suprema puede soportar vientos fuertes, pero no el ridículo, y las salas del Congreso se hubiesen sacudido con hilarantes risas»³³.

En este complejo panorama político, el *Chief Justice* abordaría el caso con la maestría argumentativa que le caracterizaría durante toda su vida. El fallo (*dictum*) del caso *Marbury v. Madison* constituye una verdadera joya jurídica, en la que su autor es perfectamente consciente de la importancia que va a cobrar su pronunciamiento no sólo para el conjunto del sistema político estadounidense, sino también para el conjunto del Derecho y de la Teoría Constitucional.

³⁰ Cit. en Roberto L. BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, pág. 274.

³¹ De hecho, 42 nuevos jueces fueron nombrados por el Presidente y ratificados por el Congreso, de mayoría federalista, sólo un día antes del cese del mandato presidencial.

³² Madison no hizo efectivas las elecciones de Adams en 17 de los 42 nuevos puestos, entre los que se encontraba Marbury en tanto juez del Distrito Federal de Columbia.

³³ *Vid.* María Sofía SAGÜES, *op. cit.*, pág. 140.

Marshall se propone, en el inicio de la sentencia, responder a tres cuestiones básicas: 1.º ¿tiene el recurrente (Marbury) derecho a ocupar el cargo para el cual ha sido nombrado?; 2.º En ese caso, ¿le ofrecen las leyes un remedio?; y 3.º, si existe ese remedio ¿consiste en un requerimiento (*mandamus*) por parte de la Corte al Ejecutivo?

La respuesta a las dos primeras cuestiones serán, tras el debido análisis de los hechos, afirmativas y, en todo caso, constituirán la excusa perfecta para insertar en la sentencia el reconocimiento jurídico de la *judicial review* a través de la solución de la última cuestión, una solución que le convertirá en uno de los mayores juristas de la historia estadounidense.

Marshall estimará que la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 (ley reguladora del Poder Judicial) es contraria al art. 3, Sección II de la Constitución, y que por ende, dicho precepto es inconstitucional y nulo. El argumento descansa en la afirmación de que la potestad reconocida a la Corte Suprema en la *Judiciary Act* de conocer en primera instancia más casos que los taxativamente establecidos en la Sección II del mencionado art. 3 de la Constitución, es abiertamente inconstitucional (*repugnant*)³⁴, ya que la Constitución conforma a la Corte como una instancia eminentemente de apelación. Así, Marbury tendría que haber agotado la vía judicial antes de acudir, en apelación, a la Corte Suprema, no pudiendo ésta, salvo en los casos constitucionalmente permitidos, emitir *originariamente* un requerimiento (*mandamus*) como solución a una controversia. Es decir, con la solución a las dos primeras cuestiones, el *Chief Justice* reconocía el derecho de Marbury a ocupar el cargo para el que había sido elegido, mientras que con la respuesta negativa a la tercera cuestión, declaraba incompetente a la Corte para emitir la orden que restaurara su derecho, remitiendo tal potestad, de acuerdo con la Constitución, a los tribunales inferiores.

De este modo, el Juez Marshall gestaba la idea federalista de la justicia constitucional (*judicial review*) y consolidaba la también federalista supremacía jurídica de la Constitución, reforzando el papel de la judicatura y, muy especialmente, de la Corte Suprema. Al mismo tiempo, se desprendía del temor a que Jefferson incumpliera el posible *mandamus* y desacreditase a la Corte, mientras conseguía que Marbury pudiese acceder a su puesto si recurría, simplemente, en la instancia precedente, la cual, de acuerdo con el *stare decisis*³⁵, debía someterse al *dictum* de Marshall en lo referente a las dos primeras cuestiones. Como nos dice el propio Jefferson: «el objeto [de la sentencia] fue claramente el instruir a

³⁴ El art. 3, Sección II, punto 2 de la Carta de Filadelfia establece: «En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso».

³⁵ Según este aforismo latino propio del *common law*, las sentencias crean un precedente judicial que ha de ser seguido y respetado con posterioridad.

cualquier otra Corte que tenga la jurisdicción en qué deberían hacer si Marbury peticionaba ante ellas»³⁶.

Para conseguir todo ello, Marshall tuvo, no obstante, que recortar las competencias de la Corte Suprema al anular la *Judiciary Act* y ajustarse a la Constitución, renunciando a la posibilidad de aquélla de juzgar en primera instancia. Sin embargo, con esta pequeña renuncia la Corte Suprema saldría significativamente favorecida al ganar la «batalla» al Ejecutivo y doblegar al Legislativo imponiendo el control jurisdiccional de las leyes.

Pero lo verdaderamente interesante es la consecuencia jurídica de la sentencia y su proyección en el constitucionalismo. Para declarar nula la *Judiciary Act*, Marshall tuvo que defender y acreditar la supremacía jurídica de la Constitución y su valor normativo directo (su valor jurídico).

Con este objetivo, el Presidente de la Corte acudió en su análisis al, ya visto en parte, art. 3.º, sección II de la Carta de Filadelfia, según el cual «el Poder Judicial se extenderá a todos los casos de derecho y de equidad que surjan bajo esta Constitución», y al art. 6, sección II, que proclama que «esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que serán hechas en cumplimiento de la misma y todos los tratados hechos bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado deberán conformarse a ella, no obstante cualquier disposición contraria de la Constitución o de las leyes de cualquier Estado». A la luz de ambos artículos, el Juez Marshall realizó una interpretación teleológica y sistemática que derivaría en la afirmación del control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review of legislation*), cerrando así la posibilidad que le brindaba el constituyente americano con su silencio. Este control judicial, de acuerdo con el tenor del texto constitucional, se extendería como competencia a todos los jueces del país, instaurándose con ello un modelo *difuso* de control de constitucionalidad, suavizado, no obstante, por la naturaleza de apelación de la Corte Suprema.

Como venimos diciendo, la Constitución no prohibía expresamente la *judicial review*, y, en base a ello, Marshall la formuló desprendiéndola del *sentir* y del *espíritu* de la norma suprema. Así lo resume el propio *Chief Justice* en unas pocas palabras: «Si, por tanto, las Cortes 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 que debe regir el caso al cual ambas se aplican»³⁷. El argumento es simple: como quiera que la Constitución es *formalmente* la ley fundamental al precisarse un procedimiento agravado de reforma (enmiendas) y poseer ella misma una forma solemne, toda ley ordinaria ha de ajustarse y subordinarse a la ley suprema. Queda así formulado el valor *jurídico* de la Constitución y reafirmada su supremacía *formal*, frente al

³⁶ María Sofía SAGÜES, *op. cit.*, pág. 145.

³⁷ Cit. en Roberto L. BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, pág. 184.

valor *político* que se les otorgará en Europa a las Cartas Fundamentales hasta la primera postguerra mundial.

Si bien no los nombra, debieron influir notoriamente en el *dictum* de *Marbury v. Madison* las opiniones vertidas por los federalistas en relación con la supremacía de la Constitución y la necesidad de control de constitucionalidad por parte de los jueces, un control que se hace necesario en tanto se convierte en un contrapeso más de la voracidad del poder legislativo. El ejemplo paradigmático nos lo brinda Hamilton en el n.º 78 de *El Federalista*, cuando afirma que si el Poder Judicial en una monarquía «representa una barrera óptima para el despotismo del príncipe, en una república es una barrera no menos excelente contra las invasiones y opresiones del cuerpo representativo»³⁸. Y aún más contundente es el fundador del Partido Federalista cuando defiende, sin circunloquios, la superioridad *formal*: ««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 cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese 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»»³⁹.

Si engarzamos con el argumento que hemos venido siguiendo hasta ahora, tras el reconocimiento de la supremacía formal de la Constitución subyace la idea «iusnaturalista» que formulábamos en las primeras páginas de nuestro estudio. La Constitución es suprema en tanto recoge, directamente, el núcleo de derechos y libertades fundamentales «naturalizados» por la historia e implementados por la jurisprudencia a través del *common law* británico, y garantizados por medio de un procedimiento rígido de modificación constitucional.

El problema surge, evidentemente, en la subjetividad y relatividad de las interpretaciones que de ese núcleo mínimo de derechos hagan los jueces a partir de *Marbury v. Madison*, pues en sus manos está el que ahora se convierte en el instrumento fundamental contra los excesos del Parlamento: la *judicial review*.

VI. LA CONSOLIDACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES

Si bien John Marshall fue Presidente de la Corte Suprema hasta 1835, y su doctrina asentada en *Marbury v. Madison* fue, con el decurso del tiempo, ampliamente aceptada, no se llegaría a producir otra declaración de inconstitucionalidad de una ley hasta 1857, en el caso *Dred Scott v. Sandford*. Y es este, precisamente, el ejemplo que podemos elegir como paradigmático del riesgo que introdujo Marshall al colocar en manos de los jueces el control de las leyes

³⁸ *Ibidem*, pág. 158.

³⁹ *Ibidem*, pág. 27.

a la luz de los extremadamente vagos y abstractos preceptos constitucionales estadounidenses.

El *dictum* de *Dred Scott v. Sandford* sería uno de los detonantes directos de la cruenta Guerra de Civil (1861-1865) y, por supuesto, una de las sentencias más controvertidas de la historia judicial estadounidense.

En ella, la Corte Suprema, presidida por el *Chief Justice* Roger B. Taney, negó tajantemente que los negros pudieran ser ciudadanos y declaró inconstitucional la Ley Federal de 1820 que prohibía la esclavitud en las tierras que habían pasado a dominio público tras la compra de la Louisiana.

La sentencia, dictada en pleno debate sobre la esclavitud en unos EE.UU. divididos entre Estados libres y esclavistas o sureños, concluyó que en ese *We, the people* la población negra, simplemente, quedaba descartada. Así se expresó la Corte al respecto: «La cuestión es si la persona [de color] ahora recurrente forma parte de ese pueblo y si es cotitular de la soberanía. Creemos que no. Este tipo de personas no están incluidas, y no estaba previsto que lo estuvieran, en el concepto constitucional de ciudadanos [...]. Al contrario, en el momento constituyente eran considerados una raza subordinada e inferior, bajo la autoridad de la raza dominante, y, en libertad o en esclavitud, continúan sometidos a ella [...]»⁴⁰. La inconsistencia de esta infame interpretación se refuerza, además, por el hecho de que, años antes, en 1841, con ocasión del caso *The Amistad*, la Corte Suprema había reconocido que los esclavos negros no eran propiedad de ningún Estado⁴¹. Se refuerza así, con este inapropiado comportamiento, la frase ya célebre del gobernador de Nueva York, Charles Evan Hughes: «vivimos bajo una Constitución, y la Constitución es lo que los jueces dicen que es»⁴².

Tras la Guerra Civil, y en el marco de la derrota de los confederados, se aprobaría la Decimotercera Enmienda que pondría fin, al menos en teoría, a la doctrina sentada en *Dred Scott* y a las reivindicaciones esclavistas de los Estados del sur. Poco después, ya bajo el mandato de Andrew Johnson⁴³, se aprobaría la Decimocuarta Enmienda, aún más concreta en el reconocimiento de la igualdad jurídica de los otrora esclavos negros. No obstante, la Corte Suprema volvería a hacer uso de su casi ilimitado poder de interpretación para vaciar de contenido ambas enmiendas y legitimar, constitucionalmente, la segregación racial. La

⁴⁰ Edouard LAMBERT, *op. cit.*, pág. 27.

⁴¹ El caso se produjo tras arribar en las costas estadounidenses el buque de la Corona española *Amistad*, tomado por los esclavos negros que transportaba. La Corte Suprema, en este caso, les consideró, además de personas, libres.

⁴² Ricardo HARO, «El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n.º 20041, 2004, pág. 62.

⁴³ Aunque Johnson había formado parte del gabinete de Lincoln, sus ideas antifederalistas le llevaron a enfrentarse a un Congreso de mayoría federalista y abolicionista. De hecho, sería el primer Presidente de los EE.UU. sometido a un proceso de *impeachment*, aunque no llegaría a triunfar.

Corte apuntalaba así el proceso de reconciliación característico de la postguerra o *Reconstrucción*, que exigía atemperar el clima de victoria federalista. A pesar del claro tenor e intenciones de las modificaciones constitucionales⁴⁴, la Corte llevó a cabo una lectura restrictiva de su contenido en el *dictum* de los *Slaughter House Cases* (1873), donde se les dejaba a los Estados un amplio margen en la concreción de los derechos civiles de los negros⁴⁵. En *Plessy v. Ferguson* (1896) se asentaría esta doctrina, estableciendo el principio de «separados pero iguales» que reinaría hasta el Movimiento de los Derechos Civiles de la década de los sesenta.

VII. LA ERA LOCHNER Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Pero, sin duda, uno de los ejemplos más radicales de la ilimitadas consecuencias del control judicial de constitucionalidad en los EE.UU., vendría dado por un intervencionismo judicial sin precedentes que frenaría, sistemáticamente, cualquier avance social a principios de la pasada centuria. Hemos de apuntar que, si bien este mecanismo de control jurisdiccional se caracteriza por su naturaleza *difusa*, que implica la posibilidad de que cualquier juez declare la inconstitucionalidad de una norma, la Corte Suprema será la que, *ab initio*, adquiera el verdadero protagonismo como última instancia⁴⁶.

En este sentido, a partir de la Guerra Civil y de los primeros años de la *Reconstrucción*, el Poder Judicial y, eminentemente, la Corte Suprema, se irán convirtiendo poco a poco en uno de los principales actores de la política estadounidense, frente a la relativa pasividad de la etapa anterior.

La nueva orientación intervencionista del tercer Poder del Estado vendría motivada por los profundos cambios socioeconómicos en los Estados Unidos de principios de siglo. La consolidación de la industrialización y el despegue demográfico de las grandes urbes⁴⁷ fueron la base de un incipiente movimiento obrero e industrial que desvirtuaba la homogeneidad social a que hacíamos referencia en el momento constituyente.

Los jueces, haciendo uso de su nueva naturaleza de contrapeso al Legislativo, declararán inconstitucionales numerosas leyes sociales, tanto federales como estatales, destinadas a paliar las pésimas condiciones de vida de la clase trabajadora.

⁴⁴ Por ejemplo, de acuerdo con la Decimotercera Enmienda, aprobada dos meses antes de la rendición definitiva de las tropas confederadas, «ni la esclavitud ni la servidumbre impuesta existirá en los EE.UU. o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción».

⁴⁵ En este sentido, los Estados del sur se apresuraron a aprobar los llamados «Códigos negros», verdaderas declaraciones de limitaciones en materia de derechos y libertades para la población afroamericana.

⁴⁶ En la actualidad puede afirmarse la existencia de un sistema de control *híbrido*, al poseer también características del *concentrado* dado el papel predominante de la Corte Suprema, reforzado a raíz de sentencias como *Cooper v. Aaron*.

⁴⁷ El período comprendido entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial es conocido en los EE.UU. como la «Edad Dorada», como consecuencia del rápido y vertiginoso incremento de la producción y, con ello, de las desigualdades sociales.

El Poder Judicial se convierte, así, en un activo Poder Político, ajustándose a lo que un siglo antes había ya postulado Tocqueville: «el juez americano se parece, pues, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo está revestido de un inmenso poder político. [...] La causa radica en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de basar sus sentencias en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales»⁴⁸.

Lo que los juristas han venido a denominar «pensamiento legal clásico» condensa en sí las bases que sirvieron de fundamento a los jueces para frenar tan importantes avances sociales. Según esta doctrina, el Derecho, eminentemente el Derecho Privado, es un campo eminentemente jurídico, y no político. Su existencia es independiente de los vaivenes del Legislativo, y la única función del juez es encontrar ese Derecho predeterminado e indisponible⁴⁹. Estamos, como vemos, ante la ampliación del núcleo de derechos fundamentales de Sir Edward Coke (*the law of the land*) hacia campos hasta entonces disponibles por el poder político. Este aislamiento del Derecho como «ciencia» beneficiaba, evidentemente, al *status* establecido en el momento constituyente y, por supuesto, a las clases adineradas, que veían en el Poder Judicial el máximo defensor de unos derechos, o más bien, privilegios, considerados «naturales» e «históricos»⁵⁰. Todo ello se desarrollaría en la llamada «Era Lochner», llamada así por el caso que se convertiría en el ejemplo prototípico del intervencionismo judicial norteamericano.

En 1905 la Corte Suprema se pronunció sobre la Ley del el Estado de Nueva York que reducía la jornada laboral de los panaderos, declarándola inconstitucional. Los magistrados se basaron en la cláusula constitucional de libertad de comercio (art. I, sec. 10) y, sobre todo, en una vaga interpretación teleológica del sentir del texto constitucional y del derecho al debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. Así, la Corte afirmó en su *dictum* que «la cuestión acerca de si la regulación es válida como una ley laboral pura y simple puede ser rechazada en pocas palabras. No hay ninguna razón para interferir en la libertad de la persona o en su derecho a contratar libremente, mediante la determinación de la jornada laboral en las panaderías»⁵¹.

De este modo, *Lochner* cerraba la puerta a la intervención del Estado en la economía y al reconocimiento de los primeros derechos sociales. La Corte Suprema sólo admitiría la regulación estatal en el caso de los trabajos penosos,

⁴⁸ Alexis TOCQUEVILLE, *op. cit.*, pág. 97.

⁴⁹ Esta es, precisamente, una de las principales causas del fracaso del movimiento codificador en los Estados Unidos.

⁵⁰ El pensamiento legal clásico fue duramente criticado incluso desde el seno de la propia Corte. Valga el ejemplo del famoso jurista Oliver Wendell Holmes Jr., llamado el «Gran Disidente», cuyos votos particulares constituirían el principal freno jurídico al conservadurismo de los pronunciamientos del Alto Tribunal. Su vida fue llevada al cine en *The magnificent Yankee*, de 1950.

⁵¹ Julio CÉSAR RIVERA, «¿Cómo debe ejercerse el control de razonabilidad de leyes que incursionan en materia socioeconómica?», en *La Ley*, Universidad de Buenos Aires, 2002, pág. 5.

por atentar contra la salud de los trabajadores⁵², descartando así cualquier fin redistributivo de la intervención normativa del Estado.

Esta sentencia, como aventurábamos, abrió paso a la época que lleva su nombre, que finalizaría con el advenimiento de la Gran Depresión y el *New Deal*⁵³. No obstante el relativo corto período de tiempo de la Era Lochner, el freno que produjo en la legislación social de los Estados Unidos fue tan evidente y artificioso, que hoy día se sigue utilizando el término *lochnerize* como sinónimo de una mala interpretación judicial.

Aunque *Lochner* no fue más que uno de los muchos casos cristalizadores de la posición conservadora de la Corte y de su nueva naturaleza «supralegislativa», hemos de hacer también referencia a los cambios que en su seno se irían produciendo, y el importante apoyo que, en no pocos casos, brindó a los derechos sociales una vez finalizada la citada etapa.

El *New Deal* y las necesidades derivadas de la Gran Depresión, como ya apuntábamos, forzarían a la Corte a cambiar su línea jurisprudencial modificando cualitativamente su doctrina⁵⁴. Ya en *Nebbia v. New York* (1934) la Corte declaró que la libertad contractual no era un derecho absoluto, y podía ser modulado por el Estado, para, posteriormente declarar, en 1937, la constitucionalidad de una Ley que establecía un salario mínimo para las mujeres, a raíz del caso *West Coast v. Parrish*, el auténtico vértice del cambio jurisprudencial de la Suprema Corte.

Con estas sentencias, y como consecuencia del descrédito de la Era Lochner y del pensamiento legal clásico, la Corte rechazó, paulatinamente, toda intromisión política, cuidando en exceso la posible inconstitucionalidad de las leyes y medidas sociales. Hasta tal punto que, años más tarde, así se expresaría el propio Alto Tribunal: «no nos concierne si la Legislatura tomó como libro de texto a Adam Smith, Herbet Spencer, Lord Keynes o algún otro»⁵⁵.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: GARANTE DE LA DEMOCRACIA

A pesar de quedar ya lejos *Lochner* o *Dred Scott*, el poderoso instrumento de poder que es el control judicial de constitucionalidad de las leyes sigue descansando en los ambiguos y anacrónicos preceptos constitucionales⁵⁶. Y es que

⁵² El ejemplo paradigmático es *Holden v. Hardi*, cuyo pronunciamiento admitió la constitucionalidad de una ley que limitaba la jornada laboral de los mineros.

⁵³ El triunfo arrollador de Roosevelt en 1936 sería determinante. El propio Presidente, con el apoyo del Congreso, llevaría a cabo el por entonces conocido «empaquetamiento de la Corte», una serie de medidas tendentes a desarmar al Alto Tribunal.

⁵⁴ El principio de *stare decisis* no vincula a las propias decisiones de la Corte, que puede, en cualquier momento y de forma motivada, cambiar las líneas maestras de su jurisprudencia.

⁵⁵ Julio CÉSAR RIVERA, *op. cit.*, pág. 12. Esta lapidaria frase se encuentra en el *dictum* del caso *Ferguson v. Skrupa* (1963).

⁵⁶ El 13 de diciembre de 2010, el juez Henry Hudson declaró inconstitucional la reforma sanitaria impulsada por el Presidente Obama. El Gobierno Federal ya ha recurrido a la Corte Suprema.

la petrificación de la Constitución estadounidense resulta, en ocasiones, hasta cómica. Así, para la Carta de Filadelfia, los nativos americanos son todavía un importante factor económico, como se desprende del art. I, sec. 8, que otorga al Congreso la potestad de regular «el comercio con las tribus indias».

Las escasas enmiendas (descartando la *Bill of Rights*) no han llegado a modificar sustancialmente un texto constitucional que ya tiene más de doscientos años. Como nos dice Zagrebelsky: «una constitución que sobrevive con modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana»⁵⁷. Y no sólo lo advierte el insigne jurista italiano, el propio Jefferson que, recordemos, fue el principal autor de la Declaración de Independencia, defendía ya la necesidad de que la Constitución se modificase totalmente cada generación, al menos cada 34 años⁵⁸.

Por consiguiente, parece cuanto menos evidente la necesidad de modificar, profundamente, la Constitución de la mayor potencia del mundo en aras de una mayor seguridad jurídica, impidiendo jurídicamente la posibilidad de que las interpretaciones jurisprudenciales del Poder Judicial degeneren en sentencias como *Lochner* o *Dred Scott*. Constitucionalizar expresa y taxativamente el núcleo de derechos fundamentales que se quieren proteger anularía la actual relatividad y ambigüedad de unos preceptos que descansan, histórica y jurídicamente, en un vago conjunto de derechos «naturales» indisponibles para el poder legislativo⁵⁹.

A pesar de ello, es indiscutible la aportación de los Estados Unidos al Derecho gracias no sólo al reconocimiento del valor *jurídico* de la Constitución, sino también, de las debidas garantías de su supremacía formal mediante la *judicial review*. Por el contrario, en la Vieja Europa las constituciones tardarían en elevarse como cúspide del ordenamiento jurídico, prevaleciendo por largo tiempo la arbitrariedad de los poderes públicos y las extralimitaciones del legislativo. En cambio, la Revolución francesa impregnaría al constitucionalismo decimonónico con una concepción que, en la Constitución americana, parece accesoria. Como ya defendiera Sieyès, la Constitución es, sobre todo, poder constituyente y poder constituyente es, en esencia, la soberanía directa del pueblo o nación. Es el pueblo el que, a través de un proceso constituyente, perfila directamente

⁵⁷ Gustavo ZAGREBELSKY, «Jueces constitucionales», en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 98.

⁵⁸ Así lo quedó recogido para la posteridad en la célebre Carta a James Madison (editada en su *Autografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987): «[...] Puede demostrarse que ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo».

⁵⁹ Esta indisponibilidad sería magistralmente expuesta por el *Justice* Robert Jackson, en *West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943): «el derecho de cada uno a la vida, a la libertad, la propiedad, la libertad de expresión, de culto, de imprenta y reunión, y los demás derechos fundamentales, no pueden ser sometidos al voto». Cit. en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, *op. cit.*, pág. 101.

el conjunto de libertades, obligaciones y derechos que va a otorgarse, así como el modelo de Estado al que se va a someter a través de los poderes constituidos. La legitimidad del Estado en tanto poder estatuido deriva del constituyente en cuanto poder originario, y es este origen el que legitima, a su vez, el control de constitucionalidad. De esta superioridad *material* de la Constitución, y no sólo formal, se desprende el resto del ordenamiento jurídico, sometido, en consecuencia, a los preceptos que el pueblo, mediante la Constitución, ha establecido.

Este sometimiento es la condición previa y de necesidad de cualquier control judicial de constitucionalidad. La justicia constitucional se define, así, como la principal lugarteniente de la voluntad soberana del pueblo⁶⁰, de la voluntad depositada por éste en el momento constituyente⁶¹. Como nos dice Kelsen: «el destino de la democracia moderna depende en gran medida de la configuración sistemática de todas las instituciones de control [constitucional]»⁶².

El control judicial de constitucionalidad no ha de fundamentarse, en consecuencia, en frágiles principios históricos iusnaturalistas débilmente positivizados, sino en sólidas bases establecidas *a priori* por un poder constituyente *actual*, que «constitucionalice» aquellos derechos que considere oportunos para su debida garantía y defensa frente a la posible discrecionalidad de los poderes estatuidos. Estados Unidos necesita ampliar, democratizar y actualizar ese «Nosotros, el pueblo» ya carente de fundamento.

La conjunción de la superioridad *jurídica* y *material* en la Constitución americana, la imperiosa actualización de ésta por un nuevo poder constituyente y la adecuación de la justicia constitucional a su verdadera naturaleza y posición, constituyen, en definitiva, los mejores instrumentos para consolidar y perpetuar en el tiempo la democracia constitucional más longeva del mundo.

⁶⁰ Sobre la noción de soberanía, *vid.* Manuel ARAGÓN REYES, *La democracia como forma jurídica*, Barcelona, 1991.

⁶¹ *Vid.* Manuel ARAGÓN REYES, «La Constitución como paradigma», en *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, *op. cit.* Manuel Aragón es Magistrado del Tribunal Constitucional de España y Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid.

⁶² Hans KELSEN, *op. cit.*, pág. 181.