

La enseñanza del caso “Marbury vs. Madison”

ALBERTO F. GARAY*

1. INTRODUCCIÓN

En un ensayo presentado en la Facultad de Derecho de la Wake Forest University, con motivo del simposio organizado para celebrar los doscientos años del afamado caso “Marbury vs. Madison”,¹ el profesor Sanford Levinson arremetió provocativamente contra la sentencia dictada en esa causa. Levinson propuso desplazar ese caso del lugar de privilegio que ocupa en la enseñanza del Derecho Constitucional. Basó su crítica en cuatro razones que juzgaba determinantes, a saber: (i) comprender la importancia del caso exige un conocimiento histórico profundo que los alumnos no poseen y que los profesores no tienen tiempo de transmitir; (ii) la cuestión jurídica directamente involucrada en “Marbury” (v. gr., si el Congreso podía añadir casos no enumerados en la Constitución a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema) era de escasa importancia, a diferencia de las tratadas en casos como “Stuart vs. Laird”,² “Prigg vs. Pennsylvania”³ o “Plessy vs. Ferguson”,⁴ o, inclusive, la referida a la compra de Louisiana; (iii) el razonamiento falaz empleado por Marshall es modelo, si lo es de algo, de lo que no se debe hacer cuando se interpreta una ley o una cláusula de la Constitución; (iv) la enseñanza de “Marbury” refuerza la idea de la supremacía judicial en vez de la supremacía de la Constitución.

Con encomiable honestidad intelectual y espíritu docente, Levinson adosó a su ensayo los correos electrónicos que –relacionados con el trabajo en cuestión y antes de que se publicara– le enviaron otros dos pro-

* Abogado, Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina.

¹ 5 U. S. 137 (1803).

² 5 U. S. 299 (1803).

³ 41 U. S. 539 (1842).

⁴ 106 U. S. 629 (1883).

fesores. Ambos, con diferentes enfoques, no dudaron en cuestionar el propósito perseguido por Levinson. Los profesores consultados coincidían en la importancia política de “Marbury” y en su utilidad didáctica. A los ojos de Jack Balkin, el caso es lo que los críticos literarios denominan un “clásico”. A los de Caminker, un diez por ciento de su importancia como material didáctico es atribuible a la tradición, pero un noventa por ciento lo es al hecho de que, al estar tan alejado de los intereses que un alumno puede tener hoy, les permite razonar los diversos problemas contruidos a partir de él, sin que su respuesta esté directamente influenciada por su ideología o por los conflictos del presente.

En mi opinión, la breve defensa que Balkin y Caminker ensayan es más persuasiva que el ataque que Levinson propone. Creo que en su crítica, Levinson incurre en exageraciones y omisiones inexcusables. No obstante, la inclinación de éste en favor de enseñar el caso en los países que atraviesan transiciones políticas fundacionales (por ejemplo, algunos países del Este europeo), y la ubicación de ese precedente en un período semejante en la historia política y constitucional norteamericana, tienen un atractivo indudable. Algo me inquietó de esta idea.

Estas observaciones y los breves intercambios habidos entre los mencionados profesores son una buena ocasión para hablar del asunto aquí también.

2. CÓMO SE PRESENTABA EL CASO “MARBURY” EN LA ARGENTINA

Cuando en la carrera de Abogacía me tocó estudiar Derecho Constitucional (allá por la década del setenta), el caso era generalmente presentado como el antecedente inmediato del control judicial de constitucionalidad tenido en cuenta por nuestros constituyentes y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo general, a la opinión del ocasional profesor se agregaban algunos razonamientos de la sentencia considerados relevantes. Esos razonamientos jamás se cuestionaban y nadie se hacía cargo de los embates que, en su suelo, ese precedente había tenido a lo largo del siglo XX. Se lo presentaba como el *leading case* incuestionable en la materia.⁵ Grande fue mi sorpresa cuando, años después, tomé contacto con

⁵ Ver, por ejemplo, LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 3ª ed., Plus Ultra, 1981, pp. 500 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Consti-*

libros y artículos norteamericanos (que citaban otros libros y artículos) dedicados exclusivamente a analizar críticamente cada uno de los argumentos, razonamientos y conclusiones del fallo. Descubrí entonces un nuevo “Marbury vs. Madison”. Las afirmaciones que contiene la sentencia ya no aparecían tan incuestionables sino, por el contrario, eran sometidas a críticas de diversa intensidad y tono, al tiempo que ciertos razonamientos –algunos de los cuales eran bienvenidos por nuestros profesores– se denunciaban como falaces. Estudié cómo, a partir de lo dicho en él, los profesores norteamericanos veían el establecimiento de las bases de doctrinas constitucionales que adquirirían mayor desarrollo en años posteriores. En fin, encontré un *leading case* bastante distinto de aquel que, bajo el mismo título, me habían enseñado los mayores.

3. ASPECTOS RELEVANTES DEL CASO Y DE LA SENTENCIA PRONUNCIADA EN “MARBURY VS. MADISON”

Una de las razones que Levinson esgrime en contra de la enseñanza de este caso, como se sintetizó más arriba, es el menguado conocimiento del contexto histórico que los alumnos norteamericanos poseerían. Más allá de la verdad o falsedad de esta generalización, creo que, sin necesidad de incurrir en reduccionismos deformantes, se pueden proporcionar algunos datos relevantes que sirvan al propósito de ilustrar, esquemáticamente, acerca de cuál era el marco histórico-político en el que había surgido el conflicto cuya solución se pedía a la Corte. A mi modo de ver, la transmisión de los hechos siguientes –proporcionados por diversos autores norteamericanos– es suficiente para comprender el contexto histórico dentro del cual surgió el conflicto y se dictó la sentencia.

El 17 de febrero de 1801, a veinticuatro años de la declaración de la Independencia y a once años de la sanción de la Judiciary Act, luego de una reñida elección presidencial que había culminado en un empate virtual, la Cámara de Representantes eligió a Thomas Jefferson como presidente de los Estados Unidos. Unos pocos días antes, el 4 de febrero de ese año, John Marshall juraba a los cuarenta y cinco años como presidente de

tucional del poder, Ediar, 1967, pp. 326, 990; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª ed., Depalma, 1988, p. 85; RAMELLA, Pablo A., ed. actualizada 1986, Depalma, p. 213.

la Corte Suprema de los Estados Unidos.⁶ Marshall era, hasta entonces, el secretario de Estado de la administración saliente, encabezada por John Adams. Desde la elección de Jefferson hasta su asunción como presidente, el 4 de marzo, ocurrirían hechos trascendentes. En ese breve interregno, el presidente saliente –aparte de la designación de Marshall en la Corte– dispuso tres medidas que originarían un fuerte enfrentamiento con el presidente entrante. Por un lado, propuso la modificación de la Judiciary Act, y redujo el número de jueces de la Corte Suprema de seis a cinco. La razón ofrecida públicamente fue que el sexto juez del alto tribunal, Cushing, estaba enfermo y no podía desempeñar su función. Pero era obvio que esa reducción le quitaba a Jefferson la posibilidad de, una vez asumido su cargo, designar un reemplazante. En el proyecto también se creaban dieciséis cargos de jueces de circuito. Esta propuesta fue aprobada por el Congreso el 13 de febrero.⁷ Por otro lado, unos días después, Adams envió un nuevo proyecto de ley referido a la Carta Orgánica del Distrito de Columbia (hoy Washington D. C.). En dicho proyecto se proponía, entre otras cosas, la creación de juzgados de paz para el distrito, unidades que estarían a cargo de jueces que se desempeñarían 5 años en el puesto. El Congreso aprobó la ley el 27 de febrero y autorizó al presidente a designar los magistrados para ocupar esos tribunales. El 2 de marzo, es decir, un día antes de que Jefferson jurara como presidente, Adams propuso 42 personas para cubrir esos puestos y, al día siguiente, el Senado prestó su acuerdo. Rápidamente, Adams firmó todas las designaciones y se comenzó una febril carrera contra reloj, a fin de notificar a cuantos jueces se pudiera. Se trabajó durante toda la noche corriendo con esas diligencias pero, a causa de la cantidad de nombramientos, los correspondientes a Marbury y a sus tres litisconsortes quedaron sin ser formalmente comunicados a sus destinatarios. El oficial notificador era James Marshall, herma-

⁶ CLINTON, Robert Lowry, “*Marbury vs. Madison*” and judicial review, University Press of Kansas, 1989, p. 85; GUNTHER, Gerald y M. KATHLEEN SULLIVAN, *Constitutional Law*, Foundation Press, 1997, p. 11; VAN ALSTYNE, William W., “A Critical Guide to Marbury vs. Madison”, en *Duke Law Journal* 1, 1969.

⁷ Meses después, el Congreso federal, formado con los nuevos integrantes surgidos de la misma elección, derogarí esta ley (CHEMERINSKY, Edwin, “Constitutional Law. Principles and Policies”, en *Aspen Law & Business*, 1997, p. 37). A su vez, la Corte Suprema, pocos días después de resolver “Marbury”, convalidó aquella derogación en “Stuart vs. Laird”, 5 U. S. 299 (1803).

no de quien, como se dijo, era, simultáneamente, presidente de la Corte Suprema y secretario de Estado.

Una vez que Jefferson asumió la primera magistratura, ordenó a su secretario de Estado, James Madison, que retuviera las designaciones pendientes.⁸ Marbury y otros tres postulados, que también contaban con acuerdo del Senado, solicitaron al secretario de Estado que les notificara sus designaciones. Pero Madison nunca los notificó. Ante su silencio, en diciembre de 1801, los cuatro perjudicados, con el patrocinio letrado del ex Attorney General de Adams, Charles Lee, iniciaron demanda ante la Corte Suprema, invocando su competencia originaria y solicitándole a ésta que ordenara a Madison, a través del denominado writ of mandamus que los pusiera en funciones.⁹ El tribunal solicitó al demandado que informara sobre la exactitud del reclamo y, eventualmente, las causas por las cuales se habrían retenido esas cédulas. Madison, sin embargo, nunca respondió. El estado de la causa parecía indicar que ella se encontraba ya en condiciones de ser resuelta. No obstante, el fallo se haría esperar. A principios de 1802 el Congreso, por ley, impidió que la Corte Suprema sesionara, aboliendo el inicio de los períodos de reuniones que debían principiar en junio y en diciembre.¹⁰ De allí que la decisión recién se conociera dos años después de iniciada la causa, esto es, en 1803. Como se sabe, en su sentencia la Corte se extendió largamente sobre el derecho de los actores y la obligación en la que se hallaba Madison, a la luz del derecho vigente. A pesar de ello, la Corte consideró que la ley invocada por Marbury y sus litisconsortes para surtir la competencia originaria del Tribunal en materia de writs of mandamus era inconstitucional, lo que la privaba de jurisdicción en el caso. Hasta aquí los hechos más relevantes de este acontecimiento.

4. UN CAMBIO TRASCENDENTE

Los párrafos más salientes de la resolución son bastante conocidos hoy día y en su repetición no encuentro atractivo.¹¹ Sin embargo, sí puede

⁸ VAN ALSTYNE, W. W., op. cit. *supra* nota 6, p. 4.

⁹ *Idem ante*.

¹⁰ CHEMERINSKY, E., op. cit. *supra* nota 1, p. 37.

¹¹ EN MILLER, J., M. A. GELLI y S. CAYUSO, *Astrea*, 1988, el lector encontrará una traducción de porciones importantes del fallo.

desempolvarse un aspecto relevante relacionado con esa decisión, que, generalmente, no ha sido atendido. Me refiero a que, en oportunidad de preparar la sentencia del caso, John Marshall modificó radicalmente el estilo judicial imperante hasta entonces. En efecto, al igual que en Inglaterra, en la Corte Suprema norteamericana una sentencia se descomponía en tantos votos (u opiniones) como jueces había en el tribunal. Cada juez emitía un voto fundado, expresando las razones que lo inclinaban en tal o cual sentido. Es lo que se conoce en esas jurisdicciones como decisiones *seriatim*. Así redactaba sus decisiones la Corte Suprema norteamericana, hasta la llegada de Marshall.¹² A instancia suya, el tribunal abandonó dicha práctica y optó por delegar en uno de sus integrantes la responsabilidad de proyectar la sentencia del caso, decisión que, a partir de entonces y hasta hoy, estaría precedida de la frase “Opinión de la Corte” (*Opinion of the Court*).¹³ Consecuentemente, el designado -Marshall, en los casos más importantes, según refiere su historiador-redactaba un voto, y aquellos que coincidían con él, adherían. A quienes no coincidieran con la decisión o con sus justificaciones, por otro lado, les estaba permitido redactar votos concurrentes o disidentes. Esta modalidad permitía que el juez preopinante tuviera el control del texto del proyecto, el que podía recibir añadidos o enmiendas propuestas por los restantes, a cambio de firmar todos un solo documento y presentarse ante la sociedad, conforme anhelaba Marshall, como un tribunal unido y con una sola voz.¹⁴ Así fue cómo, en definitiva, la sentencia dictada en este caso consiste en un texto único tal cual la conocemos.¹⁵

5. PRINCIPIOS QUE EMANAN DEL PRONUNCIAMIENTO

Cinco principios importantes relacionados con el Poder Judicial federal emanan de esta decisión.¹⁶

¹² SCHWARTZ, Bernard, *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993, p. 39.

¹³ SNOWISS, Sylvia, “Judicial review and the law of the Constitution”, en *Yale University Press* 1990, p. 123.

¹⁴ SCHWARTZ, B., *idem ante*.

¹⁵ Al mismo tiempo, esta nueva modalidad dificultaba la redacción de votos disidentes o concurrentes, práctica contra la que había bregado Marshall insistentemente. SNOWISS, S., *idem supra* nota 13.

¹⁶ CHERMERINSKY, Erwin, “Federal jurisdiction”, en *Aspen Law & Business*, 3ª ed., p. 14.

Primero, “Marbury” afirmó la competencia de los tribunales federales para revisar los actos de gobierno, más específicamente, los de un secretario de Estado que actuaba bajo órdenes directas del presidente. Para fundar esa atribución judicial, el tribunal expresó que “cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento perentorio de tales actos, él pasa a ser funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede despojar a otros discrecionalmente de sus derechos adquiridos”.¹⁷

Segundo, para deslindar qué casos podían ser revisados por los tribunales y cuáles no, habló de la existencia de una categoría de cuestiones, llamadas cuestiones políticas. Estos asuntos versarían sobre atribuciones que la Constitución confía al Ejecutivo y que, por tanto, no eran cuestionables judicialmente. Concretamente, dijo: “Por la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente es investido de ciertos poderes políticos importantes, cuyo ejercicio depende de su exclusiva discreción, y sólo responde políticamente ante su país (...) las materias son políticas. Ellas atañen a la Nación, no a derechos individuales”.¹⁸

Tercero, la Constitución norteamericana (art. III, sección 2) dispone que la Corte Suprema ejerce competencia originaria en los casos de embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros y en aquellos en los que un vecino de un Estado demanda a otro Estado o se trata de un juicio entre Estados de la Unión.¹⁹ Sin embargo, el presente caso no tenía ninguna de esas características. En realidad, los actores invocaban la competencia originaria, no en base a ese artículo constitucional sino con sustento en el art. 13 de la Judiciary Act. Según la interpretación que ellos le otorgaban –interpretación que desarrolló la Corte– ese artículo confería

¹⁷ 5 U. S. 163, 166; MILLER, J. *et al.*, op. cit. *supra*, p. 7.

¹⁸ *Idem ante*, pp. 165-166; p. 6 *in fine*/7.

¹⁹ El art. III, sección 2, es prácticamente idéntico a los arts. 116 y 117 de la Constitución argentina, con la única excepción de que nuestro texto establece que la competencia originaria es exclusiva, característica que no está en la disposición norteamericana. Al no disponerse esa exclusividad en la Constitución norteamericana, la ley ha podido facultar a la Corte a elegir con qué casos quedarse y cuáles re-enviarlos a los jueces federales de primera instancia.

al tribunal jurisdicción originaria para expedir *writs of mandamus*. Sin embargo, cuando se lee el mencionado precepto es difícil coincidir con la interpretación defendida por Marshall. Esa norma, luego de referirse a la competencia originaria de la Corte, disponía que “[E]n los casos que seguidamente se consideran de modo especial, la Corte Suprema también tendrá competencia apelada de las cortes de circuito y de aquellas con asiento en los diferentes Estados; y tendrá poder para expedir *writs of prohibition* dirigidos a las cortes de distrito, cuando procede como tribunal de almirantazgo y jurisdicción marítima, y *writs of mandamus* en aquellos casos basados en los usos y principios de derecho, respecto de cualquier tribunal o funcionario que actúe bajo la autoridad del gobierno de los Estados Unidos”.²⁰

En general, los autores norteamericanos están contestes en que existían otras interpretaciones posibles e inclusive que la elegida por Marshall fue la más controvertible. Dado que la referencia al *writ of mandamus* se hallaba dentro de un párrafo referido a la competencia apelada de la Corte, lo razonable hubiera sido colegir que el tribunal podía expedir ese *mandamus*, siempre que correspondiera, dentro de su competencia en grado de apelación. Inclusive, como sostiene Van Alstyne, el tribunal podría haber interpretado que la Corte poseía el poder de expedir ese tipo de *writ*, tanto en su competencia originaria como en la apelada, según que correspondiere en cada caso.²¹ Tal inteligencia hubiera evitado entrometerse con la constitucionalidad de la norma, y la demanda habría sido rechazada por no versar sobre ninguno de los supuestos de competencia originaria contemplados por el art. III, sección 2 de la Constitución. Lo cierto es que, definido el sentido mencionado en la sentencia, Marshall dio un paso más. Sostuvo que el art. III, sección 2 de la Cons-

²⁰ Ver MILLER, J. *et al.*, op. cit. *supra*, p. 9, nota de pie de página nro. 3. El texto original del párrafo en cuestión dice: “The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuits courts and the courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of the law, to any courts appointed, or persons holding offices, under the authority of the United States”.

²¹ VAN ALSTYNE, W., op. cit. *supra* nota 6, p. 15; CHEMERINSKY, E., op. cit. *supra* nota 7, pp. 15-16.

titución ya enumeraba los casos de competencia originaria y que éstos no podían ser ampliados por el legislador federal, algo que tampoco se infiere necesariamente del texto constitucional. Visto de este modo, el caso “Marbury” contribuyó a sentar las bases para establecer el principio, vigente al día de hoy, que dice que los tribunales federales son cortes de competencia limitada. De allí se sigue que el Congreso no puede expandir la jurisdicción federal establecida en el art. III.

Cuarto. Si bien el *holding* del caso es bastante más estrecho, en el fallo se reflexiona en torno al poder de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales. Uno de los párrafos donde se anticipa la posición que adoptará dice: “La cuestión relativa a si una ley repugnante a la Constitución, puede transformarse en la ley vigente es una cuestión profundamente interesante para los Estados Unidos; pero, felizmente, no posee una complejidad proporcionada a su interés”.²² También se vincula ello, a la competencia limitada del Congreso. Tomando palabras del Federalista nro. 78, expresa: “Los poderes de la legislatura son definidos, y limitados, y para que esos límites no sean confundidos u olvidados, es que la Constitución es escrita”.²³

Quinto. Muestra a la Corte como el intérprete decisivo de la Constitución. Dice Marshall: “Por cierto que es competencia y deber de los tribunales decir lo que es la ley (...) Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben decidir cómo opera cada una de ellas. Así, si una ley estuviera en contradicción con la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, la Corte o debería decidir el caso de conformidad con la ley, desechando la Constitución; o de acuerdo a la Constitución, desechando la ley; la Corte debe resolver cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto hace a la esencia misma de la función judicial”.²⁴ Este párrafo es interpretado no sólo como que se reconoce a la Corte voz en un conflicto de esas características sino también como que esa voz es decisiva. Pero sus derivaciones no se limitan a ese punto. En estas cuestiones, como se dice textualmente, tendrán voz los demás tribunales del país, dado que interpretar la ley y resolver los

²² 5 U. S. 163, 176.

²³ *Idem ante*.

²⁴ *Id.*, p. 177.

conflictos normativos, inclusive el que se pudiera presentar entre una ley y la Constitución, “hace a la esencia misma de la función judicial”.

6. SOBRE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES FEDERALES

Una vez que se ha explicitado el contexto histórico, el tipo de cuestiones que se abordan, el modo en que se las resuelve y los principios que de la sentencia emanan, es que comprendemos de modo más preciso el significado de “Marbury” y su trascendencia para el Derecho Constitucional norteamericano y el argentino.

Como se ha visto, uno de los puntos centrales de la sentencia del caso bajo comentario es que en ella la Corte declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una ley sancionada por el Congreso federal. No obstante, no es vano recordar que esta atribución judicial está ausente del texto constitucional norteamericano. Cualquiera que recorra la Constitución federal de los Estados Unidos advertirá que ella no menciona textualmente la atribución del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El segundo párrafo del art. IV dispone: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad del gobierno de los Estados Unidos serán la ley suprema de esta tierra; y los jueces de cada Estado estarán obligados por ellos, no obstante lo que establezca en contrario cualquier Constitución o leyes de cualquier Estado”.²⁵ Con soporte en ese párrafo –fuente inocultable del art. 31 de nuestra Ley Fundamental– se puede construir esa potestad judicial revisora, con relación a las normas estatales. Pero de ahí a las federales, hay un trecho; y ese camino fue precisamente el recorrido por Marshall para declarar la inconstitucionalidad de la sección 13 de la Judiciary Act.

Para apreciar la excepcionalidad de la construcción ensayada en el caso, téngase presente la referencia hecha por Schwartz, en el sentido de

²⁵ “Article VI [...] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.

que, más allá de los antecedentes históricos, políticos y judiciales locales²⁶ que reconocían la existencia del control de constitucionalidad, hasta el año 1803, la Corte Suprema norteamericana, instalada en febrero de 1890, sólo había intervenido en dos casos estatales relacionados con la interpretación de la Constitución. En el primero hizo prevalecer un tratado por sobre lo establecido en una ley del Estado de Virginia, y en el segundo sostuvo que no se estaba ante una ley retroactiva prohibida por la Constitución federal.²⁷ En un tercer caso había resuelto la constitucionalidad de una ley federal.²⁸ Pero fue recién en “Marbury” que, por primera vez, se declaró la inconstitucionalidad de una norma de ese rango.

Si uno retiene todo lo dicho hasta ahora es evidente que, más allá de los reproches que pueda formularsele, sea a Marshall, sea a la Corte, este caso se ha ganado en buena ley el lugar que ocupa en materia de control de constitucionalidad. La trascendencia de esta decisión ha sido tan grande y el predicamento de Marshall sobre sus pares tan fuerte que, usualmente, la decisión adoptada ensombrece otros dos aspectos presentes en ella y que poseen relevancia institucional. El primero de ellos versa sobre la declaración de inconstitucionalidad misma. Por un lado, adviértase que, en el caso, nadie había solicitado que se analizara y declarara la inconstitucionalidad de la ley. Recuérdense que Madison nunca había dado respuesta a los requerimientos del tribunal. Por tanto, el primer caso donde se determina la inconstitucionalidad de una ley federal es, a la vez, uno donde esa sanción fue dispuesta de oficio, posibilidad ésta que, en lo sucesivo, se limitará estrictamente a supuestos donde esté en juego la propia competencia de la Corte. Por el otro lado, el *holding* de la sentencia es verdaderamente estrecho. Como reflexiona Van Alstyne, el *holding* del caso puede ser descrito del siguiente

²⁶ SCHWARTZ, Bernard, *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993, p. 22 (“Entre la Revolución y ‘Marbury vs. Madison’, tribunales estatales afirmaron o ejercieron el poder en al menos 20 casos”).

²⁷ “Ware vs. Hylton”, 3 Dall. 199 (1796), “Calder vs. Bull”, 3 Dall. 386 (1798). En el primero de los casos mencionados el abogado del recurrente era, justamente, John Marshall. Curiosamente, en esa oportunidad, defendiendo la ley de Virginia había alegado que “el poder judicial no tenía autoridad para cuestionar una ley, a menos que tal poder le fuera concedido expresamente por la Constitución”. SCHWARTZ, B., op. cit. *supra*, p. 22.

²⁸ 3 “Hylton vs. United States”, 3 Dall. 171 (1796).

modo: “En los litigios ante la Corte Suprema, la Corte puede rehusarse a reconocer efectos a una ley del Congreso en tanto ella pertenezca al propio poder judicial. En tren de decidir si reconocerle efectos a tal ley, la Corte puede tomar su decisión de acuerdo a su propia interpretación de las disposiciones constitucionales que describen la competencia del poder judicial”. Vista de este modo, continúa el autor, la sentencia se erige como una herramienta defensiva del tribunal frente a una ley del Congreso que, a su criterio, le otorga más competencia de la que la propia Constitución autoriza. E interpretar la decisión en ese sentido es fundamental, desde que sería el modo de poner coto a la legislatura cuando ésta pretende llevar a sus estrados supuestos en que la Constitución misma no la autoriza a intervenir. Sin embargo, el profesor aludido se apresura a corregir que esa estrechez no refleja cuál es la doctrina del caso, según como, mayoritariamente, se ha interpretado la sentencia. Esta doctrina podría formularse del siguiente modo: “En los litigios ante la Corte Suprema, la Corte puede rehusarse a reconocer efectos a una ley del Congreso, en tanto, a los ojos de la propia Corte, esa ley sea contraria a la Constitución”.²⁹ Así, con esa extensión, es como generalmente se suele interpretar este precedente. Es decir que, a pesar de su excepcionalidad original, el caso llevaba consigo un impulso expansionista que los años venideros se encargarían de desplegar.

Por último, no creo, como disputa Levinson, que el caso refuerce la idea de “supremacía judicial” por sobre la noción de supremacía constitucional. El precedente, bien comprendido, no elimina del escenario federal o local a las legislaturas ni al ejecutivo o a los gobernadores. Son todos ellos –y nada en “Marbury” propone lo contrario– los primeros que tienen la obligación de examinar si los proyectos o las normas propuestas o sancionadas lo han sido de conformidad con lo que la Constitución establece. Ellos pueden impedir que disposiciones juzgadas inconstitucionales sean convertidas en ley, así como pueden votar leyes consideradas constitucionales. Muchas de ellas ni siquiera llegarán a los estrados judiciales. Pero, en todos los casos, lo prevalente es siempre la Constitución.

²⁹ VAN ALSTYNE, op. cit. *supra* nota 6, pp. 34-36.

7. ¿ES RECOMENDABLE LA ENSEÑANZA DE “MARBURY VS. MADISON” EN NUESTRAS UNIVERSIDADES?

En mi opinión, el caso debe ser estudiado y analizado críticamente siempre que se deba principiar con la enseñanza del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Mis razones son las siguientes.

En primer lugar, es conocida la fuerte impronta que los arts. III y VI de la Constitución norteamericana tuvieron en nuestro texto fundacional. Basta interrogar el texto norteamericano y los arts. 116, 117 y 31 de la Constitución Nacional para recordar esa influencia. De igual manera, la lectura de los arts. 14 a 16 de la ley 48 revelan su inocultable parentesco con el art. 25 de la Judiciary Act. No podemos olvidar que nuestros constituyentes, al momento de diseñar la Constitución no sólo tuvieron en cuenta, entre otras, a la Constitución federal norteamericana.³⁰ Ellos y las generaciones que los sucedieron se apoyaron firmemente en numerosos precedentes de la Corte Suprema de ese país para explicar el origen o las consecuencias que se seguían de interpretar tal o cual artículo de nuestra Constitución que se había moldeado en aquella.³¹ Y tan definida estaba la corriente política en ese sentido que, por sucesivas leyes, se dispuso la traducción y publicación de obras de Derecho Constitucional pertenecientes a autores de ese origen.³²

³⁰ GARCÍA MANSILLA, Manuel J. y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

³¹ Véase MILLER, Jonathan M., “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U. S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, en *The American University Law Review*, vol. 46, 1997, p. 1483.

³² Ley 55 (1863), dispone la adquisición de la obra *Exposición de la Constitución de los Estados Unidos del Norte*, de Joseph STORY, traducida por José María Cantilo; Ley 109 (1864), adquisición de ejemplares de la traducción de Alejandro Carrasco Albano de trabajos del Chancellor KENT sobre el gobierno y la jurisprudencia constitucional norteamericana; Ley 375 (1870), traducción e impresión de las obras sobre derecho federal de CUSHING, POMEROY, PASCAL y LIEBER, de conformidad con lo ordenado por decreto del 2 de marzo de 1869; Ley 380 (1870), adquisición de ejemplares de *Historia de la Constitución de los Estados Unidos* de CURTIS y El Federalista, traducido por José María Cantilo; véase también EGÜES, Carlos A., “Facultades del Congreso: reflexiones sobre la influencia doctrinal norteamericana”, en *Atribuciones del Congreso*, Buenos Aires, Depalma 1986, p. 1.

Es decir que, en Argentina, desde los comienzos de la llamada Organización Nacional (año 1852 en adelante), tanto la Constitución norteamericana cuanto las decisiones de su Corte Suprema federal han ejercido una influencia enorme, no sólo en el pensamiento de nuestros hombres públicos, sino también en el diseño constitucional que ellos construyeron.

Esa influencia, por último, se ve con claridad también en las sentencias de la Corte Suprema argentina y en el modo de fundar sus decisiones en otras anteriores, tanto propias como del alto tribunal federal norteamericano. Esa práctica era ajena al mundo de tradición romanista y tenía, indudablemente, mayor parentesco con el *Common Law*. Todo alumno debe ser instruido en ello y en los particulares contextos históricos en los que esos textos se manifestaron.

En segundo término, y recordando los vínculos recién esbozados, el solo hecho de que la sentencia recaída en el caso “Marbury vs. Madison” sea la primera que declaró la inconstitucionalidad de una ley federal, justifica su tratamiento privilegiado.

En tercer lugar, existe un condimento especial que la relaciona con nuestra jurisprudencia. En efecto, esa misma decisión fue seguida, por momentos, casi al pie de la letra, por la Corte Suprema argentina en el caso “Sojo”, resuelto en el año 1887³³ y cuyos hechos relevantes se entrelazan cómplicemente a los del precedente norteamericano.

Aparte de lo anotado anteriormente, vale poner de relieve que la sentencia dictada en “Marbury” está redactada con gran maestría. La forma de presentar los problemas y el modo elegido para resolverlos permite un riquísimo análisis. Además, como adelantó el Prof. Caminker, el referirse a un supuesto lejano que no despierta pasiones particulares (en el caso, si la competencia originaria establecida en la Constitución podía ampliarse por ley) facilita que ese análisis no se vea interrumpido por debates ideológicos presentes que podrían desviar la atención del objeto de estudio.

En quinto término, este caso sentó las bases sobre las cuales se estructuró el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Su influencia en la jurisprudencia norteamericana posterior fue decisiva y el predica-

³³ Fallos: 32:120, Eduardo Sojo.

mento que ese precedente y esa misma casuística tuvo en nuestra propia jurisprudencia fue y es muy grande. A mi ver, no existe otro país de Occidente que haya acumulado tanta experiencia en materia de control de constitucionalidad de las leyes. En consecuencia, pienso que sería empobrecedor para el alumnado ignorar construcciones básicas tan profeicas, sea desde lo histórico, sea desde lo analítico.

8. "MARBURY" Y LAS TRANSICIONES POLÍTICAS

Finalmente, merece una breve reflexión lo sostenido por el profesor Levinson con relación al momento de transición que se vivía en los Estados Unidos hacia comienzos del siglo XIX y su ubicación del caso "Marbury" como hija de ese interregno. Se interroga Levinson si "Marshall debería haberse comportado de un modo más principista, aun a riesgo de sacrificar su futuro político o el futuro institucional de la Corte. ¿Debió haber mantenido su boca cerrada sobre los usurpadores jeffersonianos y haber dicho, simplemente, 'carecemos de jurisdicción, fin del asunto'? ¿O hizo lo correcto, primero, al denunciar la usurpación, y luego, al rodar y hacerse el muerto?" Sostiene el profesor norteamericano que este tipo de dilemas puede ser comprendido y argumentado hoy más vívidamente por estudiantes de los países del Este europeo (y otros similarmente situados). Si bien sospecha que los Estados Unidos estarían viviendo actualmente una variante moderada de "estado policial", sostiene que "los estudiantes norteamericanos, felizmente, no están compenetrados existencialmente con los dilemas que enfrenta un régimen de transición y los líderes que éste engendra".

Anticipé al inicio que esta idea de "Marbury" y las transiciones políticas me inquietaba. Esos párrafos de algún modo conmovieron mi espíritu. Sentí que esas vivencias de los estudiantes del Este europeo a las que Levinson remitía no me eran ajenas. Tampoco distantes. Sentí que el "estado policial" a la norteamericana al que él aludía, un poco mezquinamente y casi cayéndose de la página, también rozaba tragedias rioplatenses no muy lejanas. Me estremeció la idea. Una sentencia del año 1803 de la jurisprudencia norteamericana venía a asaltarme luego de doscientos seis años. Llegaba así, luego de esta pronta recorrida, al lugar del que había partido y al que no hubiera querido llegar. Algunos

LA ENSEÑANZA DEL CASO “MARBURY VS. MADISON”

ALBERTO F. GARAY

matices del caso evocan nuestra realidad perturbadora. Se racionalizará y se supondrá que los dilemas que enfrentó Marshall fueron resueltos apropiadamente, convenientemente. Se hablará de su genio y de su visión para sentar las bases del control judicial de constitucionalidad. Quizá todo esto sea una conjetura. O quizá, “puede ser una ficción piadosa, si la única prueba es que las cosas salieron bien”.³⁴

³⁴ HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. por Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, 1963, p. 190.