

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Destruyendo a Marbury v. Madison

*Ricardo Sanín Restrepo**

RESUMEN

El actual trabajo es el primero de una serie de indagaciones que busca establecer la importancia de las últimas palabras en el derecho. Pretende responder a diversas versiones de constitucionalismo popular que procuran fijar en el pueblo y en su capacidad de autogestión el lugar de la verdad, sin que el concepto pueblo esté del todo depurado. Esta primera parte aborda la evolución de la contraposición entre la “revisión judicial” de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el constitucionalismo popular, a partir de la obra “The people themselves” de Larry Kramer.

Palabras clave: Constitucionalismo, constitucionalismo popular, pueblo.

ABSTRACT

This work is the first in a group of inquiries that looks to establish the importance of the last words in law. It pretends to respond the various versions of popular constitutionalism that tries to fix in the people and in their capability for self management the place of truth, without a complete depuration of the concept of people. This first step tackles approaches evolution of the confrontation between the “judicial revision” doing by the United States’ Supreme Court and the popular constitutionalism, since the Larry Kramer’s text “The people themselves”.

Keywords: *Constitutionalism, popular constitutionalism, people.*

* Profesor de Teoría del Derecho, Derecho Constitucional e Interpretación Jurídica de la Pontificia Universidad Javeriana.

El presente trabajo, es un estudio crítico a partir de la obra de Larry Kramer “The people themselves”. Oxford University Press, 2004.

1. INTRODUCCIÓN

Nuestra cultura jurídica comenzó hace más de dos décadas un intenso proceso de asimilación del derecho estadounidense, cada vez más se escribe sobre la anatomía del precedente judicial, nombres como *Roe v. Wade* o *Plessy v. Ferguson* se repiten con mayor asiduidad en nuestras cátedras, se pondera y exalta la medida de una Corte Suprema autorrestrictiva, y, por vía de analogía, se defiende, sin cuartel, el control constitucional indicando que en Estados Unidos esa parece ser una verdad herméticamente sellada, siendo la Corte Suprema la defensora primigenia de los derechos fundamentales.

Pero, incluso, vamos mucho más allá, cuando nos asechan preguntas filosas como ¿Por qué en un Estado de Derecho con frenos y contrapesos, ha de ser un juez no electo popularmente quien regule la interpretación de la Constitución? O cuando surgen preguntas enraizadas en la filosofía política, como ¿Creemos realmente que el pueblo es lo suficientemente sabio para darse una Constitución; pero, lo suficientemente obtuso, torpe y disfuncional para interpretarla, como institución final en caso de incertidumbre empírica? Parece que las respuestas a estos interrogantes las encontramos en un sistema histórico y cultural maduro, donde ya han sido resueltos y es una verdad pasmosa que la Corte es la “última palabra” de la interpretación constitucional, donde es claro que “el lugar de la verdad” está encapsulada meticulosamente en sus sentencias. Claro, sabemos de sobra la tensión ideológica que persiste entre los diversos tonos de izquierda o derecha, sobre cual debe ser la interpretación constitucional correcta, conocemos de los estremecimientos de una sociedad heterogénea, en decisiones como el aborto o la pena capital; pero el punto es que no cuestionamos la base: que la revisión judicial (*judicial review*) es y ha sido una tradición pacífica, que los jueces están mejor capacitados o tienen una mejor perspectiva que cualquier otra institución para descifrar los enigmas constitucionales, que la verdadera democracia está a salvo en un órgano no electo por el pueblo que además mantiene a los derechos fundamentales por fuera de la órbita de acción de los cuerpos mayoritarios.

Pero, esto sólo describe uno de los polos de tensión académica en Colombia. En el otro polo, están quienes atacan sistemáticamente los fallos de la Corte Constitucional, parapetados en un trasunto de lugares comunes no muy bien refinados ni pensados, que creen que la justicia constitucional es un problema de parroquianismo dogmático. Para unos y otros me parece clave entender las dimensiones del control constitucional en Norteamérica.

Durante los últimos quince años, y, cada vez, con mayor fuerza, ha comenzado un proceso de profunda revisión a los “dogmas” académicos de la supremacía judicial; esto ha sido cierto no sólo en Estados Unidos, sino, en otras latitudes, y en Colombia. Las obras de John Hart Ely, Richard Parker, Jeremy Waldron, Costas Douzinas y Oscar Guiardiola, entre otros, han procurado desenmascarar lo que yace tras la supremacía judicial ofreciendo tesis novedosas y osadas, en torno al constitucionalismo popular, de ello que sea lamentable contrastar obras refinadas como la de Guiardiola con las puyas y reclamos torpes que abundan en nuestro ambiente judicial.

La obra de Kramer trabaja con dos premisas relevantes.

1. Los esfuerzos tendientes a definir el papel de la Cortes dentro del tejido institucional han sido a través de la historia sólo un componente de un cuadro más amplio: el de definir la autoridad del pueblo sobre su Constitución.
2. Históricamente, en momentos de alta tensión institucional los defensores de la supremacía judicial han sucumbido ante el constitucionalismo popular.

2. NOCIONES

Supremacía judicial: los jueces son dueños de la última palabra que define el lugar de la verdad constitucional.

Revisión Judicial: los jueces interpretan la Constitución, inaplican leyes que le son contrarias, pero no son la última palabra.

La Convención de Philadelphia el lugar del pueblo y de las cortes.

En una labor de excavación arqueológica Kramer imputa a los historiadores del derecho constitucional el hecho de leer las cartas y documentos de los “padres fundadores” de manera anacrónica. Para estos parece no haber duda de que al momento inaugural de la Constitución de Philadelphia existía consenso sobre el papel de las Cortes, y que el movimiento constitucional estaba inspirado en la creación de una Constitución que controlase los desmanes de un pueblo poco ilustrado y propenso a los brotes de violencia.

Nada tan lejano a la verdad. La gramática política del siglo XVIII está saturada de constitucionalismo popular, el diseño interno de la Constitución procuraba un

alto grado de frenos y contrapesos; primero, entre la Unión y los estados y luego, entre las ramas del poder, todo ello articulado finamente para canalizar una densa política popular. Los padres fundadores no estaban excursionando en tierras desconocidas, “*la idea de la Constitución no era nueva en 1787, ni siquiera en 1776, Los americanos tenían un concepto claro del papel del derecho constitucional en las relaciones con Inglaterra e ideas sumamente desarrolladas de la naturaleza de la Constitución, mucho antes de sentarse a escribir una constitución*”.¹ La herencia británica desde antes de Jacobo I, pasando por la Revolución gloriosa de 1688, la obra de Locke, y las “cartas” que regulaban el estatus de las colonias con la metrópoli eran, sin lugar a dudas, ideas y documentos constitucionales que antes que resistirse a desaparecer fueron ensamblados. En Philadelphia, en otras palabras la idea de Constitución estaba instalada como concepto natural para los constituyentes.

3. ACCOUNTABILITY

La herencia más directa que pudo haber recibido la nueva nación no era otra que la de un parlamento fuerte, como el inglés; sin embargo, la versión norteamericana ajustó importantes modificaciones. Primero, se pasa de un parlamento de control político a un congreso legislativo y ampliamente representativo, de ello surge el concepto central de *Accountability*. El legislador, cuyas reglas están delimitadas en la Constitución, responde ante un poder superior, ese poder superior es el pueblo, y su poder de “*accountability*” se manifiesta principalmente, pero, no exclusivamente en las elecciones; pero, además, en el derecho de petición, el de asamblea, los jurados, la demostración e incluso en la “turba”. Sin embargo, Kramer se resiste a creer que un pueblo consciente de su arsenal político haya permitido el secuestro de su acto constitucional por un puñado de abogados ilustrados insensibles e inamovibles electoralmente y carentes de responsabilidad política “*la resistencia por cualquiera de estos medios era político-legal, y era articulada por todos los miembros de la comunidad preocupados por mantener la libertad en contra de la fuerza arbitraria*”.²

¹ KRAMER, Larry D. “The People Themselves”. Oxford University Press, 2004.

² *Ibidem*.

4. EL ESTADO NACE DE LA CONSTITUCIÓN

Para 1773 era claro que la revolución se hacía en nombre y en defensa de las constituciones coloniales; pero, fundamentalmente de la Constitución consuetudinaria, de manera que llegado el momento de la Convención de Philadelphia de 1787, la disputa podía girar en torno a cualquier detalle excepto la presencia misma de una Constitución. Tal vez éste sea el abismo que separa el fenómeno constitucional entre Europa continental y Estados Unidos. Es claro de la lectura de las discusiones sostenidas entre Kelsen y Schmitt, que el fenómeno de la constitución era una de las tantas hipótesis y probabilidades para organizar los estados naciones del viejo mundo, pues, el Estado le antecede con méritos de antigüedad, en cambio para Estados Unidos el Estado nace con y a través de la Constitución, el acto de crear el Estado es constitucional, mientras que en Europa la Constitución es el instrumento advenedizo por el cual se trata de limitar el Estado. El hecho de que este nuevo instrumento sea escrito, no es otro que *“llenar el vacío que se creó al haber renunciado a la alianza con la Corona”*.

5. PERMANENCIA DEL DERECHO, DEMOLICIÓN DE LO POLÍTICO

“Al mismo tiempo, e igualmente importante aun cuando muchas veces ignorado está lo que no cambió” los hombres y mujeres de esta generación permanecieron fieles a una herencia procesal decantada. En *Holmes v. Walton* la Corte Suprema de New Jersey se apoyó en leyes británicas del Siglo XVII, para decidir un caso acerca de la propiedad privada de los “realistas”. En casos similares se citaba la Carta Magna, y otras instituciones se inyectaron directamente en la corriente del derecho del nuevo país. En otras palabras, afirma Kramer, había una continuidad del derecho, pero una demolición de lo político, en donde el Constitucionalismo popular tiene un lugar central, pues, es el creador *de* lo político *en* lo político.

6. LA REVISIÓN JUDICIAL Y EL FEDERALISMO

En cuanto a los debates de la Convención de Philadelphia, Kramer sostiene que el tema de la revisión judicial sólo se tocó de manera tangencial, como apéndice de temas más urgentes y que de los 55 delegados, únicamente 10 tenían alguna posición definida respecto del papel de los jueces y de su relación con la Constitución. Además, los comentarios de la revisión judicial siempre surgieron

dentro del contexto de las relaciones entre la Unión y los estados, como una posible fórmula de control exclusivo a las facultades estatales. Incluso, Madison sugirió un control previo sobre los actos de las legislaturas estatales, por lo que Kramer concluye que el control de constitucionalidad de las leyes federales, ni siquiera se mencionó como tal dentro de la convención, y sella con pleno acento popular: *“el pueblo nunca autorizaría tal poder a los jueces”*. Múltiples propuestas trataron de lidiar con el problema de los estatutos federales inconstitucionales. Virginia, por ejemplo, sugirió la creación de un Consejo de Revisión integrado por jueces de la Corte Suprema, miembros del ejecutivo y del legislativo, la propuesta fue derrotada con una sola palabra: pueblo.

Pero, no se trata solamente de que el pueblo sea árbitro entre dos instituciones en época de anomia institucional; se trata de una fuerza siempre presente, siempre activa en la dinámica de la maquinaria constitucional, la última palabra sólo puede ser del creador, se admiten diversas perspectivas sobre la Constitución, pero, en caso de atasco constitucional, el pueblo decide lo que sus órganos derivados no pueden decidir.

En los años que siguieron a la Constitución de 1787 el debate se centró en la consolidación de la Unión y los límites jurídicos de los estados, allí, la revisión judicial jugó un papel menor, menor en el sentido que se insinuaba la facultad de los jueces para mantener a los estados a raya de los poderes federales, no obstante, incluso, el poder de arbitraje entre uno y otro se remitía nuevamente al pueblo.

7. PRIMERAS CRISIS CONSTITUCIONALES

Una de las acusaciones más vivas hechas por Kramer, es que en el siglo XXI tenemos la errada inclinación a dividir el mundo en dos: el mundo de la política, el cual lo consideramos como un terreno abierto, donde el pueblo manda y; el mundo del derecho, cerrado, donde el pueblo no tiene la más mínima opción. Lo que le resulta molesto, es que el mundo del derecho es de una élite ilustrada y entrenada en procesos sumamente sofisticados que producen sus decisiones a partir de un contenido material gestado exclusivamente en el mundo de la política, la decisión política crea la norma como proposición susceptible de ser definida por un intérprete que la reduce a regla de derecho.

Para Kramer es claro que los Padres Fundadores sabían que el ejercicio mediante el cual se preservaban los límites de la constitución era un ejercicio político,

“debemos recordar que la Constitución surgió con la Gloriosa Revolución y no con el movimiento de los derechos civiles como telón de fondo”.

El ritmo de crecimiento de la sociedad americana ha sido siempre convulsivo. La segunda década de la Constitución fue un anuncio de las cosas por venir, un crecimiento económico estremecedor, migraciones masivas desde Europa, una población cada vez más heterogénea, una jerarquización social cada vez más firme. En últimas, resultaba difícil mantener a tono la teoría del constitucionalismo popular con su práctica, el pueblo había dejado de ser una sustancia uniforme y se convertía ya en un material de densas capas, con límites abiertos y eso que nadie mencionaba la aniquilación del indio americano y la esclavitud se criticaba sigilosamente en murmuraciones pasajeras. En este paisaje se comienza a consolidar la práctica de la revisión judicial, *“la segunda década produjo unos veinte casos (de revisión judicial) en las cortes de los estados en las que al menos un juez reivindicó el poder de las cortes para invalidar estatutos... además de al menos media docena de casos en la Corte Suprema de Estados Unidos”*.³

Hayburn’s case fue el primer caso en el que una Corte Federal cuestionó un estatuto del Congreso Federal. Se debe señalar que para la época, los magistrados de la Corte Suprema hacían “rondas” como jueces de las cortes de circuito. Una de estas cortes fue la primera en invalidar una ley estadual, en el caso *Champion & Dickason v. Casey*. Lo atractivo es que, progresivamente, estos pronunciamientos ofrecían menos resistencia popular, y, aun cuando, sólo eran un puñado de casos, se pasó del grito estridente que llamaba a enjuiciar los magistrados en los primeros casos a una silenciosa satisfacción general en los últimos. Ya en la antesala, de *Marbury v. Madison*, se denotaba un cambio trascendental en los padres fundadores, el paladín del constitucionalismo popular, Jefferson expresó dos preocupaciones bien distantes a la teoría política. Primero, señaló el peligro que conlleva la posibilidad de que diversos tribunales entiendan su papel de protectores de los derechos fundamentales de diversas maneras. Segundo, que se eliminen las diferencias de perspectiva que cada estado posee acerca de diversas instituciones. La falta de resistencia se explica, primero, en que los jueces no reivindican para el poder judicial el lugar de la verdad, en que no clausuraron la Constitución a nuevas interpretaciones, y, segundo, la razón más sencilla parece ser que los fallos fueron “populares”, encarnaron la voluntad popular con gran sentido.

³ KRAMER. *Op. Cit.*

Todo ello demuestra que después de 1787 era difícil, incluso, para aquellas mentes sofisticadas, entender que su nuevo documento fuera un documento de clausura, que en él se encerrasen todas las claves de la política y el derecho. Por el contrario, este nuevo documento fundamental no era excluyente y exhaustivo, y compartía su lugar con el derecho común (Common law) y el derecho natural que inspiró a los revolucionarios. Explica Kramer, que la preocupación “*por la precisión acerca de las jerarquías y fuentes del derecho emergen después para convertirse en un sello particular del pensamiento legal de los siglos XIX y XX*” por lo tanto, podemos inferir que lo que hacía particular y única a la Constitución era que pertenecía al pueblo “The people temselves” y no su lugar mítico dentro de un sistema de fuentes y jerarquías por el que nadie se preocupaba por el momento.

La Constitución era, por tanto, un documento abierto. Pero ¿abierto a qué?, bien al consenso o al más difundido disenso popular y nunca a la interpretación petrificante de un juez no electo. De manera que lo que se puede decir, es que en esta primera década existe un ejercicio de la revisión judicial, pero, no de la supremacía judicial. Es decir, que las cortes inaplican normas inconstitucionales, pero, no reclaman para sí el lugar de la verdad constitucional. Siguiendo a Guardiola,⁴ había claridad que la democracia consistía de múltiples rupturas, de perspectivas entrecruzadas cuyo fin no era, ni el consenso como punto de cierre colectivo, ni la preocupación por los procesos que conducían al consenso. Era por el contrario, el disenso y la contradicción, el acelerador que movilizaba la constitución.

En palabras de Kramer, la diferencia es que el pueblo cuando actúa crea normas para regular y restringir *su* gobierno, mientras que el gobierno crea normas para regular y restringir al pueblo, parece un simple juego de palabras, pero, no debemos olvidar que el gobierno actúa por legitimidad popular. Sin embargo, qué pasa cuando el gobierno traiciona esa legitimidad, o mejor, cuando existe un fuerte desacuerdo, incluso, agitación popular por las decisiones que tome el gobierno, o éste y sus agencias no concuerdan. De acuerdo con el autor, en el primer caso, no solamente está referido al rompimiento del “trust” Lockeano, existen toda una serie de manifestaciones claras “político-legales” que permiten al pueblo reclamar el lugar de la verdad, y; en el segundo de los casos, no puede un poder delegado o constituido elevarse como árbitro del pueblo mismo, debe ser el pueblo quien dirima el conflicto, pues, se trata de un conflicto constitucional.

⁴ GUARDIOLA. “Famous last words” en *Justicia Constitucional: El rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo*. Bogotá, Universidad Javeriana – Legis, 2006.

El pueblo se veía a sí mismo como un todo monolítico, sin fisuras significativas entre experiencias, anhelos y demás. La familia y la iglesia aun no habían sido usurpadas por la producción en masa, como centros de acontecer humano capaces de resolver agrios conflictos comunitarios. Tan sólo a la vuelta de una década, la noción de pueblo sufre bruscos cambios, que le obligan a reinterpretarse a sí mismo, el peligro que corre en esta redefinición es renunciar a la dinámica, algo caótica, de su energía inicial, en intercambio por un sentido de ordenamiento de las palabras últimas.

8. LA TÉCNICA DEL PODER

El mismo autor reconoce que el espacio y lugar para las controversias constitucionales eran escasos, en una sociedad más bien uniforme y cerrada, incluso, la noción de un congreso legislador apenas empezaba a tomar vuelo. Además, acepta que los reclamos al gobierno eran también escasos, esto lo dice de paso, incrustado entre las grandes líneas, pero, ello ha de significar mucho para entender lo que se quiere decir, uno simplemente no puede sustraer el contexto en el que se desarrollan las instituciones. Si existe un concepto movedizo en la historia política de los últimos doscientos años, esa es la noción de pueblo. Kramer no logra advertir que tan solo a la vuelta de veinte años, lo que era un bloque compacto comienza a desvertebrarse, ese pueblo uniforme que actúa como un todo sólido comienza romperse en fragmentos cada uno de los cuales busca un tipo específico de manifestación, ya no en secuencias únicas como las elecciones o la turba, sino en manifestaciones plurales como los grupos de presión y claro, las demandas judiciales. Existe una gran dificultad en entender que el pueblo se descompone en historias individuales, en un permanente acceso de lo público, donde está también el desespero del artista, que se advierte en el claroscuro del suicidio de lo público como reivindicación de lo individual, en la resistencia en convertirnos en fantasmas corporativos, en anularnos con lo público tratando de permanecer siendo públicos. La articulación del espacio político, es una operación de violencia sobre el individuo donde él se reconoce como tal, reducirlo a un acto particular (voto, manifestación, huelga) es castrar su capacidad de poder “ser algo más”, es reducir lo político a una técnica del poder, el “cero institucional” de Levy–Strauss.

No obstante, la Constitución para este ciudadano era un material bien especial que se resistía a ser degradado a simples cuestiones de ética o moralidad y aun cuando las contenía, no las desagregaba como especialidades esotéricas de difícil manejo para la mayoría de la sociedad.

En los comienzos de la República, a nadie se le hubiese ocurrido someter una disputa entre el pueblo y su gobierno a un juez y por qué hacerlo, si no se trataba de una disputa legal, sino de principio y enquistada en la sensibilidad social y es que el razonamiento es que una ley inconstitucional está de hecho por fuera de la órbita del derecho, y, por tanto, corresponde al pueblo delimitar su instrumento –la Constitución– para desdeñar tal tipo de acto *nulo*.

Quizás tengan razón los que ven en esta fórmula de constitucionalismo popular un inmenso riesgo a la estabilidad del ordenamiento jurídico, un accidente dispuesto a suceder que derrumba todo sentido de precisión y claridad, en palabras de Kramer, “*tal vez tengan la razón, pero este es un argumento empírico más que teórico*”.

9. FEDERALISTAS v. REPUBLICANOS

Desde un comienzo, se pronuncian las antípodas, los federalistas con Adams como su cabeza visible, pero con Hamilton, como su ideólogo, prohíjan un gobierno cerrado, de amplia desconfianza hacia los mecanismos populares de gobierno. Los republicanos alineados por Jefferson y, especialmente, por James Madison, una y otra vez, defienden el gobierno popular, la fuerza de “The people themselves” y quienes escriben en su correspondencia: “*sólo el pueblo puede poner en práctica e interpretar su propia Constitución*” la idea de que jueces sin responsabilidad electoral pudiesen tener una palabra final era simplemente impensable.

Un primer momento de crisis constitucional puede desencadenar fuerzas invisibles, hace surgir a la superficie ideas que permanecían en silencio, y puede definir por generaciones el lugar de la verdad. Ensayemos un escenario y sus personajes, a la pregunta ¿Quién define la interpretación constitucional en un momento de crisis? Contestan:⁵

Republicano: ninguna de las ramas del poder público está diseñada para ser superior a las otras, en cuanto se refiere a la Constitución, todas son subordinadas del pueblo.

James Wilson: incluso el legislativo, que es la fuerza más poderosa del gobierno... responde al poder de “superintendente” del pueblo.

⁵ Todas las discusiones que de aquí en adelante se mencionan son paráfrasis mías y no citas textuales.

Thomas Jefferson: en caso de conflicto es el pueblo quien se constituye en el tribunal donde se deben someter este tipo de conflictos.

James Madison: de manera que la intervención del pueblo sólo ocurra en ocasiones extraordinarias (quien decide la oportunidad para intervenir debe ser el pueblo mismo). La creación del instrumento constitucional conlleva el poder de interpretarlo, estos son dos actos inseparables.

No se requiere volver a vestir los trajes del constituyente primario para introducir cambios a la Constitución o dirimir controversias entre instituciones constituidas, la creación de la norma no hace desaparecer a su creador, éste y ella están en una relación simbiótica, el poder de interpretar la norma se deriva no empíricamente, sino formalmente de su creación, es de su sustancia.

La autoridad interpretativa del pueblo se cuece a fuego lento dentro de las mentes de los republicanos y se reitera una y otra vez a lo largo y ancho del periodo inaugural. Sin embargo, si ponemos en la balanza las veces que el pueblo efectivamente obró y sus reivindicaciones teóricas, me temo que estas últimas superan en número y consistencia a las primeras.

10. LOS PAPELES DEL FEDERALISTA

Los papeles del Federalista o simplemente “El Federalista” es la recopilación de artículos publicados en los diarios de la ciudad de Nueva York por John Jay, James Madison y Alexander Hamilton durante un periodo aproximado de cuatro años, donde se explica retazo a retazo la Constitución de Philadelphia. Esta obra parece estar alojada en la Constitución misma y de tal manera ha sido recibida por decenas de generaciones, es el “pináculo” y la base de la teoría constitucional norteamericana. A pesar de que sus autores escribían con seudónimos (Brutus, Publius), es clara la autoría de la mayoría de los artículos. Los más importantes divididos entre Madison y Hamilton. De manera que es un error común y craso leer los papeles del federalista como si se tratase de una obra monolítica, de unidad material; pues, las divisiones son profundas e ilustran la tensión federalista–republicana.

Brutus –con ironía– (Libro 15) *“Parece que los creadores de la Constitución invistieron a la Corte no solamente para explorar el sentido obvio y natural de sus palabras, sino para determinar su espíritu y su intención... parece que tenemos una Corte más poderosa que la legislatura”*.

Publius (78) *“Es irracional pensar que la legislatura sea juez de sus propios actos... las cortes están diseñadas como cuerpos intermedios entre el pueblo y las legislaturas”*.

El libro 78 de El Federalista ha brillado con luz propia, opacando en altísimo grado los demás ensayos, pues en él se ha querido ver la semilla de la revisión judicial. Sin embargo, Kramer nos advierte que no existe nada en la defensa hamiltoniana de la revisión judicial que contraríe el constitucionalismo popular. Por economía, no podemos hacer un contraste extenso; pero, invito al lector a comparar las voces y el tono del libro 78 escrito en 1789 y la sentencia de Marbury v. Madison. Las semejanzas son asombrosas, pero, Marshall va un paso más allá, define que la palabra del juez es final. Al disecar las obras de Hamilton y de Marshall, se debe permanecer muy atento a las sutiles variaciones que el juez introdujo quince años después al texto de Hamilton, el caribeño hace una descripción minuciosa de la revisión judicial de la cual no se puede extraer viso alguno de supremacía constitucional, mientras que Marshall la infiere, la supone y la impone.

Madison (El Federalista 46): Indiferentemente de los procedimientos en que los gobiernos estatales y federales sean nombrados, debemos considerar que ambos dependen del gran cuerpo popular, ambos son fiduciarios del pueblo.

11. LA ESTRATEGIA FEDERALISTA EN MARBURY v. MADISON

Sin embargo, es claro que las controversias de la etapa inaugural son todas controversias constitucionales, y es obvio que lo sean; pues, aun los contenidos están vaciados del molde ¿Qué significa la libertad de prensa? ¿Hasta dónde llega? ¿Cómo se solventa la disputa entre los intereses de la Unión y el de los estados? Son preguntas que aun no han madurado dentro de la piel de la sociedad, son preguntas acuciantes, de instituciones nuevas con respecto a cualquier parte del mundo (Presidente, Congreso) se mueven en cruces buscando llenar un espacio aun desconocido. La única cara conocida es el pueblo, de allí que las elecciones de 1800, más que unas elecciones hayan sido un referéndum. La victoria aplastante de los republicanos reivindica el constitucionalismo popular desde todos sus ángulos, en versión de Kramer los aristócratas federalistas no tienen donde refugiarse y, por lo tanto, encuentran en un órgano no electivo el santuario de sus ideas y de sus prácticas, la Corte Suprema carece de sensibilidad política, carece de Accountability, es, entonces, el sitio ideal para resguardarse y resistir la violenta ola de constitucionalismo popular. De manera que Marbury V Madison, en vez

de ser la tierra firme y pacífica donde nace y crece toda la historia constitucional americana, se nos ofrece como una jugada estratégica de una elite acorralada, que busca en sus últimos suspiros, defender su visión de vida.

Primera estrategia federalista (Marbury v. Madison): reducir el contenido de la Constitución a un contenido netamente jurídico (ley ordinaria).

Segunda estrategia federalista: formalizar los principios en reglas, absorber su fuerza política y mistificarla en un “algo” esotérico, fuera del alcance de un vulgo no especializado, la Constitución no es una norma popular, es una norma ordinaria (reificación).

Tercera estrategia federalista: establecer como principio que cada vez que un juez, en la resolución de un conflicto judicial, aplique una ley superior (Constitución) y ésta contradiga una ley inferior (Estatuto) debe preferirse siempre la ley superior. Todo es asunto de interpretación legal.

Cuarta estrategia federalista: Marshall reconoce la soberanía popular como el ingrediente básico de la confección de la Constitución; pero, agrega que el poder constituyente original no debe y no puede ejercerse constantemente. Que ello lo diga un teórico o un profesor desde su atril no causa escozor; pero, que un juez determine desde su autoridad, cómo, cuándo y dónde se debe y puede ejercer el poder constituyente no es otra cosa que el secuestro de lo popular.

12. RESPUESTAS

Republicanos: cuando quiera que la legislatura cruce los límites constitucionales debe responder ante el pueblo que a su vez le otorga a la legislatura toda la energía política, toda su legitimidad. Siendo, entonces, una cuestión de legitimidad política, no son los jueces competentes para determinar cuándo esa línea ha sido violentada.

Federalistas: es una simple cuestión de adjudicación, la labor primaria del juez es resolver conflictos de origen legal, siendo la constitución la norma suprema, al aplicarla debe inaplicar la norma que le contradiga. La legitimidad la recibe el legislador para acometer su labor de producción normativa, lo que se juzga no es la representación o sus vínculos con el pueblo, no, lo que se juzga es la obra normativa y cuando esa obra legislativa está inmersa en el litigio no puede el juez renunciar a la adjudicación.

¿Qué sucede con un acto inconstitucional proveniente de la legislatura?

Federalistas: en la medida en que la Constitución es una especie de norma formal, su aplicación obliga a desatender las normas que le contradigan.

Republicanos: la Constitución no puede ser entendida, jamás, como una especie formal de la legislación, en la medida en que sus contenidos son fundamentalmente políticos y está saturada de valores y principios, es irreductible a simples reglas, siendo por ello la interpretación legal inadecuada para entender sus contenidos. Es el pueblo quien decide en momentos de incertidumbre.

Sin embargo, ¿ello quiere decir que la Constitución no se aplica a casos ordinarios de competencia judicial? Es decir, ¿está por fuera del ámbito de aplicación del derecho ordinario?

Republicanos: no, en un caso de interpretación legal, la judicatura puede inaplicar normas infra constitucionales contrarias a la Constitución; pero, primero, ello no obliga a otros jueces, y, segundo, dicha posición judicial no puede elevarse como la palabra que clausura el discurso, como un lugar de la verdad última, la Constitución permanece abierta a la interpretación constante del pueblo, y también del Congreso y las otras legislaturas.

¿Y los valores de certeza, orden y previsibilidad del derecho?

Federalistas: desaparecen, no existirá manera de que las partes involucradas en un litigio puedan determinar qué diablos sucede en el tribunal, se vuelve un acto de futurología el acercarse a la judicatura; por el contrario, con la supremacía judicial, se preservan los valores de la seguridad jurídica, de ser juzgado conforme a reglas sustantivas estables, el espacio de decisión se hace transparente a todos, se preserva la igualdad ante el derecho.

Republicanos: los valores de certeza, orden y previsibilidad son valores disciplinares y, por tanto, empíricos y son menores en peso y extensión al valor supremo del constitucionalismo popular que es un valor político. De todas maneras, el derecho es un sistema abierto, es imposible clausurarlo.

No existía nada novedoso en afirmar que se debe preferir una norma superior sobre una norma inferior; lo que resultaba extraño era que se tratase a la

Constitución única y exclusivamente como una norma superior, suprimiéndose de tajo todo contenido político, claro que los jueces deben aplicar la Constitución pero de ello no se sigue que su palabra sea última y definitiva.

13. LOS JUECES COMO AGENTES DEL PUEBLO

Iredell (Magistrado de la Corte): los jueces deben ejercer la revisión judicial no porque ello sea algo exclusivo y excluyente de la actividad judicial, sino porque al hacerlo obran como agentes del pueblo, la revisión judicial debe y tiene que ser, entonces, no un acto ordinario de interpretación legal, sino otra de las instancias de resistencia popular.

Sin importar si uno deplora determinados fallos, la legitimidad de una institución no se mide por el número de adeptos como si se tratara de un “reality”, se trata de establecer plataformas discursivas comunes y aceptables, la visión de una Corte Popular apunta, no tanto, al apoyo mayoritario, sino, a una preferencia popular por la narrativa de los jueces, por la capacidad que tiene una interpretación constitucional unida a la dialéctica judicial de generar la ruptura de narrativas tradicionales, sobre esto más adelante.

Incluso, cuando los federalistas comenzaron a poblar los tribunales estatales obraban con gran prudencia a la hora de inaplicar un estatuto; esto es así porque las líneas de la revisión judicial aun eran borrosas, su contornos inciertos, “*en todo caso dudoso el estatuto ha de mantenerse*” decía Iredell.

En *Trevett v. Weeden* –que se considera precursor de *Marbury v. Madison*– la Corte de Rhode Island declaró nulo un estatuto estatal, la reacción del pueblo cobró matices tan dramáticos que los jueces temieron ser linchados, después de la tormenta, todos, excepto uno de los jueces, perdieron la reelección de sus cargos. Escenas similares se vivieron en casos como *Commonwealth v. Caton* y *Rutger v. Weddington*. Valga aclarar que los jueces federales son nominados por el Presidente y confirmados por el Senado y su período en el cargo es vitalicio, mientras que los jueces estatales obedecen a las reglas impuestas por cada uno de los estados, de manera que habrá jueces de elección popular en algunos estados.

14. EL NUDO ARGUMENTATIVO DE LA TEORÍA NORMATIVA

La roca dura sobre la cual se construye el derecho norteamericano, es, sin lugar a dudas, *Marbury v. Madison* y el concepto central de “supremacía constitucional” que éste inaugura, ha permanecido en la conciencia y la obra colectiva como un paradigma indestructible.

La supremacía judicial en oposición al simple acto de revisión judicial ha estado anclada por sus defensores en la exposición que Marshall –con simplicidad magistral–, hace más o menos en estos términos. Si la Constitución es “norma de normas”, un juez dentro de cualquier conflicto judicial debe aplicarla con preferencia sobre toda norma derivada que le contradiga, inaplicando ésta a favor de aquélla, es esa la esencia de la judicatura.

Océanos de tinta se han derramado tratando de darle la vuelta a este argumento que ha resistido el paso del tiempo y en donde se atrinchera en última instancia el defensor de la supremacía judicial, cierto parece más una madriguera lógica y se resiste a dar razones de otra índole; pero, persevera como argumento fuerte. James Wilson, compañero de Marshall en la Corte sostuvo un contra–argumento catalizador de la función judicial, el profesor de Pennsylvania parte de la contradicción normativa (tal como Hamilton y Marshall) y acepta que la Constitución debe ser aplicada “normativamente” por los jueces; sin embargo, instala ciertas transiciones, alega que el grado de proximidad de la labor judicial no le otorga una lectura privilegiada de la Constitución que obnuble la lectura de la Carta por parte de otras instancias, lo que hace que ese “grado de proximidad” sea tal, es que es en nombre del pueblo en que se interpreta la Constitución, y de ello sería ridículo afirmar que su interpretación es final.

En los fallos de finales del Siglo XVIII, *Kemper v. Hawkins*, *United States v. Ravara*, *Hylton v. United States*, *Cooper v. Telfair*, se mantiene una misma línea argumentativa. Se afirma la tesis normativa: la Constitución como ley suprema, se sigue a afirmar que su aplicación se impone como elemento lógico, “*si el juez aplica un estatuto inconstitucional es partícipe de un acto inconstitucional*”. Ahora bien, la inconstitucionalidad del estatuto debe mostrarse claramente, sin lugar a duda razonable y, lo que demuestran la mayoría de los casos es que se trataba de leyes que obstruían el acceso del pueblo a las instancias democráticas, éste es quizás el punto definitivo, la Corte se resiste a tomar decisiones o interpretar el contenido sustantivo de la Constitución y se centra específicamente en los procedimientos constitucionales.

15. KELSEN E IREDELL

La idea de la justicia constitucional de Hans Kelsen es muy similar a la práctica constitucional descrita en Kamper, Hylton y Cooper. Para Kelsen, el Tribunal Constitucional no puede intervenir en definiciones de valores y principios constitucionales y su labor primigenia es inaplicar normas que se opongan a las normas constitucionales que definan procedimientos. La labor de la Corte se debe circunscribir a un juicio de compatibilidad lógica de dos enunciados normativos abstractos. La imposibilidad de ejercer la justicia constitucional sobre normas de contenido sustantivo es de orden ideológico y formal. Formal, una vez que Kelsen distingue entre la dimensión aplicadora o reproductora de la norma y la dimensión de libre creación, la primera dimensión es aquella en que la norma indica con plena precisión su ámbito de aplicación y se refiere primordialmente a los aspectos organizativos de la constitución y a la regulación de procesos estatales (aprobación de leyes, organización de las ramas del poder); mientras que las segundas difieren su aplicación a un desarrollo posterior; es decir, no definen con precisión su ámbito de aplicación y por tanto están sometidas a un proceso de concreción normativa posterior (valores y principios). Ello redundaba en que en el campo ideológico el contenido sustantivo de la constitución sea competencia de la discrecionalidad del legislador a partir de la evaluación política de los hechos e intereses como elementos comunes a la actividad legislativa, mientras que el contenido “aplicador” que es preciso y detallado corresponda al juez constitucional. En un lenguaje de renovación podemos seguir a Pietro Sanchís quien habla de la diferencia entre reglas y principios.

El *negative gasetzgebung* de Kelsen se ha diluido en constituciones cada vez más complejas y cada vez más saturadas de valores y principios que los jueces han absorbido para la defensa de los derechos fundamentales, y es que las constituciones modernas no se limitan a decir estáticamente lo que es el derecho, sino, que imponen directivas y programas dinámicos de acción futura contra el pasado y programas de reformas hacia el futuro.⁶ Es una empresa difícil la de filtrar en esa inmensa red de normas, principios, valores y derechos correspondencias directas, como si cada órgano fuese consiente de lo que tiene que hacer, esa conciencia es una ilusión, las tensiones históricas se agolpan en la Constitución, los ángulos de donde se mira son múltiples y parece que una reducción como la kelseniana ablanda los sentidos constitucionales. Es evidente que los

⁶ CAPELETTI, Mauro. *La justicia constitucional*. México, UNAM, 1968.

sistemas de justicia constitucional actuales navegan principalmente por las aguas de la dimensión libre de creación.

16. HART ELY Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

También existen semejanzas con la propuesta que John Hart Ely hiciera en su libro “Democracia y Desconfianza”, de cómo los jueces deben mantener el procedimiento de democracia deliberativa abierta. Para Hart Ely, existen problemas elementales que no han sido resueltos.

Problemas como que la Constitución está construida con materiales ideológicos que rebasan cualquier posibilidad de concreción netamente jurídica. ¿Qué legitima que nueve abogados puedan descubrir un conjunto válido de principios objetivos? ¿Se trata de la aplicación de sus propios principios? O, ¿existe algún canon jurídico que lo imponga? Los abogados están entrenados en procedimientos y conflictos entre reglas; pero, cuando esos materiales resuenan conflictos entre principios ideológicos, no existe ninguna capacitación especial que les permita trabajar satisfactoriamente con dicha complejidad,⁷ no se entiende por qué un abogado pueda tener una mejor aproximación metodológica a la despenalización del aborto que un filósofo o un teólogo. Por lo tanto, ¿Es la interpretación de la Constitución una cuestión jurídica?

Queda abierto el método del derecho consuetudinario, que consiste en llegar a lo que intuitivamente parece ser el resultado correcto en una serie de casos, a partir de ello enunciar el principio que explique el patrón, estos principios neutrales deben ser aplicados a todos los casos que controla, pero, no existe método para establecer todos los casos que controla, no nos dice cómo establecer el problema fáctico de distribución de significados o, tan siquiera, si esto es posible.

17. ¿CÓMO DEBE SER LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

Terminamos por preguntarnos si el problema de la interpretación constitucional es realmente un problema del derecho, y si realmente existe algo llamado método de interpretación.

¿Será entonces nuestra justicia constitucional un mosaico de contradicciones? que al incorporar la búsqueda de valores, la creación de principios, la aplicación

⁷ Para una visión contraria consultar la posición de Robert Alexy.

clásica de reglas, desborda cualquier posibilidad hermenéutica, y establece tareas que no pueden ser puestas sobre una misma plataforma preformativa, y, por ende tiende a colapsar una vez se describa el conjunto.

Ahora bien, si pudiésemos separar un tipo de interpretación que recae básicamente sobre reglas y a ese tipo de interpretación la pudiésemos rotular de “pacífica”; pero, la interpretación de principios constitucionales permanece con una densa carga de complejidad, ¿Será que gran parte de la labor del intérprete constitucional es una cuestión de filosofía moral y no de derecho?

Una reacción normal del abogado para lidiar con estos materiales complejos es someter a los principios a una fase de conversión a reglas, con lo cual a los principios se le sustrae todo valor deontológico y se empobrece el discurso constitucional, ésta parece ser la vía ordinaria de la más gruesa porción de nuestra judicatura.

En palabras de John Hart Ely, *“Los abogados somos un grupo arrogante de personas, el hecho de que nuestra profesión nos ponga en contacto con muchas disciplinas genera la falsa ilusión que las dominamos todas”*.

Otra labor que parece infructuosa, es aquella dirigida a describir los diferentes tipos de normas constitucionales, a catalogarlas, rotularlas, emprender con ellas experimentos de validez jurídica, es infructuoso, digo, la descripción de diferentes tipos de normas como normas “jurídicas”, la empresa debe dirigirse a la comprensión de las diferentes capas de normas que fluyen en la Constitución y mucho más allá de su contenido formal debemos entenderlas desde diversos discursos que se cruzan y contraponen, la norma política, la norma social, la norma económica, sin ello seguimos arañando la mera superficie del problema.

No existe un modelo de interpretación, porque el objeto de interpretación rebasa el modelo, es como tratar de entender la movilidad social meramente con estadísticas, un modelo jurídico de interpretación exige reglamentar lo irreglamentable, formalizar lo in-formalizable, una ciencia sin científico. Para la comprensión y sensibilidades contemporáneas la Constitución es una especie de norma formal y pura especialidad de los jueces. La constitución reglamenta y reduce los procesos políticos, los dirige y los condiciona. Aquí pueden estar nuevos puntos de reflexión profunda sobre la interpretación constitucional, la comprensión de la Constitución político-legal, no como un intermedio o sub especie de las dos disciplinas, sino, como una nueva forma de disciplina.

18. LA CONSTITUCIÓN COMO LEY FORMAL

La visión más difundida de la posición de la ley formal en nuestras vidas nos dicta que tenemos un cierto grado de control indirecto sobre los legisladores (elecciones, peticiones) y que ello se traduce en un control sobre sus leyes, sin embargo, una vez la ley es fabricada, sólo nos queda la opción de obedecerla, de ello se trata el principio de libertad en la obediencia, presente en toda la tradición occidental desde Platón hasta Montesquieu. A pesar, de la amplitud y abstracción de las legislaciones contemporáneas, nuestra interpretación está limitada a un juego de cálculos sobre su significado, estamos irremediablemente sometidos a ella, cualquier esguince requiere de la intervención de otro protagonista estatal: el juez. Sin embargo, Kramer ilustra que en los albores de la Constitución de 1787 ello no estaba claro, para el ciudadano común de finales del siglo XVIII en Estados Unidos, su posición ante la ley formal era harto distinta, la idea de encontrar un árbitro final que disolviera los nudos interpretativos y brindara claridad y certeza eran mucho menos importante que mantener un “Bufete” abierto de ideas políticas, las personas les interesaba más adscribirle autoridad a las ideas que a una versión final y técnica del derecho.

Kramer admite que este modelo de constitucionalismo popular funcionó en el siglo XIX, principalmente porque la sociedad creía en el modelo, creencia que era una estrategia *“para explicar el mundo que experimentaban”*.

19. LA TESIS INSTITUCIONAL

La objeción primordial que James Madison le hace saber a Jefferson sobre su proyecto de Constitución para el Estado de Virginia, es que el diseño constitucional supone que la decisión de los jueces sea la última en una cadena de filtros institucionales, esto a la sazón permite que los jueces puedan desmontar las decisiones del legislativo lo cual pugna con el ideal de equilibrio institucional. Esta objeción revela los temores más comunes en la ideología republicana; pues, se trata de otro núcleo duro a favor de la supremacía constitucional difícil de desarmar a través de la historia constitucional. Los defensores de la supremacía, que abandonan el santuario de la teoría normativa se apoltronan en un argumento, similar a éste: no se trata de que los jueces tengan una visión privilegiada de la Constitución, ni siquiera que su práctica profesional les permita una comprensión más nítida, se trata, simplemente, de la posición institucional del juez dentro del engranaje del Estado, el legislador desarrolla la Constitución a partir de criterios

de interés, su labor es pragmática e incluso utilitarista, los jueces por el contrario sirven de intermediario, de canal de comunicación entre la política hecha derecho y sus destinatarios, al hacerlo, su posición específica, los convierte en árbitro final de las disputas institucionales, la relevancia constitucional emerge, entonces, del giro ordinario del oficio judicial, que los sitúa en una cadena procesal como la última palabra.

20. LA TESIS DEPARTAMENTAL

La contracara del fortalecimiento del músculo judicial la ofrece la teoría departamentalista de Jefferson y Madison. Preocupados por el crecimiento de lizas constitucionales y la manera como éstas se estaban resolviendo milimétricamente a favor de la rama judicial, los republicanos tratan de conciliar el constitucionalismo popular con la revisión judicial, rechazando enfáticamente la supremacía judicial. Jefferson la expresó así *“cada uno de los tres departamentos tiene igual derecho a decidir por sí mismo cuál es su deber bajo la Constitución, sin ninguna consideración sobre lo que los otros puedan decidir por sí mismos bajo idénticas condiciones”*, muchos ven en esta teoría un antagonismo directo de los “checks and balances” del trabajo armónico y coordinado de las ramas del poder que entonces estaba en el corazón de la ideología liberal; pues, acá lo que se abraza es la división rígida y la no interferencia. Las versiones más refinadas de la teoría se alejan de la recalcitrancia de sus fundadores y la suavizan imaginando una teoría que asigne grados de responsabilidad específica a cada rama. Sin embargo, todos rebotan con el mismo problema. ¿Quién toma la decisión final en caso de controversia institucional? Es decir, ¿si existen interpretaciones equivocadas en cuanto a los grados de responsabilidad, quién decide?

La teoría departamental suponía una reacomodación del entendimiento que se tenía del constitucionalismo popular, era una invitación abierta a que el pueblo se manifestara a través de las agencias gubernamentales y no en su contra, para sus creadores lejos de ser un instrumento de domesticación popular era la vía para habilitar la constitución y expresarse en ella, dentro de ella cabe perfectamente la revisión judicial.

Todo este embudo histórico desembocó en *Marbury v. Madison*, allí parece haber una solución de paradigmas, se concreta un concepto social en un solo acto, como sabemos la práctica de la revisión judicial ya se ha difundido por las cortes

federales, el argumento normativo ya se ha utilizado desde El Federalista 78 hasta los casos de Hayburn y Champion, pero *Marbury v. Madison* supone dos cosas fundamentales: 1) la respuesta de los federalistas al revés electoral de 1800 y 2) la implantación por vía de autoridad de la supremacía constitucional.

Casos como *Stuart v. Laird*, presentaban problemas hermenéuticos mucho más intrincados y revelaban además una práctica común en esos días y que hoy ofrece un alto grado de polémica, en este caso es evidente que la Corte falla con prudencia política; es decir, que más allá del empleo de una racionalidad judicial, la Corte falla teniendo en mente las posibles consecuencias de su fallo. Pero, en *Marbury, Marshall* logra reivindicar el poder de la Corte, Marshall logra hacer enfurecer a Jefferson sin realmente atacarlo directamente, sin provocar una reacción adversa por parte de los republicanos, en términos del derecho material le da la razón a los federalistas, pero, se la otorga a los republicanos en cuanto al aspecto procesal, los republicanos no podían atacar una cosa y defender la otra en los mismos términos, declara inconstitucional una norma que despreciaban los republicanos y así los mantiene callados.

21. MAYORÍAS v. MINORÍAS

A partir del caso, se comienza a dar forma a una nueva filosofía que apoya la supremacía judicial. James Kent habla de la importancia que tiene la justicia constitucional para brindar protección a las facciones minoritarias de los ataques de una mayoría apasionada y vengativa, para Kramer desaparece, entonces, la visión del fallo judicial como reflejo de lo popular y emerge la necesidad de preservar la Constitución de las garras de la mayoría o, en otras palabras, aparece la necesidad de proteger la Constitución de su creador y se sugiere como crítica la pregunta ¿si la Constitución se adoptó mayoritariamente no es la democracia la regla de las mayorías?

Supremacía constitucional: el pueblo y las mayorías, son dos cosas distintas. Por ejemplo, las mayorías expresadas en una contienda electoral, son la expresión de una autorización popular concretada en la Constitución, pero, aquélla no subvierte o usurpa a ésta, por el contrario el pueblo reglamenta el juego de las mayorías a través de la Constitución, entre otras cosas, porque las mayorías son espontáneas y móviles, cambian en número, composición y estructura. Incluso, quien ayer compuso la mayoría, hoy puede estar en la minoría y con ello no se puede entender que esté por fuera del contenido de “pueblo”, por ello la Constitución defiende

permanentemente los derechos individuales y de las minorías de los potenciales peligros de la mayoría.

Republicano: siempre que se asegure el libre acceso a la democracia deliberativa, no se puede alegar que las determinaciones que tome el pueblo en foros democráticos deben ser nulos por irrespeto a la minoría, el respeto a la minoría de hecho queda comprobado con su libre acceso al foro, no puede haber razón para mutilar la voluntad de la mayoría, el pueblo no se descompone en fracciones de diversas jerarquías y grados ... hoy Waldron nos dirá que no existe ninguna prueba que las minorías tengan menor consideración en un parlamento que en una Corte, que los jueces puedan entender mejor que los legisladores las cargas sociales de las minorías o cómo acceder a un arreglo social equitativo.

22. SOBREVIVIENDO A MARBURY v. MADISON

A partir del fallo lo que se concreta en Estados Unidos es una tradición en donde la metodología de interpretación de la Constitución se reduce a la interpretación de reglas jurídicas convencionales. Si bien, durante más de cincuenta años, hasta el caso de Dred Scott, la Corte no ejerce su “supremacía” judicial sobre otro estatuto federal, la suerte está echada. Durante estos cincuenta años, la prudencia política de las cortes fue la característica común, se siguió empleando el rasero de la obviedad de la inconstitucionalidad de la ley, de manera que los fallos no fueron controvertidos y se asimilaban como una proyección del constitucionalismo popular.

El papel de las universidades y escuelas de derecho en este periodo es imponderable, el discurso de acuerdo con el cual la interpretación de la Constitución es un asunto reservado al más exigente entrenamiento jurídico no cesó de repetirse desde Harvard y Yale.

Un mecanismo de concentración de poder infalible, es hacer creer que los asuntos del poder ofrecen un grado de dificultad tal, que sólo existen unos cuantos “privilegiados” capaces de resolver sus enigmas, el lenguaje del abogado se especializa hasta la incomprensión, las cortes del “pueblo” comienzan a hablar en clave Morse, la Constitución es un inmenso e inaprensible arcano, compuesta por claves secretas, instrucciones codificadas, al pueblo sólo le quedaba un paisaje vacío y seco, es un proceso gradual de apropiación del lenguaje, de definición de sus signos, de arrebatación de sus contenidos “quien defina el lenguaje tiene el poder”.

Las voces de hombres como Dudley penetraban como un taladro en esta totalización del lenguaje constitucional “*no queremos el derecho, queremos justicia*”; pero, el derecho y la justicia ya eran un solo compuesto orgánico, la justicia no era cuestión de sentido común, era cuestión de adjudicación a partir de elementos reglamentados; la justicia no era cuestión de lecturas abiertas de un cuerpo político “a la vista” de todos, sino, de una labor interpretativa especializada y oculta. El pueblo se convirtió en un “lego” de su propia Constitución, un sujeto inanimado de su propia obra. La literatura, especialmente inglesa, de finales del siglo XIX, en obras como Frankenstein de Mary Shelly, Dr. Jeckyll and Mr. Hyde de Stevenson, formulan la metáfora del hombre que perdió contacto con Dios y su propia naturaleza, un hombre creador de una obra sublime y mortífera, las instituciones toman el lugar del ser humano, en contra del ser humano, el ser humano les provee una animación –el lenguaje– que se devuelve en contra del ser humano, la institución secuestra el lenguaje, lo petrifica, oculta y lo hace suyo, preservando la institución por la institución, parece que el totalitarismo no es atributo exclusivo del siglo XX.

En los años treinta del siglo XIX, a pesar de la docilidad con que el papel de los jueces encajaba dentro de la teoría departamentalista y el constitucionalismo popular, algunas voces no dejaban de expresar sus sospechas acerca de la revisión judicial:

Juez Gibson (en el caso Eakin v. Raub) es el pueblo a quien corresponde repeler los actos inconstitucionales, ello se logra en la comunicación entre elegido y elector.

John Taylor: es una teoría insólita, ¿Cómo pueden los jueces instruir a los órganos políticos acerca de su misión institucional?, esto no es otra cosa que adoctrinamiento judicial de la política.

Spencer Roane: la revisión judicial no puede extenderse a la judicialización de actos políticos por naturaleza, el desarrollo legislativo de la constitución es una cuestión de oportunidad y pertinencia.

Lo que todas estas discusiones evidenciaron, fue la necesidad de poseer una “última palabra” una versión de la verdad que definiera los contextos de las pugnas constitucionales, la noción de pueblo se desintegraba en mil pedazos, los individuos, según el retrato de De Toucqueville al sentir la ausencia de certezas políticas compusieron una telaraña abigarrada de instituciones intermedias. Los clubes,

cofradías y asociaciones eran el lugar de lo público en los años treinta y cuarenta. Sin quererlo los detractores de la supremacía constitucional empujaron la discusión en el curso definitivo y final de la necesidad de la “versión de la verdad” como “última palabra”.

El valor de lo predecible en la ley comenzó a abrirse paso en contra del control popular. La profesionalización del derecho redujo el papel protagónico de los jurados y, de la misma manera, se aniquiló la intervención de los “personajes respetables” que eran hombres sin ninguna formación legal; pero, en quienes la comunidad depositaba la gran responsabilidad de hacer justicia. El sentido común como base fundamental de las estructuras de adjudicación, cedieron ante un aparato normativo más complejo y cuyo lenguaje comenzaba a ser patrimonio único de los abogados. Esta profesionalización del derecho lo resume Kramer así: *“El derecho era un sistema de principios: un conjunto predecible, inteligible y armonioso cuya estructura orgánica y sus reglas dinámicas podían ser enseñadas y comprendidas utilizando los mismos métodos practicados por otras ciencias”*. Así el ánimo codificador, catalogador penetró en la médula de las elites norteamericanas, excluyendo de raíz las prácticas populares del siglo XVIII.

Por supuesto que la sociedad de los años treinta, se asemejaba poco o nada a aquella de la Convención de Philadelphia, el crecimiento demográfico, el ejercicio intenso del capitalismo, la conquista del Oeste bajo la premisa de la autosuficiencia (Every man for himself), el sectarismo protestante trajeron como consecuencia la elaboración de nuevos protagonistas del juego político, entre ellos el surgimiento de partidos políticos lo suficientemente fuertes para mantener un contacto expandido y permanente con los diferentes estados, ello significó otra reducción de peso y energía de constitucionalismo popular, los partidos crean una serie de ritualidades y procesos que atrapan y transforman las opiniones masivas, que ahora sufren un paso de cooptación ideológica, la política es refractada por los partidos y los movimientos populares se dan “de puertas para dentro”.

En una sociedad heterogénea, dinámica y de impresionantes alteraciones sociales, la labor del juez parece brindar mayores garantías de estabilidad institucional, pareciera como si el pueblo tuviera miedo de sí mismo, como si no alcanzara a verse como un compacto, sino como una anomalía quebrada en trozos, trozos que se enfrentan a partir del significado de la constitución, o, lo que es peor, no logran asimilar que el rompimiento en trozos no es el rompimiento del pueblo, sino, una

mutación que lo vigoriza, es allí donde los “profesionales” aseguran que la interpretación de ese texto ultra–especializado sólo puede acontecer en la resolución de sus afugias en un foro de elite intelectual como lo es la Corte, el lenguaje constitucional es, entonces, reconducido a la Corte como única solución a un conflicto constitucional.

La década de los cuarenta está caracterizada por tensiones que rayan con la descomposición de la Unión, el estado de Georgia desconoce un fallo de la Corte que protegía a la nación Cherokee, el conflicto es cada vez más agrio entre los estados del Norte y los del Sur. No sorprende, entonces, que las voces más convencidas del constitucionalismo popular emprendan una revisión del tema, en ese contexto James Madison, llama a la cordura de los estados y recomienda que dada la situación pugnaz se debe confiar en un solo poder de arbitraje: la Corte. Afirma que dada la cacofonía de voces y el escalamiento caótico del conflicto se le debe confiar a los jueces el “lugar de la verdad” constitucional. Pues es allí donde existe coherencia y uniformidad en la interpretación del texto. ¿Apostasía? Difícilmente, el acento puesto sobre la necesidad de de clausurar los conflictos, – que finalmente derivaron en la Guerra civil– era una necesidad práctica de resolver los conflictos entre los estados y la Unión, no obstante su teoría fuerte del departamentalismo se mantenía intacta, de manera que Madison sólo defiende la supremacía constitucional cuando se trate de relaciones entre la Federación y los estados, lo cual fuerza a concluir que el control de constitucionalidad de las leyes en la versión del constitucionalismo popular es una derivación del federalismo y no de una necesidad constitucional.

Con autores como Negri y Virno yo creo que en los últimos cien años el pueblo ha sido, re–conducido, re–aconductado, re–educado, hasta desaparecer, de sus cenizas se ha vuelto a hacer, de otra forma, reconociendo su vulnerabilidad, a pedazos, se ha reconstruido, otro nombre lo alberga, otra mimetización lo sostiene, está en la plaza pública, en las artes plásticas como manifestación de lo político, se resiste a ser encasillado como creador de un instrumento (Constitución o Estado) que una vez creado deja de poseer, se refugia en las cortes cuando las instituciones democráticas están clausuradas o cooptadas. En la historia más reciente no existe una Corte impopular, tanto que la historia ha sido la de la reacomodación de la justicia constitucional a la medida del pueblo.

23. DOS ARGUMENTOS FUERTES

La defensa de la justicia constitucional ha trabajado tradicionalmente con dos argumentos:

1. La justicia constitucional protege a las minorías de la fuerza avasallante de las mayorías, la verdadera democracia yace en los derechos fundamentales y en su intangibilidad que aleja a las mayorías de una posible deformación, se afirma también que las mayorías no obran a partir de argumentos de principio, sino que son movidas por los intereses.
2. La justicia constitucional es el mejor mecanismo para prevenir la anarquía interpretativa e inyecta en el sistema, reglas de juego precisas y predecibles.

A pesar del apuntalamiento de la autoridad judicial, lo que sigue en la historia de la Corte no puede catalogarse como menos que oscuro. En *Dred Scott*, la Corte admite que los dueños de esclavos pueden perseguir a éstos hasta los estados del Norte, pues, se trata de reivindicar la propiedad privada. En *Plessy v. Ferguson* la Corte instala la doctrina de “separados pero iguales” que no es otra cosa que la autorización para la segregación racial. En *Lochner v. New York* la Corte anula una serie de estatutos diseñados como códigos de protección laboral en medio de una desafortunada práctica de liberalismo económico. Pero, el punto de quiebre es la Corte que anula sistemáticamente las disposiciones de Roosevelt en la era del “new deal”. La narrativa convencional nos habla de una Corte perseguida por un presidente furioso, nos habla de un “Court packing plan” que pretende mutilar la autoridad de la Corte y cómo de este choque de poderes sale fortalecida la Corte Suprema de Justicia.

La verdad es que trata de otro momento histórico de resolución de tensiones y asignación de autoridades. Roosevelt revive el discurso popular afirmando que la Constitución no es “*un contrato entre abogados sino el documento del hombre común*”. La Corte toma inmensas precauciones de prudencia política para defender su supremacía interpretativa, en el fallo *Ashwander v. TVA* desarrolla un canon interpretativo de primer orden, se trata de las reglas de “self restraint” o auto control que reflejan el interés de la Corte por moderar su propio poder haciéndolo más racional. Pero, en el fondo se trata de otra reivindicación del poder “*somos tan poderosos que nadie, excepto nosotros mismos nos puede controlar*”, el lenguaje de la Corte se hace más refinado, el procedimiento más

específico, es la etapa final de absorción del lenguaje como instrumento del poder, ya las batallas jurídicas tienen un canon rígido dominado por y desde la Corte. Finalmente, la verdadera constitución está en los fallos de la Corte Suprema.

Ahora bien, la forma como se solucionó la tensión interpretativa en el New deal fue la siguiente: la Corte admitió una definición clara entre los poderes y facultades delegados por la Carta al Congreso y al Ejecutivo y una amplia categoría de derechos individuales que sirven de límite natural a los poderes y facultades. En cuanto a los primeros, la Corte admite que corresponde al Congreso y al Presidente definir las metas y los mecanismos que han de ser desarrollarlos y en cuanto a los derechos la Corte preserva para sí misma todo poder interpretativo de definición constitucional. Hasta ahí muy bien, el truco consiste en que es la misma Corte la que define cuándo se trata de una categoría o de la otra. A partir del “escrutinio racional” la Corte puede determinar cuándo esas facultades constitucionales afectan un derecho individual y por ende cuándo puede anular los estatutos.

24. LA CORTE WARREN Y LA ADSCRIPCIÓN DE LOS INTELECTUALES

La otra fórmula para fortalecer el poder de la Corte es el inicio de una densa defensa a las minorías y a los derechos individuales, la defensa de las “minorías discretas e insulares”. La Corte Warren que arranca con el paradigmático fallo de “Brown v. Board of Education of Topeka” que desmiembra la doctrina de “separados pero iguales” es una poderosa locomotora de cambio político y social. En Baker V Carr, la Corte anula la manera como algunos estados sureños repartían las circunscripciones electorales privando a las minorías negras de representación en la Cámara de Representantes. La popularidad de la Corte Warren, especialmente en la academia, fue progresiva, para mediados de los años setenta, había un cinturón grueso de académicos protegiendo la labor de la Corte, y de pronto nadie volvió a mencionar el constitucionalismo popular.

Un caso emblemático como Baker v. Carr demuestra que todas las instancias de la democracia americana estaban obstruidas y que gran parte del pueblo no podía ingresar al bufete de lo político, estando condenados al ostracismo y la marginación pública, la única salida que encontraban para hacer parte de lo político era la Corte Suprema. En una especie de pirueta política, la Corte determina que la última palabra no proviene del pueblo, sino que *es* el pueblo mismo.

La olla de presión social que se había convertido Estados Unidos para la década de los sesenta amenazaba con explotar en la cara de un establecimiento cada vez más duro y fosilizado. Los “baby boomers” asechaban los cimientos de una sociedad, a partir de nuevas e irreverentes formas de arte y protesta, Malcom X y las marchas en Mobile, Memphis, las Panteras Negras, la literatura de los desarraigados como Kerouak y Bukowski, Timothy Leary y sus experimentos multisensoriales en Harvard, la sicodelia como forma para abrir la mente y romper con la unidimensionalidad occidental. La NAACP comprendió que gran parte de su lucha por los derechos civiles de los negros tenía que ser llevada a las cortes, que éste era el foro para disolver siglos de opresión blanca. La Corte canalizó, le dio sentido y apertura a procesos sociales y políticos muy agudos, abrió el bufete político a seres que no tenían historia, los marginados y discretos eran más que un reclamo retórico eran una realidad vibrante, los fallos judiciales proporcionaron las nuevas armas capaces de enfrentarlos con los más poderosos y en esa liza se redefinió el pueblo a través de sus cortes.

25. LA NARRATIVA JUDICIAL v. LA NARRATIVA LEGISLATIVA

Para la época del caso que definió el aborto, *Roe v. Wade* (1973), las miradas se centaban en las técnicas de interpretación de la Corte y no en la legitimidad de la misma para establecer una interpretación final de la Constitución. Conservadores y liberales mantenían un acuerdo silencioso acerca de la supremacía judicial y sólo disentían sobre la manera como ésta se expresaba. El pueblo se realiza a sí mismo a través de la Corte, no ya a partir de la narrativa cerrada de un legislador de intereses, sino en la confrontación directa de narrativas judiciales, jamás se pudo lograr que la historia negra se contara con tanto detalle en el Congreso, pero en la Corte, el acusado eran los cuatrocientos años de opresión blanca, de miseria y tortura. La narrativa judicial está abierta a una dialéctica más rica, de múltiples rupturas, el problema es que el consenso que se alcance o mejor “el lugar de la verdad” cierre definitivamente la narración, es allí donde yace el problema de la “última palabra”.

“Para mediados de la década de los ochenta las protestas sobre asuntos constitucionales no se dirigían en contra de la Corte sino que se dirigían en la búsqueda de una solución por parte de la Corte”.

26. FACTORES DE DESAPARICIÓN DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE “PUEBLO”

1. Amplia desconfianza por parte del estamento intelectual acerca de los valores del pueblo después de los desfases y el terror del Nacional Socialismo, el Fascismo y el Estalinismo
2. La comprensión de los valores democráticos encasillados en compromisos morales, hacían de la Corte un foro ideal donde debatir los problemas más agudos de la democracia; es decir, la creencia en la democracia no como un acto complejo de manifestación política, sino como un texto, o si se quiere una caja de resonancia que contiene los primeros valores de la interacción política.
3. En la medida que los fallos de la Corte abrieron el panorama político haciéndolo más inclusivo, los intelectuales comenzaron a pregonar una cada vez más activa y agresiva autoridad judicial.
4. El pueblo comienza a ser referido en tercera persona, deja de ser “nosotros” a ser “ellos”, ellos como algo amorfo e indescifrable, demasiado grande y torpe para actuar, la lucha política se concentra en pequeños focos de acción, en manifestaciones de ideas. Los intelectuales no tienen una posesión firme sobre los atributos del concepto pueblo, éste se bifurca en los más variados caminos, como dije, en los Estados Unidos de los años cincuenta y sesenta y la Colombia de hoy, el pueblo llena de contenido –sin agotarse a sí mismo– la narrativa judicial como espacio de ruptura para re–narrar su historia y describirse a sí mismo. Cuando alguien tutela busca su “lugar” dentro de la política, el lugar de “madre” “mestizo” “empleado de fábrica” “burócrata”.

En su ensayo “Famous last words” sostiene Guardiola *“La función de las palabras últimas es mostrar lo que se hace ver a sí mismo como equivalente de la verdad, como otro. De otra manera, la función de las últimas palabras es equivalente a la lógica de sustracción o excepcionalidad: Se trata pues del lugar originario o constituyente”*. La última palabra revela el mundo, es la superficie de la verdad como acto primario de creación, de ello las sospechas profundas de que ese acto que delimita la verdad y sustrae los contenidos del instrumento constitucional pueda tener como sede un órgano jurisdiccional. Los consensos están enraizados en la médula del liberalismo clásico, toda suposición de legitimidad política descansa en que se alcance el consenso, su obra más perfecta es, entonces, la ley, ahora, la variante procesal, es que se determine la

limpieza y transparencia para alcanzar los consensos, que el proceso que lleve al consenso esté libre de dominaciones. Sin embargo, el consenso en una y otra visión supone uniformidad y carencia de disenso, implican como regla automática que no existe lo marginal y lo discreto, que la reducción de la complejidad es total. El fallo judicial implica que se contraponen narrativas que aspiran al lugar de la verdad, que aspiran también a reducir la complejidad; pero, el procedimiento se edifica a partir del disenso, de las narrativas contrapuestas que evaden el silencio del consenso, aspiran a una regla que ordene los discursos de ahí en adelante.

27. LA PARODIA DE LA VERDAD

Finalmente, Kramer sostiene que el pueblo ha sido privado de su Constitución, que desapareció dentro de las fauces de la supremacía judicial, y que es flácido el argumento que defiende la supremacía a partir del orden versus el caos, lo final contra lo incierto, *“la incertidumbre y la inestabilidad persistirán incluso en un régimen de total supremacía judicial... la decisión no debe ser entre el orden y el caos, entre la estabilidad y la anarquía, sino que la discusión debe ser acerca de diversos tipos de estabilidad y los diferentes mecanismos para alcanzarla”* no existe clausura al derecho, las perspectivas y ángulos de donde se la mira altera la interpretación, lo estereotipos, las brechas interpretativas siempre estarán presentes. *“Un monopolio judicial sobre la interpretación constitucional se describe hoy como algo inevitable e inexorable”*.

28. CONCLUSIÓN

Sin embargo, el punto crucial donde se demuestra la decapitación del pueblo es cuando un Tribunal Constitucional define lo que el pueblo es y cómo y cuándo puede actuar, en una pretendida defensa del constituyente primario, el pueblo es descrito desde adentro, desde una cápsula que encierra el lugar de la verdad muy a pesar de lo que el pueblo tenga que decir al respecto, es el pueblo como subalterno, como sujeto animado desde dentro de la Constitución por un poder en principio derivado, le sustrae toda subjetividad política, le aplasta todo perfil ético.

Oscar Guardiola afirma, *“mi confianza está en la capacidad auto-organizativa del pueblo él mismo. En su capacidad morfo-genética. Hablar de ‘constituyente primario’ o de ‘constituyente popular’ es expresar esta confianza y afirmar con la mayor fuerza posible nuestra fidelidad con el acontecimiento revolucionario en el origen de la ley más alta”*. Pues bien, la

fuerza del constituyente primario como fuerza y energía creadora del acto constitucional se resiste a ser amoldada, a ser desarticulada en nombres impuestos desde afuera y su capacidad morfogenética consiste precisamente en que no requiere de habilitaciones reglamentadas para actuar. Cuando ella misma determina las instituciones, en su acto inaugural de la Constitución las organiza de tal manera que se inserta dentro de sus instituciones como órganos que la habilitan a actuar. Reitero mi adscripción a un modelo donde el pueblo llena de energía a sus jueces. En la medida que ve el proceso judicial como una nueva fórmula para narrar y deconstruir los hitos históricos que lo mantienen en la sombra y en el silencio, una nueva oportunidad de involucrar los principios que él ha construido y habitarlos por fuera de una narrativa lineal y construida al amañó de los poderosos.

El pueblo es una fuerza semejante al agua, cuando las instituciones democráticas se taponan y ocluyen cualquier discurso democrático, su fuerza llena de contenido aquellas instituciones en donde se puede potencializar y dar contenido al discurso democrático. En Colombia, la defensa judicial de los derechos fundamentales en la Corte Constitucional ha tenido ese efecto. Ahora el problema es de un desbalance absoluto de las instituciones y por más tutelas que falle la Corte y de la manera agresiva como lo haga los inmensos problemas sociales y económicos están lejos de ser resueltos, pero ante un congreso cooptado y que se mueve en grandes bloques de interés, y un discurso de autoridad, podemos decir que hoy el pueblo está representado en la Corte.

Queda por indagar cuál ha sido el movimiento de la interpretación constitucional dentro de esta complicada constelación. Debemos renunciar en primera medida a la reducción del texto constitucional a lo meramente jurídico, a un valor estéril de ley formal, la interpretación debe pararse en ese umbral jurídico-político, debe filtrar y destilar la riqueza de elementos que no sólo están encerrados en el texto constitucional, sino que fluyen e intercambian sentidos con el ser humano y la sociedad. La nueva interpretación tiene que dejar de ser un campo cerrado de los abogados y abrirse a lo múltiple.