

## II. LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y JURÍDICA DE LAS PRIMERAS CONSTITUCIONES ESTATALES Y EL ORIGEN DE LA *JUDICIAL REVIEW*

Cuando en el siglo XVIII se independizan las colonias angloamericanas, no había demasiadas opciones en cuanto a formas políticas para alumbra la obra de ingeniería social que emprendían los Padres Fundadores. O se establecía una nueva monarquía, única para todas las colonias, o se implantaba una democracia en cada estado independiente.

Aunque las dos posibilidades fueron consideradas, finalmente se decidieron con naturalidad por la última opción. El pueblo de cada estado asumiría su soberanía y se gobernaría a sí mismo por separado de los demás. Muy conocida es la versión de que tal alternativa se veía facilitada porque los angloamericanos tenían ya experiencia con el autogobierno, pues debido, entre otras cosas, a la distancia con Inglaterra, se habían visto obligados durante su época colonial a gobernarse a sí mismos.

Pero ésta no fue la única razón por la cual las ex colonias optaron por mantenerse políticamente separadas unas de otras como estados soberanos. Prueba de ello es que la sola experiencia del autogobierno colonial no explica por qué siendo estados pequeños, y por tanto sumamente vulnerables desde el punto de vista militar, prefirieron mantenerse políticamente separados.<sup>19</sup> En un periodo histórico caracterizado por grandes imperios con ambiciones territoriales, el sentido común hubiese sugerido que las ex colonias se fundiesen en un solo Estado centralizado que tuviese mayor capacidad militar frente a las acechanzas de los ingleses, franceses, españoles y los pueblos indios.

Se debe principalmente al profesor Martin Diamond el haber identificado una segunda y muy influyente razón para la cual las ex colonias permanecieron bajo el esquema del estado pequeño y soberano una vez alcanzada la independencia. El profesor Diamond puso al descubierto la

<sup>19</sup> Kenyon, Cecelia M., "Introduction", *The Antifederalist*, 2a. ed., Boston, Northeastern University Press, 1985, p. XL.

fortísima influencia sobre la élite norteamericana de la “teoría de la pequeña república democrática” elaborada por Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, así como la concepción del principio federativo de este gran científico social francés.

Lo expuesto por Diamond acerca de esta segunda motivación de los constituyentes de los estados angloamericanos de utilizar la teoría difundida por Montesquieu para su propio arquetipo político, es mucho menos conocida en el mundo académico de habla española. Y la aclaración es de suma importancia porque es sobre ésta —y no sobre la primera razón histórica expuesta antes— que se va a construir en los Estados Unidos el concepto jurídico de autonomía o “soberanía de los Estados” como piedra angular del federalismo estadounidense y del derecho constitucional estatal.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Martin Diamond explica el “federalismo de las *polis*” griegas y su absorción por Montesquieu, cuya disquisición condujo entre La Ilustración norteamericana, al debate sobre la escala territorial óptima para el gobierno democrático. Los Estados griegos “eran pequeños países autónomos (que significa, literalmente, autolegislativos). Los griegos creían que solamente en *polis* autónomas de tales características —no más grandes que, por ejemplo, Atenas— podían los hombres conocerse unos a otros, verdaderamente gobernarse ellos mismos, compartir la misma visión de la *buena vida*, y crear las condiciones necesarias en las cuales las potencialidades del ser humano podrían actualizarse. Este era su “valor político” más elevado. Luego entonces, los griegos tenían una razón suficientemente poderosa para preservar la autonomía de cada uno de sus pequeños países; su preservación era precondition para la *buena vida*. De ello se sigue, necesariamente, que cualquier intento de agrandar la comunidad política —de crear un Estado a mayor escala— hacía que la vida fuese menos buena. A pesar de ello, los griegos reconocían la utilidad de la unión e inventaron el federalismo como una forma de conseguir algunas de las ventajas de un Estado mayor. Pero ellos no podrían estar de acuerdo con la moderna idea federal de que el poder de gobernar debería estar dividido entre un gobierno central y un grupo de gobiernos locales. Debido a la profunda importancia que los griegos le concedían a las *polis* como comunidades políticas completas, no podían consentir que nada del poder de gobernar pudiese ser compartido con un gobierno federal mayor. Lógicamente, concibieron el federalismo como una forma de tener ciertas funciones mínimas —como la guerra y la defensa exterior— desempeñadas en común por Estados que, en todo lo demás, permanecerían siendo rigurosamente autónomos...” Diamond señala que Montesquieu fue el enlace entre el federalismo de la antigüedad clásica y el moderno. “El gran teórico de esta nueva fase del federalismo fue Montesquieu, y el federalismo sobre el que él elaboró puede ser llamado «federalismo de las pequeñas repúblicas». Este nuevo federalismo de las pequeñas repúblicas es similar en muchos aspectos al federalismo de las *polis*, pero ocurre una modificación vital en los fines del federalismo. La pequeñez de los países ya no se concibe como la precondition de la buena vida, sino solamente como la precondition del republicanismo y de las libertades republicanas; la pequeñez y el carácter íntimo de los pequeños países ya no es asumida como la precondition de todas las virtudes, sino ahora solamente del civismo republicano...” continúa

Como señala en concordancia con esa misma línea de investigación Gordon S. Wood, la academia estadounidense suele registrar que los “antifederalistas” perdieron el debate en la Convención Constituyente de Filadelfia. Pero este autor subraya con energía que la concesión que éstos lograron obtener del bando “federalista” del respeto constitucionalmente garantizado a la soberanía de los estados —posición política tributaria de la doctrina de Montesquieu a la que fueron tan afectos los antifederalistas— pervive en el esquema constitucional dual del federalismo estadounidense de nuestros días.<sup>21</sup>

Dicho en otras palabras, la teoría de las pequeñas repúblicas democráticas de Montesquieu es la base sobre la cual se va a erigir la teoría del derecho constitucional de los Estados federados. Conocerla es pues una obligación para quienes nos interesamos por el estudio del derecho constitucional estatal, ya sea estadounidense, mexicano, argentino o brasileño. Montesquieu ha influido a todos ellos a pesar de que se tenga poca conciencia de este importante dato de la historia de las ideas políticas.

Como ya mencionamos, es ampliamente sabido que a lo largo del periodo histórico colonial angloamericano casi todas las colonias habían contado con un gobernador nombrado por la Corona, con un cuerpo judicial y con una asamblea electa por los propios colonos. En ese tiempo todos ellos ejercían sus actos de autoridad en nombre del rey. Pero por necesidad de la independencia política frente a la Corona, había que transitar a un nuevo diseño institucional para formar un gobierno sustentado en el consentimiento del pueblo. Ello sin desechar aquellas instituciones y prácticas del gobierno colonial que no se encontrasen en contra-

Diamond su exposición diciendo que el “argumento de Montesquieu de reducir el fin del federalismo a los efectos de preservar el republicanismo, influyó al pensamiento norteamericano sobre el federalismo... Las razones que Montesquieu exponía de por qué debían las repúblicas mantenerse siendo geográficamente pequeñas y unirse sólo en confederación y no integrarse en una fusión estatal única, tenía dos vertientes: una positiva y una negativa. El argumento positivo se basaba en que las repúblicas debían ser pequeñas porque sólo en una pequeña república puede ser interiorizada la virtud patriótica, que es la «fuente» o «principio» del republicanismo. El argumento negativo estaba fundado en el convencimiento de que «un imperio extenso lleva consigo una autoridad despótica en la persona que gobierna», es decir, una densidad de poder que es incompatible con las libertades republicanas”. “The Ends of Federalism”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 3, 1974, pp. 131-133.

<sup>21</sup> Wood, Gordon S., “Foreword”, en Kenyon, Cecelia (ed.), *The Antifederalist*, Boston, Northeastern University Press, 1985, pp. V-VIII.

dicción con el nuevo esquema de gobierno popular, como el sistema de tribunales y la tradición del *common law*.<sup>22</sup>

En este contexto, los modelos democráticos más admirados por los líderes de la independencia angloamericana —por influjo de Montesquieu— eran la democracia directa de Atenas y de la Roma republicana, pues es de ambos que Montesquieu había tomado su inspiración para elaborar la teoría de las pequeñas repúblicas democráticas.<sup>23</sup> Como han establecido fehacientemente y en concordancia con Martin Diamond los historiadores Bernard Bailyn y Gordon S. Wood, es ese modelo democrático que había existido en la antigüedad grecorromana el que sirve de inspiración a los Padres Fundadores para trazar los planos de su arquetipo democrático.<sup>24</sup>

Como es fácilmente apreciable en *El federalista*, a los Padres Fundadores también les eran familiares las experiencias de las pequeñas repúblicas renacentistas de Florencia y Venecia, o las de los Países Bajos, cuyas teorías políticas analizaron igualmente, pero bajo el entendido de que todas ellas eran a su vez adaptaciones más o menos afortunadas del modelo democrático griego así como del romano que prestó de aquél.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Cfr. Reinsch, Paul Samuel, “The English Common Law in the Early American Colonies”, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Frankfurt, Verlag Sauer & Auverman, 1968, vol. I, pp. 367-415. En torno a la recepción de *common law* en Estados Unidos, también puede consultarse el capítulo III del trabajo de Morineau, Marta, *Una introducción al common law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 67-99.

<sup>23</sup> Cfr. Lowenthal, David, “Montesquieu”, en Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (eds.), *Historia de la filosofía política*, traducción del inglés a cargo de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 486-506.

<sup>24</sup> Cfr. Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1992; y Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, 2a. ed., Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1998.

<sup>25</sup> Ames, R. A. y Montgomery, H. C., señalan que “el primer paso para establecer el rastro de la Constitución hasta Roma puede ser la demostración de la familiaridad de los ‘Padres de la Constitución’ con el pensamiento de la antigüedad, a través de la educación en la que se formaron. Si estos hombres hubieran sido solamente un grupo de recios patriotas, hijos de la tierra, hubiesen razonablemente elaborado un sistema de gobierno basado en su propia experiencia y en la Constitución inglesa. Pero este no fue un grupo ordinario de hombres... Quienes entre ellos fueron los más activos en la redacción de la Constitución estaban perfectamente capacitados para esa tarea por virtud de su educación, que como sabemos, era casi enteramente clásica en cuanto a objeto e inspiración... Por la naturaleza de los estudios de esa época, así como por los registros de dónde se ma-

En sus elaboraciones políticas a los Padres Fundadores les servían de referente las disquisiciones de los autores clásicos de la antigüedad sobre el Estado democrático ideal. Los filósofos y juristas griegos y latinos y en línea de continuidad con ellos Montesquieu, aconsejaban que a efecto de que el pueblo se pudiese gobernar a sí mismo por medios democráticos, la república tendría que constituirse necesariamente en un espacio territorial reducido. El territorio debía de ser de un tamaño tal que permitiese las asambleas del pueblo para que éste efectivamente se gobernase por sí mismo.

Coincidentemente, los pobladores de las ex colonias británicas creían que cada una de ellas cumplía por separado los requisitos de pequeña dimensión que era la principal condicionante para la democracia según los venerados autores de la antigüedad clásica y del científico social Montesquieu. Ello facilitó la adopción del modelo democrático griego, si bien introduciendo importantes adaptaciones para transformar la democracia directa griega, en una democracia de tipo representativo.

Pero la influencia cristiana secularizada por John Locke grabó también su impronta en el constitucionalismo estatal angloamericano. Según la doctrina cristiana, el hombre había nacido a semejanza de Dios. Consecuentemente, todos los hombres eran iguales en dignidad.

La única fórmula de conciliar este dogma religioso con la autoridad terrenal de unos sobre otros —gobernantes y gobernados— era que cada quién convenía libremente en obligarse a una serie de deberes para vivir pacíficamente en sociedad. Dicha voluntad se expresaría en un contrato social por medio del cual se haría respetar el valor individual de cada ser humano integrante de la sociedad civil. Mediante este contrato social la sociedad política crea al gobierno, le dota del poder de legislar y ejecutar

tricularon (Harvard, Princeton, Colegio de Filadelfia, Colegio de William and Mary, y las Universidades de Columbia, Edimburgo, Oxford y Glasgow), se deriva que la Convención en conjunto y sus líderes en particular eran conocedores profundos de las civilizaciones antiguas, y seguramente pudieron apoyarse en la teoría política de ellas. Sus antecedentes en los clásicos se revelaron y ejercitaron con toda claridad durante la Convención. C. Edward Merriam dice que ‘los colonos no proclamaron originalidad alguna sobre las principales doctrinas que propagaban; de hecho declararon que tales ideas eran tan viejas como Grecia y Roma’. El estudio de *El registro de la Convención Federal* indica una estrecha familiaridad con las instituciones políticas romanas, y la frecuencia con que el nombre de Roma se menciona en *El registro* es una evidencia aún más sólida del lugar que su pensamiento político ocupaba entre los Padres Fundadores”. “The Influence of Rome on the American Constitution”, *The Classical Journal*, vol. XXX, 1934, pp. 20 y 21.

y aplicar las leyes, pero mirando en todo momento por el respeto de la autoridad a una serie inalienable de derechos naturales de los individuos.<sup>26</sup>

Como hijos de La Ilustración que eran, y ya que Montesquieu se había servido de las instituciones inglesas para formular su teoría del control del poder mediante su división, los angloamericanos adaptaron expresamente y con suma facilidad en sus Constituciones el principio de la división de Poderes en cada una de sus pequeñas repúblicas. Un Poder frenaría al otro. Ello evitaría atropellos en los derechos de los ciudadanos de la sociedad política.

Pero estas primeras Constituciones del mundo contenían algo más que un largo preámbulo iusnaturalista, una declaración de derechos individuales y la creación de un gobierno con tres Poderes distintos.

Las fórmulas constitucionales estatales originales del periodo de Independencia que inicia en 1776 no fueron definitivas sino que bien pronto fueron sustituidas por otras. Y la transformación constitucional en los estados de la república estadounidense no ha cesado desde entonces.

El advenimiento del ciclo histórico conocido como La Ilustración sin duda marcó una transformación en la mentalidad de los hombres educados de la época. No obstante ello, el elemento religioso había sido parte importante en la formación de los ilustrados, y ello tuvo una importante proyección en las ideas políticas, sobre todo en las ex colonias del Atlántico norte.<sup>27</sup>

La filosofía cristiana secularizada por John Locke es absorbida por el constitucionalismo estatal angloamericano, como nítidamente se refleja en la influyente obra de Thomas Payne, *Common Sense*, así como en los preámbulos de las primeras Constituciones estatales. Según Donald Lutz, la filosofía del cristianismo fue la inspiración mediata más influyente sobre la Declaración de los Derechos del Hombre de 1776 de la República de Virginia, de la que a su vez prestaron las demás Constituciones estatales y posteriormente la federal.

Según la doctrina cristiana, el hombre había nacido a semejanza de Dios. Consecuentemente, todos los hombres eran iguales en dignidad. De ello se derivaba a su vez que nadie tenía ningún derecho a subyugar a otro, todos los hombres nacían libres y debían seguir siéndolo durante

<sup>26</sup> Cfr. Corwin, Edward S., *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 72-89.

<sup>27</sup> Cfr. Lutz, Donald, "From Covenant to Constitution in American Political Thought", *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 10, 1980, pp. 101-133.

sus vidas. Como hijos de Dios todos pues eran iguales y libres. La única fórmula de conciliar este dogma religioso con la autoridad terrenal de unos sobre otros —gobernantes y gobernados— era que cada quién convenía libremente en obligarse a una serie de deberes para con su sociedad, voluntad que se expresaría en un contrato social por medio del cual se haría respetar el valor individual de cada hombre.<sup>28</sup>

Las Constituciones estadounidenses, que son históricamente las primeras Constituciones del mundo, se establecen haciendo patente en forma escrita la filosofía que concibe a la comunidad política como la fuente del poder público, pero lo hacen con el propósito de convertir el texto en una norma con carácter vinculante. Es en este punto que la filosofía se convierte en derecho positivo.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Indagando sobre el antecedente cultural de los derechos individuales, el profesor Lutz se pregunta: “¿de dónde provenía entonces los derechos establecidos en la *Massachusetts Body of Liberties* (1641) y los documentos coloniales que se promulgaron después de aquél? Es interesante destacar que estos documentos coloniales citaban frecuentemente la Biblia para justificar sus diferentes disposiciones. Sin embargo no hay ninguna lista de derechos en la Biblia, ni tampoco en las obras de John Locke, David Hume o del Barón de Montesquieu. Básicamente la noción norteamericana de los derechos se fraguó a partir de sus experiencias como colonos, experiencias significativamente afectadas por las peculiares condiciones históricas en las que ellos se encontraron.

En primer lugar hay que decir que los colonos eran gente religiosa. Su intención de conducir vidas ejemplares les hacía ser sumamente sensibles a las relaciones humanas, y creían que esas relaciones deberían estar basadas en las leyes de Dios tal y como se prescribían en la Biblia. En la Biblia se contenía un fortísimo sentido de la justicia y de respeto a todos los individuos, y ello fácilmente condujo a la formación de las reglas de la comunidad, que se parecen a lo que nosotros llamamos ahora derechos. Lutz, Donald, “The State Constitutional Pedigree of the U.S. Bill of Rights”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 22, 1992, p. 34.

<sup>29</sup> Bernard Schwartz ha hecho un sugestivo estudio de comparación entre la Carta de los Derechos del Hombre y del Ciudadano emanada de la Revolución Francesa (1789), y el *Bill of Rights* de la Constitución de Norteamérica (1791). En este estudio Schwartz argumenta que si bien ambos movimientos, como productos de La Ilustración, pretendían configurar la ley en base a la razón, los norteamericanos —a diferencia de los franceses— matizaron las enormes expectativas puestas en la sola razón mediante la introducción en sus disquisiciones de la experiencia. A diferencia de la Carta de Derechos de Francia, que establecía grandes valores y fines, los norteamericanos establecieron fórmulas más concretas para hacerlos efectivos a través del sistema judicial. La aproximación normativa estadounidense fue posible gracias a la experiencia judicial colonial, pero sobre todo a la de los nuevos estados angloamericanos ya en tiempos de su emancipación. “Para el momento en que la Constitución (federal) fue promulgada, había ya un acuerdo general entre los norteamericanos acerca de los derechos que se debían de proteger a través de un instrumento institucional, tal y como venía expuesto en los catálogos de dere-

Los primeros ejercicios de redacción constitucional se caracterizan por establecer largos preámbulos que legitiman la creación del gobierno en la doctrina del “derecho natural”. Seguidamente establecen los derechos individuales que deberán ser respetados por el gobierno, al hacer uso del poder político que el pueblo delega en él.

En dicho contrato social o Constitución, se establece expresamente la sociedad política como una sociedad de hombres libres e iguales que se reconocen a sí mismos como único fundamento del poder político. El pueblo sería la única fuente de la que emanaría todo poder político, y los gobernantes serían autorizados a actuar sólo por el *consentimiento de los gobernados*. En esta concepción del poder público se entiende al gobierno como una institución de poderes limitados y a los gobernantes como meros servidores de la “soberanía popular”.

Fundamental en dicha concepción de poderes delegados por el pueblo es la idea de la responsabilidad política en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes, y a la que en la doctrina estadounidense de nuestros días se alude mediante el concepto de *accountability* —concepto que integra necesariamente como uno de sus elementos esenciales el de rendición de cuentas—. Los norteamericanos buscan confeccionar mecanismos de control eficaces sobre los gobernantes para asegurar el ejercicio responsable del poder público; controles que no han dejado de multiplicarse en la larga vida democrática del pueblo norteamericano, y que han surgido como reacción a la larga lista de argucias de los gobernantes, mediante las cuales han pretendido eludir el control del pueblo. Las elecciones periódicas para ocupar un cargo de elección popular representaría sólo uno de estos controles políticos.

En los tiempos de los Padres Fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica, los angloamericanos percibían que el poder político era una cosa malévola, diabólica, con una tendencia natural a ser ejercida en

chos individuales de los estados y las enmiendas propuestas en las Convenciones de ratificación en los estados... Cuando James Madison escribió las enmiendas (que serían introducidas en 1791 en la Constitución federal durante el ejercicio de la primera Legislatura)... él tenía a mano un compendio que contenía las recomendaciones provenientes de los estados. Las propuestas de los estados reflejaban el consenso que se había formado entre los americanos acerca de qué derechos fundamentales debían ser protegidos por cualquier Carta de Derechos que le hiciera honor a tal concepto”; “Experience versus Reason. Beautiful Books and Great Revolutions”, en Hoffman, Robert y Albert, Peter J. (eds.), *The Bill of Rights. Government Proscribed*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1997, p. 434.

forma abusiva por el hombre contra el hombre. La concentración del poder en una sola mano facilitaba la arbitrariedad, que para ellos constituía la definición misma de despotismo. El despotismo o autoritarismo —palabra ésta última de mayor tráfico en el lenguaje constitucional de nuestros días— era el peor de los males políticos que el hombre podía sufrir.

Para contrarrestar la *encroaching nature* del poder político, los norteamericanos, siguiendo en parte el arquetipo del pensador francés Montesquieu así como del científico Isaac Newton, dividen el poder público en tres órganos separados: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Así por ejemplo, la Constitución de Massachussets del año de 1780 establecía (artículo XXX): “en el Gobierno de esta República, el Departamento Legislativo nunca deberá ejercitar los Poderes Ejecutivo y Judicial, o cualquiera de ellos; el Ejecutivo nunca deberá ejercitar los Poderes Legislativo y Judicial o cualquiera de ellos; el Judicial nunca deberá ejercitar los Poderes Legislativo y Ejecutivo o cualquiera de ellos: a tal fin será un Gobierno de leyes y no de hombres”.<sup>30</sup>

Declaraciones similares del principio de separación de Poderes como el mecanismo más importante de control del poder de la época —conjuntamente con la elección periódica de los gobernantes— se repiten en las demás Constituciones de los estados norteamericanos. Visto desde la cómoda perspectiva del siglo XXI, el diseño de las instituciones de gobierno de las primeras Constituciones podría parecernos ingenuo.<sup>31</sup>

Pero se debe hacer notar que los primeros constructores del Estado democrático de derecho concebían ellos mismos a sus diseños institucionales como algo no completamente acabado, sino como meros “experimentos políticos”, que debería probar sus fortalezas y debilidades, a partir de las cuales se podrían introducir modificaciones inteligentes. Pero demos paso ahora a la descripción del contexto histórico ideológico del que partieron las primeras Constituciones de los estados y las consecuencias que ello traería en el futuro desarrollo del constitucionalismo estatal.

Debido a que la Guerra de Independencia con Inglaterra había tenido como punto de conflicto a los gobernadores reales en las colonias, éstas, al emanciparse, en el diseño de los gobiernos de los nuevos estados norteamericanos,

<sup>30</sup> Cfr. Williams, Robert F., “Massachusetts Constitution of 1780”, en Blaustein, Albert P. y Singer, Jay A. (eds.), *Constitutions That Made History*, Nueva York, Paragon House, 1988, p. 48.

<sup>31</sup> Cfr. Sturm, Albert L., “Development of State Constitutions”, *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 12, núm. 1, 1982, p. 63.

ricanos redujeron hasta casi anular el poder de los gobernadores; Otorgaron en cambio la mayor responsabilidad del ejercicio del poder político a las Legislaturas de los estados. Los Poderes Legislativos se constituyeron así como el eje de la gobernanza en los estados, y el más poderoso de los Poderes instituidos. No sólo concentraron en el Poder Legislativo la potestad de legislar, sino que adicionalmente en varios estados les confirieron el poder de elegir al gobernador y a los jueces del Poder Judicial.<sup>32</sup>

Habría que agregar además un importante ingrediente institucional, así como otro de carácter ideológico, que, conjuntamente, explican la absoluta preeminencia del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial en las emergentes democracias norteamericanas del siglo XVIII. Los constituyentes de los diferentes estados, en su afán de establecer sistemas democráticos, se inspiran en el mitificado modelo de la democracia directa de Atenas.<sup>33</sup> Pero deliberadamente modifican el modelo griego de democracia directa e instituyen un gobierno a través de representantes populares, que sería conocido como “gobierno representativo”.<sup>34</sup>

El paso de una democracia directa a una de carácter representativo, obedece a que con ello los norteamericanos pretendían eliminar el gran defecto y principal peligro de la democracia directa, que había hecho sucumbir —según los escritos de Platón y Aristóteles— a la esplendorosa democracia de Atenas: el liderazgo irresponsable de los “demagogos”.

El gobierno representativo estaría constituido por los *Gentlemen* cuyos intereses económicos en la comunidad garantizaban el buen juicio de sus decisiones colectivas. Sólo podrían votar y ser votados en una comunidad política quienes tuviesen fincado en ella una propiedad o percibiesen ingresos de cierta entidad por otra fuente de riqueza.

Pero los norteamericanos no sólo pretenden copiar y adaptar lo mejor del modelo de la democracia directa griega, sino que la ilustrada aristocracia angloamericana que antes había liderado la Revolución de Independencia y ahora redactaba los documentos políticos de los nuevos estados, “pretende ser la portadora de los más altos valores civiles que en

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 60-63.

<sup>33</sup> *Cfr.* Mullett, Charles F., “Classical Influences of the American Revolution”; *Classical Journal*, vol. 35, 1939. También véase Miles, Edwin A., “The Young American Nation and the Classical World”, *Journal of the History of Ideas*, vol. XXXV, núm. 2, 1974.

<sup>34</sup> *Cfr.* Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, México, Paidós, 1993, pp. 35-43.

su tiempo encarnaron los héroes griegos, y que dio lustre a la democracia de la Grecia clásica”.<sup>35</sup>

Gordon S. Wood explica magistralmente el ambiente ideológico de la época, conocido en la historiografía estadounidense como “republicanismo neoclásico”. “El sacrificio de los intereses individuales para la mejora de la sociedad era la esencia del Republicanismo y en ello se contenía el ideal de la Revolución norteamericana”.<sup>36</sup> “Los Representantes del Pueblo no actuarían como voceros de intereses privados y egoístas, sino que todos serían «hombres desinteresados, que no tendrían ningún interés propio que perseguir» y «emplearían todo su tiempo para trabajar por el bien común; en consecuencia, sólo habría un único interés, el interés de la mayoría del pueblo»”.<sup>37</sup>

La “virtud cívica” de los representantes populares sería la premisa de partida de este primer modelo de gobierno democrático en los Estados norteamericanos. Ello habría de ser absolutamente decisivo en el diseño de las primeras Constituciones de los estados norteamericanos.<sup>38</sup>

Lo importante a destacar es que las primeras Constituciones obedecen a este modelo idílico de representante popular, como la de un político bienintencionado —creencia que sólo la efervescencia patriótica que producía la

<sup>35</sup> Cfr. Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, cit., nota 24, p. 173.

<sup>36</sup> Wood, Gordon S., “The Creation of the American Republic 1776-1787”, *op. cit.*, nota 24, p. 53.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>38</sup> Edwin Miles apunta: “Antes de la Declaración de Independencia, los colonos generalmente citaban la tradición inglesa de autogobierno en sus disputas contra la madre patria; pero cuando las ligas con la Gran Bretaña se tensaron, empezaron a poner menos énfasis en su herencia anglosajona —asociada con la mal ponderada Edad Media—. En su lugar los colonos volvieron la vista a los primeros ejemplos de las repúblicas de Grecia y Roma para sostener su confianza en su experimento político (autogobierno democrático). Era bastante natural que hicieran eso. Desde el Renacimiento, la literatura y la historia del mundo clásico había fascinado a los hombres educados de Occidente, y este atractivo había sido simplemente irresistible para los promotores del republicanismo... Ciertamente el estudio del griego y el latín contribuyó a la adquisición de la maestría en retórica que se reflejó en hombres como John Dickinson, Thomas Jefferson y John Adams. La emulación de las virtudes heroicas de la antigüedad clásica probablemente contribuyó a la causa angloamericana durante la guerra, ya que el conflicto estimuló el respeto no sólo por los grandes escritores y oradores de la antigüedad que idealizaron la libertad personal y el autogobierno, sino también por aquellos héroes griegos y romanos que mostraron bravura, patriotismo, fortaleza y perseverancia”. “The Young American Nation and the Classical World”, *Journal of the History of Ideas*, vol. XXXV, 1974, pp. 260 y 261.

Guerra de Independencia hacía creíble—. Los representantes del pueblo no harían otra cosa que procurar la felicidad de los gobernados, tanto por sus impolutas prendas éticas como por sus dotes intelectuales —sazonadas con la educación científica más adelantada de la época—. Los representantes del pueblo serían por el efecto purificador del voto censitario —atribuido en exclusiva a la clase económicamente poderosa de las ex colonias— una aristocracia ilustrada, versada en la mejor ciencia del gobierno de su época.

Por ello en las primeras leyes fundamentales de los estados no se siente la necesidad de imponer más límites a los representantes del pueblo, salvo el del juramento de respetar la Constitución, y el ya referido de respeto a las cartas de derechos individuales establecidos en sus Constituciones escritas, el de elecciones periódicas y el de la división de Poderes.

Subyacía a este primer esquema constitucional democrático la creencia de que la “representación política” era una fórmula afortunada para establecer un sistema democrático, basado en el principio de la “soberanía popular”, y sin el peligro del acecho de los demagogos.

Pero poco después de que los primeros gobiernos de las ex colonias entraran en funciones, se manifestaron las primeras “patologías” de la democracia representativa. En un periodo relativamente corto, de menos de una década, se llegó a la conclusión de que el mayor peligro de subversión del nuevo orden constitucional representativo, provenía, precisamente, del cuerpo de representantes populares, es decir, del propio Poder Legislativo. Su corta experiencia con el gobierno representativo les enseñó a los norteamericanos que si no se establecía una diferenciación estricta de la Constitución —que teóricamente emanaba directamente del pueblo— frente a la legislación ordinaria —proveída por los representantes populares— estos últimos podrían traspasar con facilidad el límite de sus propias potestades.

Así “nació la idea de que las Constituciones no deberían ser redactadas por cuerpos legislativos ordinarios. A Delaware (1776), New Hampshire (1778), y Massachusetts (1779), se atribuye el crédito del establecimiento de las primeras Convenciones Constituyentes —cuerpos elegidos por el pueblo para el solo y expreso propósito de redactar una Constitución—. Parece significativo que en estos dos últimos Estados fuese concebida la idea de que la obra de la Convención Constituyente debería ser presentada a la consideración del pueblo para su ratificación, antes de entrar en vigor. El precedente que entonces se estableció, aunque no haya sido observado (de inmediato) en forma generalizada, ha servido de modelo para el procedimiento (de referéndum obligatorio) que debe ser seguido por cualquier

estado al preparar una nueva Constitución, o para una revisión integral de la existente”.<sup>39</sup>

El mecanismo de la Convención Constituyente representó un avance para establecer la supremacía de la Constitución de los estados, pero no fue suficiente para fijar límites eficaces al Poder Legislativo. Las Constituciones de los trece estados originales habían incorporado el principio de separación de Poderes en tres “ramas” o “departamentos” de gobierno: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Pero el sistema político de estas primeras experiencias democráticas devino en los hechos en una auténtica “soberanía parlamentaria”. Ello porque si bien las Constituciones declaraban el citado principio de división de Poderes, no establecían, sin embargo, garantías institucionales precisas para garantizar que tal separación fuese efectiva. Basta recordar que el Poder Legislativo tenía la potestad de nombrar al gobernador y a los jueces del Estado.

Ante tal fallo del diseño original en primer lugar se retira la potestad del Poder Legislativo de elegir al gobernador, y se establece la elección directa de éste por el pueblo. A partir de la independencia del Poder Legislativo y de la legitimidad popular del gobernador, la primera Constitución estatal en establecer un mecanismo de control entre Poderes fue la Constitución de Massachussets. El referido mecanismo consistía en otorgar al gobernador el poder de vetar la legislación sancionada por el Congreso del estado como una medida de control constitucional. En aquellos tiempos en que aún no existían los partidos políticos como los conocemos hoy en día, tal mecanismo tenía cierta funcionalidad porque no existía un vínculo entre el gobernador y la mayoría parlamentaria cuando ambos correspondían al mismo partido y que —como es hoy sabido— tiene como efecto borrar la separación de Poderes.

El segundo mecanismo que entonces empieza a tomar forma para imponer la supremacía constitucional y mantener las competencias de los respectivos “departamentos” o “Poderes” en su sitio, sin invadir el de los otros, es la *judicial review*. Como manifiesta James Bradley Thayer, esta técnica constitucional se desenvuelve “por necesidad del principio de separación de Poderes”. Afirma este autor clásico de la doctrina constitucional estadounidense, que históricamente la *judicial review* se debe sobre todo al deseo de contener al Poder Legislativo, órgano que constituía un

<sup>39</sup> Walker, Harvey, *The Legislative Process. Lawmaking in the United States*, Nueva York, Ronald Press Company, 1948, p. 54.

peligro constante para los derechos individuales de los ciudadanos, para las competencias de los otros Poderes y, en fin, para el eficaz establecimiento de la supremacía constitucional.<sup>40</sup>

Sobre el origen de la *judicial review* el profesor W. Brooke Graves señala que “ninguna de las Constituciones confería expresamente competencia a los tribunales (de los estados) para declarar la inconstitucionalidad de los actos de las Legislaturas, pero precedentes judiciales de añeja reputación animaban a los tribunales a ejercitar este poder, cuando a su juicio dichas leyes contravinieran las Constituciones estatales”.<sup>41</sup> Y este fue el camino que en forma progresiva e intermitente recorrieron los Tribunales Superiores de Justicia de los diferentes estados, estableciendo por interpretación el control de la constitucionalidad de los actos del Poder Legislativo (*judicial review of legislation*).

En este mismo sentido se expresa el eminente constitucionalista estadounidense Edward S. Corwin. Explica el desaparecido profesor de la Universidad de Columbia que el veto del ejecutivo

con toda certeza fue establecido a través de disposiciones específicas en las Constituciones escritas, y debido a este digno propósito se encuentran en todas las Constituciones de este país en nuestros días. El otro remedio sugerido por los críticos del «vórtice legislativo» fue por el contrario integrado solamente a través de un *proceso de interpretación* y sin ninguna alteración textual en las respectivas Constituciones. Este remedio era el de la revisión judicial (*judicial review*) de la legislación.<sup>42</sup>

Siguiendo un magnífico estudio elaborado por Austin Scott, el profesor Edward S. Corwin ha destacado que el primer antecedente que se tiene registrado de control constitucional de los actos del Poder Legislativo en los estados, se remonta al año de 1780, en el caso *Holmes vs. Walton* ventilado en el estado de New Jersey.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Thayer, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, núm. 7, 1893, pp. 129-138.

<sup>41</sup> Graves, Brookes W., *American State Government*, Boston, D.C., Heath and Company, 1953, p. 45.

<sup>42</sup> Corwin, Edward S., “The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention”, *American Historical Review*, vol. XXX, 1925, p. 521.

<sup>43</sup> Véase Scott, Austin, “Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent: a Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation”, *American Historical Review*, vol. 4, núm. 3, 1899.

Por su parte, el prestigioso especialista en historia constitucional americana, William E. Nelson, coincide con los profesores Graves y Corwin en atribuir a la práctica constitucional de los estados el origen de la *judicial review* norteamericana. Nelson sostiene que cuando se sintió la necesidad política de la “revisión judicial” de la legislación, no se modificaron las Constituciones en sus textos originales para que expresaran que el Tribunal Superior de Justicia del Estado tenía competencia para declarar la nulidad de las leyes de la Legislatura que fuesen contrarias a la Constitución estatal. Explica que la revisión judicial de la legislación fue concebida sobre la marcha, como un dispositivo de seguridad contra el peligro de que los legisladores traicionaran la confianza depositada en ellos por el pueblo y violaran la Constitución. En sus importantes estudios sobre la historia de la justicia constitucional norteamericana, Nelson examina un gran número de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia —anteriores a la sentencia *Marbury vs. Madison* (1803) y que apoyan su posición doctrinal— en la que este autor afirma que en el intermitente proceso de adjudicación judicial en los estados se fue construyendo paulatinamente la teoría norteamericana del control de constitucionalidad de las leyes.

William E. Nelson reconstruye la teoría del control de constitucionalidad de las leyes con una serie de fragmentos de sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia de los estados, que resulta pertinente reproducir:

Los norteamericanos rechazaban la tradicional versión británica de que la Legislatura ostentaba toda la soberanía, y argumentaban en contraposición a ello que la soberanía reposaba en el pueblo, el cual, a través de la Constitución, había delegado poderes limitados a la Legislatura. Los legisladores eran simplemente los ‘sirvientes del pueblo’ (Virginia), y la Constitución, ‘una comisión de la cual derivaban su poder’ (South Carolina). Por ‘consiguiente, cualquier acto en violación de la Constitución o de infracción a sus disposiciones debe ser anulado, ya que la Legislatura, cuando trasciende los límites que se le han impuesto, está actuando sin autoridad constitucional, y sus acciones no son diferentes a las que realiza un individuo cualquiera’ (Virginia). El Poder Judicial, cuya tarea era ‘hacer explícito qué significa la ley’ (Virginia y Ohio), simplemente ‘compara el acto legislativo contra la Constitución’ (Ohio); ya que la Constitución evidentemente ‘no puede ser declarada nula’, los tribunales no tenían más remedio que ‘declarar sin fuerza de ley cualquier acto inconsistente con ella’

(Ohio, Virginia, North Carolina). Hacer otra cosa significaría para los jueces romper su juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución del Estado (New Jersey, Ohio, Pennsylvania) y sumarse a la violación a la Constitución perpetrada por el Poder Legislativo (Virginia). Es así que las declaraciones de inconstitucionalidad se convirtieron en decisiones inevitables que no ‘suponían la superioridad del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo’ (Georgia, South Carolina, Vermont) sino únicamente que ‘el poder del pueblo es superior a ambos poderes’ (New Hampshire, North Carolina, Tennessee).<sup>44</sup>

Para la segunda década del siglo XIX, William E. Nelson afirma que el control de constitucionalidad de las leyes se encontraba ya perfectamente elaborado, y aunque había sido el producto progresivo de la interpretación constitucional, ya para entonces era parte consolidada de la cultura y práctica jurídica norteamericana. Una sentencia dictada en el año de 1837 por un juez del Tribunal de Virginia captura la esencia teórica del control de constitucionalidad de las leyes que ejerce el Poder Judicial estatal, como garante de la supremacía de la ley fundamental local.

Debe ser admitido que en la institución del Gobierno Civil fundado sobre los derechos de todos, la voluntad de la mayoría debe prevalecer por sobre las opiniones e intereses de la minoría; pero cuando tal Gobierno es establecido, su gran propósito es proteger los derechos de la minoría de la tiranía de la mayoría; una tiranía más inflexible e implacable que la de un único déspota... Para garantizar la protección contra la tiranía de la mayoría, fueron diseñadas por el pueblo norteamericano las Constituciones escritas.<sup>45</sup>

Al promulgarse la Constitución federal de 1787, ésta no limitó el poder de controlar las leyes estatales por los jueces y tribunales de los estados con fundamento en las propias Constituciones estatales pues ésta era una idea absolutamente impensable por efecto de las ideas heredadas del *polis-federalism*.

La autonomía o soberanía de cada uno de los estados tendría y tiene como nota emblemática la capacidad de otorgarse su propia Constitución. Pero se entiende con absoluta claridad que la teoría de la Constitución es-

<sup>44</sup> Nelson, William E., “Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States (1790-1860)”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 120, 1972, pp. 1170 y 1171.

<sup>45</sup> Citado por Nelson, *op. cit.*, nota anterior, p. 1184.

tatal reconoce, como un elemento esencial de dicha autonomía, el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de las autoridades estatales, que tienen como fundamento la Constitución estatal.

Al respecto el profesor Austin F. MacDonald, afirma con absoluta claridad lo siguiente:

El Tribunal Superior de Justicia de un Estado es el intérprete final de la Constitución y de las leyes estatales. No se puede apelar ninguna de sus decisiones ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a menos que involucre las llamadas ‘cuestiones federales’ —es decir, a menos que el caso en cuestión dependa de la interpretación de la Constitución Federal, o de una ley federal o de un tratado—. <sup>46</sup>

<sup>46</sup> Macdonald, Austin F., *American State Government*, Nueva York, Thomas Y. Crowell Co., 1935, p. 420.