

## JEFFERSON QUE REFUTA A MARSHALL

---

*Julio Chiappini\**

### 1. Una festejada iniciativa

En 1803 y al fallar en la causa “Marbury c. Madison”, el Chief Justice John Marshall sentó la supremacía de la Constitución respecto a las leyes inferiores. Interpretaba entonces la cláusula segunda del art. VI de la Constitución: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella sean hechas y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la tierra, y los jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, a pesar de lo que en contrario dispongan la Constitución o las leyes de cada Estado”<sup>1</sup>.

La doctrina de Marshall, que francamente hizo historia, estatúa dos principios de enorme entidad:

a) La Constitución es la ley suprema de la Nación; de suerte tal que toda legislación sufragánea debe ajustarse a sus normas. Algo más de un siglo después Adolf Merkl, el gran administrativista alemán amigo y discípulo de Hans Kelsen, acuñó en ese sentido la feliz fórmula “pirámide jurídica”; que en verdad solemos atribuir a Kelsen.

El art. 31 de nuestra Constitución acogió los reseñados rangos normativos. En tanto, la teoría pura del derecho quedó incompleta en cuanto no calibraba el escalafón de cada ley. Por ejemplo, es ridículo que el habeas data anide en la Constitución nacional (art. 43), se trata de un instituto propio del legislador común.

---

\* Doctor em Derecho y Ciências Sociales. Magistrado Judicial jubilado. Profesor jubilado de Filosofía Del Derecho em la Facultad Católica de Derecho – Rosario – Argentina.

<sup>1</sup> Puede verse nuestra traducción **La Constitución norteamericana**, 2. ed., Fas, Rosario, 2000, p. 42.

Esto delata, y una decena de ejemplos más coadyuvan, la pésima técnica legislativa de la reforma de 1994<sup>2</sup>.

Tampoco Kelsen advirtió la convergencia de normas de distinta jerarquía.

Por ejemplo el art. 402, II del Código Procesal Penal santafesino veda al juez que imponga pena mayor a la pedida por el fiscal salvo que cambie la calificación del delito.

Se trata de una norma inconstitucional, tal como el art. 397; que obliga al juez a absolver si eso postuló el fiscal<sup>3</sup>.

Pues no, el fiscal ejerce la acción pública pero como alerta Carnelutti no la “dispone”. De modo que el Código Penal está en manos de todo juez del crimen de cualquier grado o jurisdicción, el Ministerio público local, aunque el derecho procesal sea facultad reservada por las provincias (o “no delegada”, como quieren otros), no lo constriñe.

En general las circunstancias se entretajan (cohabitación) con armonía aun en hipótesis de normas de distinta graduación. Mas si “las papas quemán” prevalece la ley nacional; tal como reseñábamos en ambos supuestos locales. Con lo cual los comentados arts. 397 y 402, II son inválidos. Eso sí, hasta que se declare su inconstitucionalidad. Pues mientras una ley no sea declarada inhábil rige<sup>4</sup>.

**b)** El otro gran principio que propinó Marshall consiste en que el Poder judicial puede descalificar una ley. En rigor cuenta la atribución de poder revisar todas pero no de descalificar todas pues hay leyes discrecionales, políticas, que escapan a su contralor.

---

<sup>2</sup> La convención originaria, por ejemplo la argentina de 1853, es “constituyente”. Las ulteriores que reformaron son “constitucionales” (**Constitutional Convention**).

<sup>3</sup> Ambos engendros derivan de la *garantista* reforma a cargo de la ley 12.162.

<sup>4</sup> Cfme. KELSEN. **Teoría general del derecho y del Estado**. Tradução de Eduardo García Máynez. UNAM: México, 1969, p. 187; NÉSTOR, Pedro Sagüés. **La interpretación judicial de la Constitución**. Depalma: Buenos Aires, 1998, p. 16.

De modo que así predicaba Marshall en su celebrada sentencia: “O tenemos que admitir que la Constitución anula cualquier medida legislativa que la contraríe, o consentir en que la legislatura puede alterarla por medidas ordinarias. Es irreplicable el dilema. Entre las dos alternativas no hay término medio. O la Constitución es una ley superior, soberana, irreformable por medios comunes, o se nivela con los actos de la legislación usual, convirtiéndose en reformable al saber de la legislatura. Si la primera proposición es verdadera, entonces el acto legislativo contrario a la Constitución no será ley; si es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos esfuerzos para limitar un poder por su naturaleza ilimitado. Todos los que han sancionado constituciones escritas lo hicieron siempre con el intento de establecer la ley fundamental de la sociedad”<sup>5</sup>.

En lo sucesivo quedaba pendiente, eso sí, si para invalidar una ley hacían falta tribunales especiales (p. e. Cortes de casación) o bien cualquier juez estaba habilitado para hacerlo: contralor difuso de constitucionalidad, que es nuestro sistema. También si la declaración de inconstitucionalidad debía derivar de pedido de parte o podía incluso dictarse de oficio. Y alguna otra contingencia más que por fortuna no atañe ahora a este ensayo.

## 2. John Marshall

John Marshall nació en Fauquier, Virginia<sup>6</sup> en 1755 y murió en Filadelfia en 1835.

Cuando su juventud Marshall se refugió en la carrera militar y enseguida en la política. Ahora en también tan nobles designios formó parte de la Convención de Virginia que ratificó la Constitución federal. Luego viajó a Francia a gestionar el reconocimiento de la independencia y en 1798 resultó congresista. En 1800 se le confió la cartera de guerra y a poco la Secretaría de Estado. El presidente

---

<sup>5</sup> Otros antecedentes de este *leading case*, acaso el más propalado en la historia del derecho, por ejemplo en Peyrano-Chiappini, **El proceso atípico**. Parte tercera, Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 17-54.

<sup>6</sup> Sir Walter Raleigh así bautizó la región en loor a la reina Isabel, cuya virginidad se aseguraba aun a avanzada edad. Según sus biógrafos el dato sería incierto así como, convengamos nosotros, carente de mayor trascendencia.

Adams, por fin, lo ungió como Ministro de la Suprema Corte, cargo que desempeñó hasta su muerte.

Marshall dejó dos libros: una *Vida de Washington* (1804) y una obra póstuma: *The Writings of John Marshall upon the federal constitution* (1839); tal como su título lo indica, se trata de una recopilación de textos sobre la Constitución.

No contento con semejantes logros, la posteridad consagró a Marshall como uno de los cinco “padres fundadores” o patricios norteamericanos: “Washington, Madison, Hamilton, Jefferson y Marshall descuellan sobre todos los demás; los menciono aquí cronológicamente en el orden de los tiempos en que su influencia se hizo sentir a su máximo”<sup>7</sup>.

### 3. Thomas Jefferson

Jefferson nació en Shadwell, Virginia, en 1743; y murió en Monticello en 1826.

Jefferson fue hijo de un rico plantador; con una de sus esclavas tuvo nueve hijos. Mientras, se hizo tiempo para asistir al colegio de William and Mary y para estudiar derecho.

Desde 1769 hasta 1774 integró la legislatura colonial de Virginia; presentó allí importantes proyectos de ley. En 1774 se editó su *Ojeada rápida sobre los derechos de la América británica*: se anticipan allí, ya, varias de sus ideas luego estampadas en la Declaración de la Independencia. Que en rigor él redactó en general y que se sancionó el 4 de julio de 1776.

Jefferson resultó luego gobernador de Virginia, secretario de relaciones exteriores del Presidente Washington, vicepresidente de John Adams y Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica desde 1801 hasta 1809. Sus vicepresidentes fueron Aarón Burr y Charles Pickney.

---

<sup>7</sup> John Fiske, **Historia de los Estados Unidos**. Tradução de Bernardo Calero. Librería de la Vda. de C. Bouret: París, 1909, p. 189.

Jefferson fundó la universidad de Virginia y murió el mismo día que su antiguo adversario político John Adams. Pese a haber sido muy acaudalado estaba en la pobreza. Su cultura era extraordinaria, cierta vez el presidente Kennedy congregó a numerosos premios Nobel y les comentó que “entre todos ellos resumían la inteligencia de Jefferson”. Cuyos escritos fueron publicados por el Congreso en nueve volúmenes<sup>8</sup>.

#### 4. Las críticas de Jefferson

Ya durante la presidencia de Washington Hamilton y Jefferson litigaban acerca de los alcances del Congreso en orden a dictar legislación federal. Hamilton proponía amplias facultades y no así Jefferson: “el pretexto de la necesidad es el pretexto del tirano”. También se debatía acerca del emplazamiento de la ciudad capital, que finalmente se erigió a orillas del río Potomac, tal como querían los Estados sureños que apoyaban a Jefferson (el norte quería la capital a orillas del Delaware). En rigor fue un triunfo un poco a lo Pirro pues el Congreso debió asumir como contrapartida las deudas estatales. Que, previsiblemente, eran cuantiosas, asimismo en aquellos tiempos se cocían habas. El problema de la Argentina es que “solamente” se cuecen habas.

Entretanto, lo cierto es que en su texto *La administración de justicia* Jefferson recela de los jueces, a los que halla ávidos, en su *esprit des corps*, de “ampliar su jurisdicción”. Y agrega: “Hemos visto también que, en contra de todo ejemplo correcto, tienen la costumbre de salirse de la cuestión que tienen que decidir, arrojar un ancla por la proa y aferrarse a nuevas presas con objeto de aumentar su poder en el futuro. Constituyen en realidad un cuerpo de zapadores y minadores que trabaja constantemente para socavar los derechos independientes de los Estados.

La opinión que concede a los jueces el derecho a decidir qué leyes son constitucionales y cuáles no, no solamente para sí mismos en su propia esfera de acción, sino también para la asamblea legislativa

---

<sup>8</sup> **The Writings of Th. Jefferson, being his autobiography, correspondence reports, messages, addresses and other writings official and private.** Primera Edición, 1853-55; segunda edición por P. L. Ford, Nueva York, 1892-99.

y el ejecutivo, en sus esferas respectivas, haría del poder judicial una rama despótica. La muerte de Cushing es oportuna; pues proporciona una coyuntura para conseguir por fin una mayoría republicana en el tribunal supremo [...]. El acontecimiento es afortunado y tan oportuno como para que se lo considere una merced divina.

Agrega que ninguna norma constitucional faculta a los jueces a invalidar una ley. De lo contrario, la Constitución “es un mero trozo de cera en manos del poder judicial, que puede retorcerlo y darle la forma que desee [...]. Parece que consideráis a los jueces como los árbitros últimos en todas las cuestiones constitucionales; doctrina muy peligrosa ciertamente y que nos puede colocar bajo el despotismo de una oligarquía. Nuestros jueces son tan honrados como los demás hombres pero no más. Sienten el mismo apasionamiento que los otros, por el partido, por el poder y por el privilegio de su cuerpo. Su máxima es *Boni iudicis est ampliare iurisdictionem* y su poder es tanto más peligroso cuanto que su cargo es vitalicio:

El germen de disolución de nuestro gobierno federal se halla en la constitución del poder judicial federal, cuerpo irresponsable (pues la acusación es apenas un espantajo) que trabaja día y noche como la ley de la gravedad, avanzando sin hacer ruido como un ladrón por el campo de la jurisdicción, hasta que las haya usurpado todas a los Estados y el gobierno de todos ellos quede convertido en uno [...]. Esa costumbre del juez Marshall de salirse de su caso para prescribir lo que debiera ser la ley en un caso no discutido ante el tribunal es muy irregular y censurable. [...] Al redactar nuestras constituciones se supuso que los cuerpos judiciales eran los miembros más impotentes e inocentes del gobierno. Sin embargo, la experiencia demostró pronto cómo se podían convertir en los más peligrosos, que la insuficiencia de los medios provistos para su remoción les daban un dominio absoluto e irresponsabilidad en el cargo.

En cuanto a la Constitución, “modificándola mediante la interpretación antes que nadie haya podido darse cuenta de que ese gusano impotente e invisible había estado dedicado activamente a consumir su sustancia. En verdad, el hombre no está hecho para que se confíe en él toda la vida, si se le quita toda obligación

de dar cuenta de su conducta”.

Por fin, llama a “impedir que los jueces se arroguen la legislación... Se ejercitan en interpretar la Constitución por inferencias, analogías y sofismas, como podrían hacerlo con una ley ordinaria. Parecen no darse cuenta de que no se trata de una Constitución formada por una autoridad única y sometida a una sola dirección y fiscalización, sino un compuesto de muchos poderes independientes, cada uno de los cuales exige el mismo derecho comprenderla y a exigir su observancia”<sup>9</sup>.

Concertemos que palabras que pudieron haber sido escritas esta mañana.  
*Hic et nunc.*

## 5. Caleb Cushing

Y los personajes que ya se apiñan.

Jefferson, vimos, no tuvo empacho en festejar la muerte de Cushing; se advierte que en aquellos tiempos tampoco se andaban con chiquitas.

Cushing, mientras, había nacido en Salisbury en 1800 y fallecido en Newburyport en 1879.

Congresista e historiador, también ofició en cargos marciales cuando la guerra contra Méjico.

No contento<sup>10</sup>, en 1852 fue designado juez de la Corte y al año siguiente ministro de Justicia. Esto último hasta que asumió Buchanan (1857).

Al estallar la guerra civil (1861) se enroló entre los “federales”, tuvo gran actividad diplomática, prosiguió escribiendo y el Presidente Grant en 1870 lo

---

<sup>9</sup> El texto completo puede verse en John Dewey, **El pensamiento vivo de Jefferson**, Losada, Buenos Aires, 1944, p. 181-187.

<sup>10</sup> Solamente quien sabe estar satisfecho está satisfecho.

nominó para ser otra vez ministro de la Corte. El senado rechazó la postulación por hallarlo indigno. Ya que “una vez había renunciado a tal cargo”.

Grant lo compensó con funciones diplomáticas (el llamado “exilio dorado”). Cushing naturalmente que las aceptó, ya se sabe que la primera regla para un político es no rehusar nunca un cargo aunque presienta que termine siendo una carga.

En 1877 Cushing regresó a los Estados Unidos y se retiró, como alababa fray Luis, a la vida privada. Su obra escrita es extensa y, seguramente que como todos, fue un hombre hacia sus propios límites.

## 6. Conclusiones (provisionales)

Llegamos aquí, ciertamente, a lo más irrelevante de estos apuntes. Y para apuntar que la “doctrina Marshall”, o “doctrina americana”, tuvo detractores. Los hombres del Poder ejecutivo no querían subordinarse y los del legislativo aún se amparaban en el aforismo *vox populi vox Dei*, ingeniado aunque sin decirlo así por la revolución francesa y la *volonté générale* de Rousseau, que propugnaba una democracia totalitaria: gobernaba la mayoría y no respetaba a las minorías. A la inversa así de la democracia liberal anglosajona de Locke: gobernar la mayoría y respetar a las minorías.

Estos hombres del poder legislativo, entonces, creían encarnar la soberanía popular (desde luego ellos eran los representantes, se trataba de una democracia indirecta). Que devenía infalible. ¿Cómo resultaba posible entonces que el modesto Poder judicial enmendara la plana a una ley que el ejecutivo no había vetado? Tamaño trance espantó a Jefferson: por su envergadura y por lo inesperado.

En medio de esta modesta maraña de criterios, intereses pragmáticos y perplejidades, la república, en cuanto división de poderes (o mejor de *funciones*), queda como una armonización de las desconfianzas. Ya que conforme al artículo cero de toda constitución el poder corrompe. Así como el poder absoluto corrompe absolutamente. Y esto sin olvidar la perspicacia de Lord Acton: “el poder obnubila el entendimiento”.

La historia, y bien se sabe, prorrogó las ideas de Marshall, la judicatura como el último bastión al que podemos acudir en caso de abusos de otros o del mismo Estado. Un protagonismo que repugna a los políticos salvo que solapadamente, o no tan solapadamente, influyan sobre los jueces. En cuyo caso se trata del “crimen perfecto”. Cuya única desdicha consiste en que no lo podemos contar.