

## MARSHALL, KELSEN, BARAK Y EL SOFISMA CONSTITUCIONALISTA\*

por MICHEL TROPER (Universidad de París X)\*\*

El fallo *Marbury* es importante por más de una razón. Ante todo, lo es evidentemente para la historia constitucional norteamericana. Los historiadores pueden discutir si ese fallo sirvió realmente para fundar el control de la constitucionalidad de las leyes, si esta institución se fundó en realidad antes o después, si los autores de la constitución sabían lo que hacían y, en caso afirmativo, si tenían conciencia de estar innovando o si, por el contrario, creían inscribirse en la tradición de Coke, pero lo esencial es que, hoy en día, los tribunales y los juristas norteamericanos se refieren a *Marbury*<sup>1</sup>.

Pero el fallo es importante también para la historia constitucional del mundo, ya que nunca, en ningún lugar, se había establecido hasta entonces un control de constitucionalidad de las leyes y debió pasar más de un siglo para que se lo instituyera en otro sitio, aunque bajo formas diferentes.

Es importante también –es posible advertir esto, precisamente, luego

\* Agradezco a Charles Baron y a Pasquale Pasquino, que tuvieron la generosidad de leer cuidadosamente una primera versión de este texto y formularme comentarios muy esclarecedores.

\*\* Traducción: R. A. Guibourg.

<sup>1</sup> Entre los innumerables trabajos históricos, se mencionarán aquí RAKOVE, J., *The Origins of Judicial Review: a Plea for New Contexts*, en *Stanford Law Review*, vol. 49, Nº 5, mayo 1997, ps. 1031 y ss., y WOOD, G., *The Origins of Judicial Review Revisited, o cómo la Corte de Marshall hizo más con menos*, en 56 *Wash & Lee L. Rev.* 787 (1999).

MICHEL TROPER

---

de la institución del control de constitucionalidad en Austria— por la manera como ese control se fundó en los Estados Unidos: no por la constitución, sino por autofundación, ya que fue la propia corte suprema la que decidió reconocerse ese poder. Este tipo de fundación del control de constitucionalidad fue empleado más tarde, especialmente en Francia en 1971 —la famosa decisión sobre la libertad de asociación se ha llamado justamente “el *Marbury vs. Madison*” francés— y después en Israel en 1995<sup>2</sup>.

Es importante, además, porque el texto de ese fallo contiene casi todos los argumentos estándar a favor de la institución del control de constitucionalidad de las leyes, de modo que esos mismos argumentos pueden invocarse —y así ha sucedido— en circunstancias históricas completamente distintas.

El razonamiento antihistórico es, precisamente, lo que aquí se examinará. No hay duda de que la argumentación del *Chief Justice* Marshall no se halla completamente separada del contexto norteamericano; pero es preciso, para apreciar no sólo su alcance general sino también su pertinencia, hacer abstracción de algunas de las razones que Marshall invoca y concentrar el análisis sobre aquellas cuya estructura es retomada por otros autores y por otros tribunales, en otros lugares y en otros tiempos. Estas justificaciones, precisamente porque son generales, resultan las más importantes, hasta tal punto que Marshall habría podido descartar las otras.

Se mencionarán aquí, muy brevemente y sólo para recordarlos, tres argumentos contingentes que se hallan vinculados estrechamente al propio texto de la constitución norteamericana y que, por lo tanto, no son susceptibles de generalización. Uno de ellos es el que algunos consideran el más fuerte<sup>3</sup>, el “*arising-under argument*”, que se funda en las disposiciones del artículo 3º, sección 2, párrafo 1º:

*El poder judicial se extenderá a todas las causas, en derecho (Law) y en equidad (Equity) que se susciten bajo el imperio de la presente*

<sup>2</sup> “*United Misrahi Bank Ltd vs. Migdal Village*”, Supreme Court (Israel), C. A. 6821/93, 49 (4) P., D. 221 (1995).

<sup>3</sup> VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury vs. Madison*, en *Duke Law Journal*, enero 1969, Nº 1, ps. 1 y ss.

---

MARSHALL, KELSEN, BARAK Y EL SOFISMA CONSTITUCIONALISTA

---

*constitución, de las leyes de los Estados Unidos, de los tratados concluidos o que se concluyeren bajo su autoridad*<sup>4</sup>.

Otro tanto puede decirse del argumento tomado de la “*supremacy clause*” de la constitución, es decir el artículo VI, párrafo 2:

*La presente constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se adopten para su aplicación, y todos los tratados concluidos o que se concluyan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces de cada Estado quedarán obligados a ella, no obstante cualquier disposición contraria contenida en la constitución o en las leyes de cualquiera de los Estados*<sup>5</sup>.

Además, Marshall invoca el juramento impuesto a los jueces de decidir según la constitución<sup>6</sup>.

Entre los argumentos de alcance general, dos son bastante débiles. Se trata primero de la idea según la cual el control de constitu-

<sup>4</sup> El argumento parece fuerte porque, para zanjar adecuadamente los litigios suscitados bajo el imperio de la constitución, es preciso leer la constitución. En realidad, entre esos “*cases arising under the constitution*”, algunos no tienen relación alguna con una ley del congreso, de tal modo que este artículo no implica el control de constitucionalidad de las leyes; cfr. VAN ALSTYNE, ob. cit.

<sup>5</sup> Sin embargo, como justamente observa David Currie, Marshall no apela al lenguaje de la constitución sino con hesitación. En efecto, la *supremacy clause* es en realidad un argumento *contra* el control de constitucionalidad de las leyes, porque no sólo atribuye supremacía a la constitución, sino también a los tratados y a las leyes federales. Además, puede pensarse que se trata de una supremacía sobre los Estados o sobre el poder ejecutivo, y no sobre el Congreso. En efecto, el artículo establece la supremacía de las leyes de los Estados Unidos, es decir de las leyes federales, adoptadas por el Congreso, y evidentemente no podría concebirse una supremacía de las leyes de los Estados Unidos, es decir las leyes adoptadas por el Congreso, sobre las leyes adoptadas por el congreso (CURRIE, D., *The Constitution in the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, especialmente ps. 70 y ss.). Conviene agregar que, si sólo se imponen las leyes adoptadas en aplicación de la constitución, esto no satisface necesariamente el argumento de Marshall porque la expresión puede significar simplemente que los actos deben hacerse de la manera prescrita por la constitución, lo que sólo implica un control de procedimiento, pero no de fondo (VAN ALSTYNE, ob. cit.).

<sup>6</sup> También aquí el argumento es bastante débil, porque otras autoridades además de los jueces, por ejemplo el presidente, están sujetas al juramento y nadie pretende que ese juramento implique el derecho de rehusarse a aplicar una ley inconstitucional.

MICHEL TROPER

---

cionalidad de las leyes sería “consustancial a toda constitución escrita”. Marshall no podía ignorar que muchas constituciones escritas, especialmente las de la mayoría de los Estados norteamericanos, no contenían mecanismo alguno de control y que algunas, como la constitución francesa de 1791, descartaban expresamente ese control y prevenían penas para los jueces que se inmiscuyeran en el ejercicio del poder legislativo<sup>7</sup>.

Del mismo modo, es poco convincente el argumento tomado de la naturaleza misma del poder judicial. Los tribunales, escribe Marshall, en caso de conflicto entre una ley y la constitución, tienen el deber de decir cuál es la regla aplicable. Ésa sería “*la esencia del deber judicial*”<sup>8</sup>. En realidad, esta acción corresponde tan poco a la esencia del deber judicial que en muchos países –e incluso en Francia– los jueces están obligados a aplicar la ley, aun si la estiman contraria a la constitución<sup>9</sup>.

Queda entonces un argumento esencial, que Marshall presenta con gran habilidad como la evidencia misma y que funda a la vez en la tradición y en la lógica “*Afortunadamente –escribe– la dificultad es menor que [el interés de la cuestión]*”. Es el que resulta del siguiente razonamiento:

- a) La constitución es superior a la ley.
- b) Una ley contraria a la constitución no es derecho, es nula.
- c) Si es nula, no debe ser aplicada.

Este argumento, en realidad, está lejos de ser tan simple como Marshall quiere presentarlo. Por una parte, habría que justificar la inferencia de a) a b) y de b) a c). Pero, como se ha observado a menudo, esta justificación no se expresa. Por otra parte, parece que no se ha notado suficientemente la fragilidad de la premisa “la constitución es superior a la ley”.

<sup>7</sup> Cfr., en este sentido, CURRIE, David, *Marshall overstated the case badly by asserting that judicial review was essentially attached to a written constitution* (ob. cit., p. 71, nota 49).

<sup>8</sup> Aquí se emplea exclusivamente la excelente traducción de ZOLLER, Elizabeth, en *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000.

<sup>9</sup> Cfr. VAN ALSTYNE, ob. cit., especialmente p. 23.

Esta premisa es, precisamente, la que me propongo examinar aquí. Se la encuentra bajo formas análogas en la opinión de numerosos partidarios del control de constitucionalidad de las leyes. Es el caso de Sieyès, cuando proclama que la constitución es obligatoria o no es nada<sup>10</sup>. Es evidentemente el caso de Kelsen o también el del presidente de la Corte Suprema de Israel, Aarón Barak. No todos extraen de ella las mismas conclusiones, pero todos parecen admitir que la constitución es suprema. Pero, ¿por qué? La simple pregunta de Marshall todavía ha de simplificarse más –y además desdoblarse– para enunciarla en los siguientes términos: ¿cuáles son los argumentos que conducen a admitir que la constitución es suprema por naturaleza y, sobre todo, en qué consiste esa supremacía?<sup>11</sup>

Para poner en claro los vicios del razonamiento es preciso primero extraer la definición explícita o implícita de la supremacía.

## I. La tesis de la supremacía de la constitución<sup>12</sup>

### A. *La tesis de la supremacía en Marshall*

Marshall no da ninguna definición expresa de la supremacía, por lo que hay que tratar de extraer de la decisión una definición implícita. El texto autoriza dos posibilidades: decir que una constitución es suprema o simplemente superior a la ley ordinaria significa que una ley ordinaria no puede modificar la constitución o bien que una ley contraria a la constitución es nula.

Si ser suprema es, para una constitución, presentar una o la otra

<sup>10</sup> Convención Nacional, término del año III.

<sup>11</sup> La primera parte de la pregunta se trata frecuentemente en Francia bajo el título de “fundamento de la supremacía de la constitución”, pero la segunda se plantea más raramente. La obra de referencia es BECHILLON, Denys de, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996. Ver especialmente p. 27.

<sup>12</sup> La superioridad de una norma sólo es relativa a otra norma, mientras la supremacía es absoluta en el sentido de que la constitución es superior a todas las otras normas e inferior a ninguna. Pero es inútil distinguir aquí entre superioridad y supremacía, porque el problema de las leyes inconstitucionales se plantea exactamente del mismo modo, aun si se supone una norma superior a la constitución. En lo sucesivo, los dos términos se emplean indistintamente.

MICHEL TROPER

---

de esas cualidades, que no se confunden entre sí, la constitución, ¿es realmente suprema? Los argumentos de Marshall a favor de una respuesta afirmativa son de dos clases: por una parte, los que apuntan a demostrar que la constitución presenta tales caracteres objetivos que debe considerarse como suprema, según el derecho vigente, y por la otra los que justifican esa supremacía; es decir, tratan de persuadir de que sería bueno que la constitución fuera suprema. Los argumentos del segundo tipo no serán examinados aquí. Se piensa, por ejemplo, en la idea de que la supremacía de la constitución es buena porque significa la supremacía de la voluntad del pueblo sobre la de sus representantes. Esa idea no nos concierne ahora porque no se trata de un verdadero argumento o de una verdadera tesis, sino de un juicio de valor. En efecto, podría concebirse que la supremacía de la constitución se juzgase excelente, pero que tal supremacía no fuera puesta en práctica por el derecho positivo o, al contrario, que ella se considerase deplorable aunque, de hecho, estuviera vigente.

Sólo se examinarán aquí los primeros argumentos, los que conducen a Marshall a sostener que la constitución es realmente suprema.

El primero es la voluntad de los que la elaboraron:

*“Es seguro que quienes elaboran las constituciones escritas las conciben pensando que ellas deben formar el derecho fundamental y supremo de la nación y que, por consiguiente, el principio de un gobierno tal que un acto legislativo contrario a la constitución es nulo”.*

No se trata aquí de un argumento histórico extraído de los trabajos preparatorios. La voluntad a la que Marshall se refiere no es la de los miembros de la convención de Filadelfia, sino la voluntad de “*quienes elaboran las constituciones escritas*”; dicho de otro modo, la de todos aquellos que elaboran tales constituciones.

Es, evidentemente, una pura petición de principio. No es en absoluto seguro —e incluso hay excelentes razones para pensar lo contrario— que todos los que han elaborado constituciones escritas hayan concebido esta constitución como un verdadero derecho. En varios casos, en cambio, pudieron concebirla como un acto solemne destinado a organizar los poderes públicos y a inspirar su acción, o bien como un

mecanismo que lograría imponerse por la acción de los frenos y contrapesos antes que como una verdadera regla obligatoria<sup>13</sup>. Al fin de cuentas, aun si la encaran como un derecho fundamental, no se sigue de allí que quieran que un acto legislativo contrario a la constitución sea considerado nulo. Tal vez algunos deseen, a lo sumo, que tal acto pueda anularse.

Se puede agregar que la voluntad de los autores es, en realidad, perfectamente indiferente. Sucede frecuentemente, en efecto, que el autor de un mandato cualquiera proclame que se trata de algo fundamental, sin querer con eso conferirle una real supremacía. Puede imaginarse, por ejemplo, una ley ordinaria que ordenase al legislador futuro actuar según tal procedimiento o dar a otras leyes tal o cual contenido. Esta ley, evidentemente, no tendría carácter obligatorio y podría dejarse fácilmente de lado en virtud del adagio *lex posterior priori derogat*. Ninguna norma es, pues, superior por la única razón de que su autor la conciba como superior.

Queda el segundo argumento, extraído de la idea según la cual, a falta de supremacía, la constitución podría ser modificada por una ley ordinaria:

*“o la constitución es un derecho superior, supremo, inalterable por medios ordinarios, o está en el mismo plano que la ley ordinaria y, tal como las otras leyes, es modificable según la voluntad de la legislatura. Si la primera parte de la proposición es verdadera, una ley contraria a la constitución no es derecho; si la segunda es verdadera, las constituciones escritas no son sino absurdas tentativas de los pueblos para limitar un poder que es por naturaleza ilimitado”*<sup>14</sup>.

El resto del razonamiento está implícito y podría formularse así: “ahora bien, la primera parte de la proposición es verdadera y, por tanto, una ley contraria a la constitución no es derecho”.

Hay que observar, sin embargo, que la premisa es ambigua. La primera proposición puede tener dos significados, que se apoyan en

<sup>13</sup> TROPER, M., *Le Droit, la théorie du droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, capítulo *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, ps. 147 y ss.

<sup>14</sup> Fallo “Marbury vs. Madison”, en ZOLLER, ob. cit., p. 102.

MICHEL TROPER

---

dos definiciones implícitas de la superioridad de la constitución y conducen en realidad a razonamientos diferentes:

- a) La imposibilidad de modificar la constitución por medios ordinarios es una prueba de la superioridad de la constitución, pero no la definición de tal superioridad, que debe por tanto consistir en otras características que Marshall no identifica (por ejemplo, en el hecho de que una ley contraria a la constitución no es derecho).
- b) La imposibilidad de modificar la constitución no es una prueba, sino la definición misma de su superioridad.

En los dos casos, Marshall proporciona un argumento para establecer que la constitución es superior a la ley (es inalterable por medios ordinarios), pero en el primer caso se ignora en qué consiste esa superioridad y nada puede deducirse de allí. En el segundo, hay una definición de la superioridad, pero Marshall no demuestra que la superioridad implique que la ley contraria no es derecho.

#### B. *La tesis de la supremacía en Kelsen*

En Kelsen, el razonamiento llega a conclusiones parcialmente diferentes pero se apoya en premisas idénticas: la constitución es suprema.

Hay que subrayar que Kelsen no trata, como Marshall, de justificar de antemano la supremacía mediante la idea de que la constitución ha sido hecha por el pueblo soberano o que es necesaria para limitar el poder de los representantes. Esto sólo llegará cuando se trate de dar cabida a la tesis comúnmente llamada en Francia, a partir de Louis Favoreu, “teoría del guardagujas” y de justificar el control de constitucionalidad desde el punto de vista de la teoría democrática. Según esta teoría, la corte constitucional no se pronuncia en realidad sobre el fondo de las leyes, sino se limita a indicar que la medida encarada debe adoptarse en forma constitucional antes que legislativa<sup>15</sup>. La democracia, pues, saldría del control reforzada porque el poder constituyente se pronuncia mediante una mayoría calificada, de suerte que una proporción más extensa del pueblo expresa su voluntad de adoptar la regla<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> FAVOREU, L., *Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, en RDP, 1982, ps. 419 y ss.

<sup>16</sup> Para la crítica de este argumento, cfr. TROPER, ob. cit., ps. 173 y ss.

A diferencia de Marshall, Kelsen expone en qué consiste la supremacía: en cierta forma de superioridad, que es en sí misma la relación entre una norma y otra que constituye su fundamento de validez:

*“una norma es válida si y porque ha sido creada de cierta manera, determinada por otra norma: esta última constituye así el fundamento inmediato de validez de la primera. Para expresar la relación en cuestión, puede usarse la imagen espacial de la jerarquía, de la relación de superioridad-subordinación; la norma que regula la creación es la norma superior...”*<sup>17</sup>

La constitución, entonces, es superior a la ley porque regula la producción de las leyes. Es suprema simplemente porque no hay, por encima de ella, otra norma jurídica positiva, en la que la constitución encontrase el fundamento de su propia validez<sup>18</sup>. La supremacía no es, en verdad, un concepto indispensable para justificar el control de constitucionalidad de las leyes: basta con la superioridad.

Pero, ¿qué significa que una norma A “constituye el fundamento de validez” de otra norma B? Que B es válida, que es una norma jurídica, que pertenece al orden jurídico porque el acto del que ella es significado se ha cumplido de conformidad con esa norma A.

De esa superioridad de la constitución Kelsen, como Marshall, hace derivar el control constitucional. Conviene subrayar que no se contenta con justificar la creación de una corte constitucional, capaz de hacer “verdaderamente” obligatoria la constitución: sostiene que si la constitución guarda silencio “sobre el punto de saber quién debe examinar

<sup>17</sup> KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. francesa de la 2ª ed. alemana por Ch. Eisenmann, 1962, p. 299. En la edición en español, según traducción de Roberto J. Vernengo, se lee el siguiente texto: “Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1981, p. 232) [N. del T.].

<sup>18</sup> En el mismo sentido, EISENMANN, Ch., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, Paris, Economica, 1986 (1ª ed., 1928), p. 9.

MICHEL TROPER

---

*o controlar la constitucionalidad de las leyes, se sigue en principio que los órganos de aplicación de las leyes, y en particular los tribunales, tienen el poder de proceder a ese examen o control. Puesto que tienen el poder de aplicar las leyes, deben necesariamente establecer si lo que pretende ser una ley tiene objetivamente ese carácter y significado de ley; y eso no sucede sino con los actos conformes a la constitución”*<sup>19</sup>.

Es inútil subrayar la contradicción entre esta idea y que Kelsen expresa algunas líneas más arriba: “*la afirmación de que una ley válida, una ley ‘en vigor’ es contraria a la constitución, ‘inconstitucional’ es una «contradictio in adjecto»*”<sup>20</sup>.

Tampoco es útil demorarse en una diferencia importante entre Marshall y Kelsen. Para Marshall, una ley contraria a la constitución es nula, *void*, de manera que el juez no hace más que verificar y declarar esta nulidad, mientras, para Kelsen, ella no es nula sino solamente anulable.

En todo caso, la estructura del razonamiento y la conclusión son las mismas: a) la constitución es superior a la ley; b) esta superioridad determina la nulidad o bien la anulabilidad de la ley contraria y, si la constitución guarda silencio, el poder de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad<sup>21</sup>. Esta misma estructura se encuentra en Barak.

### C. *La tesis de la supremacía en Barak*

A decir verdad, el razonamiento de Barak es un poco más complejo y particularmente audaz en virtud de la especificidad del derecho israelí,

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 361. La versión española ya mencionada contiene el siguiente texto: “Si la constitución carece de disposiciones sobre quién tenga que examinar la constitucionalidad de las leyes, los órganos que la constitución autoriza a aplicar las leyes, y, por lo tanto, en especial los tribunales, serán los así facultados para emprender ese examen. Puesto que si están facultados para aplicar leyes, tienen que poder establecer si algo, cuyo sentido subjetivo es ser una ley, cuenta objetivamente también con ese sentido, y sólo tiene ese sentido objetivo, cuando corresponde a la constitución” [N. del T.].

<sup>20</sup> Para la crítica de esta tesis, Cfr. TROPER, ob. cit.

<sup>21</sup> En el mismo sentido, EISENMANN, ob. cit., ps. 100-103.

que conduce a establecer un control de la constitucionalidad de las leyes cuando no hay constitución escrita. Hay algunas diferencias entre el razonamiento de Barak y el de Marshall, pero ellas no son esenciales.

Después de la independencia se eligió una asamblea, la Knesset, para actuar a la vez como asamblea constituyente y asamblea legislativa. Como esta asamblea no redactó constitución alguna, las Knesset siguientes se eligieron con los mismos poderes. Sin embargo, algunas leyes, llamadas fundamentales porque tenían por objeto la organización de los poderes públicos, fueron protegidas (*entrenched*) o hechas rígidas, en el sentido de que esas mismas leyes especificaron que no podrían modificarse sino por mayoría calificada, aun si ellas mismas habían sido adoptadas por mayoría simple. En el primer tiempo, la corte suprema decidió que las sucesivas Knesset estaban vinculadas por esta condición y no podían modificar esas leyes por mayoría simple a pesar del principio *lex posterior*, hasta tal punto que las leyes adoptadas por mayoría simple no eran válidas<sup>22</sup>.

En un fallo de 1995, *United Mizrahi Bank vs. Migdal village*<sup>23</sup>, la corte dio un paso más, de alcance considerable, y se reconoció el poder de ejercitar un control a fondo sobre las leyes que amenazaran las leyes fundamentales, aun las no rígidas.

El razonamiento complejo y aparentemente inverso al de Marshall puede esquematizarse del siguiente modo: las leyes fundamentales rígidas prevalecen sobre las leyes adoptadas por mayoría simple porque emanan del poder constituyente, mientras las leyes ordinarias no emanan sino del poder legislativo. Las leyes fundamentales en su conjunto forman la constitución de Israel, no en razón de la mayoría que las haya adoptado, sino del carácter constituyente de la Knesset y de la experiencia nacional. Parece, pues, que es la existencia de

<sup>22</sup> KLEIN, C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant. Critique des discours sur le pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, en especial ps. 57 y ss.; KLEIN, C., *L'apport du juge à l'émergence d'une constitution: l'exemple israélien*, en BRONDEL, S.; FOULQUIER, N. & HEUSCHLING, S. (eds.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, ps. 173 y ss.

<sup>23</sup> Extractos de este fallo excepcionalmente largo figuran en la obra de DORSEN, Norman y ROSENFELD, Michel, *Comparative Constitutional Law*.

MICHEL TROPER

---

una constitución lo que se prueba por la supremacía y no la supremacía por la existencia de la constitución.

Pero, en realidad, la supremacía se funda sobre una distinción entre poder constituyente y poder legislativo y el presidente Aarón Barak, que redactó el fallo, admite como verdad evidente que si esos dos poderes son separados, el primero es superior al segundo. Así, para uno como para el otro, hay superioridad de la constitución sobre la ley ordinaria.

Sean cuales fueren las razones para admitir la superioridad de las leyes fundamentales, una vez establecida esta superioridad, Barak extrae de ella las mismas consecuencias que Marshall y Kelsen:

*La constitución es la norma suprema del sistema jurídico [...] ¿Cuál es la sanción de una ley inconstitucional? La respuesta a estas preguntas depende ante todo de las disposiciones de la propia constitución. Es frecuente que la constitución instituya –y que tenga el poder de instituir– las sanciones jurídicas contra una ley inconstitucional... [Barak menciona aquí la Carta canadiense de los Derechos y Libertades y las constituciones de varios países europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial]. Pero ¿cuál es la regla cuando la constitución guarda silencio acerca de este punto? La respuesta a esta pregunta depende de la cultura y de la tradición en las que se inscriba el sistema jurídico [en este punto cita a Hart, *Concept of Law*, y luego distingue dos tradiciones diferentes. Según la primera, que dominaba en Europa en el siglo XIX], la constitución es obligatoria para las autoridades del Estado. Sin embargo, la violación de una disposición de la constitución no conduce a la nulidad de la ley y los tribunales no tienen el poder de imponer la sanción que consiste en su anulación [...] pero “este punto de vista es hoy minoritario”.*

*Otra tradición y otra cultura jurídica conducen a la conclusión de que la ciencia constitucional, en este punto, recomienda la anulación de la ley que contradice la constitución y a su corolario, según el cual la verificación de tal contradicción no corresponde al poder legislativo sino a un tribunal. Según este punto de vista, el silencio de la constitución implica el control de constitucionalidad de las leyes y el poder de los tribunales para declarar que la ley inconstitucional es nula.*

Se comprende por qué Barak se refiere así a la tradición jurídica. Ha comprendido perfectamente dos de las debilidades de la presentación de Marshall y Kelsen. La primera consiste en inferir directamente de la superioridad de la constitución el poder de verificar (o pronunciar en el caso de Kelsen) la nulidad de la ley inconstitucional, cuando no hay aquí un nexo lógico, ya que es frecuente que los tribunales sean privados del poder de sancionar la inconstitucionalidad de las leyes. La segunda remite a la idea de que podría haber leyes objetivamente contrarias a la constitución sin que una autoridad especialmente habilitada haya podido comprobar oficialmente tal inconstitucionalidad.

Barak trata de remediar estos dos defectos a la vez recurriendo al principio “hay que someterse a la opinión mayoritaria”, pero sin precisar en el seno de qué grupo (de profesores de derecho, de juristas prácticos, de países) habría que buscar la opinión mayoritaria, ni por qué habría que someterse a ella. El remedio, pues, no es tal.

Pero lo esencial en lo que nos concierne aquí es enfatizar que Barak, como Marshall y Kelsen, afirma que la superioridad de la constitución significa o implica que la ley contraria a la constitución comporta un vicio, que puede ser sancionado o no, pero que en todo caso marca el incumplimiento de una obligación. Ahora bien, no es en absoluto seguro que la superioridad de la constitución tenga realmente ese significado.

## II. Los vicios de la argumentación

En los tres casos, la validez del razonamiento se ve mancillada por las respuestas a veces explícitas, pero más frecuentemente implícitas a tres preguntas diferentes:

- ¿Qué es lo que justifica que la constitución se considere superior a la ley ordinaria?
- ¿En qué se reconoce que una ley es contraria a la constitución y quién puede reconocer esta contradicción?
- ¿Qué significa “superior”?

### A. *El presupuesto de la supremacía del poder constituyente*

Las respuestas a la primera pregunta pueden parecer sensiblemente

MICHEL TROPER

---

diferentes en los tres autores. En Marshall, en efecto, la constitución es superior porque emana del propio pueblo soberano, que con ella ha tratado de limitar el poder de sus representantes, mientras que en Kelsen y en Barak lo es porque constituye el fundamento de validez de las leyes. En realidad se trata de respuestas equivalentes, en la medida en la que Kelsen y Barak admiten que una regla que no puede adoptarse en forma legislativa puede ser adoptada en forma constitucional, mediante una mayoría calificada y, por tanto, más democráticamente.

Pero este tipo de respuesta implica una de estas circunstancias: o bien que el pueblo ejerce realmente su soberanía al adoptar la constitución pero no cuando sus representantes adoptan leyes, o bien que la soberanía admite dos niveles<sup>24</sup>. La soberanía, entonces, es incompatible con la idea de que el sistema político es una democracia o, al menos, impide definir la democracia como un sistema en el cual el pueblo ejerce realmente la soberanía y no es solamente su titular último.

#### B. *El presupuesto de la interpretación-conocimiento*

Los tres autores consideran el caso de una ley contraria a la constitución, a fin de preguntarse qué conducta deben adoptar los tribunales respecto de tal ley. Presuponen así que es posible saber que una ley es contraria a la constitución antes de anularla. De este modo, para los tres, la inconstitucionalidad existe antes de la sanción. Por otra parte, si se sostuviera lo opuesto, es decir que no se puede hablar de inconstitucionalidad sino después de que un tribunal haya pronunciado la sanción, el problema que ellos intentan resolver (¿Cuál es la sanción de la inconstitucionalidad?) ni siquiera podría plantearse.

El mismo Kelsen, después de haber declarado con razón que la expresión ley inconstitucional es una *contradictio in adjecto*, se pregunta cómo una ley contraria a la constitución puede ser válida. Si se trata de una *contradictio in adjecto*, la pregunta no tiene sentido alguno. Sí puede distinguirse, es cierto, una ley conforme desde el punto de vista dinámico, pero contraria desde el punto de vista estático. Pero, para afir-

<sup>24</sup> Cfr. TROPER, M., *La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois*, en *Mélanges Pactet*, 2002, en prensa; *The Logic of the Justification of Judicial Review of Legislation*, en I. CON, Nº 1, 2003, ps. 99 a 121 y ss.

mar la contradicción desde el punto de vista estático, hay que saber cuál es el significado de la constitución y cuál el de la ley. Ahora bien, el significado no es una cualidad empírica, sino el producto de una interpretación. Mientras no se ha hecho una interpretación, no se puede afirmar que la ley es contraria o conforme, y, si esta interpretación es formulada por simples particulares, habrá varias interpretaciones diferentes y, por lo tanto, varios juicios de conformidad, sin que ninguno de ellos pueda considerarse superior a los otros. Si en cambio, como Kelsen acabará por admitir, hemos de remitirnos a un intérprete auténtico, por ejemplo una corte constitucional, esta corte no está para sancionar la inconstitucionalidad de la ley, sino ante todo para producirla.

Esto es lo que Barak parece comprender cuando se interroga acerca de la suerte que haya de reservarse a las leyes objetivamente contrarias a la constitución sin que una autoridad especialmente habilitada haya podido comprobar oficialmente esta inconstitucionalidad, ya que sostiene que, en caso de silencio de la constitución y de acuerdo con la cultura jurídica actualmente dominante, corresponde a los tribunales declarar la inconstitucionalidad y sancionarla. Pero esta formulación sólo muestra que Barak tiene conciencia del problema, no que lo haya resuelto. Incluso lo ha agravado porque, según su presentación, es necesario que haya primero una inconstitucionalidad y después que esta inconstitucionalidad sea declarada.

Sin embargo, si se admite que no hay inconstitucionalidad en tanto alguna contradicción entre la constitución y la ley no haya sido proclamada por una autoridad expresamente habilitada para hacer esa proclamación, el silencio de la constitución no significa que los tribunales sean competentes, como afirman Marshall, Kelsen y Barak, sino, por el contrario, que no hay jamás una ley inconstitucional.

### C. *El concepto de “supremacía”*

#### 1. *La crítica de Nino*

Carlos Nino presentó una crítica lógica del fallo *Marbury* que es sensiblemente diferente de la que aquí se expondrá<sup>25</sup>. Se funda sobre

<sup>25</sup> NINO, C., *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, en *Cardozo Law Review*, vol. 14, números 3-4, 1993, ps. 285-332, y también en ROSENFELD, M.

MICHEL TROPER

---

una distinción entre dos conceptos de “validez”: la pertenencia de una norma al sistema jurídico y su carácter obligatorio. Si se acepta esta distinción, dice, se comprende que una norma pueda ser obligatoria aunque no reúna las condiciones para pertenecer al sistema jurídico (y especialmente la condición de conformidad con la norma superior). Éste es precisamente el caso de los sistemas que no tienen control de constitucionalidad de las leyes y es también el de los Estados Unidos cuando la inconstitucionalidad de una ley no ha sido declarada oficialmente, por lo que la norma debe aplicarse. Según Nino, Marshall no tuvo en cuenta esta distinción al presuponer que una norma desprovista de validez-pertenencia es necesariamente no obligatoria.

Sin embargo, no parece posible seguir a Nino por tres razones: la primera es, como se ha visto, que la expresión “ley inconstitucional” es una contradicción en los términos, a que mientras la ley siga en vigor, es decir mientras no haya sido anulada, es válida y encuentra el fundamento de su validez en la constitución; la segunda razón es que, aun si no se suscribe esta teoría, para admitir que una ley inconstitucional es sin embargo obligatoria es necesario suponer una norma que la haga obligatoria, de tal modo que la aplicación de la ley inconstitucional sea al menos conforme a esa otra norma. La tercera razón remite a la propia distinción entre pertenencia y carácter obligatorio. Esta distinción no tiene sentido, como lo revela una célebre controversia entre Alf Ross y Hans Kelsen, si por “obligatorio” no se entiende moralmente o absolutamente obligatorio<sup>26</sup>. Como contrapartida, si “obligatorio” sólo significa “obligatorio en relación con una norma superior”, los dos conceptos de validez se confunden.

## 2. *El carácter tautológico*

Se habla de jerarquía entre dos normas X e Y o de superioridad de X sobre Y en una u otra de las siguientes situaciones:

- (1) X ha establecido los procedimientos para promulgar Y.
- (2) X ha prescripto dar a Y cierto contenido.

(recopilador), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham y Londres, Duke U. P., 1994, ps. 799 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. TROPER, *Le droit, la théorie du droit...* cit., ps. 19 y ss.

- (3) X ha prohibido dar a Y cierto contenido.
- (4) Una norma del tipo X puede abrogar o modificar una norma del tipo Y, mientras que una norma del tipo Y no puede abrogar ni modificar una norma del tipo X.
- (5) Si Y es contraria a X, es nula de pleno derecho.
- (6) Si Y ha infringido una de las tres primeras prescripciones, una norma Z ordena a los tribunales o a un tribunal especial anular Y.
- (7) Si Y ha infringido una de las tres primeras prescripciones, una norma Z explícita o implícita prohíbe a los tribunales aplicar Y.
- (8) En caso de conflicto entre el contenido de X y el de Y, una norma Z ordena a los tribunales aplicar X.

Ahora bien, estos conceptos de superioridad son diferentes y no coinciden entre sí. Según el derecho francés, por ejemplo, las leyes son superiores a los decretos en el sentido de que éstos no deben tener un contenido contrario al de las leyes; pero no es la ley, sino la constitución quien determina la autoridad competente para producir decretos y, en este sentido, las leyes no son superiores a los decretos. Del mismo modo, en los sistemas constitucionales que no contienen control de constitucionalidad de las leyes, la constitución es superior a las leyes en la medida en que ella determina el modo de producción de las leyes y, en caso necesario, prescribe darles cierto contenido; pero no es superior a ellas en el sentido de que una ley contraria a la constitución pudiera ser privada de validez.

Sin embargo, Marshall presupone equivocadamente esa coincidencia cuando afirma que la supremacía es una cualidad de la constitución que consiste en la imposibilidad de revisarla por medio de una ley ordinaria (sentido 4) y por tanto en la nulidad de la ley contraria a ella (sentido 5) y en el sentido 7.

Kelsen y Barak incurrir en la misma confusión cuando afirman que la superioridad de la constitución en el sentido 1 implica la superioridad en el sentido 7, cuando no hay entre tales sentidos ninguna relación lógica.

Aparece aquí la tentación de objetar –es la única defensa concebible– que la superioridad de la constitución sólo consiste en la regla 7 y que la

MICHEL TROPER

---

imposibilidad de revisar la constitución por una ley ordinaria no es la definición de esa superioridad, sino su *signo*. Pero entonces el razonamiento remite a una simple tautología, ya que la prohibición de aplicar la ley contraria a la constitución no deriva del principio de supremacía de la constitución: es lisa y llanamente la definición de ese principio, con lo que sólo se establece que, si está prohibido aplicar la ley inconstitucional, entonces está prohibido aplicar la ley inconstitucional.

En una apreciación preliminar a su crítica de la lógica de *Marbury*, Carlos Nino aseguraba que, si esta lógica era realmente vinculante, los constitucionalistas que hablan de la legitimidad del control de constitucionalidad pierden el tiempo, porque si es lógico no necesita otra justificación<sup>27</sup>. A partir de la falta de demostración lógica, pues, ¿habría que concluir que el control de constitucionalidad de las leyes debe considerarse desprovisto de justificación?

Parece que Nino manifestaba una confianza excesiva en la lógica aplicada al pensamiento jurídico. Sin duda, en las ciencias y más generalmente en todas las disciplinas intelectuales, un defecto de razonamiento afecta el resultado, que ha de tenerse por privado de toda validez. Pero una decisión jurisdiccional, tal como una decisión legislativa, no es la conclusión de un razonamiento válido y su validez sólo significa que pertenece al sistema jurídico. En este sentido, es evidente que el fallo *Marbury*, como los de numerosos tribunales constitucionales de todo el mundo, es perfectamente válido, sean cuales fueren los defectos del razonamiento con el que se haya querido justificarlo. La falta de pertinencia lógica de la motivación sólo prueba que una decisión, e incluso una serie de decisiones, no obtiene su validez de la validez del razonamiento, sino de la autoridad de quien la adopta y —es preciso decirlo— de la aceptación de los otros o de su falta de resistencia.

<sup>27</sup> “*The logical necessity of judicial review that follows from Marbury vs. Madison has rarely been commented on by constitutional scholars, who instead devote their energies to the legitimacy of judicial review. Nevertheless, if Marshal’s logic were cogent, these scholars would be wasting their time, since what is logically necessary does not need an evaluative justification, unless that justification addressed the presupposition of the logical necessity, that is, the supremacy of the constitution*” (NINO, ob. cit.).

Pero es posible llegar a otras conclusiones. La primera es que el razonamiento de Marshall logró persuadir y expresa la ideología oficial de los Estados modernos. El término “ideología” es aquí débil, porque no se trata sólo de un conjunto de creencias y de valores, sino de la jerarquía de las normas. Ahora bien la jerarquía de las normas es el modo de ejercicio del poder en el Estado moderno. Así, lo que hizo Marshall no fue deducir el control de constitucionalidad de las leyes a partir de la jerarquía de las normas, sino, al contrario, construir la jerarquía de las normas asegurando el control de la constitucionalidad. Importa poco que su razonamiento esté contaminado por vicios lógicos. Marshall dio una forma al poder del Estado moderno.

Sería erróneo, sin embargo, creer que, puesto que la decisión se impone de todos modos, es indiferente que se la justifique de una manera o de otra. El tribunal está constreñido a utilizar un razonamiento que, aun si incluye vicios lógicos, ha sido y es aún percibido como socialmente aceptable. Cuando se trata de fundar una nueva práctica, este modo de razonar sirve como estándar y modelo para apreciar todos los razonamientos de la dogmática jurídica. A partir de *Marbury*, no se puede razonar sino de un modo que se ajuste a la lógica de Marshall. En otros términos, aunque sea contrario a los principios lógicos, el fallo *Marbury* no sólo ha creado una norma y una institución nuevas, sino también una lógica específica y desde entonces obligatoria para la institución del control de constitucionalidad de las leyes.

