

Salvador Sánchez González*

Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral de Panamá
ssanchezg@tribunal-electoral.gob.pa

***La judicial review en la obra
de Justo Arosemena*****

*Judicial review in the works
of Justo Arosemena*

Artículo de reflexión: recibido 10/11/2025 y aprobado 2/02/2026

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Santa María La Antigua. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España. Magister en Derecho Electoral, Universidad de Castilla – La Mancha, España. Fue director general de Asesoría Legal y Técnica, en la Asamblea Nacional, secretario ejecutivo de Asuntos Jurídicos del Ministerio de la Presidencia, viceministro de la Presidencia y ministro de la Presidencia, encargado. Representante permanente de la República de Panamá ante la Organización de Estados Americanos entre 2018 y 2019. Actualmente director de Instituto de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral de Panamá. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7533-2937>

** Este artículo pertenece a una serie de investigaciones sobre Justo Arosemena realizadas por el autor desde 2006.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v27.7813>

Cómo citar:

Sánchez González, S. (2025). La judicial review en la obra de Justo Arosemena.
Precedente Revista Jurídica, 27, 76-107. <https://doi.org/10.18046/prec.v27.7813>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

Resumen

El texto analiza la contribución de Justo Arosemena al debate latinoamericano del siglo XIX sobre el control de constitucionalidad. Explica cómo su pensamiento se mueve entre el escepticismo frente a la Corte Suprema de Nueva Granada y la valoración crítica de la *judicial review* estadounidense, cuestionando las restricciones del “caso o controversia” y la doctrina de las *political questions*. Arosemena propone ampliar la legitimación y adoptar vías abstractas y concentradas para impugnar leyes inconstitucionales, anticipando modelos mixtos de control.

Palabras clave: Arosemena; control de constitucionalidad; control judicial de constitucionalidad; soberanía judicial; vía abstracta.

Abstract

The text examines Justo Arosemena's contribution to the nineteenth-century Latin American debate on constitutional review. It explores the tension in his thought between skepticism toward New Granada's Supreme Court and his critical engagement with U.S.-style judicial review, particularly regarding the limits imposed by the case-or-controversy rule and political-question doctrine. Arosemena advocates broader standing and a centralized abstract action against unconstitutional laws, anticipating mixed models of constitutional review.

Keywords: Arosemena; Constitutional review; Judicial review; Judicial sovereignty; Abstract review.

Introducción

En cada país hay personajes cuyo nombre todos recuerdan, cuya imagen icónica es inmediatamente reconocida y sobre los que pueden citarse uno o varios de los logros que la historia les atribuye. Justo Arosemena es, sin duda, uno de ellos. Su fama, modesta al compararla con otros autores de su siglo, suele estar asociada a la defensa de Panamá como comunidad política diferenciada o a la promoción de la unidad latinoamericana frente a las amenazas de potencias imperiales. En este artículo, sin embargo, se aborda otra faceta del pensamiento de Arosemena: su contribución a la crítica del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

Arosemena destacó como político y parlamentario, como jurista y como diplomático. Fue representante, senador, presidente del Estado de Panamá, ministro de relaciones exteriores y embajador en Perú, Venezuela, Estados Unidos y Francia. Se graduó como bachiller en Humanidades y Filosofía en 1833 del Colegio de San Bartolomé en Bogotá, y en Derecho, en la Universidad Central de esa misma ciudad. Entre 1837 y 1839 continuó estudios y recibió su doctorado en Jurisprudencia en la Universidad de Magdalena e Istmo (actual Universidad de Cartagena). Nació en Panamá en 1817, y era hijo de Mariano Arosemena, un prócer de la independencia panameña de España. Murió en Colón en 1896¹.

Justo Arosemena fue testigo y muchas veces protagonista de los numerosos cambios constitucionales que sufrió Colombia —y Panamá como parte de ella— (Sánchez, 2019, pp. 537–573; Uribe Vargas, 1996)². Perteneció a una generación de juristas forjada en intentos de controlar el poder político y que experimentó con controles políticos y judiciales, de legalidad y de constitucionalidad.

Esa variedad de sistemas de control de constitucionalidad utilizados en Colombia durante el siglo XIX ofrece un panorama mucho más rico que la dicotomía usual entre control político y control judicial de constitucionalidad. De hecho, esa diversidad permite observar la cohabitación, cuando no la convergencia o hibridación, entre sistemas³.

En ese marco, examinar la contribución de Arosemena a la reflexión sobre el control de constitucionalidad es importante por varios motivos: primero,

1 Sobre Justo Arosemena pueden consultarse dos biografías clásicas: la de Méndez Pereira (1919), posteriormente reeditada en 1970 y 2017, y la de Moscote y Arce (1956), de la cual existen una segunda edición (1999) y una tercera (2017).

2 El período colombiano se extiende desde 1821 hasta 1903.

3 Para el caso de Panamá, son útiles los comentarios sobre el control de constitucionalidad en el siglo XIX de Pedreschi (1965) y Fábrega (1987). Más recientemente, Sánchez (2021a).

porque a través del estudio de su obra se pone en valor la riqueza de la reflexión constitucional en América Latina durante el siglo XIX. Segundo, porque es útil tener claro el alcance de las ideas de Arosemena sobre el control de constitucionalidad; ideas que una autoridad como Restrepo Piedrahita (1986, p. 93) señaló que debían ser recogidas y apreciadas por su valor creativo.

El objeto de la investigación es, entonces, identificar las contribuciones de Arosemena a la historia del control de constitucionalidad y cómo se insertan en el conjunto de su obra y a lo largo de su prolongada carrera. Al plantearse el pensamiento del autor en ejercicios conscientes y frecuentes de comparación jurídica, se pretende visibilizar su posicionamiento, tanto en lo orgánico como en lo procesal, frente al control de constitucionalidad.

En este sentido, el presente artículo se ocupa de las ideas de Arosemena sobre el control de constitucionalidad de la ley, las cuales exterioriza mientras incide en el diseño constitucional de su país o como estudioso del derecho constitucional comparado. En efecto, en múltiples ocasiones, sus reflexiones se convierten en proyectos de reforma constitucional o legal. De esa actividad concreta, constituyente o legisladora, no me ocupo⁴. Sin embargo, en el artículo se hace crítica de los pasajes en los que el autor comenta el control judicial realizado por la Suprema Corte de Nueva Granada, el establecido en otros países del hemisferio y aquellos en los que ejercita una temprana crítica a la *judicial review*, la modalidad estadounidense de control judicial de constitucionalidad.

En cuanto a la metodología utilizada, el artículo es en primer lugar el resultado de una labor exegética. Con base en la revisión sistemática de la obra de Arosemena, tanto de sus ediciones originales como de sus reimpressiones, se identifica la utilización de un determinado lenguaje jurídico y su evolución. También es destacable el ejercicio comparatista en el contraste entre la *judicial review* de los Estados Unidos de América y el control constitucional en Colombia, en sus sucesivas modalidades. Adicionalmente, esta investigación es un ejercicio de historia intelectual del derecho constitucional latinoamericano, dado que el conocimiento de la obra de Arosemena permite ampliar el conocimiento sobre los antecedentes de los debates actuales sobre el control de constitucionalidad en América Latina, y sobre cómo sus contribuciones han sido entendidas por los escasos autores contemporáneos que se han hecho eco de su trabajo.

⁴ Sobre ese tema, ver Sánchez (2024).

Recepción de los aportes de Arosemena sobre el control de constitucionalidad

No ha sido frecuente la valoración del aporte de Justo Arosemena a la teoría del control de constitucionalidad en la Colombia del siglo XIX. Destaca, sin embargo, la de Carlos Restrepo Piedrahita (1986), quien comenta positivamente las observaciones sobre el control judicial de constitucionalidad hechas por Arosemena. Se trata del reconocimiento de uno de los principales historiadores del derecho constitucional de América Latina, que supo ver lo novedoso en la reflexión de Arosemena sobre la *judicial review* y su intento de hacer crítica a la institución.

En Panamá, el tema específico de su teoría del control de constitucionalidad ha sido comentado, inicialmente, por Benedetti. En uno de los trabajos monográficos dedicados al pensamiento constitucional de Arosemena, recogió únicamente la idea central: que se muestra favorable al control judicial de constitucionalidad en sus *Estudios Constitucionales*, en lugar del control político-parlamentario que predominó en el siglo XIX colombiano (Benedetti, 1962).

En tanto, Pedreschi, en el más importante volumen dedicado en Panamá al control de constitucionalidad, no comenta las ideas vertidas por Arosemena sobre el tema en sus *Estudios Constitucionales* (1965) ni las cita en su trabajo monográfico sobre las contribuciones del jurista al derecho constitucional (1997). Esta omisión también se hace llamativa en Austin (2018).

En las últimas décadas, la teoría del control de constitucionalidad de Arosemena ha sido estudiada con más detalle. Destacan los comentarios de González Marcos (2009) en el estudio introductorio a una reedición de *Estudios Constitucionales* y en un trabajo monográfico de Rodríguez Robles (2018).

González Marcos (2009), en el estudio introductorio citado, ilustra la importancia del reconocimiento que hace Restrepo Piedrahita, relacionándolo con la utilización del derecho comparado y su relevancia para los proyectos de unidad continental. En cuanto al control judicial de constitucionalidad en Arosemena, González Marcos celebra la importancia que le atribuye, pero percibe cierta incomprensión de las instituciones de la *judicial review* estadounidense.

El escaso reconocimiento contemporáneo a la contribución de Arosemena al estudio del control judicial de constitucionalidad puede deberse a que su teoría del control está formulada de forma fragmentaria —a la que Rodríguez Robles describe como “en pinceladas”— y ha debido reconstruirse para poder ser estudiada apropiadamente. Además, esos fragmentos se ubican, principalmente,

en *Estudios Constitucionales*, una obra que solo volvió a imprimirse íntegramente en 2009 (desde su edición inmediatamente anterior, de 1888) (Arosemena, 2009a)⁵, y luego en 2018, como parte de la *Obra Selecta de Justo Arosemena*, en ocasión del bicentenario del nacimiento del jurista (Arosemena, 2018).

El control judicial de constitucionalidad en *El Estado Federal de Panamá* (1855)

En esta sección presentaré las reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes vertidas por Arosemena en *El Estado Federal de Panamá*. En esta obra, el autor examina el control judicial de la constitucionalidad de las ordenanzas provinciales, establecido en la Constitución de la República de Nueva Granada de 1853. Él había participado como representante en el Congreso que aprobó la Constitución de 1853, pero en este aspecto no compartía la solución adoptada de facultar a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las ordenanzas provinciales. Dice al respecto:

Tiene además la Corte Suprema la facultad de anular las ordenanzas de las Lejislaturas provinciales sin apelación al Congreso, i no podía haberse ocurrido un medio más calculado para hacer ilusorio el Gobierno de las localidades. Siendo el caso de la anulación aquel en que una ordenanza se supone contraria a la Constitución jeneral; ¿quién sino el poder a quien ya se había dado la atribución esclusiva de interpretar esa Constitución, era el llamado a resolver si una ordenanza la contrariaba o no? El Congreso, además, compuesto de numerosos Diputados de todas las provincias, recién llegados de sus localidades, i residentes en ellas todo el año, tiene mayor interés que la Corte Suprema en conservar las libertades municipales. (Arosemena, 1999, p. 294) [ortografía del original]

Arosemena sustenta su crítica al control judicial de las ordenanzas provinciales a cargo de la Corte Suprema de Nueva Granada en dos aspectos:

5 A esta edición de los Estudios Constitucionales corresponden todas las citas incluidas en este artículo, en las cuales se ha modernizado la ortografía para facilitar la lectura. Antes de esa edición existen separatas, como en Arosemena, J. (1870a) y reproducciones de secciones, como la correspondiente a la Constitución de la República Argentina (De la Cruz Herrera, 1945, pp. 215–263); las “Observaciones Generales” a las constituciones de México, Centroamérica, Venezuela, Colombia, Chile, Argentina y Brasil (Soler, 1982, pp. 257–336); y “La Constitución de los Estados Unidos de Colombia, de 1863”, que aparece en la antología de Tello (1985).

por un lado, tal y como se dice en la cita precedente, en que el legislativo nacional conservaba la atribución de interpretar la Constitución (artículo 57 de la Constitución de 1853), por lo que asignar a la Corte Suprema la decisión sobre la constitucionalidad de las ordenanzas provinciales no era coherente. Por otro lado, Arosemena señala que los juristas en las altas cortes de países de tradición centralista solían estar sesgados contra la actividad de las autoridades provinciales. Dice así, refiriéndose al Tribunal Supremo:

Ese Tribunal se forma comúnmente de hombres eminentes en el foro, pero de ideas antiguas, i por lo mismo adictos al centralismo. Su residencia es la capital, aún antes de su elección, porque es en la gran capital de un país rejido centralmente donde se hallan los mejores letrados, i sin notarlos se inclinan preferentemente a todo lo que enrobustece a los altos poderes, aumentando sus funciones con detrimento del Poder Municipal, cuya amplitud no se echa de menos sino en las provincias, i sobre todo en las provincias distantes. (1999, pp. 294–295) [ortografía del original]

Como este pasaje pone en evidencia, Arosemena valora negativamente el traslado parcial de la facultad de control de constitucionalidad desde el Congreso hasta el más alto tribunal.

En *Estudios Constitucionales*, como veremos en la siguiente sección, Arosemena se mostrará más favorable al control judicial de constitucionalidad, frente al control político-parlamentario.

El control judicial de constitucionalidad Estudios Constitucionales (1870)

83

En esta sección presentaré dos aspectos abordados por Arosemena, en sus *Estudios Constitucionales*, sobre el control de constitucionalidad: el carácter jurisprudencial de la aparición de la competencia para ejercer dicho control; y la relación entre el control de constitucionalidad de las leyes y el federalismo.

El carácter jurisprudencial del control de constitucionalidad de las leyes

Uno de los temas que resaltan cuando Arosemena trata el control judicial de constitucionalidad es el de la ausencia en el texto de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América, o la Constitución de 1853 de la República Argentina, de una disposición expresa que habilite a la Corte Suprema de Justicia

y los tribunales inferiores para realizar ese control. Así, el autor afirma que “en los Estados Unidos del Norte la corte suprema se cree autorizada por el tenor del inciso 1.º, sección 2.ª, Art. 3.º, y del inciso 2.º, Art. 6.º, para declarar inaplicable una ley del congreso que repunte inconstitucional” (Arosemena, 2009b, p. 264).

En realidad, esa disposición habilita a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores para impartir justicia. No es, por lo tanto, una disposición específica respecto al control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la Corte estadounidense ha utilizado el artículo III, junto a la disposición sobre supremacía de la Constitución (inciso 2.º del artículo VI), como fundamento del control judicial de constitucionalidad de las leyes por los tribunales de justicia.

La facultad de controlar la constitucionalidad como parte de la función judicial tiene una reconocida trayectoria. La Corte Marshall⁶ había establecido su supremacía mediante una estrategia triple, que incluyó fijar su competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales (*Marbury v. Madison*, 1803), la inconstitucionalidad de las leyes de los estados (*Fletcher v. Peck*, 1810) y la facultad de revisar en apelación las resoluciones de las cortes de los estados (*Martin v. Hunter’s Lessee*, 1816; *Cohens v. Virginia*, 1821).

Antes de *Marbury v. Madison*, sin embargo, la facultad de control judicial de la constitucionalidad de las leyes se observó en *Hylton v. United States* (1796). Incluso antes de la adopción de la Constitución de 1787, se cuenta con precedentes:

La revisión judicial comenzó a formar parte del derecho vivo durante la década anterior a la adopción de la Constitución Federal. Casos en al menos cinco estados entre 1780 y 1787 implicaron afirmaciones directas del poder de revisión judicial. El propio Marshall pudo afirmar en su opinión de *Marbury*, no que la Constitución establecía la revisión judicial, sino sólo que “confirma y fortalece el principio”. (Schwartz, 1993, p. 42)

En todo caso, conviene tener presente que el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos de América, y en especial el carácter de la Corte Suprema de Justicia como intérprete final de la Constitución, ha sido objeto de otras interpretaciones. Kramer distingue, por ejemplo, entre la existencia de *judicial review* y que las cortes tengan la última palabra en la interpretación constitucional (lo que denomina “supremacía judicial”). El

⁶ La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América fue presidida por el juez John Marshall entre 1801 y 1836.

reconocimiento a otros actores que pueden y deben intervenir en la deliberación de lo que es o no es constitucional (lo que Kramer denomina “constitucionalismo popular”) se hace en una pormenorizada revisión de la historia del control judicial de constitucionalidad de los Estados Unidos. Según Kramer:

Cada poder podía expresar sus visiones cuando los temas se presentaban ante ellos en el curso ordinario de los negocios: el legislativo al sancionar leyes, el poder ejecutivo al vetarlas, y el poder judicial al controlarlas. Pero ninguna de las perspectivas de los poderes fue inapelable o imperativa. Eran las acciones de entidades reguladas luchando por cumplir con la ley que las gobernaba, sujetas a la supervisión permanente de su superior común: el mismo pueblo. (2011, p. 143)

La contraposición entre la supremacía judicial y el constitucionalismo popular, sin embargo, se describe como una variedad de *departamentalismo*, una histórica doctrina constitucional estadounidense que disponía que los órganos estatales legitimados democráticamente (legislativo y ejecutivo) contribuyeran con sus propias interpretaciones a la deliberación pública sobre lo constitucional, sin quedar vinculados por las interpretaciones de los otros departamentos.

Arosemena compara el modelo estadounidense de la Constitución de 1787 con la experiencia colombiana durante la constitución de Nueva Granada de 1853, la de la Confederación Neogranadina de 1858 y la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. También hace apuntes respecto a las variaciones de control de constitucionalidad que encuentra en otras constituciones del continente. Al examinar la Constitución argentina de 1853, se percató de la falta de textos suficientes que desarrollen cómo operaría el sistema de control de constitucionalidad de las leyes nacionales:

Su anulación ó desobediencia no se hallan autorizadas por ninguna cláusula constitucional, como lo están por la constitución de los Estados Unidos de Colombia. Vemos en la Argentina, que una lei provincial en desacuerdo con las atribuciones de su gobierno propio, se anularía de hecho por la preferente aplicación que los tribunales deben dar á los tratados, la constitución i las leyes constitucionales del congreso. Pero no vemos quién tenga la facultad de establecer ó discernir la inconstitucionalidad de una lei del congreso, como debería tenerla, bien la corte suprema federal, bien la mayoría de las lejislaturas provinciales, como sucede en Colombia. (Arosemena, 2009c) [ortografía del original]

Como se sabe, también pretoriana y posterior a las primeras ediciones de *Estudios Constitucionales*, es la creación de la facultad de la Corte Suprema de Justicia de Argentina de declarar la inconstitucionalidad de las leyes⁷. La posición de Arosemena es escéptica frente a establecer jurisprudencialmente la competencia de declarar la inconstitucionalidad, como se produjo en los Estados Unidos o, luego, en la Argentina.

Control de constitucionalidad de las leyes y federalismo

Arosemena resalta también que bajo los regímenes federales son numerosas las fuentes de poder potencialmente peligrosas para la Constitución. Al comentar la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, el autor expresa que “en un sistema federativo la atribución que examinamos es tanto más necesaria, cuanto la infracción constitucional puede venir de muchas partes, a saber, los poderes nacionales y los poderes de los estados” (Arosemena, 2009c, p. 54).

El problema de los derechos de los estados bajo el régimen federal atraviesa toda la historia constitucional de los Estados Unidos. En su polémica con Spencer Roane, Marshall —como lo recoge Bernard Schwartz (1993, pp. 53–56)— rechaza la doctrina de la Constitución como pacto entre los estados y el gobierno federal, y defiende la concepción de la Constitución como obra de un sujeto único: el pueblo de los Estados Unidos de América, que adoptó un gobierno para la totalidad de la Nación (Schwartz, 1993, p. 55).

Ambas doctrinas, que reflejaban las diferencias ideológicas entre los antiguos republicanos de Jefferson y el partido federalista (centralista), implicaban dar mayor deferencia al poder de los estados o al gobierno de la Unión. En ese conflicto los jeffersonianos se enfrentaron frecuentemente a la Corte (incluso dieron trámite al juicio político contra uno de sus integrantes, el juez Samuel Chase) (Rehnquist, 1999).

Un argumento que servía para sostener la tesis de la Constitución como pacto en los Estados Unidos de América era el hecho de que los estados le preexistían; tesis que también esgrime el Justo Arosemena más federalista (en el sentido usual) para sostener los derechos del Estado de Panamá frente a la Nueva Granada.

7 Sojo, Eduardo v. Cámara de Diputados de la Nación (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1887).

En la federación rigurosa hai un pacto de pueblos soberanos, que sacrifican parte de esa soberanía en obsequio de la fuerza i de la respetabilidad nacional, así como los miembros de cada Estado sacrifican una parte de su soberanía individual en gracia de la común seguridad, o de otro modo, para hacer mucho más efectiva la porción que se reservan. (Arosemena, 1999) [ortografía del original]

El proyecto político de Marshall, como se observa en la polémica con Roane y en su actuación como juez, estaba orientado al fortalecimiento del gobierno central frente al poder de los estados que integraban los Estados Unidos de América. En sentido inverso, el proyecto político de Arosemena fue, casi siempre, el fortalecimiento de los estados frente al poder central de Bogotá. La adhesión al federalismo tendrá efectos en su comprensión del rol del poder judicial, en general, y del control judicial de constitucionalidad, en particular, los cuales quedarían reflejados en su obra escrita y en su acción política⁸.

Arosemena observa, por ejemplo, la posibilidad de expansión del control judicial de constitucionalidad por la Corte Suprema Federal, al proponer una lectura del numeral 6 del artículo 71 de la Constitución de 1863 (análogo a otro de la de 1858), que la faculta a decidir los conflictos de competencia entre los estados de la Unión y el gobierno federal. Así, el autor menciona que sería posible impugnar ante ella las leyes nacionales y las medidas del Ejecutivo que violaran las competencias constitucionales de los estados. Sin duda un medio judicial y expedito, apoyado en una interpretación del texto de la Constitución, para afrontar el tipo de conflictos que sacudían con tanta frecuencia a los Estados Unidos de Colombia (Arosemena, 2009c).

Un caso especialmente relevante es el que involucra la adopción de leyes de la Unión, en colisión con los derechos de los estados, en el período inmediatamente posterior a la Guerra Civil de los Estados Unidos de América. Aquí Arosemena subraya que la necesidad de un control judicial de constitucionalidad abstracto puede ser urgente:

La necesidad puede ser grande y urgente, como se ve en el caso mismo antes citado, de una ley enteramente opuesta a las instituciones fundamentales de los Estados Unidos, que en nadie reconocen el

⁸ Para un relato monográfico sobre el impacto de esa perspectiva en la reflexión de Arosemena sobre el poder judicial, ver Sánchez (2021b).

poder, aun en el supuesto de rebelión, para convertir diez estados en tierra de conquista, suprimiendo sus gobiernos civiles y sometiéndolos a una dictadura militar, mientras no consagren en sus constituciones determinados principios, que hasta ahora no se han reputado obligatorios. (Arosemena, 2009c, pp. 53–54)

La observación de Arosemena implica una crítica a la condición establecida en las leyes de la Reconstrucción, que exigía a los estados exconfederados consagrar “en sus constituciones determinados principios, que hasta ahora no se han reputado obligatorios”. Vale la pena detenerse en el contexto y significado de esta frase.

Desde la aprobación del *Bill of Rights* —las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, ratificadas en 1791—, se estableció que solo se podían oponer los derechos en él consagrados frente a autoridades federales (es decir, del gobierno de la Unión). Así quedó establecido, por ejemplo, en *Barron v. Baltimore* (1833).

Sin embargo, poco después del fin de la Guerra Civil estadounidense, se aprobaron tres nuevas enmiendas a la Constitución de 1787: la enmienda XIII (prohibición de la esclavitud, 1865), la enmienda XIV (debido proceso sustantivo e inmunidades y privilegios, 1868) y la enmienda XV (prohibición de establecer requisitos raciales para el ejercicio del voto, 1870).

Algunas de las disposiciones, inequívocamente, se dirigen a las autoridades de los estados. Para los propósitos de este estudio, es especialmente importante el texto de la primera sección de la enmienda XIV:

88

Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.

Pese a la adopción de estas enmiendas, la Corte Suprema de Justicia siguió interpretando que los derechos reconocidos en el *Bill of Rights* no podían oponerse frente a las autoridades de los estados (*United States v. Cruikshank*, 1876). Solo décadas después, y de forma progresiva, bajo una doctrina denominada “de

incorporación selectiva”, apoyada en el texto de la XIV enmienda, los derechos del *Bill of Rights* se fueron integrando a las obligaciones constitucionales de las autoridades de los estados⁹.

Sin perjuicio de esa evolución posterior, debemos centrarnos en el momento comprendido entre la adopción de la enmienda XIII y de las dos siguientes. Para enfrentar los discriminatorios *Black Codes* adoptados en el sur contra la población recién liberada de la esclavitud, se aprobó la *Civil Rights Act* (ley federal de derechos civiles) de 1866. Dicha ley podría encontrar sustento en la enmienda XIII. Sin embargo, un autorizado comentarista del siglo XX señala que incluso entre quienes apoyaban el reconocimiento legal de derechos civiles se dudaba de la constitucionalidad de aprobar leyes al respecto, sin disposiciones constitucionales expresas en las que pudieran apoyarse. A partir de ahí hubo quienes votaron a favor de la ley con la esperanza de que posteriormente se incorporara el lenguaje necesario al texto de la Constitución, mientras que otros votaron en contra de la ley, a pesar de respaldar la política de reconocimiento de derechos civiles (Wolfe, 1994, pp. 121–122).

Los principios que estaban obligados a incorporar a sus constituciones los estados exconfederados, por mandato de las leyes de la Reconstrucción, incluían la ciudadanía de los negros estadounidenses, principalmente de los recientemente liberados de la esclavitud en el sur. Esa imposición del gobierno federal limitó la facultad de los estados de decidir por su cuenta quién era o no ciudadano. Se trata de un tema que Arosemena (2009c), en lo sustantivo, había tratado en *El Estado Federal de Panamá* (1855), y que tiene raíz en su comprensión del régimen federal:

Las reglas de elección de los Representantes al Congreso norteamericano varían en cada Estado de la Unión, porque ésta es una prerrogativa inseparable de su soberanía. La de los Senadores se hace generalmente por las Lejislaturas, según lo han establecido sus constituciones... (p. 322) [ortografía del original]

...Admitido, como de razón, que el sistema electoral es un asunto propio del Estado, los derechos políticos que no consistan en la elejibilidad para destinos nacionales, deben establecerse i definirse libremente por el mismo Estado. (pp. 323-324) [ortografía del original]

9 Tendencia que, suele señalarse, inicia con *Gitlow v. New York* (1925).

Recordemos que los estados de la Confederación Neogranadina se sumergieron en un baño de sangre a causa de controversias como las descritas por Arosemena, a raíz de la pretensión del gobierno de la Unión de imponerles reglas comunes en materia electoral, en 1858.

La falta de una norma constitucional habilitante, advertida por Arosemena, fue suplida por la aprobación de la enmienda XV a la Constitución de los Estados Unidos de América, en 1870. Aunque es debatible si la enmienda pudo ser mencionada en la edición original de 1870 (la enmienda se ratificó en febrero de ese año), lo cierto es que el autor no actualizó el pasaje en las ediciones posteriores.

Crítica a las ideas de Justo Arosemena sobre la *judicial review*

Los autores que han formulado críticas a las reflexiones de Justo Arosemena sobre el control judicial de la constitucionalidad son Restrepo Piedrahita, Miguel González Marcos y Sebastián Rodríguez Robles. Estos críticos han puntualizado tres temas estrechamente relacionados:

- La forma de entender la disposición sobre caso o controversia de la Constitución de los Estados Unidos de América.
- La hipótesis del sistema mixto de control judicial de la constitucionalidad.
- La propuesta de incorporar una vía principal contra la legislación inconstitucional al *judicial review*.

90 A continuación, presento los aspectos relevantes de la crítica y comentarios de los autores mencionados arriba.

La comprensión del case or controversy por Arosemena

El fundamento para la aplicación de la cláusula de caso o controversia se encuentra en una disposición de la Constitución de los Estados Unidos de América que delimita la competencia de los tribunales de justicia desde la perspectiva de aquello que es judicializable, en atención a la función que realizan por mandato constitucional (el inciso 1.^o, sección 2.^a, art. 3.^o) o por la atribución de otros órganos del estado; en especial, el legislativo.

La idea de que la disposición sobre caso o controversia está diseñada para evitar la usurpación de competencias entre órganos constitucionales supone un

reparto de tareas que ubica la aprobación de normas generales sobre los hombros del Legislativo, y la adjudicación individual de derechos en caso de controversia, sobre los de los jueces. En algunas jurisdicciones se expresa también mediante la prohibición complementaria al Legislativo de aprobar leyes que reconozcan derechos a individuos o categorías de individuos, como forma de enfatizar la universalidad que debería caracterizar a la legislación.

Al respecto de esa disposición, González Marcos (2009) ha señalado que Arosemena solo la entiende parcialmente:

... a pesar de la familiaridad de Arosemena con los comentarios de Story y Kent, Arosemena no interpreta correctamente el papel del requisito del ‘caso y controversia’ en la tradición americana para poder iniciar una acción constitucional, proponiendo la introducción de un método abstracto en la *judicial review*. (p. 41)

El autor añade:

papel del requisito del “*case and controversy*” para Al margen de los méritos de la opinión de Arosemena, su comentario sobre el iniciar un proceso constitucional, tal como se mencionó anteriormente, se basa en un entendimiento parcial del *judicial review* americano. (p. 48)

Al revisar la tradición a la que hace alusión González Marcos, queda claro que la disposición sobre caso o controversia abarca múltiples elementos relacionados con el ejercicio de la función judicial. Su importancia radica en su centralidad como condición para acceder a la justicia. Reúne un conjunto de doctrinas bajo el paraguas de lo que se conoce como *justiciability* (justiciabilidad). Entre estas, se encuentran las doctrinas del *standing*, *ripeness* y *mootness*, que pretenderían cerrar el acceso a la función judicial a causas promovidas sin legitimación, prematuras o vaciadas de un conflicto susceptible de solución judicial. Se suele señalar que estas doctrinas tienen fundamento en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, aunque corresponden realmente a un desarrollo jurisprudencial que sigue evolucionando hasta nuestros días, y resulta especialmente significativa la capacidad de Arosemena para dialogar con ellas.

Respecto del *standing*, el modelo seguido supone la necesidad de un interés específico y presente en el litigio. Las acciones dirigidas a la promoción de intereses generales no suelen ser acogidas (un aspecto que dificulta claramente

el litigio de interés público). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos autoriza los recursos en los casos en que el accionante haya sufrido daños atribuibles a la conducta del demandado y susceptibles de reparación por la Corte. Quedarían así excluidas aquellas demandas en las que se puede ganar solo en un sentido abstracto, como serían aquellas dirigidas contra la legislación inconstitucional por una persona no directamente afectada por su aplicación. En la jurisprudencia estadounidense suele entenderse que el artículo III establece el requisito de que las demandas sean presentadas por quienes resultan directamente lesionados en sus derechos. Así lo reflejan los casos *Lujan v. Defenders of Wildlife* (1992), *Allen v. Wright* (1984), *Diamond v. Charles* (1986), *Arizonans for Official English v. Arizona* (1997) y *Karcher v. May* (1987).

Por su parte, *ripeness* se refiere a la necesidad de que el conflicto jurídico esté lo suficientemente maduro para justificar la intervención judicial, lo que incluso puede prudencialmente determinar el tribunal pese a que constitucionalmente esté establecido que puede pronunciarse.

La doctrina del *mootness*, finalmente, establece la prohibición de pronunciarse sobre cuestiones en ausencia de conflicto jurídico, sea porque no existe uno realmente o porque ha decaído. Por ejemplo, se entiende que incluye la prohibición de que los tribunales expidan *advisory opinions* —opiniones consultivas—. Los primeros antecedentes de esta regla son el caso *Hayburn* (*Hayburn's Case*, 1792), que se resolvió por lo que nosotros denominaríamos “sustracción de materia” y por la respuesta de John Jay (entonces presidente de la Corte) a una solicitud del presidente de los Estados Unidos de América, George Washington, en 1793¹⁰.

También hay *mootness* cuando cesa el conflicto jurídico que originó una demanda. Sin embargo, la jurisprudencia ha elaborado que, en interés de la justicia, la Corte pueda pronunciarse en algunos casos, como ocurrió en *Roe v. Wade* (1973). Como resulta comprensible, todo litigio en el que se discuta un embarazo puede prolongarse por más tiempo que el embarazo mismo, por lo que, si la Corte optara por reconocer siempre la extinción de la controversia, nunca podría pronunciarse sobre ese tema. Lo mismo ocurrirá en otras situaciones apremiantes.

10 El presidente Washington envió una carta a la Corte Suprema de Justicia pidiéndole su aprobación en caso de que decidiera buscar asesoramiento, pero Jay respondió que la Corte estaba constitucionalmente obligada a ejercer únicamente como tribunal.

Con frecuencia, estas doctrinas se superponen, así como con las doctrinas de *standing* prudencial, en la solución de casos concretos.

El *standing* prudencial abarca algunos supuestos desarrollados por la jurisprudencia, no directamente fundados en el artículo III constitucional¹¹. La Corte los utiliza, discrecionalmente, para no admitir determinados casos, como cuando las autoridades judiciales de un estado han resuelto el asunto antes del pronunciamiento en las cortes federales, aunque lo haya hecho sobre bases jurídicas diferentes a las constitucionales; o cuando la Corte deja de pronunciarse sobre asuntos constitucionales no directamente relacionados con la solución del caso (*Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 1936).

Como ocurre en todas partes, la existencia de doctrinas sobre la *judiciability* no ha impedido que la Corte actúe de forma contradictoria, como ocurrió en *Dred Scott v. Sandford* (1857). El caso, usualmente identificado como el siguiente ejercicio significativo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales por la Corte Suprema de Justicia desde *Marbury v. Madison*, es famoso por haber negado el derecho de un esclavo a su libertad y su ciudadanía, pese a haberse establecido junto a su propietario en el territorio de un estado no esclavista. Suele mencionarse su impacto en la radicalización de las posiciones políticas que desembocaron en la Guerra de Secesión en los Estados Unidos de América (1861–1865). En ese caso, como bien lo recuerdan Hoffer, Hoffer y Hull (2018), el comentario del juez Roger Taney (presidente de la Corte Suprema de Justicia entre 1836 y 1864), de que el *Missouri Compromise* de 1820¹² era inconstitucional, constituía *obiter dicta*.

La decisión de la Corte fue que no tenía jurisdicción para conocer del caso y, por lo tanto, no podía pronunciarse en el fondo sobre la inconstitucionalidad de la ley supuestamente aplicable. Aun así, lo hizo. Además, el juez Taney se refería a la supuesta inconstitucionalidad de legislación que en aquel momento no estaba vigente, porque había sido ya reemplazada por la ley *Kansas-Nebraska* de 1854 (Hoffer, Hoffer y Hull, 2018, p. 55). El fallo, así, además de su iniquidad

11 *Elk Grove Unified School Dist. V. Newdow* (2004), sobre la prohibición general de que un demandante accione en defensa de derechos de terceros; parcialmente revocado por *Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.* (2014).

12 Acuerdo legislativo sobre la expansión de la esclavitud en los nuevos territorios occidentales de los Estados Unidos de América. Al discutirse en 1819 la admisión del nuevo estado esclavista de Missouri, se acordó también agregar un nuevo estado de Maine (no esclavista), para mantener así el balance en el Senado. Además, se decidió no permitir la esclavitud en los territorios hacia el oeste, al norte de la línea marcada por el paralelo 36º 30'.

conocida, ignoró uno de los pilares del sistema de revisión judicial desarrollado por las cortes precedentes: no expedirse sobre asuntos en los que no haya conflicto jurídico real o este haya decaído.

Al momento en que Arosemena critica la *judicial review* estadounidense, se enfoca en la *judiciability* de modo general, bajo la fórmula usual de la doctrina del caso o controversia.

González Marcos utiliza la referencia de *A familiar exposition of the United States Constitution* de Joseph Story (1847), dado que es una fuente citada expresamente en los *Estudios Constitucionales*, como parámetro con el cual contrastar la opinión que de la *case and controversy clause* pudo tener Arosemena:

...el Departamento Judicial es el autorizado para ejercer jurisdicción en los términos de la Constitución, leyes y tratados de los Estados Unidos, cuando cualquier asunto adquiera tal forma que el poder judicial es capaz de actuar con respecto a ellos. Cuando asume tal forma, deviene un caso y controversia; y entonces, y sólo hasta entonces, puede el Poder Judicial acogerlo. Un caso, entonces... surge, cuando algún asunto... se remite al tribunal por una de las partes, quien afirma sus derechos en la forma prescrita por la ley. (Story, 1986, § 316, p. 237, como se citó en González Marcos, 2009, p. 41, nota 196)

Más allá del párrafo citado por González Marcos, Story no aclara el punto medular. Continúa diciendo:

...En otras palabras, un caso es una demanda de derecho o equidad, instituida de acuerdo con el curso regular de los procedimientos judiciales; y, cuando envuelve cualquier cuestión bajo la Constitución, las leyes o los tratados de los Estados Unidos, está dentro del poder judicial confiado a la Unión... (Story, 1847, p. 2916)

Nada en estos pasajes, ni en la sección dedicada a la cláusula de caso o controversia en la obra de Story (el capítulo XXXI, “Powers and Jurisdiction of the Judiciary”), hubiera servido de mucho a Arosemena para formarse una opinión diferente a la que expuso. El resto del capítulo aborda sistemáticamente los pasajes de la Constitución que definen la competencia de la Corte, pero sin ahondar en el concepto de caso o controversia. Story parece decir que, si alguien presenta una demanda a un juez reclamando el respeto de derechos reconocidos en la Constitución, tratados o leyes, se cumple el umbral exigido

por dicha disposición. En el capítulo dedicado a la interpretación constitucional en los *Commentaries on the Constitution of the United States* (2010) de Story de 1833 se conserva esta orientación.

Arosemena escribe que, en algunas circunstancias, la aplicación de la doctrina del caso o controversia impide declarar una ley inconstitucional, aun cuando evidentemente lo es. Si la legitimación para accionar está condicionada a que el accionante haya sufrido daño a causa de la ley que se reputa inconstitucional, por ejemplo, se limita desproporcionadamente el acceso al remedio judicial. La crítica de Arosemena pone el acento en el *standing* y, dentro de esta doctrina, en el requisito de que los demandantes hayan sufrido daño tangible atribuible a la contraparte y susceptible de ser detenido o reparado por intervención de la Corte. Sin embargo, no se enfoca en la tesis que explícitamente defiende la Corte Suprema en las sentencias que critica: que los asuntos sometidos a su consideración no son abordables por los tribunales dado que son materia política; la aplicación de la doctrina de las *political questions*.

Esta doctrina se refiere, en un sentido estricto, a aquellos temas que el constituyente decidió que no fueran objeto de interpretación judicial (*Nixon v. United States*, 1993). En un sentido más amplio, pretende evitar una colisión con otros órganos del Estado que pudieran erosionar la integridad del órgano judicial o de la Corte Suprema, así como pronunciamientos judiciales cuando exista un déficit de estándares para juzgar algunos de los temas sometidos a consideración de los jueces (*Rucho v. Common Cause*, 2019).

Recordemos que la Corte consideró en *Mississippi v. Johnson* (1867) que no era posible pronunciarse porque la demanda se refería no a competencias constitucionales del presidente, sino a facultades discrecionales establecidas en la ley. Al caracterizar las actuaciones del presidente Johnson en aplicación de las *Reconstruction Acts* como políticas y, por tanto, excluidas de su jurisdicción, la Corte no necesitó argumentos adicionales para desistir de dar un pronunciamiento de fondo. Por lo tanto, no necesitó sustentar la inadmisión en que el litigio fuera abstracto o sin referencia a ninguna controversia. Lo mismo puede decirse que sucede en *Georgia v. Stanton* (1868).

Por otro lado, cuando Arosemena critica la *tenure of office law*, aunque se refiere a la necesidad de argumentar la inconstitucionalidad de las leyes por vía incidental bajo la doctrina del caso o controversia, también le atribuye a esta el requisito de la afectación de derechos individuales, que, supuestamente, no podrían establecerse en conflictos donde la ley colisionara con disposiciones

sobre la organización del poder público. También en este punto la comprensión del caso o controversia puede ser imperfecta, pero queda clara la disposición de Arosemena a favor de una acción directa contra las leyes inconstitucionales ante altas cortes.

En lenguaje contemporáneo, lo que afirma Arosemena es que el daño que produce la inconstitucionalidad de una ley es un daño al ordenamiento jurídico que radica en la propia contradicción entre la Constitución y la ley impugnada, sin que sea necesario probar otros daños ni presentar ante la Corte personas concretas con derechos individuales afectados por la ley reputada inconstitucional. No es una idea exótica: la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 establece que cualquier persona puede demandar ante la Corte Suprema una ley de un estado por inconstitucional (artículo 72), para poner solo una referencia vigente al momento de la publicación de los *Estudios Constitucionales*.

González Marcos afirma que Arosemena no entendió bien el alcance del caso o controversia, al proponer la existencia de un mecanismo de vía principal y control abstracto contra las leyes supuestamente inconstitucionales. Tiene razón González Marcos, en cuanto Arosemena parece identificar el “problema” de la *judicial review* en la necesidad de que el demandante sea afectado directamente en sus derechos por la ley presuntamente inconstitucional, pero los casos que examina no ofrecen argumentos para esa crítica, sino más bien a favor de la doctrina de las *political questions* (que, sin embargo, Arosemena no discute). También parecen mal seleccionados los ejemplos con los que pretende demostrar la existencia de leyes inconstitucionales que merecen ser expulsadas del ordenamiento, aunque aparentemente no violen derechos fundamentales. Con todo, Arosemena se ocupa correctamente de los requisitos de admisibilidad desarrollados por la jurisprudencia en los Estados Unidos de América y que han seguido debatiéndose aún en pleno siglo XXI.

En efecto, la crítica a las doctrinas de admisibilidad de la Corte Suprema de Estados Unidos sigue estando justificada. Las limitaciones que causan al acceso a la justicia son conocidas, y es frecuente señalar la arbitrariedad en su utilización. Lo que Arosemena parece afirmar, en cualquier caso, es que esas doctrinas no están asociadas inevitablemente al control judicial de la constitucionalidad. Le consta que puede existir control judicial de la constitucionalidad alejado de las mismas e incluso que, en los lugares donde se aplicaban, podían cambiarse. No pueden dejar de verse en ese optimismo los ecos de su temprana adscripción benthamista a la plasticidad del derecho.

La idea del sistema mixto de control judicial de constitucionalidad

Las reflexiones finales de la sección anterior permiten comprender por qué se puede afirmar que Arosemena pensaba en un sistema mixto de control judicial de constitucionalidad desde la perspectiva de lo que podría estar faltando a la *judicial review* en los Estados Unidos de América. Sin embargo, también se observa esa discusión en los comentarios a otras constituciones, en particular a la Constitución de Bolivia de 1871.

Suele entenderse por *sistema mixto de control judicial de constitucionalidad* uno en el que confluyen, por una parte, las facultades del control judicial desconcentrado e incidental, en casos concretos, con efectos materiales de desaplicación de las normas inconstitucionales, efectos personales de la sentencia *inter partes* y efectos temporales retroactivos (típicos de la *judicial review* estadounidense) y, por otra, las facultades, en la más alta corte, del control concentrado, de vía principal, abstracto, derogatorio de normas inconstitucionales, efectos de la sentencia *erga omnes* y futuros (usualmente asociados al denominado “modelo europeo continental”)¹³.

Sobre la Constitución de Bolivia de 1871, Arosemena indica que esta sigue el modelo de control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América. En 1851 se introdujo a la Constitución boliviana el siguiente texto: “Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualquiera otras resoluciones” (artículo 86). Posteriormente, en 1862, se reformó el artículo 65 de la Constitución de 1861. El texto introducido establecía como competencia de la Corte Suprema de Justicia: “Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”.

Ahora bien, la Constitución de Bolivia de 1871, que siguió de cerca la Constitución de 1861, denomina “corte de casación” al tribunal que ocupa el nivel jurisdiccional más alto (por lo que podría entenderse como una corte suprema de justicia, también al estilo estadounidense). En su artículo 82, la Constitución reproduce el texto del artículo 65, ya citado. Arosemena identifica ahí el establecimiento de un control judicial de constitucionalidad de las leyes.

¹³ Hay que reconocer que la clasificación de los sistemas de control judicial de constitucionalidad a partir de modelos ideales ha quedado relegada como descripción precisa de la realidad, y por esa vía también la pretensión de un único modelo “mixto”. Al respecto: Mezzetti (2009). En el contexto colombo panameño del siglo XIX, conviene advertir que el control de constitucionalidad político-judicial también puede describirse como mixto.

Sin embargo, la denominación “corte de casación”, así como la frase “negocios de puro derecho”, genera incertidumbre sobre el funcionamiento real del sistema descrito por Arosemena, y que Rodríguez Robles califica como “mixto”.

Rodríguez Robles infiere la existencia de un sistema mixto del texto del artículo 86 de la Constitución de 1871, que autoriza la desaplicación judicial de las leyes inconstitucionales. También sostiene que la frase “negocios de puro derecho” del artículo 82 parece indicar que la corte de casación estaba autorizada a expulsar del ordenamiento, con efectos *erga omnes*, las leyes inconstitucionales.

No obstante, la interpretación conjunta dada en Bolivia a las dos normas constitucionales citadas establecía un sistema de desaplicación de las leyes inconstitucionales a los casos concretos sometidos a la corte de casación. El sistema boliviano, por otro lado, no llegó a resultar eficaz, según Asbún (2003)¹⁴. Sobre la ineficacia del componente difuso del presunto sistema mixto boliviano, ofreció las siguientes razones:

Entre las primeras está la competencia exclusiva que tenía la Corte Suprema de Justicia para conocer la inaplicabilidad, mientras que en el modelo estadounidense que le da origen, justamente atendiendo al hecho de que el resultado del fallo hará que la norma sea inaplicable al caso concreto, esta competencia está reconocida a favor de todos los jueces; por otro lado, la ausencia en Bolivia del valor vinculante del precedente jurisprudencial que existe en Estados Unidos desvalorizó este recurso, ya que la Corte Suprema Boliviana además de concluir la inaplicabilidad de una norma a un caso concreto, requería contar con varias sentencias en el mismo sentido para que tengan al menos un carácter orientador en el ámbito judicial. Paradójicamente también ocurría que, ante otra impugnación, al tener que analizarse el caso concreto que daba origen al recurso, la Corte Suprema concluía con una sentencia diferente y en consecuencia el precedente judicial era contradictorio. (Asbún, 2003, p. 16)

La experiencia boliviana ilustra, así, la importancia que el *stare decisis* tiene para el funcionamiento eficaz del control judicial difuso de constitucionalidad.

14 Una situación que debe resultar familiar a los panameños, que convivimos por décadas con el artículo 12 del Código Civil (de 1917), que ordenaba la desaplicación de las normas inconstitucionales, mientras operaba desde 1941 el control judicial concentrado de inconstitucionalidad de las leyes, ubicado en la Corte Suprema de Justicia.

Arosemena, al escribir sobre la operación del sistema de control judicial de constitucionalidad boliviano, dice:

La atribución que nos ocupa se halla expresada en el inciso 2º del citado Art. 82, y aunque no advierte que el tribunal supremo ha de proceder en revisión de una causa antes fallada por otro tribunal, parece muy probable que tal sea el espíritu de la cláusula, tanto porque así se practica en los Estados Unidos del Norte, según el inciso, 2º sección 1ª, Art. 3º de su constitución, como porque sería preciso llevar a dicho tribunal todo género de asuntos si la cláusula se entendiese de otro modo. (2009b, p. 264)

Como se observa, Arosemena consideraba poco probable que la Constitución boliviana hubiera establecido un sistema de control judicial concentrado sobre los hombros de la corte de casación. Entendía que, en principio, los casos llegaban al más alto tribunal en alzada. En ese mismo orden, consideraba que la facultad de desaplicar las leyes inconstitucionales, siguiendo el modelo estadounidense, se ejercía en todos los tribunales de justicia.

Según Asbún (2003), no operó en Bolivia un sistema mixto difuso-concentrado, sino uno difuso —como intuyó Arosemena— que, sin embargo, no funcionó correctamente al no ser vinculante la jurisprudencia de las cortes superiores para los tribunales inferiores.

La observación de Rodríguez Robles a los comentarios de Arosemena sobre la Constitución de Bolivia de 1871 evoca un sistema mixto de control judicial de constitucionalidad mediante la incorporación de una vía directa de impugnación de la legislación inconstitucional. En sentido similar, González Marcos indica que Arosemena propuso la introducción de un método abstracto en la *judicial review*. En efecto, él presenta la ventaja de una vía principal y abstracta para solventar las limitaciones del sistema difuso de control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos de América.

Arosemena pudo hacer esa propuesta porque, como dice Rodríguez Robles, reconocía que los sistemas de control de constitucionalidad no eran ideales. En efecto, la rica experiencia colombiana, y el estudio que Arosemena hizo de las instituciones constitucionales de los países del continente, le permitió conocer de primera mano la diversidad de las manifestaciones del control de constitucionalidad e identificar fortalezas y debilidades de las instituciones implantadas en países concretos.

Reflexiones finales

En el pensamiento de Arosemena se constata una tensión entre la defensa de los derechos de los estados bajo el régimen federal y su preocupación por la protección de la Constitución, que se expresa usualmente como escepticismo ante las posibilidades del control judicial centralizado; lo que hemos denominado su “doctrina de la soberanía judicial”¹⁵. Ese escepticismo se alimentó del funcionamiento de la Corte Suprema de Nueva Granada respecto a los actos de las provincias panameñas bajo la Constitución de 1853 y se observa en *El Estado Federal de Panamá*.

Su crítica hacia la actuación de la Corte Suprema se dirigía al espíritu centralista con el que valoraba la producción normativa de las provincias, así como por ejercer esas facultades sin participación del legislativo nacional. Las sentencias de la Corte contra las normas provinciales fueron reprochadas por Arosemena tanto en *El Estado Federal de Panamá* como en *Estudios Constitucionales*.

Sin embargo, en *Estudios Constitucionales* Arosemena no solo reitera esa antigua tensión, sino que la proyecta sobre el funcionamiento de la justicia constitucional en los Estados Unidos de América y sobre la variedad de formas de implantación del control de constitucionalidad (político-parlamentario y judicial) en las constituciones de múltiples países de América Latina.

La experiencia de Arosemena durante la Confederación Neogranadina, incluyendo el intento del gobierno central de unificar la legislación de los estados (entre ellos Panamá), condicionará también parte de su reflexión sobre el conflicto constitucional en los Estados Unidos de América, durante la Reconstrucción.

En *Estudios Constitucionales*, el autor describe y critica tanto el sistema estadounidense como la experiencia colombiana de control de constitucionalidad, y en pasajes categóricos considera el modelo judicial preferible al modelo político-parlamentario de control, además de en aparente contradicción con el escepticismo previamente demostrado respecto al poder judicial central, ubicando la responsabilidad de control abstracto de normas en la Corte Suprema de Justicia de la federación.

¹⁵ El concepto no tiene relación con el debate entre “supremacía judicial” y “soberanía judicial” que, contemporáneamente, describe el papel de última palabra o de única palabra de los jueces, respectivamente, en el control judicial de constitucionalidad de las leyes. En este último sentido, véase críticamente Niembro Ortega (2019, p. 164).

En ese sentido, en *Estudios Constitucionales* Arosemena asume los aspectos fundamentales de la teoría estándar de la *judicial review* en los Estados Unidos de América: la supremacía de la Constitución, el sometimiento de los órganos superiores del Estado a la Constitución y la adscripción a los tribunales de la atribución de controlar la constitucionalidad de las normas.

Arosemena, sin embargo, aboga por la adopción de la *judicial review* “mejorada” por la adición del control judicial abstracto y centralizado de la constitucionalidad de la ley. Esta exigencia surge tanto de una necesidad material como de experiencias concretas de la historia constitucional colombiana en las que hay antecedentes de vía directa y control abstracto. Su crítica al *judicial review* se enfoca en que las doctrinas de justiciabilidad aplicadas impiden el acceso a la justicia constitucional en casos de importancia.

Al plantear el problema, Arosemena se refiere a la conveniencia de admitir la impugnación de una ley inconstitucional sin necesidad de un caso o controversia, requisito que aborda especialmente en relación con la existencia de daño concreto a los derechos de una persona (aunque los ejemplos que utiliza se refieren a la doctrina de los *political questions*).

Cuando Arosemena decide criticar *Mississippi v. Johnson* y *Georgia v. Stanton*, aflora nuevamente su federalismo. A Arosemena le incomoda notoriamente que la Corte no defienda el derecho de los estados a fijar libremente quiénes son sus ciudadanos. Supone que debería haber un fundamento previo en la Constitución de los Estados Unidos de América para que la ley de la Unión pueda exigir que las normas internas de los estados derrotados al terminar la Guerra de Secesión reconozcan como ciudadanos a unos o a todos entre sus habitantes. La XIV Enmienda a la Constitución proporcionará esa base en 1870. Sin embargo, las leyes de la Reconstrucción reconocían esos derechos en 1867, es decir, antes de que entrara en vigor la enmienda.

Estos hechos son comentados en *Estudios Constitucionales*, que, recordemos, se imprime por primera vez en 1870. Aunque está justificada la discusión de esos asuntos, de indiscutible trascendencia también fuera de los Estados Unidos de América, Arosemena pone énfasis exclusivo en su implicación para el federalismo. Se echa en falta que la posición del político, del jurista o del defensor de los derechos de los estados esté acompañada de una expresa mención del problema de fondo: la necesaria garantía de los derechos de la población afrodescendiente en los estados del Sur (y más aún cuando el autor era una figura conocida por abolicionista) (Méndez Pereira, 1970, pp. 27–28).

Algunos comentaristas han descrito como limitada la comprensión que tiene Arosemena de la doctrina del caso o controversia, apoyándose en su crítica a la necesidad de un daño concreto y en la falta de abordaje directo a la doctrina de los actos políticos. Sin embargo, la recomendación de introducir una vía directa y centralizada de control judicial abstracto de la constitucionalidad de la ley sigue siendo una propuesta intrínsecamente valiosa.

Arosemena llega incluso a proponer para Colombia una interpretación del inciso sexto del artículo 71 de la Constitución de 1863 que potenciaría el rol de control constitucional de la Corte Suprema, aunque de difícil integración con el sistema entonces en funcionamiento. Lamentablemente, Arosemena no siguió explorando las posibilidades del control judicial de constitucionalidad.

Tomada su obra en conjunto, las observaciones de Arosemena pueden resumirse en una gama de recomendaciones de política constitucional, que incluyen:

- Supremacía constitucional
- Fijación expresa del órgano responsable del control de constitucionalidad.
- Viabilidad del control abstracto y concentrado de la constitucionalidad de normas, en especial de las leyes.
- Conveniencia del control de constitucionalidad en sede judicial.
- Amplia legitimación para impugnar las normas inconstitucionales.
- Demanda de claridad en la fijación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

102

Concluyo señalando que las “pinceladas” de Arosemena sobre control de constitucionalidad, como las denominó Rodríguez Robles, permiten comprender el entorno en el que se presentaba el debate de ideas sobre la materia en Colombia (y en Panamá, como parte de Colombia) durante el siglo XIX, así como la desigual implantación de estos mecanismos en el conjunto de América Latina.

La revisión de la obra de Arosemena permite también apreciar otro caso de la participación de los latinoamericanos en la historia del derecho, y en especial del derecho constitucional. Arosemena dialoga con los autores del momento, esgrime los conceptos y critica las instituciones compartidas con el norte global, pero también produce reflexión propia e innovación; ofrece sus ideas para la transformación de su propia realidad y la del mundo del que se sentía activo contribuyente.

Referencias

- Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984).
- Arizonans for Official English v. Arizona, 520 U.S. 43 (1997).
- Arosemena, J. (1855). *El Estado Federal de Panamá*. Imprenta Echeverría Hermanos.
- Arosemena, J. (1870a). *Constitución de los Estados Unidos de Colombia, con antecedentes históricos y comentarios*. A. Lemale Ainé.
- Arosemena, J. (1870b). *Constituciones políticas de la América Meridional, reunidas y comentadas*. A. Lemale Ainé.
- Arosemena, J. (1878a). *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de América Latina* (2.^a ed.). Librería Española y Americana de E. Denne.
- Arosemena, J. (1878b). *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de América Latina*. Librería Española y Americana de E. Denne.
- Arosemena, J. (1982). La reacción en Colombia. En R. Soler (Comp.), *Justo Arosemena: Fundación de la nacionalidad panameña* (pp. 138–178). Biblioteca Ayacucho.
- Arosemena, J. (1985a). Un tributo a la patria. En A. Tello Burgos (Comp.), *Escritos de Justo Arosemena* (pp. 228–241). Universidad de Panamá.
- Arosemena, J. (1985b). ¿De qué se trata? En A. Tello Burgos (Comp.), *Escritos de Justo Arosemena* (pp. 242–245). Universidad de Panamá.
- Arosemena, J. (1999). *El Estado Federal*. Biblioteca de la Nacionalidad, Autoridad del Canal de Panamá.
- Arosemena, J. (2006). Proyecto de Constitución para el Estado del Istmo. En C. Arosemena Lacayo, *Justo Arosemena: Manuscritos y vivencias* (pp. 47–68). Editorial Libertad Ciudadana.
- Arosemena, J. (2009a). *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina* (Vols. 1–2). Asamblea Nacional.
- Arosemena, J. (2009b). *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina* (Tomo I). Asamblea Nacional.

- Arosemena, J. (2009c). *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina* (Tomo II). Asamblea Nacional.
- Arosemena, J. (2018). Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina. En Justo Arosemena: Obra selecta (Vol. IV). Comité Organizador de la Conmemoración del Bicentenario del Nacimiento de Justo Arosemena.
- Asbún, J. (2003). El control de constitucionalidad en Bolivia: Evolución y perspectivas. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, (7), 7–28.
- Ashwander v. Tennessee Valley Auth., 297 U.S. 288 (1936).
- Austin, M. (2018). El pensamiento constitucional de Justo Arosemena. En Comité Organizador de la Conmemoración del Bicentenario del Nacimiento de Don Justo Arosemena (Ed.), *El legado de Justo Arosemena: Discursos y conferencias en ocasión del bicentenario de su nacimiento* (pp. 223–226). Comité Organizador.
- Barron v. Baltimore, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).
- Benedetti, A. (1962). *El pensamiento constitucional de Justo Arosemena*. Imprenta Nacional.
- Cohens v. Virginia, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1887, 22 de septiembre). *Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación*. Fallos: 32:120.
- De la Cruz Herrera, J. (1945). *Justo Arosemena: Estudios históricos y jurídicos*. W. M. Jackson.
- Diamond v. Charles, 476 U.S. 54 (1986).
- Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
- Elk Grove Unified School Dist. V. Newdow, 542 U.S. 1 (2004).
- Fábrega, J. P. (1987). Derecho constitucional procesal panameño. En J. P. Fábrega (Comp.), *Estudios de derecho constitucional panameño* (pp. 887–938). Editorial Jurídica Panameña.
- Fletcher v. Peck, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).
- Georgia v. Stanton, 73 U.S. (6 Wall.) 50 (1868).

- Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).
- González Marcos, M. (2009). Estudio introductorio. En J. Arosemena, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina* (pp. 9–58). Asamblea Nacional.
- Hayburn’s Case, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).
- Hoffer, P. C., Hoffer, W. J. H. y Hull, N. E. H. (2018). *The Supreme Court: An essential history* (2.^a ed.).
- Hylton v. United States, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).
- Karcher v. May, 484 U.S. 72 (1987).
- Kramer, L. D. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- Lexmark Int’l, Inc. v. Static Control Components, Inc., 572 U.S. 118 (2014).
- Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992).
- Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- Martin v. Hunter’s Lessee, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816).
- Méndez Pereira, O. (1919). *Justo Arosemena*. Imprenta Nacional.
- Méndez Pereira, O. (1970). *Justo Arosemena*. Editorial Universitaria.
- Méndez Pereira, O. (2017). *Justo Arosemena*. En Comité para la C.O. Arosemena (Edit.), *Justo Arosemena: Obras selectas* (Vol. V).
- Mezzetti, L. (2009). Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 281–300.
- Miró, R. (1959). Alcance a las ediciones panameñas de *El Estado Federal* de don Justo Arosemena. *Revista Lotería*, (41), 47–54.
- Mississippi v. Johnson, 71 U.S. (4 Wall.) 475 (1867).
- Moscote, J. D. y Arce, E. (1956). *La vida ejemplar de Justo Arosemena*.
- Moscote, J. D. y Arce, E. (1999). *La vida ejemplar de Justo Arosemena*. Autoridad del Canal de Panamá.

- Moscote, J. D. y Arce, E. (2017). La vida ejemplar de Justo Arosemena. En Comité para la Conmemoración del Bicentenario del Nacimiento de Justo Arosemena, *Justo Arosemena: Obras selectas* (Vol. VI). Comité Organizador.
- Niembro Ortega, R. (2019). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Marcial Pons.
- Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993).
- Pedreschi, C. B. (1965). *El control de la constitucionalidad en Panamá*. Pedreschi y Pedreschi.
- Pedreschi, C. B. (1997). *Justo Arosemena, el constitucionalista*. Pedreschi y Pedreschi.
- Rehnquist, W. (1999). *Grand inquests*. Harper Perennial.
- Restrepo Piedrahita, C. (1986). *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Robles, S. (2018). Justo Arosemena y el control de constitucionalidad. En C. O. Arosemena (Ed.), *El legado de Justo Arosemena: Discursos y conferencias en ocasión del bicentenario de su nacimiento* (pp. 289–314). Comité Organizador.
- Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973).
- Rucho v. Common Cause, 588 U.S. 684 (2019).
- Sánchez, S. (2019). Historia constitucional de Panamá. En F. M. García Costa, A. Sant Ana Pedra y J. C. Muñiz Pérez (Eds.), *Historia constitucional de Iberoamérica* (pp. 537–573). Tirant Lo Blanch.
- Sánchez, S. (2021a). El control de la constitucionalidad en Panamá en el siglo XIX. *Gestión Pública*, 25–41.
- Sánchez, S. (2021b). La soberanía judicial en Justo Arosemena. *Revista Parlamentaria Debate*, 10–18.
- Sánchez, S. (2024). El control de constitucionalidad en los trabajos parlamentarios de Justo Arosemena. *Revista Gobierno & Sociedad*, 113–142.
- Schwartz, B. (1993). *A history of the Supreme Court*. Oxford University Press.

- Segado, F. F. (2004). La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americanos y europeo-kelseniano. UNAM.
- Silvero Salgueiro, J. (2008). Justicia Constitucional y Amparo en Paraguay. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional*, tomo III (pp. 575–590). IIJ-UNAM.
- Silvero Salgueiro, J. (2018). Justo Arosemena y el Paraguay del siglo XIX. En C.O. Arosemena (Ed.), *El legado de Justo Arosemena: Discursos y conferencias en ocasión del bicentenario de su nacimiento* (pp. 323–336).
- Slaughter-House Cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).
- Soler, R. (1982). Justo Arosemena. Fundación de la nacionalidad panameña.
- Story, J. (1847). *A familiar exposition of the United States Constitution*. Harper & Brothers.
- Story, J. (1986). *A familiar exposition of the United States Constitution*. Ed. Regnery Gateway Bicentennial.
- Story, J. (2010). *Commentaries on the Constitution of the United States*.
- Tello Burgos, A. (1985). Escritos de Justo Arosemena: Estudio introductorio y antología. Universidad de Panamá.
- United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876).
- Uribe Vargas, D. (1996). *Evolución política y constitucional de Colombia*. Universidad Complutense de Madrid-AECI.
- Wolfe, C. (1994). *The rise of modern judicial review: From constitutional interpretation to judge-made law*. Littlefield Adams Quality Paperbacks.