

LOS ORÍGENES DE LA *JUDICIAL REVIEW*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL PERMANENTE DEBATE SOBRE LOS ORÍGENES DE LA *JUDICIAL REVIEW*.—2. LA *JUDICIAL REVIEW*, UNA DOCTRINA ENMARCADAS EN LA TRADICIÓN JURÍDICA AMERICANA. SU EVOLUCIÓN.—A) *El período colonial*—a) El *Bonham's case* y su fuerte impacto sobre el pensamiento jurídico colonial.—b) James Otis y el *Writs of assistance Case*.—c) La noción de un *fundamental law*.—B) *La etapa pre-constitucional*.—a) La Declaración de Independencia.—b) Algunos posicionamientos significativos sobre dos ideas conexas: la de un *fundamental law* y la de la *judicial review*.—c) Las Constituciones estatales.—d) Los tribunales estatales y los primeros casos de ejercicio por los mismos de la *judicial review*.—C) *La Convención Constitucional. Su posicionamiento ante la judicial review*.—D) *Las Convenciones estatales de ratificación de la Constitución federal*.—a) Algunos posicionamientos sobre la *judicial review* en las Convenciones.—b) La Convención de Nueva York y los *Federalist Papers*. La construcción dogmática de Hamilton a favor de la *judicial review* en el núm. 78.—E) *El primer*

(*) Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid.

Congreso y la Judiciary Act de 1789.—F) La judicial review en la última década del siglo xviii.—a) El ejercicio de la facultad de revisión judicial por los Circuit Courts y por los tribunales estatales.—b) La posición de la pre-Marshall Court ante la judicial review.—3. LA CULMINACIÓN DEL PROCESO: LA MARBURY V. MADISON OPINION, UNA DECISIÓN QUE VA MUCHO MÁS ALLÁ DE LA POSITIVACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA JUDICIAL REVIEW.

1. INTRODUCCIÓN: EL PERMANENTE DEBATE SOBRE LOS ORÍGENES DE LA *JUDICIAL REVIEW*

I. A finales del siglo XIX, en el contexto de un acalorado debate político acerca de si los tribunales estaban ejerciendo su facultad de revisión judicial (*judicial review*) demasiado enérgicamente(1), un sector de la doctrina comenzó a cuestionar el instituto de la *judicial review*, esto es, la facultad de los tribunales de examinar, con ocasión de un caso concreto del que estén conociendo, si la legislación aprobada por el Congreso y de aplicación *in casu* es o no conforme con la Constitución. La ardua discusión así iniciada, que se iba a acentuar con el nuevo siglo(2), llevó a algunos autores a tildar la asunción de esta facultad por la Corte Suprema de los Estados Unidos como «the great usurpation»(3); ello no era sino la resultante lógica de la

(1) En tal sentido, William Michael TREANOR: «Judicial Review Before *Marbury*», en *Stanford Law Review (Stan. L. Rev.)*, vol. 58, 2005-2006, pp. 455 y ss.; en concreto, p. 460.

(2) Warren, sin ningún género de dudas, el mejor historiador sobre la *Supreme Court*, apuntaba en 1913 que en los dos años inmediatos anteriores había habido mucha agitación dirigida contra la Corte Suprema, con frecuentes referencias a la «oligarquía judicial» y a la «usurpación», y con demandas de cambios fundamentales en el sistema judicial de los Estados Unidos. Charles WARREN: «The Progresiveness of the United States Supreme Court», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. XIII, 1913, pp. 294 y ss.; en concreto, p. 294.

(3) Meigs, en 1906, se hacía eco de cómo el año anterior el Prof. Gardiner, de la Universidad de Columbia, en una conferencia ante la «Pennsylvania State Bar Association», había defendido que el Ejecutivo federal disponía de un poder legítimo para hacer lo que creyera deseable dentro del marco de sus funciones, sin que ninguna agencia gubernamental pudiera detenerlo, mientras que el Prof. Trickett, de la Facultad de Derecho del «Dickin-

consideración de que ninguna norma constitucional autorizaba a la Corte para ejercer la facultad de la *judicial review*, que, supuestamente, tampoco había estado en la mente de los *Framers*, esto es, de los autores de la Constitución.

Buen ejemplo de estos posicionamientos lo encontramos en Pennoyer, quien repudiaría que la *Supreme Court* pudiera anular una ley del Congreso a través de una decisión judicial, pues, en cuanto los tres departamentos del gobierno federal (por utilizar la expresión que se popularizara en *The Federalist* (4)) se hallan coordinados, siendo cada uno independiente en su esfera y vinculando la actuación de cada cual dentro de la misma a los demás (tesis que ya sostuviera Jefferson), el ejercicio de tal *voiding power* por la Corte Suprema equivaldría a la subordinación del legislativo al judicial. Para Pennoyer (5), la facultad asumida por la Corte de anular una ley del Congreso (*the voiding power*) era una facultad completamente auto-asumida («is enterely a self-assumed power»); en ninguna decisión pronunciada nunca por ella ha sido capaz la Corte de señalar la autorización impresa de la Constitución, lo que no ha de extrañar, pues, siempre según el mismo autor, tal autorización no existe. Pennoyer concluirá su alegato aduciendo, que si no hay un modo de impedir que el Congreso apruebe una ley inconstitucional, tampoco lo hay para evitar una decisión inconstitucional de

son College», sostenía, en un artículo publicado en la *American Law Review*, que la que a menudo ha sido llamada doctrina americana de la facultad de los tribunales para considerar las leyes inconstitucionales era una gran usurpación. William M. MEIGS: «Some Recent Attacks on the American Doctrine of Judicial Power», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 40, 1906, pp. 641 y ss.; en concreto, pp. 642-643.

(4) «Having reviewed the general form of the proposed government, and the general mass of power allotted to it — se puede leer en el núm. 47 del *Federalista*, escrito por Madison — I proceed to examine the particular structure of this government, and the distribution of this mass of power among its constituent parts». «One of the principal objections inculcated by the more respectable adversaries to the constitution — continua escribiendo Madison —, is its supposed violation of the political maxim, that the legislative, executive, and judiciary departments, ought to be separate and distinct». Alexander HAMILTON, James MADISON and John JAY, *The Federalist or, the New Constitution*. Manejamos el texto editado con una Introducción y con Notas por Max BELOFF, Basil Blackwell, Oxford (Great Britain), 1948. El núm. XLVII, en pp. 245 y ss.

(5) Sylvester PENNOYER, «The Income Tax Decision and the Power of the Supreme Court to Nullify Acts of Congress», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 29, 1895, pp. 550 y ss., en concreto, p. 552.

la Corte, y ésta está tan plenamente expuesta a equivocarse como el Congreso.

Como es bien conocido, en el trasfondo de esta controversia subyacía una relevante cuestión política. El cuarto de siglo que va de 1886 a 1911 constituyó un período notablemente productivo de una legislación liberal y aún progresista en la vida norteamericana, particularísimamente a nivel estatal. Buen número de esas normas legislativas, impregnadas de sensibilidad social, terminaron sujetas al enjuiciamiento de la Corte Suprema con base en cláusulas tales como la del «due process of law» y la de la «equal protection of the law» de la XIV Enmienda. Y en la mente de todos ha quedado grabada la actuación hiperconservadora e insensible a lo social de la mayoría de la Corte, reflejada en sus numerosas sentencias de inconstitucionalidad, que a la larga propiciará su radical enfrentamiento con el Presidente Roosevelt. Ciertamente, hace ya casi un siglo, Charles Warren, el mejor conocedor de la historia de la Corte, al hilo de un estudio empírico sobre las decisiones judiciales dictadas por la *Supreme Court* en el cuarto de siglo precedentemente mencionado, trataba de combatir esa idea de la falta de progresividad del supremo órgano jurisdiccional norteamericano. Según sus datos, en el período acotado la Corte pronunció 560 decisiones basadas en las mencionadas cláusulas constitucionales y concernientes a la validez de leyes estatales o de otras formas de actuaciones de las autoridades de los Estados. El examen de esos 560 casos prueba concluyentemente, según el autor, que el alegado peligro en la orientación de la Corte es un peligro puramente imaginario («the alleged evil in the trend of the Court is a purely fancied one»), por cuanto de estas 560 decisiones sólo hay dos casos en los que una ley estatal concerniente a una cuestión social o económica de este tipo, acorde con lo que podríamos denominar «legislación de justicia social» («social justice legislation») ha sido considerada inconstitucional por la Corte Suprema. Ello lleva a Warren a su conclusión de que «the National Supreme Court, so far from being reactionary, has been steady and consistent in upholding all State legislation of a progressive type»(6). Aunque no pongamos en duda como es obvio los datos de Warren, a nuestro juicio,

(6) Charles WARREN, «The Progresiveness of the United States Supreme Court», *op. cit.*, p. 295.

la estadística no puede borrar la arraigada idea de la insensibilidad social de la Corte de esos años en temas clave. Bastaría con recordar la sentencia del caso *Lochner v. New York* (1905), que propició el celeberrimo *dissent* del Justice Oliver W. Holmes, y que el propio *Chief Justice* Rehnquist calificó como una de las más desafortunadas decisiones de este órgano (7), para constatar que, en un determinado momento de la vida de la Corte, la mayoría de sus miembros se hizo la ilusión de que el movimiento de normación progresiva de la vida social y laboral podía ser interrumpido más que retrasado por los pronunciamientos judiciales. A tal efecto, el instrumento de la *judicial review* se reveló como una poderosísima arma.

II. En el problemático contexto a que se acaba de aludir no debe extrañar que, entre otras cuestiones objeto de debate, se plantearan las relativas al momento en que había surgido realmente esa facultad de revisión judicial, a si su ejercicio por John Marshall en la *Marbury v. Madison opinion* era fruto de su puro arbitrio político o, por contra, se enmarcaba en una trayectoria jurisprudencial que se remontaba a los tiempos de las colonias, a si la voluntad de los *Founding Fathers* había sido la de hacer suya la *judicial review*, aunque la misma no quedara expresamente plasmada en el breve articulado constitucional, al alcance que, en su caso, se había de dar a la facultad de la *judicial review* diseñada por Marshall... etc.

El debate en cuestión, iniciado en los postreros años del siglo XIX, lejos de agotarse, se mantuvo vivo durante toda la pasada centuria, llegando incluso a nuestros días, y el no muy lejano bicentenario del *Marbury case* ha contribuido a reverdecerlo, aunque nunca haya perdido actualidad, lo que para nada debe extrañar, pues, como se ha escrito, «theories of judicial review are the *summa theologica* of American constitutionalism» (8). El federalismo, es claro, encarna el otro gran tema del constitucionalismo norteamericano (9).

(7) William H. REHNQUIST, *The Supreme Court. How It Was Waw It Is*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 205.

(8) Jack N. RAKOVE, «The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), vol. 49, 1996-1997, pp. 1031 y ss., en concreto, p. 1041.

(9) El propio Rakove recurre a una ingeniosa comparación para establecer el «status», por así decirlo, de la *judicial review* y del federalismo en los estudios del Derecho consti-

Posiblemente, la postura sostenida por Bickel a inicios de los años sesenta del pasado siglo, en el sentido de considerar la *Marbury opinion* como el verdadero punto de partida de la *judicial review*, cuya realización atribuye a Marshall de modo inequívoco cuando aduce, que si algún proceso social ha sido hecho en un momento dado y por un acto determinado, es logro de Marshall (10), haya sido determinante. A esa sentencia habrán de añadirse las decisiones dictadas en los casos *Martin v. Hunter's Lessee* (1816) y *Cohens v. Virginia* (1821), la primera escrita por el *Justice Story* y la segunda por Marshall, a cuyo través la Corte Suprema canalizó su facultad de revisión judicial de las acciones estatales. Las doctrinas fijadas por estas sentencias, aunque, como admite el propio Bickel (11), han tropezado con controversias, que se han replanteado periódicamente desde entonces, no sin oscilaciones, se han mantenido durante siglo y medio. Este nítido posicionamiento ha venido a marcar la *leading position*, si se nos permite tal expresión, o lo que es igual, el punto de referencia de esa visión doctrinal, que lógicamente desconecta la *judicial review* de sus precedentes. Es Marshall el *starting point* del que hay que partir cuando se visualiza la *judicial review*. Como es obvio, ello presupone relativizar, si es que no, lisa y llanamente, ignorar cualesquiera precedentes de la doctrina, como asimismo entender que la misma no fue tenida en cuenta por los constituyentes de Filadelfia.

En una línea no muy distante, bien que desde una óptica diferente, Van Alstyne, en un trabajo que sigue siendo de referencia, comenzaba escribiendo que: «The concept of judicial review of the constitutionality of state and federal statutes by the Supreme Court

tucional norteamericano: mientras la primera es la reina reinante en la corte de las ciencias constitucionales, el federalismo encarna la menor majestad de la nobleza inferior («the lesser majesty of the lower nobility»). Jack N. RAKOVE, en *Ibidem*, p. 1041.

(10) «(T)he institution of the judiciary —escribe Bickel— needed to be summoned up out of the constitutional vapors, shaped, and maintained; and the Great Chief Justice, John Marshall —not singlehanded, but first and foremost— was there to do it and did. If any social process can be said to have been “done” at a given time and by a given act, it is Marshall’s achievement. The time was 1803; the act was the decision in the case of *Marbury v. Madison*». Alexander M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch* (The Supreme Court at the Bar of Politics), 2nd edition, Yale University Press, New Haven and London, 1986 (first published in 1962 by the Bobbs-Merrill Company, Inc.), p. 1.

(11) Alexander M. BICKEL, en *Ibidem*, p. 14.

is generally rested upon the epic decision in *Marbury v. Madison*», para añadir de inmediato, que las controversias que han rodeado el ejercicio de esta facultad («the exercise of this power») por la Corte Suprema exigen de un periódico nuevo examen del concepto de *judicial review* en su fuente, la *Marbury opinion* (12). Y mucho más recientemente, Rakove ha escrito que el caso *Marbury v. Madison* está tan firmemente consagrado («so firmly enshrined») como el dramático momento fundacional («the dramatic founding moment») de la doctrina de la *judicial review*, que es dificultoso imaginar cómo podría ser desplazado (13).

No ha de extrañar por todo lo que se acaba de exponer, que el *Marbury* de los tiempos actuales haya sido considerado la piedra angular («cornerstone») de la práctica americana de la *judicial review* (14), un caso seminal que no sólo estableció el derecho a la revisión judicial sino que, drásticamente, también redefinió la noción de separación de poderes surgida de la Convención Constitucional, en definitiva, un verdadero mito (15), forjado, eso sí, a fines del siglo XIX y desarrollado en el siglo XX, pues en la era de Marshall estuvo bien lejos de serlo. Uno podría esperar que el *Marbury case* hubiera sido un destacado precedente a lo largo de toda la historia constitucional americana, pero no es este el caso, pues la hoy célebre decisión fue casi completamente irrelevante durante la mayor parte del siglo XIX (16). Bástenos con recordar que la expresión «the power

(12) William W. VAN ALSTYNE, «A Critical Guide to *Marbury v. Madison*», en *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, vol. 1969, núm. 1, January 1969, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 1.

(13) Jack N. RAKOVE, «The Origins of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 1035.

(14) Maeva MARCUS, «The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* – and so what?», en *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, edited by Eivind SMITH, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1995, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 44. Goldstone, a su vez, recuerda que el impacto de *Marbury* se extiende más allá de los precedentes jurídicos para llegar a ser «a cornerstone of American government itself». Lawrence GOLDSTONE, *The Activist (John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review)*, Walker & Company, New York, 2008, p. 2.

(15) Robert Lowry CLINTON, «*Marbury v. Madison*, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Mark A. Graber and Michael Perhac, editors, CQ Press (A Division of Congressional Quarterly Inc.), Washington, D.C., 2002, pp. 73 y ss.; en concreto, p. 99.

(16) Es ésta una consideración generalmente admitida por la doctrina. Así, por ejemplo, Robert Lowry CLINTON, en «*Marbury v. Madison*, Judicial Review...», *op. cit.*, p. 73.

of judicial review» no fue empleada en el siglo XIX para expresar la facultad de un tribunal de derribar leyes con fundamentos constitucionales. El primer empleo de esa expresión con tal significado se atribuye a Corwin, el gran constitucionalista norteamericano, en un artículo publicado en 1910 (17). Por lo demás, en cuanto texto canónico de Derecho constitucional (18), el estudio de esta disciplina en Norteamérica no sólo se inicia, sino también se termina con este caso. Y en perfecta armonía con lo expuesto y también, conviene no olvidarlo, con el hecho de que fue Marshall quien, desde el ejercicio de su *Chief Justiceship*, expandió para siempre el rol del poder judicial federal (*federal judiciary*), fortaleciendo a la par a los poderes federales, se entiende que haya pasado a la historia como «the second father of the Constitution, the man who made the Court Supreme» (19).

III. Frente al sector doctrinal que se alinea en la posición liderada por Bickel, existe, sin embargo, una mayoritaria *communis opinio* acerca del hecho de que el principio de la *judicial review* se hallaba razonablemente bien establecido en el momento de aprobarse la *Marbury decision* (20). Un jurista de tanto peso específico como el *Chief Justice* Warren Burger lo aclara, a nuestro entender, con meridiana claridad. Se asume a menudo, razona Burger (21), que la doctrina de la *judicial review* fue invención del *Chief Justice* Marshall en la más famosa de todas sus sentencias. Es verdad, por supuesto, que el *Chief Justice* anunció en primer término esta doctrina clave en el *Marbury case*. Pero Marshall no fue y nunca reclamó ser el creador de la doctrina, ya que él era bien consciente de la cre-

(17) Edward S. CORWIN, «The Establishment of Judicial Review (I)», en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), vol. IX, 1910-1911, pp. 102 y ss.

(18) Paul W. KAHN, *The Reign of Law (Marbury v. Madison and the Construction of America)*, Yale University Press, New Haven and London, 1997, p. 4.

(19) Así nos lo recuerda, entre otros autores, Goldstone. Lawrence GOLDSTONE, *The Activist*, *op. cit.*, p. 6.

(20) Así, para Treanor, «the dominant scholarly view differs from Bickel's in that it acknowledges the existence of judicial review before *Marbury*, but sees it as limited in scope and as a rarity». William Michael TREANOR, «Judicial Review Before *Marbury*», *op. cit.*, p. 461.

(21) Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review. Mr. Marshall, Mr. Jefferson, and Mr. Marbury», en *Current Legal Problems* (Faculty of Laws. University College London), vol. 25, 1972, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 4.

ciente aceptación de la idea de que la «constitutional adjudication» era inherente a la propia naturaleza de una Constitución escrita. Es absolutamente claro, añade Burger más adelante (22), que la doctrina americana de la *judicial review* hunde sus raíces en el pensamiento jurídico inglés (23). A este respecto, quizá fuera más importante la difusión de ideas generales conducentes a la aceptación de la *judicial review*, que la existencia de precedentes específicos (24), sin que ello quiera decir, a nuestro entender, que no existían tales precedentes. Quizá por lo mismo, la cuestión de la facultad de revisión judicial recibió una escasa atención en el momento de hacerse pública la célebre sentencia, lo que sugiere que las reflexiones de Marshall respecto a la autoridad de los tribunales para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la legislación del Congreso no eran algo que suscitara una especial polémica.

Significativamente, una doctrina mayoritaria ha puesto de relieve (25), que los críticos de la decisión, incluyendo a Thomas Jefferson, dirigieron su ira («directed their ire») no hacia el ejercicio de la *judicial review* llevado a cabo por la sentencia, sino más bien a las implicaciones que para el principio de la separación de poderes tenía la indicación de que la Corte podía conceder un *writ of mandamus* frente a un funcionario del Gabinete. En una dirección muy próxima, Klarman aduce (26), que una convincente prueba de que la *judicial review* era aceptada antes de *Marbury* se encuentra en el hecho de

(22) *Ibidem*, p. 6.

(23) De modo análogo, Wright, tras afirmar que la facultad de los tribunales para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la legislación no fue inventada por los *Founding Fathers*, añade que es claro que los orígenes últimos de la institución son parte de ese tejido sin costura de la historia («of that seamless web of history») que Maitland encontró cuando vino a enfrentarse con el primer período de la historia jurídica inglesa. Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, Phoenix Books/University of Chicago Press, Chicago and London, reprinted, 1967 (first edition by The University of Chicago Press and the University of Toronto Press, 1942), p. 9.

(24) En análogo sentido, Kathleen M. SULLIVAN and Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, Foundation Press—Thomson, sixteenth edition, New York, 2007, p. 12.

(25) Así, entre otros varios, Davison M. DOUGLAS, «The Rhetorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a “Great Case”», en *Wake Forest Law Review (Wake Forest L. Rev.)*, vol. 38, 2003, pp. 375 y ss.; en concreto, p. 381.

(26) Michael J. KLARMAN, «How Great Were the “Great” Marshall Court Decisions?», en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, vol. 87, 2001, pp. 1111 y ss.; en concreto, pp. 1116-1117.

que fue la consideración jurisprudencial de que el Presidente y su Gabinete se hallaban sujetos al proceso judicial e, implícitamente, que el Congreso tenía autoridad para limitar la facultad presidencial de destituir a los funcionarios gubernamentales que hubiera nombrado, y no el reconocimiento de la facultad de la *judicial review*, lo que despertó la ira Jeffersoniana frente a la decisión, desencadenando amenazas de venganza («threats of retaliation») contra la Corte Suprema.

No ha de extrañar por otro lado que ello fuera así, por cuanto, a nuestro modo de ver, la idea general de la *judicial review*, al igual que la noción de un *higher law*, ya se encontraban arraigadas en la experiencia colonial y, más tarde, también se incardinarían en la estatal. Ciertamente, la Constitución no iba a contemplar de modo específico la facultad de la *judicial review*, pero no es menos cierto que puede sostenerse que la arquitectura del documento, de resultados especialmente de la yuxtaposición de los artículos III y VI y del espíritu del *rule of law* que lo impregnó en su totalidad, parecía conducir hacia algunas formas de control judicial (27). Bien significativo al respecto es el hecho de que los Federalistas (los comentarios de Alexander Hamilton en el número 78 de *The Federalist Papers*) y los anti-Federalistas (las reflexiones vertidas por «Brutus», seudónimo, según todos los indicios, de Robert Yates) concordaran en que la *judicial review* estaba incluida en las disposiciones constitucionales (28). En análogo sentido, Corwin cree que no se puede dudar razonablemente de que los miembros de la Convención de 1787 pensaron que la Constitución aseguraba a los tribunales de los Estados Unidos el derecho de pronunciarse sobre la validez de las leyes del

(27) Análogamente, R. Kent NEWMYER, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 2001, pp. 170-171.

En análoga posición, White constata que la facultad de la *judicial review*, aunque no explícitamente sancionada hasta *Marbury*, había sido muy defendida en el tiempo de los autores de la Constitución y fue una posición intelectual respetable en el ambiente de la jurisprudencia de fines del siglo XVIII. G. Edward WHITE, *The American Judicial Tradition* (Profiles of Leading American Judges), Oxford University Press, New York/Oxford, 1988, p. 24.

(28) Para un mayor detalle, cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «Los primeros pasos del Tribunal Supremo norteamericano: la *pre-Marshall Court* (1790-1801)», en *Revista de Direito Público* (Instituto de Direito Público), Ano II, núm. 4, Lisboa, Julho/Dezembro 2010, pp. 9 y ss.

Congreso (29). Y más recientemente, otro autor tan relevante como Tribe no duda en advertir que en el contexto de su tiempo, el *Marbury case* no representó ninguna nueva toma de poder (obviamente por el *federal judiciary*), pues las Actas de la propia Convención Constitucional sugieren (al menos a algunos estudiosos del tema), que si los *Framers* no concedieron expresamente a los tribunales federales la facultad de la *judicial review* fue porque supusieron que tal facultad ya estaba otorgada (30).

Un amplísimo elenco doctrinal, con unos u otros matices, se ha decantado en esa misma posición. Como escribe Clinton (31), no obstante la alegada audacia de Marshall al crear lo que este autor llama «the modern form of judicial review», la mayoría de los estudiosos están, sin embargo, de acuerdo en que la creación no fue realmente *ex nihilo*. Y aún incluso podemos razonablemente dudar de que el *Chief Justice* creyera que con su doctrina estaba estableciendo algo innovador. De hecho, señala Gerber (32), Marshall no pensaba que estuviese haciendo nada inusual cuando derribó una parte de la *Judiciary Act* en el caso de que estaba conociendo, pues existe una amplia evidencia de que Marshall era plenamente consciente de esta doctrina. Es claro que los primeros jueces y abogados americanos —incluyendo quienes ejercieron el cargo de *Justices* en la *Supreme Court* antes de Marshall— comprendieron el concepto de *judicial review*, sostenido ante ellos y la practicaron. Incluso el mejor biógrafo del gran *Chief Justice*, el senador Beveridge, autor de una monumental biografía de Marshall publicada en los primeros años del

(29) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, vol. XII, 1913-1914, pp. 538 y ss.; en concreto, p. 543.

(30) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, 3rd edition, New York, 2000, vol. one, p. 212.

(31) Robert L. CLINTON, «Historical Constitutionalism and Judicial Review in America», en *Policy Studies Journal*, vol. 19, núm. 1, Fall 1990, pp. 173 y ss.; en concreto, p. 175.

(32) Scott Douglas GERBER, «The Myth of *Marbury v. Madison* and the Origins of Judicial Review», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Mark A. Graber and Michael Perhac, Editors, CQ Press (A Division of Congressional Quarterly Inc.), Washington D.C., 2002, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 2 y 13.

pasado siglo (33), se alinea en esta misma dirección cuando escribe que, al establecer el principio de la *judicial review*, Marshall no vino a contribuir a nada nuevo en el pensamiento sobre la cuestión. Todos los argumentos en uno y otro sentido ya habían sido hechos desde que se aprobaran las Resoluciones de Virginia y de Kentucky (en 1798 y 1799, respectivamente) (34).

Estas posiciones están lejos de ser nuevas, pues aún en los años que circundan el paso del siglo XIX al XX, en los que, como antes se dijo, florecieron ataques de gran dureza frente a Marshall y a la sentencia que nos ocupa, no faltaron autores que se posicionaron en esta misma dirección. Meigs se convirtió en el adalid de una posición que bien podríamos tildar de evolucionista, en cuanto que entiende que la *judicial review* es el resultado de un proceso evolutivo, rechazando categóricamente que la doctrina fijada en *Marbury* fuera nueva u original (35). Sin embargo, sería Beard quien imprimiría su reconocido prestigio intelectual a esta posición. En un trabajo que, pese al siglo que ha transcurrido desde su publicación, sigue siendo clásico, Beard concluye señalando, que a la vista de los principios mantenidos por los miembros líderes de la Convención de Filadelfia, de la que Marshall estaba informado, a la vista de la doctrina tan claramente establecida en el núm. 78 del *Federalist*, a la vista de los argumentos hechos en más de una ocasión por eminentes abogados ante la propia Corte Suprema, a la vista del *Hayburn's case* y del caso *Hylton v. United States*, a la vista de las sentencias judiciales expresadas en diversos momentos, a la vista del objetivo y espíritu («in view of the purpose and spirit») de la Constitución federal, «it is difficult to understand the

(33) Albert J. BEVERIDGE, *The Life of John Marshall*, 4 vols., Houghton Mifflin, Boston, 1916.

(34) Louis B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, vol. I, William Godwin, Inc., New York, 1932, pp. 219-220.

(35) William M. MEIGS, «The Relation of the Judiciary to the Constitution», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 19, 1885, pp. 175 y ss.; en concreto, p. 177. Veinte años después, Meigs insistía en su idea en los siguientes términos: «Long before *Marbury v. Madison*, before the meeting of the Constitutional Convention of 1787, and even before the Revolution, our people were being forced on towards the doctrine in question by the drift of circumstances and by a gradual growth of opinion. It was emphatically an evolution». William M. MEIGS, «Some Recent Attacks on the American Doctrine of Judicial Power», *op. cit.*, p. 649.

temerity of those who speak of the power asserted by Marshall in *Marbury v. Madison* as “usurpation”» (36).

Por nuestra parte, no dudamos de que la *judicial review* es, efectivamente, la resultante de un proceso evolutivo, pero de un proceso que para su plena comprensión ha de enmarcarse en la historia de la cultura jurídica americana, siendo conscientes además de que, como ha señalado Wood (37), en el pasado colonial está el período formativo real de la historia jurídica americana. Con ello, por supuesto, no se pretende devaluar la *Marbury opinion*, pues aún partiendo de que Marshall no creó la doctrina, que ya era familiar en los círculos jurídicos, su trascendencia e influencia está fuera de toda duda, dentro y fuera de Norteamérica. El *Chief Justice* dejó la *judicial review* como una parte integral del edificio constitucional. Y asimismo, como se ha escrito en una obra clásica, «Marshall gave the best form to the arguments for this right; and if, therefore, he was merely putting the thought then generally prevalent on this subject in the best possible form, that form is the best avenue of approach to it, and furnishes the best basis for its evaluation» (38). Y aunque es cierto que tuvieron que transcurrir más de cincuenta años hasta que la Corte recurriera a la doctrina para anular una ley federal (en la deprimente sentencia con la que zanjó el *Dred Scott Case*, 1857) (39), no lo es menos que la *Marshall Court* utilizó esta doctrina para invalidar diversas leyes estatales.

(36) Charles A. BEARD, «The Supreme Court—Usurper or Grantee?», en *Political Science Quarterly*, vol. 27, núm. 1, March 1912, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 34.

(37) Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review», en *Suffolk University Law Review (Suffolk U. L. Rev.)*, vol. XXII, 1988, pp. 1293 y ss.; en concreto, p. 1293. Vale la pena reproducir en su literalidad la reflexión de Wood: «The sources of such power (the power of judicial review), such judicial authority, lie not in any decisions of the Supreme Court, such as *Marbury v. Madison*, or in the legal career of John Marshall, as important as that was, or even in the history of the Supreme Court. Only the history of American jurisprudence, only the history of American legal culture as a whole, can explain the development of this extraordinary power» (p. 1293).

(38) Louis B. BOUDIN: *Government by Judiciary, op. cit.*, vol. I, p. 220.

(39) Se ha especulado como posible causa de esa «congelación» de la que podría denominarse «national judicial review» (frente a la «federal judicial review») el hecho de que en todos los asuntos económicos los intereses de la propiedad favorecieron la expansión del poder nacional frente al de los Estados. En tan sentido, Max LERNER: «John Marshall and the Campaign of History», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. XXXIX, 1939, pp. 396 y ss.; en concreto, p. 409.

No es en modo alguno pretensión de este trabajo entrar en un exhaustivo detalle en los antecedentes históricos de la *judicial review*; ello, por lo demás, requeriría de una extensión de la que no disponemos. Sin embargo, sí quisiéramos efectuar algunas reflexiones al respecto. Con ellas queremos tratar de mostrar, que la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes o, más ampliamente, de la conformidad de las leyes con un *fundamental law*, se hallaba en 1803 claramente arraigada en la tradición jurídica americana, encontrando sus más remotos orígenes en la época colonial (40). En consecuencia, el punto de partida de una investigación sobre los orígenes de la *judicial review* no puede tener como único referente la decisión *Marbury v. Madison*. Su trascendencia está fuera de toda duda, pero la doctrina que nos ocupa no nace con esta sentencia. Como tantas grandes concepciones, «the idea of judicial review of legislation now seems simple and inevitable in the perspective of history» (41).

2. LA *JUDICIAL REVIEW*, UNA DOCTRINA ENMARCADA EN LA TRADICIÓN JURÍDICA AMERICANA. SU EVOLUCIÓN

Llegado el momento de sistematizar la evolución de la doctrina de la *judicial review* en el marco del sistema jurídico americano, vamos a diferenciar diversos momentos, que creemos realmente significativos en el proceso de su génesis: 1) el período colonial; 2) la etapa preconstitucional, esto es, la que media entre la Independencia y la reunión en Filadelfia de la que se conoce como la *Constitutional Convention*; 3) la etapa de la Convención Constitucional de Filadelfia; 4) el período de las Convenciones estatales de ratificación, en el que ha de prestarse particularísima atención a los que se conocen como los *Federalist Papers*, una serie de ensayos publicados por entregas («in serial form») en la prensa de Nueva York entre octubre

(40) Charles F. Hobson, editor de los volúmenes quinto a noveno de la monumental obra, *The Papers of John Marshall*, escribe al respecto: «The proper starting point for an inquiry into the origins of judicial review is the colonial period». CHARLES F. HOBSON, «The Origins of Judicial Review: A Historian's Explanation», en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), vol. 56, 1999, pp. 811 y ss.; en concreto, p. 813.

(41) Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 15.

de 1787 y agosto de 1788, con especial atención al núm. LXXVIII, en el que Hamilton sentará buena parte de las bases doctrinales que una quincena de años más tarde seguirá en parte John Marshall; 5) el momento de debate y aprobación por el Primer Congreso de la *Judiciary Act* de 1789, y 6) la última década del siglo XVIII y el ejercicio de esta doctrina durante esta época tanto por la *pre-Marshall Court* como por los *Circuit courts* (de los que eran miembros los *Justices* de la Corte Suprema) y por los tribunales estatales. Atenderemos, pues, a continuación a estos diversos y heterogéneos momentos, en el bien entendido de que, dada la imposibilidad de abordar en profundidad las distintas etapas, vamos a prestar una particular atención a las que nos parecen más significativas: las que anteceden a la Convención Constitucional de Filadelfia.

A) *El período colonial*

I. Los primeros esbozos de la *judicial review* en Norteamérica han de situarse en la etapa colonial. Tras superar una primera etapa en la que, según Plucknett(42), se intentó erigir una teocracia sustentada en la Biblia(43), soslayando por tanto el *common law*, se constató la conveniencia de adoptar un sistema jurídico que satisficiera los requerimientos de los sectores más prósperos de los propietarios de tierras y comerciantes. De esta forma, revivió el *common law*, lo que en modo alguno puede extrañar, pues los colonos, llegado el momento, no se iban a rebelar contra el Derecho inglés sino contra los gobernantes ingleses. La aplicación del *common law* en las Colonias, reconducido a sus Cartas (*Charters*), llegó a ser algo

(42) Theodore F. T. PLUCKNETT, «Bonham's Case and Judicial Review», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. 40, 1926-1927, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 61.

(43) No ha de extrañar tal intento, pues, según Appleby, la más importante fuente de sentido para los americanos del siglo XVIII fue la Biblia. Durante siglos, las interpretaciones bíblicas provinieron del calvinismo, arminianismo, unitarismo, evangelismo y del milenarismo. Todas estas tradiciones cristianas eran ricas en imágenes conceptuales, símbolos y modelos prescriptivos de comportamiento. La Biblia, tal y como fue diversamente interpretada, ofreció los fundamentos para justificar la inferioridad de las mujeres, para explicar las diferencias entre las razas y para estructurar las relaciones familiares. Joyce APPLEBY, «The American Heritage: The Heirs and the Disinherited», en *The Journal of American History*, vol. 74, No. 3, December, 1987, pp. 798 y ss.; en concreto, p. 809.

más que meramente nominal. Como escribiera el gran *Justice* Joseph Story (44), el origen y las fuentes del Derecho norteamericano han de verse en el *common law* inglés, «not as a mere matter of voluntary adoption, but as a matter of constitutional right and duty in the colonies». Puede sostenerse, pues, que el *common law* resultó manifiestamente influyente en la formación del conocimiento jurídico de la generación Revolucionaria. Y de la conexión del *common law* con la *judicial review* no puede tampoco caber duda (45).

Enormemente significativas respecto a la caracterización que al *English higher law* se otorgaba en las Colonias son las siguientes reflexiones de John Adams, escritas cuando apenas contaba 28 años de edad, que aparecen como el fruto de su pasión por el estudio de los antiguos sistemas jurídicos: «... the liberty, the unalienable, in-defeasible rights of men, the honor and dignity of human nature, the grandeur and glory of the public, and the universal happiness of individuals, were never so skillfully and successfully consulted as in that most excellent monument of human art, the common law of England». Para Corwin (46), este pasaje de Adams expresa de modo admirable los rasgos más sobresalientes del *common law* inglés, cuya protección de los derechos (47) anticipa la que, ya tras la

(44) Joseph STORY, «American Law», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, number 1, Winter 1954, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 10.

(45) «(It is evident — escribe a este respecto Wright— that judicial review as we know it would be an impossibility without a long antecedent history of legalism, of a high regard for law and for the interpreters of the law. The growth of the common law is an essential part of the picture». Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 9.

(46) Edward S. CORWIN, «The “Higher Law” Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XLII, No. 2, December 1928, pp. 149 y ss., y pp. 365 y ss.; en concreto, pp. 169-170. Publicado asimismo con igual título, por Great Seal Books (A Division of Cornell University Press), fifth printing, Ithaca, New York, 1963.

(47) La preocupación de los miembros de las Colonias, ya próximos a independizarse de la metrópoli, por los derechos y su protección iba a llevarles a trascender el marco inglés del *common law*. Su interés, por poner un ejemplo que nos atañe, iba a alcanzar a una institución medieval bien relevante, desde luego, aunque muy olvidada asimismo incluso entre nosotros. Nos referimos al «Justicia de Aragón». Hace ya bastante más de un siglo, Fowler, en un trabajo sobre los orígenes del supremo poder judicial en la Constitución Federal, se hacía eco de esa institución aragonesa, recordando que en 1769 se había publicado el libro «History of the Reign of Charles V», del que era autor un tal Dr. Robertson, en el que se

Independencia, —aunque, apostillaríamos por nuestra parte, no sin notables contradicciones— se habría de dar a los mismos por mor de los postulados constitucionales.

a) El *Bonham's case* y su fuerte impacto sobre el pensamiento jurídico colonial

I. La experiencia jurídica previa a la Independencia podría ser caracterizada por el hecho de que las distintas Colonias inglesas eran regidas por un conjunto de *Charters* escritas garantizadas por el Rey (48), Cartas cuyos términos fueron considerados por los

estudiaba el Reino de Aragón antes de su unión con el de Castilla. «(T)he writer of these lines —escribe Fowler en referencia al autor del libro— was much impressed with the similarity which the powers of the *justiza*, the supreme judge, of Aragon, bore to the powers of the judiciary in this country». Y poco después, Fowler transcribe algunas de las líneas con las que en el mencionado libro se caracterizaba al «Justicia de Aragón»; he aquí algunas de ellas: «This magistrate whose office bore some resemblance to that of the ephori in ancient Sparta acted as the protector of the people and the controller of the prince. The person of the *justiza* was sacred, his power and jurisdiction almost unbounded. He was the supreme interpreter of the laws». Robert Ludlow FOWLER, «The Origin of the Supreme Judicial Power in the Federal Constitution», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 29, 1895, pp. 711 y ss.; en concreto, pp. 723-724.

(48) Las primeras *Charters* fueron las de Virginia y Nueva Inglaterra, otorgadas por el Rey Jaime I en 1606 y 1620, y por el Rey Carlos I en 1629, siendo contempladas como delegaciones incompletas de la autoridad política. La Carta de Massachusetts fue anulada en 1684, pasando a ser Massachusetts siete años después una esfera de la Corona. La Carta de gobierno de Rhode Island y de las Plantaciones de Providence, establecida por el Rey Carlos I en 1643 y ampliada por Carlos II en 1663, al igual que la de Connecticut, otorgada en 1662, fueron modeladas con base en el gobierno de una ciudad inglesa. De esta forma, los gobiernos previstos por las Cartas eran corporaciones civiles de naturaleza marcadamente municipal. La diversidad de estos gobiernos coloniales dio paso en 1660 a una política de administración colonial que pronto condujo a la uniformidad de derechos políticos y jurídicos en los diferentes territorios coloniales. Y así, por una «royal commission» de 1 de diciembre de 1660, se creó un Consejo permanente (*standing council*) de 48 nobles y caballeros nombrados por la Corona a los que se encargó de los asuntos relacionados con las plantaciones. En 1674 los deberes de esta Comisión se transfirieron al *King's Privy Council*. En 1696, la Cámara de Comercio y Plantaciones (*Board of Trade and Plantations*) se hizo cargo finalmente de todo lo relativo a las plantaciones americanas. Las actuaciones de estos cuerpos administrativos emanaban de la Corona, atribuyéndose el conocimiento de las apelaciones que contra las mismas pudieran formalizar las colonias al *Privy Council*. En fin, quizá convenga añadir que en todos los gobiernos coloniales hubo una limitación uniforme del poder legislativo. Como recuerda Fowler, a cuyo estudio nos remitimos, «(n)

tribunales como vinculantes respecto a las Legislaturas coloniales y aplicados por ellos mismos, no sin bruscos vaivenes, como *higher law*. Piénsese que el *Privy Council* había ocasionalmente aplicado el *ultra vires principle* para dejar de lado leyes que contravenían Cartas coloniales o municipales (49). Esta superioridad de las Cartas sobre las normas legislativas coloniales determinó que estas últimas fueran declaradas nulas al entrar en conflicto con aquéllas, justamente de modo análogo a lo que sucedía si la ordenanza municipal de una ciudad o la reglamentación de una corporación excedían los poderes delegados a la ciudad o a la corporación, supuesto en el que habían de considerarse nulas al haber sido tales normas *ultra vires*, siguiéndose en último término la pauta fijada por los propios tribunales de la metrópoli. En cualquier caso, conviene no olvidar que las numerosas limitaciones que recaían sobre la legislación colonial circunscribían ésta a la mera administración, aproximándola a una simple actuación administrativa. Esto se tradujo en que los colonos se acostumbraron paulatinamente a contemplar las Legislaturas coloniales como órganos con una autoridad limitada, enormemente alejados del poder absoluto de que se revestiría tras la *Glorious Revolution* el Parlamento británico. Los colonos comprendieron bien que algunas leyes no eran Derecho, y este sistema prevaleció por todas partes durante varias generaciones, circunstancia que ha dado pie a un sector de la doctrina (50) para pensar, que una doctrina así arraigada no parecía probable que, repentinamente, se apagara y desapareciera de la superficie, simplemente porque las colonias se independizaron de Inglaterra.

Desde otra perspectiva, la lógica resultante de la frecuente contienda colonial con el poder parlamentario británico fue una predisposición de los colonos a mirar con buenos ojos cualquier principio

laws were to be enacted except such as were not contrary to the laws of England. The legislative power was thus both a delegated and a restricted one». Robert Ludlow FOWLER, «The Origins of the Supreme Judicial Power in the Federal Constitution», *op. cit.*, pp. 715-718.

(49) Así lo recuerda David P. CURRIE, en *The Constitution in the Supreme Court (The First Hundred Years. 1789-1888)*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1985, p. 69.

(50) William M. MEIGS, «The American Doctrine of Judicial Power, and Its Early Origin», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 47, 1913, pp. 683 y ss.; en concreto, p. 689.

constitucional o legal encaminado a limitar el poder del Parlamento. En perfecta sintonía con ello, tanto los abogados de las colonias como sus propios estadistas volverán su mirada al famoso *dictum* que el Juez Coke proclamara en el celeberrimo *Case of the College of Physicians*, comúnmente conocido como el *Bonham's case* (1610). Correlativamente, el temor antaño sentido hacia los tribunales irá desapareciendo.

II. Sir Edward Coke formularía su doctrina sobre la autoridad del juez en cuanto árbitro entre el Rey y la nación con ocasión de su enfrentamiento con el Rey Jacobo I. Frente al Monarca, que pretendía que los jueces eran meros delegados suyos, lo que, a su juicio, le legitimaba para ejercer personalmente la función judicial, Coke respondería atribuyendo en exclusiva a los jueces tal función en base a que los magistrados se habían adoctrinado en la difícil ciencia del Derecho (51). Y frente al Parlamento, Coke subrayaría la tradicional supremacía del *common law* sobre la autoridad del órgano legislativo. Quedaba planteada de esta forma la que Cappelletti tildaría de «batalla de lord Edward Coke por la supremacía del *common law*» (52).

Sin entrar en los detalles del caso, bien conocido por lo demás, sí recordaremos que lo que se hallaba en cuestión era la pretensión del Parlamento de un derecho exclusivo a controlar la autorización para el ejercicio de su profesión por los médicos. Coke, con unos términos ya legendarios, iba a plantar, como se reconoce generalizadamente (53), la semilla a partir de la cual germinaría la doctrina

(51) Cabe recordar que en sus *Institutes* Coke insistirá repetidamente en que «el Rey ha dejado por completo, de acuerdo con sus leyes, asuntos de la judicatura a sus jueces», palabras con las que Corwin cree que la prerrogativa real, que había estado en barbecho en cuanto a esto durante mucho tiempo, era empujada para siempre hacia la competencia de los tribunales. Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention», en *The American Historical Review*, vol. 30, No. 3, April 1925, pp. 511 y ss.; en concreto, p. 524. Los *Institutes of the Lawes of England* pueden verse en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, edited by Steve Sheppard, Liberty Fund., 3 vols.; Indianápolis (Indiana), 2003, pp. 573 y ss.

(52) Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, settima ristampa, 1978, pp. 41-48.

(53) Entre otros, Scott Douglas GERBER, «The Myth of *Marbury v. Madison* and the Origins...», *op. cit.*, p. 2. También el *Chief Justice* Burger se manifestó en similar dirección:

norteamericana de la *judicial review*. Recordemos algunos párrafos de su *dictum*:

«And it appears in our books that in many cases, the common law will controul acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void; and, therefore, in (...) Thomas Tregor's case on the statute of W. 2. c. 38 (...), Herle (54) saith, some statutes are made against law and right, which those who made them perceiving, would not put them in execution» (55).

La *Coke's opinion* es no sólo la decisión, de lejos, más célebre, sino la que en mayor medida iba a influir sobre el pensamiento jurídico colonial. Pero ni ella ni los casos que con la misma se alinearon constituyen los únicos ejemplos de aplicación judicial de un *fundamental law* frente a los órganos soberanos del Estado en la Inglaterra del siglo XVII. Las decisiones judiciales sobre el que podríamos identificar como principio de separación de poderes fueron abundantes (desde el *Five Knights' Case* en 1628 al *Goddend v. Hales* en 1686), determinando los tribunales los límites entre la autoridad del Parlamento y la prerrogativa real. Particular trascendencia tendría el *Ship-Money Case* (1637), en el que el tribunal conocido como *Exchequer chamber* apoyó, bien que muy dividido, el poder real de conseguir

«Coke's writing and Reports were well known to the American colonists and, even though the dictum in *Dr. Bomham's Case* has never been very closely followed in England, it has been seminal in our law». Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 6.

(54) Alude Coke al *Chief Justice Herle*, quien decidiría en el *Tregor's Case*, acaecido en el octavo año del reinado de Eduardo III. En aquella ocasión, Herle utilizó los siguientes términos: «There are some statutes made which he himself who made them does not will to put into effect». Las palabras que iba a utilizar Coke no son idénticas a las que empleara Herle, y en los matices con que las modula se puede apreciar, según Corwin (en «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», *op. cit.*, p. 372), que el propio cuerpo legislativo reconoce la fuerza anulatoria de principios externos a la norma legislativa.

(55) *Dr. Bonham's Case*, 8 Co. Rep. (1610). Sentencia recogida en la obra *The Founders' Constitution*, edited by Philip B. KURLAND y Ralph LERNER, vol. 5, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1987, pp. 303-304. El párrafo transcrito puede verse en p. 303.

dinero para la defensa nacional sin consentimiento del Parlamento. En su *opinion* en apoyo de la facultad regia, el *Lord Chief Justice* Finch escribió: «Acts of Parliament to take away his royal power in defense of his kingdom, are void» (56).

Aunque durante el siglo xvii, en un buen número de casos, los tribunales ingleses siguieron la posición ejemplificada por el *Bonham's Case*, la realidad es que el triunfo en Inglaterra de la *Glorious Revolution*, que hizo de la supremacía del Parlamento (y por lo mismo legislativa) el dogma central de la teoría británica del gobierno, comportó que la doctrina de Edward Coke quedara en gran parte relegada al olvido. Ello no obstante, todavía en 1701, el *Chief Justice* Sir John Holt reafirmaba el *dictum* de Coke, no sin algunas significativas ambigüedades, en el caso *City of London v. Wood* (57). El caso revivió la vieja máxima de que una persona no podía ser juez en su propia causa. El demandado, Thomas Wood, había declinado ejercer el cargo de sheriff en la ciudad de Londres. En respuesta, la ciudad presentó una acción de deuda («action of debt») para cobrar la correspondiente multa ante el Tribunal de la Alcaldía (*the Mayor's Court*), integrado formalmente por el Alcalde y los Concejales. Como era costumbre, la ciudad formalizó esta acción en nombre del Alcalde, la comunidad y los ciudadanos de Londres. Así las cosas, el Alcalde de Londres era juez de su propio caso, y si ya en el *Bonham's case* Coke había sostenido que una ley que hacía a una persona juez de su propio caso sería nula si no se interpretaba de modo tal que se soslayara esa contradicción, un siglo después, Holt parecía seguir el ejemplo de Coke. Al sostener que el Alcalde de Londres no podía ser a la vez juez y parte, el *Chief Justice* Holt citó el *Bonham's case*, lo que propiciaría que, con frecuencia, se asumiera que Holt había revivido el *dictum* de Coke. Sin embargo, según la doctrina (58), Holt adoptó más bien un estricto punto de vista del *Bonham's case*. Bien lejos de hacerse ilusiones acerca del poder de los tribunales, él comprendió

(56) *Apud* Thomas C. GREY, «Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), vol. 30, 1977-1978, pp. 843 y ss.; en concreto, pp. 854-855.

(57) Sobre este caso, cfr. Philip A. HAMBURGER, «Revolution and Judicial Review: Chief Justice Holt's opinion in *City of London v. Wood*», en *Columbia Law Review* (*Colum. L. Rev.*), vol. XCIV, No. 7, November 1994, pp. 2091 y ss.

(58) Philip A. HAMBURGER: «Revolution and Judicial Review...», *op. cit.*, p. 2137.

y aceptó su muy limitado rol, y por ello buscó conclusiones sobre la *judicial review* coherentes con las ideas de soberanía implícitas en su moderna consideración del Derecho natural. Así, Holt razonó que los tribunales estaban obligados a cumplir las leyes provenientes de un cuerpo con poder soberano (como era el caso del Parlamento). Ahora bien, aunque la versión de la *judicial review* expuesta por Holt no podía ser empleada para anular las leyes del Parlamento, implicaba, sin embargo, que el Parlamento tenía que ejercer su poder soberano legalmente («lawfully»), por así decirlo. Como aduce Hamburger (59), esta penetrante consideración de la *judicial review* tenía poca conexión con la anulación de las leyes contemplada por Sir Edward Coke.

Por lo demás, conviene recordar, ya en relación a las colonias, que el *Privy Council* inglés disponía de la facultad de rechazar las leyes adoptadas por las trece asambleas de las colonias. Esta facultad de rechazo era ejercida cuando las legislaturas coloniales excedían su autoridad al adoptar ciertas leyes y cuando las leyes coloniales entraban en conflicto con las leyes superiores adoptadas por el Parlamento inglés. Haines, en su clásica obra, ofrece el dato de que el *Privy Council* revisó nada menos que 8.563 leyes aprobadas por las asambleas coloniales en el período que media entre 1696 y 1776, 80 años pues, lo que supone un promedio anual de más de un centenar de leyes fiscalizadas, siendo un total de 469 (un 5,5 por 100) rechazadas mediante *Orders in council* (60). Ciertamente, esta función de revisión judicial respondía a otros parámetros, puesto que el canon de constitucionalidad, utilizando este concepto de un modo evidentemente impropio, no venía dado, *stricto sensu*, por un *fundamental law*; además, el procedimiento jurisdiccional no era observado. De ahí que esta revisión de la legislación colonial por el *Privy Council* se haya considerado más próxima al veto ejecutivo norteamericano (61) que a la *judicial review*. Con todo, esta práctica no dejó de

(59) *Ibidem*, p. 2096.

(60) Estos datos son facilitados por P. Allan DIONISOPOULOS and Paul PETERSON, «Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars», en *John Marshall Law Review (J. Marshall L. Rev.)*, vol. 18, 1984-1985, pp. 49 y ss.; en concreto, p. 55.

(61) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 13.

ser relevante, al habituar a los colonos a la idea de la existencia de unas normas superiores a las provenientes de la mera voluntad legislativa. Ello, al margen ya de ser significativa de lo arraigada que se hallaba la facultad judicial que venimos analizando, pues «the power to disallow colonial laws and the power of judicial review appeared the same in both intent and consequence» (62).

Los duros ataques que Blackstone, en sus célebres *Commentaries on the Laws of England*, dirigiría a las tesis del Juez Coke resultarían a la postre determinantes en orden a su postergación definitiva en Inglaterra. «(T)hough I know —escribía Blackstone (63)— it is generally laid down more largely, that acts of parliament contrary to reason are void. But if the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power that can control it: and the examples usually alleged in support of this sense of the rule do none of them prove, that where the main object of a statute in unreasonable the judges are at liberty to reject it ; for that were to set the judicial power above that of the legislature, which would be subversive of all government».

III. La doctrina sentada en el *Bonham's case* iba, sin embargo, a encontrar un marco idóneo para su reviviscencia en las colonias inglesas surgidas al otro lado del Atlántico. Para Corwin (64), la doctrina de Coke correspondió exactamente a las necesidades contemporáneas de muchas de las colonias en los primitivos días de su existencia, lo que explica que la misma representara «the teaching of the highest of all legal authorities before Blackstone appeared on the scene». Desde luego, la teoría de la supremacía legislativa tan ardentemente defendida por Blackstone, y con la que tan identificados se sentirían los *Whigs*, no significó en su origen que las asambleas legislativas existieran para elaborar las leyes, determinar la política

(62) P. Allan DIONISOPOULOS and Paul PETERSON, «Rediscovering the American Origins of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 55.

(63) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I («Of the Rights of Persons», published in 1765), The University of Chicago Press (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769), Chicago & London, 2002 (first published by the University of Chicago Press, 1979), p. 91.

(64) Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence...», *op. cit.*, p. 515.

o integrar los diversos intereses de una sociedad cada vez más mercantilizada, sino que su objetivo primigenio era otro. En la *Glorious Revolution*, con el dogma de la supremacía parlamentaria sobre la Corona no se pretendía tanto que el buen pueblo de Inglaterra promulgara las leyes que deseara, cuanto impedir a un monarca arbitrario que decidiera en su propio nombre y sin consentimiento parlamentario. Trasladada esta doctrina a las colonias, su significado aún se hacía más patente: prevenirse ante las actuaciones unilaterales de un ejecutivo, el Gobernador británico, nombrado desde Londres, a fin de garantizar que fuera la expresión del consentimiento popular la que verdaderamente diera su legitimidad a la ley. Sin embargo, la arraigada idea de la existencia de un *fundamental law* y el temor frente al abuso de las asambleas legislativas iban a ser determinantes para que el mundo jurídico colonial volviera la vista hacia Coke.

Coke había hablado de algo situado más allá de la invención humana («of something beyond human invention»); Blackstone, por contra, no conocía tal límite sobre los legisladores («knew of no such limit on human lawmakers»)(65). Los abogados americanos, seguidores desde tiempo atrás de Coke, se vieron así confrontados con las tesis de Blackstone. En la resolución de esta opción resultó determinante el rechazo colonial de la opresión parlamentaria británica. Sin con ello querer dar a entender que la influencia de Blackstone fuera fugaz, lo que en absoluto fue así, los colonos volvieron su mirada hacia Coke. Ello tenía una lógica aplastante si se piensa que durante el siglo XVIII casi todos los ingleses de ambos lados del Atlántico habían reconocido algo que identificaban como un *fundamental law* que, como dice Wood (66), era una guía para la rectitud moral («a guide to the moral rightness») y para la constitucionalidad del Derecho ordinario y de la política. Para darnos una idea de lo arraigada que en la mentalidad jurídica inglesa se hallaba esa noción de un *fundamental law* nos bastará con recordar que aún un tan reconocido

(65) Barbara Aronstein BLACK, «An Astonishing Political Innovation: the Origins of Judicial Review», en *University of Pittsburg Law Review (U. Pitt. L. Rev.)*, vol. 49, 1987-1988, pp. 691 y ss.; en concreto, p. 694.

(66) Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less», en *Washington and Lee Law Review (Wash. & Lee L. Rev.)*, vol. 56, 1999, pp. 787 y ss.; en concreto, p. 794.

déspota como Cromwell, pudo decir siglo y medio antes de *Marbury* que: «In every government there must be something fundamental, somewhat like a *Magna Charta* which would be inalterable». Y en lo que hace a los colonos del otro lado del Atlántico, encontraron las ideas de Coke atractivas en cuanto que las mismas sintonizaban con su idea de lo que había de ser el Derecho.

No ha de extrañar por todo ello, que durante la etapa de la guerra revolucionaria, las bases teóricas para la *judicial review* fueran asentadas en las constantes apelaciones de los colonos a un *higher law* para sostener que determinadas leyes del Parlamento o del Rey eran nulas (67). De esta forma, el sistema norteamericano de la *judicial review* —del que, en realidad, podría decirse con Grant (68) que «is nothing more than the absence of any special system»— se iba a presentar estrechamente conectado con la experiencia colonial, anterior pues a la Independencia. Se comprende así que ese gran jurista que fuera el Decano de Harvard Roscoe Pound describiera la era colonial como «the age of Coke» (69).

Por otro lado, el cambio de la forma de gobierno, que pasó de una monarquía a una república, y que Thomas Paine, en su *Common Sense*, obra publicada a principios de 1776, de la que se imprimirían miles de copias, distribuidas a lo largo y ancho de todas las colonias, compendiaría en su célebre afirmación de que «in America the law is king» (70), —que ha sido parafraseada como «in America,

(67) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review* (From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law), Basic Books, Inc., Publishers, New York, 1986, p. 74.

(68) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation», en *The American Journal of Comparative Law*, Volume III, number 2, Spring 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 189.

(69) *Apud* Shannon C. STIMSON, *The American Revolution In The Law* (Anglo-American Jurisprudence before John Marshall), The MacMillan Press, London, 1990, p. 13.

(70) «... (L)et a crown —escribe Paine— be placed thereon, by which the world may know, that so far we approve of monarchy, that in America, the law is king». Thomas PAINE, «Common Sense», en *Collected Writings*, Eric Foner ed., 1995, vol. 5, p. 34. Cit. por F. W. GRINNELL: «The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions of 1781 and 1783 and the History of the Duty of the Court in Regard to Unconstitutional Legislation»), en *Massachusetts Law Quarterly*, Volume II, Number 5, May, 1917, pp. 437 y ss.; en concreto, p. 452.

constitutional law, rather than man, is king» (71)— hizo necesario un cambio en la teoría en cuanto a la localización de la soberanía. La autoridad absoluta del Parlamento en cuanto verdadero soberano fue ahora transferida al pueblo. La Revolución dejó esa situación meridianamente clara: el pueblo, como auténtico soberano, asumió todo su protagonismo. Como en uno de los artículos más influyentes de la doctrina constitucional norteamericana se escribió: «The Revolution came, and what happened then? Simply this: we cut the cord that tied us to Great Britain, and there was no longer an external sovereign. Our conception now was that “the people” took his place; that is to say, our own home population in the several States were now their own sovereign» (72). Pocos años después, el pueblo, no sus representantes, se convertiría en «the highest lawmaking body», y el celeberrimo «We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union...», con el que se abre la Constitución de 1787, no haría sino dar testimonio de ello. Todo ello terminaría teniendo como resultado una redefinición de los jueces como agentes del pueblo soberano de algún modo iguales en autoridad a los legisladores y al poder ejecutivo, lo que en la Constitución se traduciría en el ascenso del *judiciary* a la posición de un departamento de gobierno semejante a los otros dos, si bien tendríamos que precisar que tal teórica equiparación no llegará a hacerse real hasta que Marshall acceda a la *Chief Justiceship*. Ello iba a alterar de modo notable la caracterización del *judiciary* en América, afectando profundamente a su rol en la interpretación del Derecho. Y aunque quizá todo ello no fuera suficiente para dar vida a la *judicial review*, sí fue algo que coadyuvó muy positivamente a tal efecto. Por lo demás, la potenciación del

(71) Robin WEST, «Tom Paine’s Constitution», en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, Volume 89, 2003, pp. 1413 y ss.; en concreto, p. 1414. Esta lectura podría haber hecho de Paine un temprano abanderado de la *judicial review*, pero no iba a ser así. No sólo porque Paine guardó siempre un muy significativo silencio sobre la *judicial review*, sino porque la Constitución que Paine sugirió en su más célebre obra, *Rights of Man*, tenía que ser una ley que se había de hacer cumplir a través de un proceso de continua, regular y democrática corrección a través de la discusión popular, circunstancia que propicia que West hable del «Paine’s constitutional populism». Acerca del contraste entre las visiones constitucionales de Tom Paine y de John Marshall, cfr. Robin WEST, «Tom Paine’s Constitution», *op. cit.*, pp. 1419-1433.

(72) James B. THAYER, «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. VII, 1893-1894, pp. 129 y ss.; en concreto, p. 131.

rol del *judiciary* y la aplicación de los principios establecidos por el *common law* le iba a asegurar una relevante función de control sobre la actuación de los otros poderes gubernamentales.

b) James Otis y el *Writs of assistance Case*

Sería mediado el siglo XVIII cuando el influjo de la doctrina fijada por Coke iba a alcanzar su cima. A su autoridad recurriría James Otis (1725-1783), un conocidísimo abogado de Boston, formado en la tradición liberal, en el no menos famoso *Paxton's Case* (1761), más comúnmente conocido como el *Writs of assistance Case*, que defendería ante la *Massachusetts Superior Court*.

Creemos que vale la pena detenerse mínimamente (73) en el supuesto de hecho del caso. En 1759, el General Amherst anunciaba a las autoridades británicas de Massachusetts la conquista de Montreal y la subsiguiente aniquilación del gobierno francés en América. De inmediato, esas autoridades concebían el proyecto de someter las colonias inglesas en esos territorios del Norte a la autoridad ilimitada del Parlamento británico. Ello hacía ineludible la recaudación de fondos económicos adicionales. Con tal intención, las autoridades inglesas de Boston cursaban órdenes a Charles Paxton, recaudador de aduanas de la ciudad, para que instara de la autoridad judicial la concesión de *writs of assistance*, a fin de permitir a los funcionarios de aduanas que pudieran ordenar a todos los sheriffs y miembros de la policía que les ayudaran en la apertura y allanamiento de casas, almacenes, tiendas, bodegas, barcos, fardos, baúles y embalajes de todo tipo para buscar mercancías y objetos que hubieran sido importados en contra de las prohibiciones existentes o sin el preceptivo pago de los impuestos establecidos en ciertas leyes del Parlamento, las denominadas *the acts of trade*. Se aduciría al efecto que las órdenes de registro específicas se habían mostrado ineficaces para combatir el contrabando y la evasión de impuestos.

(73) Para una exposición más detallada, cfr. F. W. GRINNELL, «The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions...»), *op. cit.*, en particular, pp. 443 y ss.

El Sr. Paxton pensó que no era prudente comenzar sus actividades en Boston, dando instrucciones a su recaudador adjunto en Salem, el Sr. Cockle, para solicitar a la *Superior Court*, entonces actuando en esa misma ciudad, los *writs of assistance*. Stephen Sewall, en ese momento (noviembre de 1760) *Chief Justice* del Tribunal, expresó grandes dudas acerca de la legalidad de tal *writ* y de la autoridad de la Corte para otorgarlo. Ninguno de los miembros del Tribunal dijo una palabra en favor de tal concesión. Sin embargo, al tratarse de una petición de la Corona la misma debía ser objeto de una vista y de la subsiguiente decisión, a cuyo efecto se fijó el siguiente período de sesiones de febrero de 1761 en la ciudad de Boston.

La alarma se extendió entre todos los comerciantes de Salem y Boston, pues nada era más incompatible con la concepción de la libertad que tenían los colonos que los registros generales («general searches»), que violaban su apreciada máxima de que «a man's house is his castle». Así, de inmediato trataron de oponerse jurídicamente a la concesión de esos *writs of assistance*. Al efecto, buscaron un abogado que llevara el caso; tras la renuncia de un primer letrado, pidieron a Otis y Thacher su defensa ante el Tribunal. Otis estaba tan resueltamente opuesto a la concesión de estas órdenes generales de registro, que no sólo rehusó llevar el caso en nombre de la oficina de aduanas, como hubiera sido su obligación como abogado del Rey en la provincia, sino que, rehusando todo honorario, se prestó a la defensa de los comerciantes conjuntamente con el otro abogado, el Sr. Thacher, quien desempeñaría un rol muy secundario en el litigio.

El núcleo del problema al que Otis se iba a enfrentar en el caso iba a ser el alcance, o si se prefiere, el sentido en que la idea de constitución, esto es, la idea de un *higher law*, podía ser concebida en cuanto limitación sobre el poder de los cuerpos colegisladores. Y lo iba a hacer en una época en la que la doctrina de la supremacía legislativa seguía siendo dominante, por lo que no iba a resultar ninguna sorpresa que perdiera el litigio. Pero ello es irrelevante a los efectos que nos ocupan. En su defensa de los comerciantes frente a las autoridades aduaneras inglesas, siglo y medio después del *Bonham's case*, y en su ataque contra los *general writs of assistance*, Otis invocaba, *inter alia*, el célebre fallo, sosteniendo que «acts against the constitution

are void». Y a ello añadía que era un deber de los tribunales declarar tales leyes en desuso («to pass such acts into disuse») con base en que «el *common law* controla toda ley del Parlamento» (74). En su razonamiento, tal y como era recordado más de medio siglo después por John Adams (75), en aquel mismo momento recién nombrado (junto a Samuel Quincy) *barrister*, esto es, habilitado como abogado para defender causas ante los tribunales superiores británicos, Otis sostendría: «This writ is against the fundamental principles of law... the privilege of house». Y como Horace Gray diría de él en sus notas a los *Quincy's reports*, Otis estaba prefigurando así el principio del Derecho constitucional americano de que es deber del *judiciary* declarar nulas las leyes inconstitucionales. Otis no sólo apoyó su argumentación en el célebre *dictum* de Sir Edward Coke, sino que también pareció tener en mente otro no menos familiar *dictum*, el de Lord Hobart en el también famoso caso *Day v. Savadge*: «Even an act of Parliament made against natural equity, as to make a man judge in his own case, is void in itself» (76).

A raíz de su invocación por James Otis, se ha dicho (77) que la doctrina de Coke se convirtió en un «rallying cry» (un grito de adhesión, de unión) para los americanos. Y en lo que a la *judicial review* se refiere, el *Writs of assistance Case* se ha considerado una corneta de llamada en favor de la *judicial review* («a clarion call for judicial

(74) Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Thirteenth printing, Cambridge (Mass.), 1976, p. 176.

(75) Carta de John Adams a William Tudor, fechada el 29 de marzo de 1817. *Apud* F. W. GRINNELL, «The Constitutional History...», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions...»), *op. cit.*, pp. 446-447.

(76) Adicionalmente, James Otis aludió a otro no menos conocido posicionamiento jurisprudencial, el de Lord Holt en el caso *City of London v. Wood*: «What my Lord Coke says in Dr. Bonham's case in his 8 Rep. is far from any extravagancy, for it is a very reasonable and true saying, That if an act of Parliament should ordain that the same person should be party and judge, or what is the same thing, judge in his own cause, it would be a void act of Parliament».

(77) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, Harvard University Press, 2nd printing, Cambridge (Mass.), 1974, p. 25. «Sound or not — escribe Berger — Coke's statement became a rallying cry for Americans in 1761 when it was resoundingly invoked by James Otis. If an Act of Parliament had the effect claimed for it, he argued in the *Writs of Assistance case*, it would be "against the Constitution" and therefore void, an argument that John Adams, with Otis concurring, repeated in 1765 in opposition to the Stamp Act».

review») y un claro desafío a la entonces dominante doctrina de la supremacía legislativa (78). La audacia del planteamiento de Otis conduciría a John Adams a escribir unos años después, con una inequívoca vena romántica, que «then and there the child Independence was born» (79). Todo ello, al margen ya de que Adams se mostró desde el primer momento decidido defensor de las tesis sustentadas por Otis (80). Adams, como es bien sabido, tendría junto a Jefferson un muy relevante rol en la preparación de la Declaración de Independencia y de los documentos y manifiestos más importantes de la época. Parece lógico suponer que tratara de establecer entre las bases del Derecho constitucional norteamericano el punto de vista de Lord Coke, revivido en Boston por James Otis. Desde luego, la declaración de Otis se repitió con frecuencia en el curso de los debates prerrevolucionarios, de lo que ilustra el hecho de que en 1773 un periódico de Boston reprodujera el célebre *dictum*. Por lo demás, el caso creó un estado de opinión que tendría con posterioridad un reflejo específico en el Estado independiente de Massachusetts, cuya Constitución adoptaría una previsión, en el artículo XIV del *Massachusetts Bill of Rights*, contra los registros irrazonables («unreasonable searches»).

La popularidad ulterior de James Otis no tuvo límites. En mayo de 1761 fue elegido miembro de la *House of Representatives* con un apoyo casi unánime. Pero lo que aún interesa ahora más, entre 1761 y el inicio de la Revolución, el abogado bostoniano publicó una serie de escritos («Vindication of the Conduct of the House of Representatives» y, sobre todo, «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved») en los que vertió ideas que eran tributarias

(78) William E. NELSON, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 2000, p. 36.

(79) *Apud* Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of American Revolution*, *op. cit.*, p. 176.

(80) En una carta escrita en 1776 por John Adams al *Justice Cushing*, quien sería uno de los primeros miembros de la *Supreme Court*, a la que accedió en 1790, puede leerse lo que sigue: «Usted tiene mi sincero acuerdo al hablar al jurado sobre la nulidad de las leyes del Parlamento (“the nullity of acts of Parliament”). Estoy decidido a morir por esa opinión (“I am determined to die of that opinion”)...». *Apud* Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts: the Power to Declare Statutes Unconstitutional», en *Political Science Quarterly*, Vol. 5, No. 2, June 1890, pp. 224 y ss.; en concreto, p. 232.

de Locke, Rousseau, Grocio y Pufendorf, cuyas citas entrecomillaba con todo detalle (81); algunas de sus ideas, posteriormente, se verían reflejadas en la Declaración de Independencia y, más tarde, en la Constitución de Massachusetts. Puede ser de utilidad para nuestro estudio transcribir algunas de las reflexiones vertidas en el segundo de los documentos antes mencionados (*The Rights of the British Colonies*, 1764):

«Cada sujeto — escribe Otis — tiene un derecho a comunicar sus opiniones al público (“a right to give his sentiments to the public”) acerca de la utilidad o inutilidad de toda ley, cualquiera que fuere, aún después de que sea aprobada, lo mismo que cuando esté pendiente de serlo. La equidad y la justicia de un proyecto pueden ser cuestionadas con perfecto sometimiento al órgano legislativo. Pueden darse razones de porqué una ley debe ser derogada; sin embargo, debe obedecerse hasta que tenga lugar la abrogación. Si los argumentos que pueden darse contra una ley son tales como para demostrar claramente que es contraria a la equidad natural (“is against natural equity”) los tribunales declararán tal ley nula (“will adjudge such act void”). Puede cuestionarse por algunos de ellos, no tengo duda de ello, si no están obligados por sus juramentos a declarar tal ley nula. Si no hay un derecho a ejercer un juicio personal que alcance al menos a la petición de abrogación (“petition for a repeal”) o a decidir la oportunidad de arriesgar un proceso jurídico, el Parlamento podría convertirse él mismo en arbitrario, lo que no puede ser imaginado por la Constitución. Creo que todo hombre tiene un derecho a examinar libremente la procedencia, fuente y fundamento de cada poder y medida en una comunidad, como parte de una curiosa maquinaria o de un notable fenómeno de la naturaleza, y que no debe ofender más decir que el Parlamento ha errado o se ha equivocado en una cuestión de hecho o de derecho, que decirlo de un hombre particular» (82).

En otro momento de la misma obra, Otis argumentaría que si una ley del Parlamento vulnerara «natural laws», «which are immutably true», estaría violando por eso mismo «eternal truth, equity and justice», y sería consecuentemente nula. A la par, siguiendo las propues-

(81) De ello se hace eco Bernard BAILYN, en *The Ideological Origins...*, *op. cit.*, p. 27.

(82) *Apud* F. W. GRINNELL, «The Constitutional History...», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions...»), *op. cit.*, pp. 448-449.

tas de Vattel, James Otis haría suya la idea de que los legisladores derivaban sus poderes de la Constitución, no pudiendo cambiarla «without destroying their authority». Esta misma idea sería receptionada por la *Massachusetts Circular Letter*, famosa carta fechada el 11 de febrero de 1768, enviada por la Legislatura de Massachusetts a los *speakers* de las Asambleas correspondientes de las restantes colonias, a modo de manifiesto de protesta contra la «taxation without representation» impuesta por los británicos. En la Carta Circular se podía leer: «the supreme legislative... cannot overleap the bounds of (the Constitution) without destroying its own foundation» (83). El concepto de Constitución como ley fundamental era de nuevo mantenido en este importante texto (84).

Otros acontecimientos posteriores revelarían la vivacidad de la doctrina expuesta. En 1763, Patrick Henry impugnaba el derecho del *Privy Council* a vetar la *Virginia Two-Penny Act*, recurriendo a similares argumentos. Cuatro años después del *Paxton's case*, Otis, al igual que otros abogados americanos, John Adams entre ellos, utilizaban por primera vez el término *unconstitutional* para rechazar y descalificar la abusiva *Stamp Act* de 1765, postulando su radical nulidad. En sintonía con este pensamiento, algunos tribunales coloniales declararían que la *Stamp Act* era inconstitucional y, por lo mismo, inaplicable. Y el Vicegobernador de Massachusetts, Hutchinson (que presidió el Tribunal que decidió el *Writs of assistance Case*), el 12 de septiembre de 1765, escribía: «... our friends to liberty take the advantage of a maxim they find in Lord Coke that an Act of Parliament against Magna Carta or the peculiar rights of Englishmen is *ipso facto* void» (85). En resumen, la doctrina Otis-Henry se iba a convertir en un fundamento necesario tanto para la teoría jurídica subyacente a la Revolución Americana como para la Constitución y

(83) *Apud* Raoul BERGER, *Congress v. Supreme Court*, *op. cit.*, p. 27.

(84) La Carta Circular contenía igualmente esta declaración: «Que es esencial, inalterable en su naturaleza, injertado en la Constitución británica como un derecho fundamental y siempre considerado sagrado e irrevocable por las personas dentro del Reino, que lo que un hombre ha adquirido honestamente, es absolutamente suyo propio, que él puede darlo libremente, pero no le puede ser cogido sin su consentimiento». *Apud* F. W. GRINNELL, «The Constitutional History...», chapter IV, *op. cit.*, p. 450.

(85) *Apud* Theodore F. T. PLUCKNETT, «Bonham's Case and Judicial Review», *op. cit.*, p. 63.

las leyes de derechos que ésta propició (86). Más allá de ello, como de algún modo ya se ha dicho, el argumento esgrimido por vez primera por Otis excitó las almas de los colonos, convirtiéndose en el fundamento jurídico subyacente a la resistencia colonial.

Vale la pena recordar finalmente otro no menos conocido caso pre-revolucionario, el caso *Robin et al. v. Hardaway et al.* (1772), importante asimismo en el desarrollo de la doctrina de la *judicial review*. En él, George Mason, un influyente abogado virginiano, sostuvo que una ley de Virginia de 1682, otorgando a los comerciantes de esclavos («slave traders») el derecho a vender a los descendientes de nativos americanos, violaba los derechos naturales de los americanos nativos, y por tanto el fundamento filosófico de los derechos individuales en la teoría política liberal, y era, por lo mismo, nula. En palabras de Mason: «(A)ll acts of the legislature apparently contrary to natural right and justice, are, in our laws, and must be in the nature of things, considered as void» (87). Los jueces del caso hubieron de esforzarse para evitar pronunciarse sobre la legitimidad de la ley en cuestión. Y así, en una maniobra que refleja el arraigo todavía en esa época pre-revolucionaria del dogma británico de la supremacía legislativa, el tribunal resolvió el caso decidiendo que la ley había quedado derogada en 1705. En cualquier caso, el argumento de este relevante abogado virginiano revela, al menos, la creciente predisposición entre los miembros de los Colegios de Abogados de impugnar ante los tribunales textos normativos del poder legislativo con base en la facultad judicial de refrenarlos en ciertos supuestos.

c) La noción de un *fundamental law*

I. El sustento intelectual para el sistema político finalmente adoptado en Norteamérica ha de buscarse en los escritos de autores tales como Hobbes y Locke. Se admite de modo generalizado el profundo influjo que habría de ejercer el *Second Treatise on Govern-*

(86) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993, p. 42.

(87) *Apud* Scott Douglas GERBER, «The Myth of *Marbury v. Madison* and the Origins of Judicial Review», *op. cit.*, pp. 7-8.

ment de Locke. El *Chief Justice* Burger ha llegado a hablar (88) del plagio que Jefferson hizo del mismo en la Declaración de Independencia. También, por supuesto, el racionalismo de Montesquieu contribuiría con su noción de la separación de poderes dentro del propio gobierno a que cada «rama» pudiera actuar como una suerte de freno frente a las demás. Locke, Montesquieu y Rousseau fueron pues «las fuentes» más relevantes del sistema americano, pero ello no obsta para que se haya puesto de relieve (89), que los textos que fueron leídos en mayor medida y sobre los que se basaron los sentimientos generales de la comunidad fueron los escritos de James Otis, John Adams y sus compañeros, y por nuestra parte creemos que no debe olvidarse a Thomas Paine.

Una de las líneas de pensamiento arraigada en las colonias es la ya mencionada idea de la primacía de un Derecho fundamental superior, de un *fundamental law*, en el que los derechos y libertades de la persona gozan de una singular posición (90), que en el fondo es tributaria de una doctrina de *natural law* que, como señalara Corwin (91), con diversos corolarios, suministró los postulados básicos de la especulación teórica durante los siglos xvii y xviii, con un impacto especial sobre el pensamiento político colonial. Incluso en Inglaterra, el progresivo arraigo durante el siglo xviii de la doctrina de la soberanía legislativa no expulsó la noción del *fundamental law*. Tanto Locke como Bolingbroke aludieron a un Derecho fundamental y el propio Blackstone, paradigma de la defensa de la soberanía legislativa en sus *Commentaries on the Laws of England*, estaba de acuerdo en que el Parlamento se hallaba limitado por lo que él de-

(88) Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review...», *op. cit.*, pp. 2-3.

(89) F. W. GRINNELL, «The Constitutional History...», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions...»), *op. cit.*, p. 443.

(90) De la relevancia de estos derechos pueden dar buena idea dos importantes documentos de la etapa colonial. En primer término, la *Charter of Liberties and Privileges*, aprobada por la primera Asamblea General de Nueva York en 1683, que contenía no sólo el bosquejo de una Constitución para la provincia de Nueva York, sino un auténtico «Bill of Rights» que daba nombre al documento. Aún más elaboradas y explícitas fueron las disposiciones de otro documento, los *Rights and Privileges of the Majesty's Subjects*, promulgado ocho años más tarde (en 1691) por el mismo órgano colonial. Cfr. al respecto, Bernard BAILYN, *The Ideological Origins...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

(91) Edward S. CORWIN, «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», *op. cit.*, p. 380.

nominó «an overriding natural law» (92). En América, un excelente ejemplo de esa doctrina iusnaturalista que cifra uno de sus referentes últimos en los derechos de los ciudadanos lo encontramos en Thomas Paine, que publicó su obra cumbre, *Common Sense*, en enero de 1776, y para quien el gobierno no podía basarse en otra justificación que en la libertad y la seguridad de los gobernados, justamente lo que no ofrecían a los colonos las normas británicas, que tan sólo les proporcionaban tiranía y exacciones.

Entre la doctrina norteamericana no es precisamente Vattel uno de los autores más citados a la hora de buscar los orígenes dogmáticos de la visión de la Constitución como *fundamental law*, pero, a nuestro modo de ver, no creemos que pueda dudarse del incuestionable influjo que debió de ejercer al respecto el pensamiento del jurista y filósofo suizo Emerich de Vattel (1714-1767), que en 1758 publicaba su más conocida obra, «La ley de las naciones, o los principios del Derecho natural aplicados a la conducción de las naciones y a la conducta de los soberanos». En esta obra capital se contenía la primera e inequívoca declaración de que una constitución era una ley fundamental que limitaba el poder de los cuerpos legislativos. La legislación, creía Vattel, no estaba tan sólo limitada por el Derecho natural, sino por cualesquiera normas que el pueblo optara por incluir en una constitución. Basta con transcribir algunos de los párrafos de la obra en cuestión para constatar la nitidez con la que Vattel iba a expresar este pensamiento:

«The fundamental law which determines the manner in which the public authority is to be exercised is what forms the constitution of the State. In it —sigue escribiendo Vattel— can be seen the organization by means of which the Nation acts in quality of a political body; how and by whom the people are to be governed, and what are the rights and duties of those who govern».

Más adelante, Vattel se refiere al poder legislativo:

«It belongs —escribe— essentially to the social body to make laws concerning the manner in which it is to be governed and the

(92) Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 1297.

conduct of its citizens. This function is called the legislative power. The exercise of it may be confided by the Nation to the Prince, or to an assembly, or to both conjointly; and they are thereby empowered to make new laws and to repeal old ones».

Llegados aquí, Vattel se plantea la cuestión clave, en lo que ahora interesa: ¿Puede el poder legislativo alterar esa ley fundamental que es la Constitución del Estado? Su respuesta no deja lugar a dudas:

«The question arises whether their power (se refiere a las facultades del poder legislativo) extends to the fundamental laws, whether they can change the constitution of the State. The principles we have laid down lead us to decide definitely that the authority of these legislators does not go that far, and that the fundamental laws must be sacred to them, unless they are expressly empowered by the Nation to change them; for the constitution of a State should possess stability; and since the Nation established it in the first place, and afterwards confided the legislative power to certain persons, the fundamental laws are excepted from their authority...».

«In a word, —concluye Vattel— it is from the constitution that the legislators derive their power; how, then, could they change it without destroying the source of their authority?» (93).

No parece que pueda caber duda de que los colonos partieron de la premisa dogmática de que el poder residía en el pueblo y de que éste, en cuanto soberano, podía instituir el gobierno que entendiera más conveniente, y de que la mayor garantía frente a la usurpación del poder y para la salvaguarda de la libertad residía en una distribución de las funciones de gobierno entre una tríada de «departamentos» independientes.

II. Esa idea de un *fundamental law* contrastaría frontalmente con el Derecho inglés posterior a la *Glorious Revolution*, que no

(93) Emerich de Vattel, *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*. Translation of the edition of 1758 by Charles G. Fenwick, with an Introduction by Albert de Lapradelle, Oceana Publications Inc./Wildy and Sons Ltd., New York/London, reprinted, 1964, pp. 17 y 19.

aceptó diferencia alguna en cuanto a su *status* entre las normas constitucionales y las estatutarias, esto es, las aprobadas por el Parlamento. Este se convirtió en el poder supremo, y de ahí la conocida afirmación de William Blackstone: «Sovereignty and legislative are convertible terms».

De resultados del triunfo en Inglaterra de la *Glorious Revolution* y del enorme impacto de las tesis de Blackstone, es cierto que cuando acaece la Revolución Americana no existía en el Derecho inglés ningún derecho judicial a revisar la validez de las leyes aprobadas en sede parlamentaria. Crosskey ha insistido particularmente en ello, al subrayar que aunque el pensamiento de Coke sobrevivía en los compendios y en otros textos jurídicos, «the true view unquestionably was that of Blackstone», que a su vez podía resumirse en la siguiente tesis: «if the parliament would positively enact a thing to be done (there was) no power in the ordinary forms of the constitution (como Blackstone precisaría en la última edición de sus *Commentaries*) that (was) vested with authority to control it» (94). Sin duda, Blackstone gozó de un notable prestigio en las Colonias en cuanto acreditado intérprete del *common law*. Un dato elocuente de ello es que en 1787 habían sido vendidos en ellas 2500 ejemplares de sus *Commentaries*, cifra enorme para la época. Ahora bien, frente a lo que Crosskey piensa, el generalizado conocimiento del pensamiento de Blackstone entre las élites jurídicas de las Colonias no se iba a traducir, por las bien dispares circunstancias políticas existentes en ellas en relación a la metrópoli, en una identificación con la idea de la «legislative omnipotence». Todo lo contrario. Como aduce Berger (95), que la «omnipotencia legislativa» circula en dirección contraria a unas convicciones coloniales profundamente arraigadas es algo que de alguna manera aparece explicado en la Declaración de Independencia, en donde puede leerse: «Hemos advertido (a nuestros colegas británicos) de vez en cuando de los intentos de sus legisladores de ampliar una injustificable jurisdicción sobre nosotros». Y es que los colonos creían firmemente en

(94) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, The University of Chicago Press, Volume II, 2nd impression, Chicago, 1955, p. 941.

(95) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 30.

que la naturaleza obligatoria del Derecho se asentaba en «las máximas inmutables de la razón y de la justicia», en algo diferente de la mera voluntad de la Legislatura. Muchos americanos equipararon este algo con lo que llamaban el *common law*, integrado por un conjunto de principios, reglas, procedimientos y precedentes del sistema jurídico que presumiblemente se remontaban a un tiempo inmemorial; en cualquier caso, quizá convenga decir que la visión que los colonos tenían del *common law* era bien distinta de la que del mismo tenían los ingleses, pues para éstos el *common law* era algo mucho más dinámico de lo que lo era para los colonos, era algo vivo y creciente, mientras que para muchos colonos el *common law* había quedado congelado en la época de las migraciones iniciales (96).

Una prueba de lo arraigada que se hallaba en las colonias esa noción de un *fundamental law* la podemos encontrar en un hecho, anecdótico si se quiere, pero significativo con todo. El mismo año de la Declaración de Independencia, el pueblo de la ciudad de Concord (Massachusetts) mantuvo una reunión en la propia villa y adoptó la resolución de que «una Constitución modificable por el legislativo supremo no da seguridad en absoluto al súbdito frente al abuso de quien gobierna sobre cualquiera de sus derechos o sobre la totalidad de los mismos» (97). Con anterioridad, cuando la colonia de *Massachusetts Bay* se hallaba regida por las normas coloniales inglesas, el decidido condado agrícola de *Berkshire County* se negó a dejar actuar a los tribunales coloniales entre 1775 y 1780 hasta que el pueblo de Massachusetts adoptara una Constitución con un *Bill of Rights* aplicable por los jueces.

(96) En tal sentido, Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 1299. Para los ingleses del siglo XVIII —argumenta Wood (*Ibidem*)— el *common law* era una cosa mucho más completa y dinámica de lo que lo era para los colonos; para los ingleses el *common law* incluía no sólo los informes y decisiones de Coke y Bracton, y de otros jueces del pasado, sino todas las subsiguientes determinaciones judiciales y añadidos legislativos de los siglos XVII y XVIII. Para ellos, de hecho, el *common law* era indistinguible de las interpretaciones judiciales ordinarias y de las leyes parlamentarias que las corregían, reformaban y ponían al día. Por el contrario, para los colonos, el *common law* era algo establecido aparte del Derecho estatutario e incluso de las decisiones judiciales inglesas ordinarias y de los precedentes.

(97) *Apud* Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 5.

III. En relación justamente a los jueces y al principio de independencia de los mismos, creemos necesario decir algo. Ante todo, conviene recordar que la *Glorious Revolution* hizo de la independencia del *judiciary* el eje del gobierno constitucional británico. Anteriormente a la llegada de Guillermo III, Rey de Inglaterra (1689-1702), esposo de María (hija de Jacobo II), y primer monarca que subió al Trono tras la Revolución Gloriosa, la prerrogativa real había sido usada por los Estuardo no sólo para suspender o sustituir las leyes, sino también los jueces. Al aceptar la independencia judicial, bien puede decirse que estos monarcas se convirtieron en los primeros monarcas constitucionales. Esta visión de la independencia judicial no fue tan rápidamente vislumbrada en las colonias, pues en ellas no dejó de haber un resquicio de desconfianza hacia los tribunales, a los que se acusó en ocasiones de estar controlados por los gobernadores ingleses, lo que era tanto como decir por la Corona. Ello explica que se depositara una enorme confianza en la institución del jurado, integrada, innecesario es decirlo, por el propio pueblo. No ha de extrañar que fuera ésta una cuestión incluida en la lista de quejas expuesta frente al Rey en la Declaración de Independencia: «Ha hecho los jueces dependientes tan sólo de su voluntad por el ejercicio de sus cargos y la cantidad y pago de sus salarios» (98). Esta preocupación ante el peligro de manipulación judicial se puede comprender aún mejor si se tiene presente la más que notable discreción judicial existente entre los jueces de las colonias, lo que era la resultante de la pluralidad de fuentes del Derecho de los colonos (inglesas unas, coloniales otras). En 1768 el Gobernador de Nueva York lamentaba que «las cuestiones de una causa dependían no tanto del derecho de un cliente como del aliento del juez (“the breath of the Judge”), y lo que se consideraba un muy buen alegato en un circuito, era rechazado en otro» (99). La consecuencia de todo ello era tanto la flexibilidad como la inseguridad y, por encima de todo, un extraordinario grado de discreción judicial. Y aunque ciertamente no

(98) A esta queja se añadiría otra en relación a la Administración de justicia: «He (el Rey) has obstructed the Administration of Justice, by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary Powers». El texto de «The Declaration of Independence» puede verse en la obra *From the Declaration of Independence to the Constitution (The Roots of American Constitutionalism)*, edited, with an introduction, by Carl J. FRIEDRICH and Robert G. McCLOSKEY, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis/New York, 1954, pp. 3 y ss.

(99) Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 1300.

se hubiera olvidado la máxima que sentara en su *Essay on Judicature* el filósofo y jurista Francis Bacon (1561-1626), quien fuera abogado de la Corona en los primeros años del siglo XVII: «Judges ought to remember that their office is *jus dicere* and not *jus dare*; to interpret law, and not to make or give law», la realidad era que los jueces habían de discernir a través del Derecho lo que era justo, y a través de ello el deber de los jueces de conservar la ley y no de cambiarla se relativizaba en ocasiones notablemente.

Es bastante evidente que la doctrina de la *judicial review*, íntimamente conexas con esa idea de un *fundamental law*, sólo podía llegar a ser un principio de Derecho positivo después de la Independencia, una vez adoptadas las Constituciones escritas, que contenían limitaciones vinculantes que quedaban al margen del poder gubernamental. Por lo mismo, la *judicial review* no llegó a ser una parte del Derecho viviente («a part of the living law») hasta la década anterior a la adopción de la Constitución federal. En esa época diferentes casos planteados en diversos Estados vinieron a entrañar reivindicaciones directas de la facultad de la *judicial review*. Es en sintonía con todo ello, por lo que el propio Marshall podía afirmar en su *Marbury opinion* (100) no que la Constitución establece la *judicial review*, sino tan sólo que la misma «confirms and strengthens the principle» (101).

B) *La etapa pre-constitucional*

a) La Declaración de Independencia

El 7 de junio de 1776, el virginiano Richard Henry Lee, actuando conforme a las instrucciones dadas por la Asamblea de Virginia, ofrecía al *Continental Congress* una resolución para proclamar la

(100) La sentencia puede verse, entre otras obras, en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Mark A. Graber and Michael Perhac, Editors, *op. cit.*, pp. 363-382. Asimismo, en Cliff SLOAN and David MCKEAN: *The Great Decision* (Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court), PublicAffairs, New York, 2009, pp. 191-219.

(101) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 42.

Independencia. Al efecto, se designó una comisión para que redactara la Declaración (102). El 2 de julio el Congreso votaba aprobar la resolución de independencia de Lee y dos días después la *Declaration of Independence* era emitida. El documento que surgió de la afortunada pluma de Jefferson era «a mirror of the contemporary American spirit» (103). El histórico documento estuvo directamente inspirado en el *Second Treatise* de John Locke (104). Es cierto que, con posterioridad, Jefferson dijo que cuando escribió la Declaración no se refería a ningún libro, ni siquiera al que se acaba de mencionar de Locke, pero su misma alusión a la obra de Locke es una prueba evidente del influjo del pensamiento lockiano sobre Jefferson.

Para los colonos, que ahora reivindicaban su independencia de la metrópoli, la principal función que había de cumplir el futuro gobierno era la protección de los derechos individuales. Ello quedaba meridianamente claro en la que bien podría considerarse la parte introductoria de la Declaración, en la que, entre otras cosas, se lee lo que sigue:

«We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to

(102) La Comisión, cuyo presidente era Thomas Jefferson, quedó integrada por Benjamin Franklin, John Adams, Roger Sherman y Robert Livingston.

(103) Carl J. FRIEDRICH and Robert G. McCLOSKEY, «The Roots of American Constitutionalism», Introducción a la obra editada por los dos autores, *From the Declaration of Independence to the Constitution* (The Roots of American Constitutionalism), The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis/New York, 1954, pp. VII y ss.; en concreto, p. XXXVII.

(104) La famosa tríada de «vida, libertad y persecución de la felicidad» (en lugar de vida, libertad y propiedad) plasmada por Jefferson en la Declaración de Independencia, siguiendo los pasos de lo que ya había reflejado en el *Bill of Rights* de Virginia, de 12 de junio de 1776, no supuso, como un sector de la doctrina ha supuesto, un gran cambio respecto al pensamiento de Locke, pues en él las líneas entre felicidad y propiedad son fluidas, en parte porque la propiedad no tiene en su *Second Treatise* el estricto significado moderno de posesión material. Carl J. FRIEDRICH and Robert G. McCLOSKEY, «The Roots of American Constitutionalism», *op. cit.*, p. XI.

institute new Government , laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness...».

Se admite generalizadamente, y basta con la lectura del párrafo de la Declaración transcrito para constatarlo, que cuando se alcanzó la independencia los americanos, aún partiendo de la idea de que la protección de los derechos dependía específicamente del gobierno representativo (105), que presuponía el poder del legislativo para controlar al ejecutivo, en lo que se veía un elemento de seguridad de los derechos, no pretendían otorgar a la legislatura un poder omnímodo; bien al contrario, los americanos visualizaban la autoridad legislativa como una autoridad delegada sobre la que recaían una serie de limitaciones, concepción que venía a marcar unas claras divergencias frente a la doctrina blackstoniana de la *legislative omnipotence* (106), sin que con ello se quiera dar a entender, ni mucho menos, que esta doctrina, tras la Revolución, debía entenderse periclitada.

En esa misma dirección se irían ubicando las Constituciones estatales, algunas de ellas anteriores incluso a la Declaración de Independencia, como sería el caso de la Constitución de Virginia, unas semanas anterior, y de la Constitución de Nueva York, establecida el 19 de abril de 1775, fecha de la importante batalla de Concord, pues aunque todas convertían a la legislatura en la «rama» dominante del gobierno y, por supuesto, ninguna contempló el instituto de la *judi-*

(105) Como escribe Gerber, el grito «no taxation without representation» iba a simbolizar no sólo la disputa de los colonos con los británicos en general, sino esa misma creencia en la necesidad del gobierno representativo para la protección de los derechos. Scott Douglas GERBER: «The Myth of *Marbury v. Madison*...», *op. cit.*, p. 3.

(106) Bien significativo del pensamiento existente al respecto es el hecho de que en un discurso pronunciado en Boston, en 1777, Benjamin Hichborn sostendría que la libertad civil no era un gobierno por las leyes, sino un poder existente en el pueblo en libertad («a power existing in the people at large»), para alterar o aniquilar la forma o la esencia de cualquier gobierno anterior, por cualquier causa o por ninguna causa en absoluto sino la de su propia voluntad soberana («their own sovereign pleasure»). Con ello, como subrayara Corwin, el mencionado orador se estaba haciendo eco de una ampliación del derecho a la revolución hasta ese momento no contemplada fuera de las páginas de Rousseau. Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory Between...», *op. cit.*, p. 517.

cial review (107), no supusieron el abandono de la idea de la íntima conexión entre la soberanía del pueblo y la formulación por éste de un *fundamental law* estrechamente vinculado a la garantía de los derechos, razón primigenia de ser de todas las autoridades de gobierno, y aunque es cierto que la realidad vino a mostrar que no siempre una asamblea representativa cumplía adecuadamente su trascendente misión, ello no significó que los americanos se conformaran con los frecuentes abusos de algunas legislaturas. La célebre afirmación de Jefferson («un despotismo electivo no era el gobierno por el que luchamos») corrobora cumplidamente lo que se acaba de señalar.

b) Algunos posicionamientos significativos sobre dos ideas conexas: la de un *fundamental law* y la de la *judicial review*

Tras la Revolución y la Independencia, la idea de un *fundamental law*, tan arraigada en la época colonial, iba a adquirir carta de naturaleza. Piénsese que la idea central de la Revolución americana era la reivindicación de un cuerpo de principios y de un plan de gobierno encaminado a salvaguardar esos mismos principios, conformadores de un *corpus* de naturaleza fundamental. No debe extrañar por lo mismo que, un decenio después, la Constitución se visualizara como *higher law*, superioridad que será no sólo, ni tan siquiera fundamentalmente, la resultante de su elaboración por el pueblo, a través de sus legítimos representantes, y de su posterior ratificación a nivel estatal, sino también, incluso de modo primigenio, de su contenido. Como escribiera Corwin (108), «the supremacy accorded to constitution was ascribed less to their putative source than to their supposed content, to their embodiment of essential and unchanging justice».

(107) No sería esa la posición, a nuestro juicio absolutamente errónea, y desde luego no sostenida por la doctrina norteamericana, del *Lord High Chancellor* británico, para quien «by 1787, eight of the thirteen colonies had incorporated judicial review into their constitutions». LORD IRVINE OF LAIRG, «Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America», en *New York University Law Review (N. Y. U. L. Rev.)*, Volume 76, 2001, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 5.

(108) EDWARD S. CORWIN, «The “Higher” Law Background of American Constitutional Law», *op. cit.*, p. 152.

Las Constituciones estatales subsiguientes a la Independencia iban a dar a los revolucionarios americanos una palanca con la que empuñar este de otro modo insustancial *fundamental law*. En alguna medida, la progresiva disminución de la fé de los colonos en sus representantes para la protección efectiva de sus derechos condujo a la proliferación de estas Constituciones, directamente atribuible, según Gerber (109), a la percibida necesidad de limitar las legislaturas. De esta manera, súbitamente, el *fundamental law* y los principales principios que los ingleses habían remitido a las generaciones venideras cobraban un grado de claridad y realismo que nunca antes habían tenido. En perfecta sintonía con ello, James Iredell, de Carolina del Norte, uno de los primeros *Justices* de la Corte Suprema, sobre cuyo pensamiento retornaremos más adelante, en una carta escrita el 26 de agosto de 1787, poco antes, pues, de la aprobación de la Constitución federal, razonaba que la Constitución no era «a mere imaginary thing, about which ten thousand different opinions may be formed, but a written document to which all may have recourse, and to which, therefore, the judges cannot wilfully blind themselves» (110).

El pensamiento de algunos de los más ilustres hombres de la época no hace sino corroborar, con el peso añadido de su autoridad, cuanto se ha expuesto. Kurland y Lerner lo han puesto de manifiesto con palmaria nitidez, aportando un impresionante acopio documental. Para estos autores, el separado y más elevado *status* del pueblo «in their constitutive capacity», distinto del de los representantes del pueblo «in their ordinary legislative capacity», llegó a ser el más preeminente e insistente tema de la ruptura formal entre los Británicos y sus colonias (111).

Valgan como ejemplos de esta línea de pensamiento sendas reflexiones de James Burgh y de Thomas Jefferson. El primero, en sus *Political Disquisitions* (1774), utilizará la distinción precedente para atacar la concepción de Blackstone, proclive, como es de sobra co-

(109) Scott Douglas GERBER, «The Myth of *Marbury v. Madison*...», *op. cit.*, p. 4.

(110) Carta de James Iredell a Richard Spraight, fechada el 26 de agosto de 1787. *Apud* Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review Revisited...», *op. cit.*, p. 795.

(111) Philip B. KURLAND and Ralph LERNER (eds.), *The Founders' Constitution*, *op. cit.*, Vol. 1.º, p. 609.

nocido, a la existencia de un poder parlamentario ilimitado. «Judge Blackstone, —escribía Burgh— in his account of the unknown and unlimited power and privileges of parliament, seems to forget, that the safety of the people limits all free governments».

Por su parte, Thomas Jefferson, en sus conocidas *Notes on the State of Virginia* (1784), reflexionando en torno a la Constitución de Virginia de 1776, consideraría que la Constitución, por el propio significado del término, es una ley que se sitúa por encima del poder ordinario de la Legislatura («... a constitution... means an act above the power of the ordinary legislature»). No sería ajeno a ello el hecho de que la Constitución iba a ser precedida por la «Declaration of rights made by the representatives of the good people of Virginia which rights do appertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government». En este documento, que antecede a la Declaración de Independencia en un mes tan sólo, se enumeraban con detalle los derechos que los americanos habían reclamado, primero como súbditos británicos y más tarde como seres humanos, y ahora ya como ciudadanos, para asegurarlos a través de gobiernos surgidos de su propia elección.

En 1783, en el llamado «Jefferson's Draft of a Constitution for Virginia», Jefferson se referiría a algunos muy capitales defectos («very capital defects») de la primera Constitución de su Estado y, entre ellos, el de que la legislatura podía suplantar cualquier disposición de la Constitución por una promulgación legislativa («the legislature could supersede any provision of the constitution by legislative enactment»); tales defectos, según Jefferson, derivaban del hecho de que la Constitución virginiana se había elaborado cuando el Estado era aún nuevo y sin experiencia en la ciencia del gobierno. Para subsanar dichos defectos, Jefferson iba a apelar a una Convención «to fix the constitution, to amend its defects, and to bind up the several branches of government by certain laws, which, when they transgress, their acts shall become nullities; to render unnecessary an appeal to the people» (112). Más aún, Jefferson se posicionaba claramente sobre algunos de los puntos que habría de acoger la nueva

(112) *Apud* Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 175-176.

Constitución virginiana. Enormemente significativa al respecto será la siguiente consideración de quien habría de ser el tercer Presidente norteamericano: «The General Assembly shall not have power to infringe this constitution», tras lo que añadía: «To enforce this, i. e., to provide a safeguard against legislative tyranny of the kind that he feared under the existing constitution, he provided a “legal obstacle”». Este «obstáculo jurídico» encaminado a impedir la vulneración de la Constitución por el legislativo podía perfectamente ser el llamado *Council of Revision*, de la Constitución de New York de 1777, integrado por representantes del ejecutivo y del judicial y dotado de un poder de veto frente a la legislación, y que, como se verá más adelante, fue propuesto a la Convención de Filadelfia a través del llamado *Virginia Plan*.

Más aún, en 1786, Jefferson pareció considerar la *judicial review* como un principio aceptado por todo el país (113). No otra interpretación se desprende del texto de una carta escrita el 24 de enero a Demeunier: «I have not heard that in the other states they have ever infringed their constitutions; and I suppose they have not done it; as the judges would consider any law as void, which was contrary to the constitution».

La posición de Jefferson, aunque chocante con la que sostendría en su etapa como Presidente, frente a la *Marshall Court*, no era por lo demás extraña. Bien al contrario, tras la Independencia, la adopción de las Constituciones estatales se tradujo en su visualización como *fundamental law* frente a los estatutos legislativos ordinarios o los actos normativos del ejecutivo. Por lo mismo, con anterioridad a 1800, Jefferson parecía creer en la *judicial review*, y si después se alineó en una dirección proclive a la llamada «teoría tripartita», fue en función de las circunstancias (114).

(113) Wallace MENDELSON, «Jefferson on Judicial Review: Consistency Through Change», en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Volume 29. 1961-1962, pp. 327 y ss.; en concreto, p. 328.

(114) Como escribe Mendelson, «Jefferson’s means changed in the face of changing circumstances: his ends remained constants». Wallace MENDELSON, «Jefferson on Judicial Review...», *op. cit.*, p. 330.

No menos relevancia tendría la posición explicitada en 1786 por James Iredell, uno de los primeros miembros de la *Supreme Court* (fue *Associate Justice* entre 1790 y 1799). Revelando una mente clara y luminosa, en un artículo publicado en un periódico de Carolina del Norte («To the Public»), Iredell se manifestaba públicamente en favor de la primacía de la Constitución, del carácter limitado del poder legislativo, en cuanto necesariamente sujeto a la Constitución, y de la *judicial review*. En este artículo, Iredell defendía con toda rotundidad la autoridad de los jueces para rehusar aplicar una ley inconstitucional (115).

Iredell comenzaba su artículo poniendo de relieve el radical cambio que suponía la elaboración de una Constitución, en contraposición al sistema inglés asentado en un poder absoluto del Parlamento: «In forming the constitution (...) —escribía— (we) were not ignorant of the theory of the necessity of the legislature being absolute in all cases, because it was the great ground of the British pretensions (...). When we were at liberty to form a government as we thought best (...) we decisively gave our sentiments against it, being willing to run all the risks of a government to be conducted on the principles then laid as the basis of it...».

Iredell contrastaba más adelante el modelo británico con el asumido por el pueblo americano, asentado en una suerte de relación contractual, que recuerda al contrato social rousseauiano, entre el pueblo y su futuro gobierno, separándose de este modo del sistema inglés, en el que toda ley aprobada por el Parlamento, con la única salvedad de aquella que se opusiere a los principios de la justicia natural, vinculaba al pueblo, lo que es evidente que no podía caber en esa suerte de relación contractual entre el pueblo y su gobierno, por cuanto que éste venía obligado a respetar los, por así llamarlos, principios contractuales en que se asentaba la relación con aquél. «Without an express Constitution —seguía escribiendo quien habría

(115) James IREDELL, «To the Public», en *Correspondence of Iredell*, edited by McRee, Vol. 2, pp. 145-149. Cit. por Sylvia SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven and London, 1990, p. 45, nota 3. Esta autora, en su espléndido libro, se ocupa con un gran detalle de la posición de Iredell (en pp. 45-53), y de su obra extraemos el texto de James Iredell que transcribimos.

de ser el más joven de los seis primeros *Justices* de la Corte— the powers of the Legislature would undoubtedly have been absolute (as the Parliament in Great Britain is held to be), and any act passed, not inconsistent with natural justice (for that curb is avowed by the judges even in England), would have been binding on the people. The experience of the evils which the American war fully disclosed, attending an absolute power in a legislative body, suggested the propriety of a real, original, contract between the people and their future Government, such, perhaps, as there has been no instance in the world but in America».

Este peculiar contrato entre el pueblo y sus futuros gobernantes quedaba plasmado en la Constitución, que establecía verdaderamente límites vinculantes respecto de todos los poderes. Consecuentemente con ello, la Asamblea no tenía derecho a violar la Constitución, pero aunque ello era así, Iredell no ignoraba que, *de facto*, en ocasiones la violaba, y ante ello los únicos remedios eran o el ejercicio del derecho de petición o la resistencia universal. Para Iredell, el primer remedio era degradante («demeaning») del autogobierno del pueblo, mientras que el segundo, la revolución, era demasiado excepcional y extremo como para ser empleado. Y ante ello Iredell se cuestiona si el poder judicial no podría tener alguna autoridad para interferir en tales supuestos. He aquí su respuesta: «The (judicial) duty (...) I conceive, in all cases, is to decide according to the laws of the State. It will not be denied, I suppose, that the constitution is a law of the State, as well as an act of Assembly, with this difference only, that it is the fundamental law, and unalterable by the legislature, which derives all its power from it. One act of Assembly may repeal another act of Assembly. For this reason, the latter act is to be obeyed, and not the former. An act of Assembly cannot repeal the constitution, or any part of it. For that reason, an act of Assembly, inconsistent with the constitution is void, and cannot be obeyed, without disobeying the superior law to which we were previously and irrevocably bound».

Llegados aquí, Iredell reivindica la autoridad de los jueces para ejercer la *judicial review*, rechazando que con ello lleven a cabo una usurpación de poder o ejerzan un poder arbitrario. «The judges, —concluye James Iredell— therefore, must take care at their peril,

that every act of Assembly they presume to enforce is warranted by the constitution, since if it is not, they act without lawful authority. This is not a usurped or a discretionary power, but one inevitably resulting from the constitution of their office, they being judges for the benefit of the whole people, not mere servants of the Assembly».

Como puede apreciarse, en esta magistral construcción, que creemos que bien podría equipararse por la brillantez de sus ideas, a la no menos esplendorosa de Alexander Hamilton en el núm. 78 de *The Federalist Papers*, el juez está primariamente sujeto a la Constitución, y no sólo porque ésta es la ley fundamental, sino porque, haciéndolo así, actúa en beneficio del conjunto del pueblo, velando para que se respeten los principios en que se asienta esa especie de contrato social que ha suscrito con sus futuros gobernantes, mientras que si el juez diera primacía a la ley que él mismo considera contraria a la Constitución, estaría actuando como mero siervo de una Asamblea legislativa que, no obstante hallarse asimismo vinculada por la Constitución, arbitrariamente la ha desconocido. Añadamos que, de modo implícito al menos, Iredell está dando vida a un principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, cuando alude a que «los jueces deben presumir que toda ley de la Asamblea que ellos deben aplicar está autorizada por la Constitución».

La construcción de Iredell, a la que él recurriría con frecuencia en los foros, de lo que constituye un buen ejemplo el caso *Bayard v. Singleton* (1787), resuelto por los tribunales de Carolina del Norte, no dejaría a nadie indiferente. Algunas reacciones, como las que seguirían a la resolución de este caso, fueron de gran protesta, al entenderse que tal decisión dejaba al Estado sujeto no a la voluntad de los representantes del pueblo, sino de unos cuantos individuos, los jueces en cuestión. Pero la realidad es que, tras la entrada en vigor de la Constitución Federal, la construcción dogmática de Iredell tendrá un peso indiscutible en la consolidación, a nivel doctrinal y judicial, de la inexcusabilidad de la teoría de la *judicial review*. Tras lo expuesto, no puede extrañar que en el importante caso *Chisholm v. Georgia*, el primero que la *Supreme Court* hubo de abordar en materia constitucional, decidido el 18 de febrero de 1793, a través de un pronunciamiento mediante *seriatim opinions*, con el apoyo del *Chief Justice* Jay y de los *Associate Justices* Cushing, Wilson y Blair, y

con el *Justice Iredell* en *dissent*, éste, en su *opinion*, escribiera un *dictum* que anticipaba en diez años la *Marbury decision*.

La doctrina ha admitido que el cuerpo doctrinal que facilitan las declaraciones acerca de la *judicial review* realizadas al margen del contexto de los litigios judiciales es de un limitado valor a la hora de evaluar la comprensión original de la *judicial review* (116). Aunque podamos compartir tal apreciación, no cabe privar de ningún valor a estas construcciones (a las que se podrían añadir otras), que ponen de relieve un cierto estado de opinión entre los más relevantes juristas de la época. Y todo ello al margen de que, como vamos a ver bien pronto, también los foros judiciales fueron sensibles a la doctrina de la *judicial review*.

c) Las Constituciones estatales

Las Constituciones con las que los Estados fueron progresivamente dotándose tuvieron como uno de sus goznes el principio de la separación de poderes, lo que no debe extrañar por cuanto el mismo apareció en 1776 como la única base visible para construir un sistema constitucional de gobierno limitado, algo que resultaba esencial para salvaguardar la libertad, y no es inoportuno recordar un conocido símil de Thomas Paine, para quien «the American Constitutions (se refiere a las primeras Constituciones estatales) were to liberty, what a grammar is to language» (117). Ya en 1775 John Adams había hecho hincapié en la separación de poderes (118) dentro de su propuesta de un sistema de gobierno, recibiendo este principio su expresión más extrema, según Vile (119), en la Constitución de

(116) William Michael TREANOR, «Judicial Review Before *Marbury*», *op. cit.*, p. 472.

(117) *Apud* Lord IRVINE OF LAIRG, «Sovereignty in Comparative Perspective...», *op. cit.*, p. 1.

(118) En sus propuestas constitucionales para diversos Estados, que tendrían una indudable influencia, Adams defendería la idea de una Constitución equilibrada, combinando al efecto las líneas generales del principio de la separación de poderes con el sistema de frenos y contrapesos. M. J. C. VILE, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 166.

(119) M. J. C. VILE, *Constitucionalismo y separación de poderes*, *op. cit.*, pp. 164 y 151.

Pennsylvania de 1776. Justamente en esta Constitución, de no muy larga vida (en 1790 se adoptaría una nueva Carta constitucional), se estableció un órgano peculiar, el *Council of Censors*, sobre el que volveremos después, uno de cuyos deberes era precisamente el de preservar la propia Constitución.

En un documento tan temprano como el *Bill of Rights* de Virginia (12 de junio de 1776) se preveía que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deberían ser separados y distintos del *judiciary*. Bien es verdad que Jefferson, en sus muy conocidas *Notes on Virginia*, escritas entre 1781 y 1783, siendo Gobernador de Virginia, procedería a explicar este principio en un sentido que venía a dejar su significado en poco más que una cautela frente a la pluralidad de cargos en una misma persona: «No person — escribe Jefferson — shall exercise the powers of more than one of them (the three departments) at the same time» (120). En cualquier caso, de la importancia que Jefferson atribuía al principio de separación no podía haber duda, pues la concentración de todos los poderes en las mismas manos no era otra cosa que el gobierno despótico, a lo que no obstaba el hecho de que tal concentración se hiciese residir en el poder legislativo.

También Maryland insertó en su *Bill of Rights* de 11 de noviembre de 1776 la siguiente declaración: «That the legislative, executive and judicial powers of government ought to be forever separate and distinct from each other» (121). Y en el *Massachusetts Bill of Rights* (1780), texto redactado por John Adams, y en el que cimentaría buena parte de su merecida fama, el artículo 30 acogía el principio, vinculándolo estrechamente con la finalidad de alcanzar «un gobierno de las leyes, que no de los hombres» (122). De esta práctica esta-

(120) *Apud* Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory...», *op. cit.*, p. 516.

(121) Digna de ser recordada era asimismo la proclamación de este principio en la más tardía Constitución de New Hampshire de 1784: «In the government of this State, the three essential powers thereof, to wit, the legislative, executive and judicial, ought to be kept as separate and independent of each other as the nature of a free government will admit or as is consistent with the chain of connection that binds the whole fabric of the constitution in one indissoluble bond of union or amity».

(122) En el precepto citado se contempla la separación de poderes con cierta redundancia, aunque con la novedad de vincularla al elemento teleológico mencionado. Estos

blecida en la organización de los respectivos gobiernos estatales se habría de seguir como corolario lógico que, años después, esa misma separación de poderes se incorporara a la Constitución Federal como la piedra angular («the cornerstone») de su estructura (123).

No obstante las ya aludidas prevenciones de los colonos hacia las legislaturas, que en gran medida explican la eclosión de las Constituciones estatales, la realidad iba a ser que estos textos posibilitarían que las legislaturas estatales se convirtieran en órganos supremos, quedando los «departamentos» ejecutivo y judicial nominalmente independientes, pero en la praxis más débiles y subordinados. Como es evidente, ello constituiría el caldo de cultivo idóneo para el abuso de poder, que no iba a tardar en producirse. En cualquier caso, no ha de pensarse que la totalidad de las Asambleas legislativas fueran diseñadas constitucionalmente como órganos omnipotentes, en la estela del pensamiento blackstoniano. Por el contrario, algunas Cartas constitucionales contemplaron mecanismos u órganos con vistas a controlar a la legislatura. Así, las Constituciones de Pennsylvania (1776) y Vermont (1777) crearon el ya mencionado *Council of Censors*, con la finalidad de determinar si el legislativo o el ejecutivo ejercían poderes distintos o superiores a los que la Constitución les confería. Este órgano tendría su equivalente en el *Council of Revision* de la Constitución de New York (1777). En fin, la Constitución de Massachusetts (1780) otorgó un derecho de veto al Gobernador, que éste debía de ejercer en relación a la legislación que considerara en contradicción con la Constitución.

Fue justamente de resultados de los excesos cometidos por las asambleas legislativas por lo que comenzaron a buscarse mecanismos con los que contrarrestar tales abusos. El propio Jefferson se iba a hacer eco del problema en sus ya varias veces mencionadas *Notes on Virginia*. En ellas iba a atacar con cierta dureza la Cons-

son sus términos: «In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judiciary shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws and not men».

(123) Horace H. LURTON, «A Government of Law or a Government of Men?», en *North American Review*, Vol. 193, No. 1, January 1911, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 14.

titución virginiana de 1776 por haber producido una concentración de poder en la asamblea legislativa que se correspondía justamente a la definición de un gobierno despótico. No entrañaba ninguna diferencia —argumentaba Jefferson— el que tales poderes estuviesen investidos en un cuerpo numeroso «chosen by ourselves», pues «one hundred and seventy-three despots» eran «as oppressive as one» y «an elective despotism was not the government we fought for», sino por uno que no estuviera tan sólo fundado en principios libres, sino en el que los poderes de gobierno estuvieran divididos y equilibrados entre varios cuerpos de magistratura (124).

También Madison se mostraría enormemente crítico frente a los vicios del gobierno republicano en el ámbito de los Estados (125). En este contexto puede entenderse la atracción que Madison sintió hacia un órgano realmente novedoso creado por la Constitución de Nueva York de 1777, el *Council of Revision*. Integrado por el Gobernador, el *Chancellor* y los miembros de la Corte Suprema del Estado, tenía como misión principal revisar la legislación y los proyectos de leyes y ejercer un veto limitado sobre su aprobación. El atractivo que ejerció este órgano sobre Madison lo llevó a incorporarlo al conocido como *Virginia Plan* (mayo de 1787), que sería poco después discutido en la Convención de Filadelfia, desencadenando a continuación el corto debate habido en esa Convención sobre la *judicial review*, cuestiones todas ellas sobre las que volveremos más adelante. Para captar en toda su amplitud el calado de la desilusión de Madison basta con recordar que Madison era en un primer momento decidido partidario de que fueran las legislaturas y no los tribunales (en lo que diferiría sustancialmente de Alexander Hamilton) quienes asumiesen la protección de los principios jurídicos fundamentales.

El problema del abuso de poder por el legislativo fue generalizado, y a tal efecto podrían aportarse diversos datos. No podemos detenernos en ellos, por lo que nos limitaremos a recordar un célebre informe del año 1784 elaborado por el *Council of Censors* de Penn-

(124) *Apud* Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory...», *op. cit.*, p. 519.

(125) Cfr. al efecto, Jack N. RAKOVE: «The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts», *op. cit.*, en especial, pp. 1055-1057.

sylvania, en el que, a lo largo de treinta páginas, enumeraba muchos ejemplos seleccionados de una multitud de violaciones llevadas a cabo por la legislatura estatal tanto de la Constitución del Estado como de su *Bill of Rights*.

En definitiva, los años subsiguientes a 1780 conforman un período en el que muchas de las principales pretensiones subyacentes en el idealismo revolucionario de 1776 fueron cuestionadas y revisadas. Las propias Constituciones se convirtieron en algunos Estados en el punto focal de la controversia, pues, según algún sector de la doctrina (126), la veneración de las Constituciones no llegó a figurar en la década de 1780, en ciertos Estados al menos, en un lugar prominente del discurso público. La existencia de Constituciones, desde luego, no presupone que existiera una cultura del constitucionalismo. Por otra parte, las más tempranas esperanzas de los americanos en sus asambleas democráticamente electas, basadas en generaciones de experiencia colonial, fueron repentinamente echadas por tierra («was suddenly shattered»)(127). Muchos americanos llegaron a la lamentable conclusión de que sus legislaturas estatales no sólo eran incapaces de simplificar y codificar el Derecho, sino, lo que aún era más alarmante, que se habían convertido en la mayor amenaza («the greatest threat») para los derechos de las minorías y las libertades individuales y en la principal fuente de injusticia de la sociedad («the principal source of injustice in the society»).

En correlación con la situación expuesta, un número cada vez mayor de ciudadanos de América comenzó a mirar al *judiciary* como el medio principal de restringir y frenar a estas legislaturas populares un tanto insensatas. En íntima conexión con los intentos de limitar la «rama» legislativa estatal iba a emerger la idea de que los jueces tenían autoridad para proteger los derechos individuales frente a las infracciones causadas en ellos por los representantes. Ya en los años 1780, escribe de nuevo Wood, los tribunales llegaron a ser el último recurso de una frustrada democracia («the last resort of a frustrated

(126) Joyce APPLEBY, «The American Heritage...», *op. cit.*, p. 800. «Viewed through classical republican prisms — escribe más adelante (p. 802) el propio autor —, the pattern of state politics was not new-modeled democracy but long-feared anarchy».

(127) Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 1304.

democracy») y el único medio por el que la minoría y los derechos de los individuos podían ser protegidos en una sociedad popular («in a popular society»)(128); por otro lado, los jueces estatales comenzaban a verse ahora como árbitros imparciales separados de la arena política, lo que no siempre había sucedido en gran parte del siglo XVIII, ni sucedería, por cierto, en los primeros años de vida del *federal judiciary*.

Las Constituciones estatales no otorgaron en términos expresos a los órganos judiciales la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes, si bien tal facultad, a juicio de Thayer(129), se podía inferir de esos textos («it was inferential»)(130). Sólo después de la aprobación de la Constitución Federal podremos encontrar en alguna Carta estatal normas que puedan ser interpretadas en el sentido de habilitar al poder judicial estatal el ejercicio de la *judicial review*; tal sería, por ejemplo, el caso del Artículo XII de la Constitución de Kentucky de 1792.

La legislación estatal de esta etapa, todavía en cierto modo revolucionaria, no avanzó mucho hacia una más expansiva concepción del rol de los tribunales en el control de los abusos del poder legislativo estatal, quizá por permanecer con un carácter aún un tanto provinciano, quizá también por la inercia de una cierta visión colonial que visualizaba a los tribunales como un apéndice del ejecutivo(131), quizá, en fin, por el influjo del pensamiento de Blackstone,

(128) *Ibidem*, pp. 1305-1306.

(129) James B. THAYER, «The Origin and Scope...», *op. cit.*, p. 129.

(130) Merece recordarse la Constitución de Massachusetts de 1780, cuyo artículo 6.º del Capítulo VI disponía: «Todas las leyes que hasta ahora han sido adoptadas, utilizadas y aprobadas en la provincia, colonia o Estado de *Massachusetts Bay* y normalmente aplicadas en los tribunales, permanecerán y se mantendrán con plena fuerza, hasta que sean modificadas o derogadas por la legislatura; sólo se exceptuarán las partes que sean contradictorias con los derechos y libertades contenidos en esta Constitución». Es evidente que esta disposición se dirigía expresamente a los tribunales a fin de que aplicaran una especie de «test de constitucionalidad» a todas las leyes provinciales anteriores a 1780, pero como señala Grinnell, sería absurdo pensar que ese control había de quedar circunscrito a la legislación aprobada dentro de esos límites temporales. F. W. GRINNELL, «The Constitutional History of the Supreme Court of Massachusetts...», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions...»), *op. cit.*, p. 441.

(131) Los tribunales — escribe Nelson — a lo largo de los años 1780, aún eran generalmente considerados como un segmento indiferenciado de la «rama» ejecutiva. William E. NELSON, *Marbury v. Madison (The Origins and Legacy of Judicial Review)*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 2000, p. 34.

para quien el principio de la separación de poderes, último garante de la libertad, exigía que los tribunales no tuvieran la facultad de derribar los actos legislativos, tal y como ya se ha señalado. Sin embargo, no debe olvidarse que Blackstone, en sus célebres *Commentaries*, contemplaría una excepción frente a esa regla general, cuando una causa judicial originara una imprevista consecuencia de un acto legislativo; en tal circunstancia Blackstone consideraría que los jueces estaban facultados para ignorar la ley (132). Ello no obstante, paulatinamente, los tribunales estatales iban a ir abriendo una brecha por la que se introduciría esa idea ya arraigada, por lo menos en ciertos ámbitos de pensamiento, de la *judicial review*. Y a ello nos referimos de inmediato.

d) Los tribunales estatales y los primeros casos de ejercicio por los mismos de la *judicial review*

I. La permanente influencia de Blackstone y de sus nociones sobre la soberanía parlamentaria, entre otras razones, iba a retrasar la propagación de la doctrina de la *judicial review* en los Estados, operando en la misma dirección la concepción proclive a que entre las facultades del poder legislativo se incluyera la relativa a la interpretación del Derecho vigente (133). Ello no obstante, a partir de 1776, los tribunales estatales iban a ejercer en algunos casos la facultad de inaplicar aquellas leyes que entendían contrarias a sus respectivas Constituciones, considerándolas nulas y sin valor («null and void»), e incluso, según se ha demostrado por Sherry (134), en

(132) Tras rechazar de plano la facultad judicial de inaplicar una ley, al considerarla un principio subversivo de todo gobierno, Blackstone escribe: «But where some collateral matter arises out of the general words, and happens to be unreasonable; there the judges are in decency to conclude that this consequence was not foreseen by the parliament, and therefore they are at liberty to expound the statute by equity, and only *quoad hoc* (esto es, solamente con este alcance) disregard it». William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Volume I (Of the Rights of Persons), *op. cit.*, p. 91.

(133) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 566.

(134) Suzanna SHERRY, «The Founders' Unwritten Constitution», en *The University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), Volume 54, 1987, pp. 1127 y ss.

cinco de los siete casos en que esa autora cifra el ejercicio de la *judicial review* por estos tribunales con anterioridad a 1787, en el ejercicio de esa facultad, iban a mostrar una característica indiferencia respecto a si la ley fundamental vulnerada era la Constitución estatal escrita o un no escrito *natural law*, al considerarse este último en algunos litigios como *higher law*. Por todo ello, no ha de extrañar que ya a fines del siglo XIX, Willoughby se manifestara de modo rotundo en el sentido de que la idea del control de la legislación por la autoridad judicial había sido desarrollada con anterioridad a la Convención de 1787 (135).

Contra lo que parecería lógico pensar, la doctrina no se ha puesto por entero de acuerdo acerca del número de casos en que se puede apreciar el ejercicio de la facultad de *judicial review* por los tribunales estatales, si bien es cierto que, en ocasiones, esa discordancia es más bien la resultante de la no exacta coincidencia en los períodos de cómputo, aunque las más de las veces es fruto de la diversa apreciación de cada caso por la doctrina. Y así, mientras Schwartz cuantifica un total de cuarenta casos entre 1776 y 1803 (136), Crosskey alude a nueve «supuestos precedentes» («supposed precedents») de la *judicial review* de lo que llama la «lista tradicional», aunque refiriéndose tan sólo a los casos de la llamada «etapa revolucionaria», esto es, la que abarca el período 1776-1787, que es el que nosotros también hemos acotado en este epígrafe. En cualquier caso, desde que Thayer, a finales del siglo XIX, en sus *Constitutional Cases*, una obra ya clásica, se refiriera a no menos de cinco decisiones de los tribunales estatales, anteriores a la adopción de la Constitución Federal, en las que consideraron que el poder legislativo estatal estaba limitado por las restricciones constitucionales, y que era deber del *judiciary* declarar nula e inaplicable («void and unenforceable») la legislación incompatible con ese Derecho superior («legislation repugnant to such superior law»), siempre que ello fuera necesario para determinar los derechos de las partes en casos pendientes («whenever necessary to

(135) Westel W. WILLOUGHBY, *The Supreme Court of the United States (Its History and Influence in our Constitutional System)*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1890, p. 32.

(136) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, op. cit., p. 22.

determine the rights of parties in pending cases»)(137), la doctrina ha venido convergiendo en la misma idea (138).

Un autor tan relevante como Corwin, profundo estudioso además del tema, se situaría en la misma posición. Para él (139), ya en tiempos de la Convención Federal los tribunales (y en la mayoría de los casos las Cortes Supremas) de cinco Estados habían afirmado su derecho a pronunciarse sobre la validez de la legislación estatal: la de Virginia, en el caso *Commonwealth v. Caton et al.* (1782); la de New York, en *Rutgers v. Waddington* (1784); la de New Jersey, en *Holmes v. Walton* (1785 según Corwin, aunque esta fecha no es real, pues fue el 7 de septiembre de 1780 cuando el *Chief Justice* Brearly y sus Asociados se pronunciaban a través de *seriatim opinions* en el caso en cuestión (140)); la de Rhode Island, en *Trevett v. Weeden* (1786), y la de Carolina del Norte en *Bayard v. Singleton* (1787), caso decidido poco después del aplazamiento temporal de la Convención Constitucional, si bien tan sólo en los dos últimos casos se anularon realmente leyes estatales con fundamento en su incompatibilidad con la Constitución estatal, pues aunque una ley fue derribada por la sentencia dictada en *Rutgers v. Waddington*, lo fue con base en su violación de la razón natural y de los derechos naturales.

No faltan, desde luego, autores que han establecido diversos matices respecto de estos precedentes: desde quienes reducen a

(137) De ello se harían eco en la época, entre otros, L. B. BOUDIN, «Government by Judiciary», en *Political Science Quarterly*, Vol. 26, No. 2, June 1911, pp. 238 y ss.; en concreto, p. 244. Asimismo, Horace H. LURTON, «A Government of Law or a Government of Men?», *op. cit.*, p. 16.

(138) Así, por ejemplo, William M. MEIGS, «The American Doctrine of Judicial Power, and Its Early Origin», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, Volume 47, 1913, pp. 683 y ss.; en concreto, pp. 683-684 y 693. En fechas próximas, Gerber se ha hecho eco del hecho de que sobreviven informes de cinco precedentes de decisiones de tribunales estatales en favor de la *judicial review* con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Scott Douglas GERBER, «The Myth of *Marbury v. Madison*...», *op. cit.*, p. 8.

(139) Edward S. CORWIN, «The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress», en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Volume IV, 1905-1906, pp. 616 y ss.; en concreto, pp. 621-622.

(140) Cfr. al respecto, Austin SCOTT, «Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent», en *The American Historical Review*, Vol. 4, No. 3, April 1899, pp. 456 y ss.; en concreto, p. 458.

tres o cuatro los casos de ejercicio de la facultad de *judicial review* (141), hasta quienes, en fecha más reciente, se hacen eco (142) de cómo en los últimos recuentos, los historiadores han descubierto siete precedentes para la *judicial review* en la década que va de la Declaración de Independencia a la elaboración de la Constitución Federal.

Particular interés presenta la posición de Crosskey, quien, en una ya clásica (y hartamente controvertida) obra (143), refiriéndose tan sólo a casos de la etapa revolucionaria, esto es, del período que culmina en 1787, alude a nueve supuestos precedentes de la *judicial review* de lo que, como antes decíamos, llama la «lista tradicional», de los que considera que el más antiguo es un caso fechado en 1778, aunque no recogido en las respectivas actas («unreported») en el Estado de Virginia, si bien el propio autor admite que este caso viene siendo refutado como tal precedente desde 1914, para ir él mismo, seguidamente, cuestionando el resto de casos de la lista. Al margen ya de que algunos de tales casos sean discutibles y de que la aplicación de la doctrina de la *judicial review* sea esporádica, por lo que se ha hablado de un «embryonic stage» de la praxis de la *judicial review* con anterioridad a 1787 (144), incrementándose tras la aprobación de la Constitución federal en el ámbito de los tribunales estatales, es lo cierto que con anterioridad a 1787 diferentes tribunales de, entre otros Estados, New Jersey, Virginia, Rhode Island, Nueva York y Carolina del Norte, aplicaron la doctrina o reconocieron su legitimidad. En otra obra clásica, Goebel se ha referido a cinco *leading cases* en los que los tribunales estatales se enfrentaron a la cuestión de la *judicial review* en la década de 1780, concluyendo que en cuatro de ellos los tribunales decidieron que disponían de la facultad de anular la legislación inconstitucional («to invalidate unconstitutional legislation»), mientras que en el quinto, en Nueva York, un tribunal, realmente, derribó una ley con el pretexto de su interpretación («un-

(141) Forrest McDONALD, *The Presidency of Thomas Jefferson*, The University Press of Kansas, Lawrence/Manhattan/Wichita, 1976, p. 49.

(142) Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, pp. 1295-1296.

(143) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, *op. cit.*, Vol. II, p. 944.

(144) Suzanna SHERRY, «The Founders' Unwritten Constitution», *op. cit.*, p. 1135.

der the guise of interpretation»)(145). Hubo otros casos en Massachusetts y en New Hampshire en los que se viene considerando por un sector de la doctrina que fueron declaradas inconstitucionales algunas previsiones legales.

De resultas de todo lo expuesto, puede sostenerse que, no obstante la controversia doctrinal desencadenada por algunos de esos casos, en su conjunto, proporcionan una significativa evidencia de una relativamente generalizada aceptación en los Estados, ya en un momento anterior a la Convención Federal, de la facultad de los tribunales de anular leyes emanadas de las asambleas legislativas estatales con base en su contradicción con las Constituciones escritas o incluso con principios fundamentales no escritos reconducibles al Derecho natural (146). Es cierto que el número de tales casos es reducido, lo que ha dado a pie a que un sector de la doctrina los infravalore como precedente (147). Los detractores de la doctrina han acudido asimismo al hecho de la controversia que supuestamente desencadenaron algunos de estos casos, como los de *Rutgers v. Waddington* o *Trevett v. Weeden*, soslayando que las Legislaturas (como acontecería con la de Rhode Island con ocasión del *Trevett case*) tuvieron mucho que ver con la generación de esa supuesta «opinión pública» contraria a la doctrina, al intentar en alguna ocasión la destitución de los jueces proclives a la misma, ignorando cualquier atisbo de independencia judicial, asentados en el principio de la absoluta supremacía legisla-

(145) J. GOEBEL, *History of the Supreme Court of the United States: Antecedents and Beginnings to 1801*, 1971, vol. I, pp. 125-142. Cit. por William E. NELSON, «Changing Conceptions of Judicial Review: the Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860», en *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)*, Volume 120, 1971-1972, pp. 1166 y ss.; en concreto, p. 1167.

(146) Desde el inicio, —escribía Lurton hace justamente un siglo— se ha entendido por los tribunales americanos, que una función propia de ellos era la de declarar nulo un estatuto legislativo si era encontrado incompatible con la Constitución, doctrina que se originó en los tribunales de los Estados mucho antes de la adopción de la Constitución Federal. Horace H. LURTON, «A Government of Law or a Government of Men?», *op. cit.*, p. 16.

(147) Así, para Boudin, estos casos no proporcionan un cuerpo de opinión de influencia dominante. Simplemente prueban que poco antes de la adopción de la Constitución, unos pocos jueces hicieron tímidos y aislados intentos de ejercitar la facultad de *judicial review*, lo que por cierto originó (siempre según Boudin) indignación general, siendo llamados los jueces a explicar su conducta. Louis B. BOUDIN, «Government by Judiciary», *op. cit.*, p. 244.

tiva, que en muchos casos se confundía con una puerta abierta de par en par al abuso de las asambleas legislativas. Pero al margen ya de lo más o menos convincentes que puedan parecer estos precedentes judiciales, los mismos han de ser engarzados con el clima intelectual de la época. Cuanto hemos venido exponiendo creemos que revela una incipiente cultura jurídica, que se remonta a la época colonial, proclive a las bases sobre las que se habrá de asentar la *judicial review*, y si se atiende a este dato, los precedentes jurisdiccionales, que no se van a circunscribir a un único territorio, cobran un valor mucho más significativo. Por lo mismo, Schwartz (148) ha podido considerar la doctrina de la *judicial review* como una parte del *living law* durante la década anterior a la aprobación de la Constitución Federal.

Por lo demás, aunque los casos de *judicial review* de esta etapa son limitados, como ya ha quedado claro, su examen revela una variedad de enfoques interpretativos. Treanor ha considerado (149) que algunos de estos casos reflejan una amplia concepción («a broad conception») de la *judicial review*, circunstancia que se puede constatar cuando las leyes impugnadas afectan al derecho a un juicio con jurado o, en general, a cuestiones judiciales, mientras que la única ley impugnada no reconducible a tales materias fue mantenida a pesar de la gran tensión existente entre la norma legal y las disposiciones constitucionales pertinentes (150).

II. No podemos detenernos aquí en un profundo examen de estos casos (151), por lo que nos limitaremos a un brevísimo recordato-

(148) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 12.

(149) William Michael TREANOR, «Judicial Review Before *Marbury*», *op. cit.*, p. 496.

(150) Treanor contabiliza un total de siete casos en los que la *judicial review* fue ejercitada para evitar la aplicación de leyes contrarias a las respectivas Constituciones, siendo de destacar el caso *Holmes v. Watson* (1780), para este autor «the first judicial review case» y los *Ten Pound Act Cases* (1786-1787), concernientes uno y otros a impugnaciones constitucionales frente a leyes que limitaban el juicio por jurados («statutes limiting jury trials»). Cfr. al efecto William Michael TREANOR, «Judicial Review Before *Marbury*», *op. cit.*, pp. 497 y 474 y ss.

(151) Nos remitimos al respecto al penúltimo epígrafe de nuestro trabajo «Los primeros pasos del Tribunal Supremo norteamericano: la *pre-Marshall Court* (1790-1801)», en *Revista de Direito Público*, *op. cit.*, en particular, pp. 71-83. En nuestro país será publicado

rio de los mismos. El caso *Holmes v. Walton* (1780) es, posiblemente, uno de los más conocidos y no faltan autores que lo consideran como el primero de una serie de decisiones a través de las cuales se estableció la doctrina de la *judicial review* (152), siendo de destacar el rol creativo del *Chief Justice* David Brearly y de sus Jueces Asociados de la *Supreme Court of New Jersey*.

En aplicación de una ley de New Jersey, aprobada el 8 de octubre de 1778 (153), que condenaba los intercambios de bienes con el enemigo, posibilitando que cualquiera pudiera incautarse de los bienes adquiridos por esa vía, encomendando la pertinente decisión, llegado el caso, al juez de paz del condado, que, a petición de cualquiera de las partes, había de convocar un jurado de tan sólo seis miembros, de acuerdo con lo establecido por una Ley de 11 de febrero de 1775, a la que reenviaba la Ley de octubre de 1778, no permitiéndose apelación en el supuesto de que el veredicto fuera dado por el jurado, el Sr. Elisha Walton (que, aprovechándose de las previsiones legales, se había incautado de un conjunto de mercancías de gran valor en posesión de John Holmes y Solomon Ketcham, a quienes acusó de conseguir las tras las líneas enemigas) obtuvo un veredicto favorable de un juez de paz del «Monmouth County» el 24 de mayo de 1779, en un proceso con un jurado de seis miembros.

Holmes y Ketcham instaron a la *Supreme Court of New Jersey*, mediante un *writ of certiorari*, un nuevo pronunciamiento, aduciendo que un jurado integrado tan sólo por seis hombres era contrario

en la obra colectiva en homenaje al Profesor Jorge de Esteban. En dicho epígrafe abordamos justamente la cuestión de «los tribunales estatales y su ejercicio de la *judicial review* en el cuarto de siglo posterior a la Revolución (1776-1801)».

(152) Tal es el caso de Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts...», *op. cit.*, p. 233. También Crosskey alude a cómo *Holmes v. Walton* «has generally been regarded — as, indeed, it was, by some, even before that event — as the earliest known state precedent in the field», no obstante lo cual, a renglón seguido, procede a relativizarlo notablemente como tal precedente. William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, Vol. II, pp. 948 y ss.

(153) La Ley de la Legislatura de New Jersey pretendía combatir el perverso crecimiento de intercambios de ciudadanos del Estado con el enemigo inglés, pues después de la batalla de Monmouth, en junio de 1778, los ingleses habían establecido su cuartel general en New York, reteniendo durante el resto de la guerra la posesión de la «Staten Island», adyacente a New Jersey.

a Derecho, contrario a la Constitución de New Jersey («contrary to the constitution, practices, and laws of the land»)(154). La Constitución de New Jersey, de 2 de julio de 1776, establecía el juicio por jurados (155), pero sin ninguna precisión acerca de la naturaleza del jurado ni de su composición, aunque la consagración de tal derecho se ubicaba en un párrafo en el que se llevaba a cabo una remisión de carácter general al *common law*. De esta forma, lo determinante parecía ser la alusión a las «laws of the land», en cuanto que vendrían a completar las previsiones constitucionales, y las «leyes de la tierra» —alusión que, probablemente, venía referida «to various charters and legislative enactments» (156)— establecían desde tiempo casi inmemorial que el jurado estaría compuesto por doce hombres (157).

El Tribunal consideró que la ley estatal estableciendo un jurado de seis miembros era contraria a la Constitución estatal en cuanto violatoria del derecho al «trial by jury», esto es, a un juicio por jurados. Sin embargo, la Legislatura, anticipando la decisión final de la Corte, reformó la ley inconstitucional. Para Scott (158), ninguna duda puede quedar de que el *Chief Justice* Brearly y sus Asociados se enfrentaron a la cuestión de la constitucionalidad firmemente, y a través de su sentencia anunciaron el principio de la tutela judicial («guardianship») de la Constitución frente a los abusos queridos o involuntarios de la ley ordinaria. Pero la sentencia tendría un impac-

(154) Entre las varias razones en que el abogado de los demandantes justificaba que la inicial condena de sus clientes había de ser anulada, figuraba la siguiente: «Because the jury sworn to try the above cause and on whose verdict judgment was entered, consisted of six men only, when by the Laws of the Land it should have consisted of twelve men». *Apud* Austin SCOTT, «Holmes vs. Walton...», *op. cit.*, pp. 457-458.

(155) La Sección XXII de la Constitución de New Jersey disponía. «That the common law of England, as well as so much of the statute law as have been heretofore practiced in this colony shall still remain in force, until they shall be altered by a future law of the legislature; such parts only excepted as are repugnant to the rights and privileges contained in this Charter; and that the inestimable right of trial by jury shall remain confirmed as a part of the law of this colony, without repeal forever».

(156) Suzanna SHERRY, «The Founders' Unwritten Constitution», *op. cit.*, p. 1141.

(157) El Capítulo XXII de la West Jersey «Concessions and Agreements» de 1676 establecía. «That the trial of all causes, civil and criminal, shall be heard and decided by the verdict or judgment of twelve honest men of the neighborhood».

(158) Austin SCOTT, «Homes vs. Walton...», *op. cit.*, p. 460.

to que desbordaría los límites territoriales de New Jersey, dejando una profunda huella sobre el vecino Estado de Pennsylvania cinco años después (159).

III. Virginia ha sido probablemente el Estado en el que encontramos mayor número de manifestaciones proclives a la *judicial review*, y no nos referimos tan sólo a casos judiciales, sino a otras diversas tomas de posición en torno al tema (160). En el ámbito judicial iba a tener un particularísimo interés el llamado *Case of the Prisoners* (161), resuelto en 1782 por la *Virginia Court of Appeals*, y que el periodista Daniel Call denominó *Commonwealth v. Caton*, al publicar en 1827 un informe sobre este caso judicial. Treanor se ha ocupado con detalle del caso, descubriendo dos conjuntos de notas de abogados que se encontraban en colecciones de papeles personales y que nunca habían sido publicadas ni analizadas por los estudiosos de la *judicial review*. Se trataba de las notas acerca del caso de Edmund

(159) Recuerda Scott que cinco años después (en 1785), el Gobernador de Pennsylvania, Morris, iba a enviar a la Legislatura del Estado una petición («an address») cuyo objeto era disuadir al cuerpo legislativo de que aprobara una ley para anular el estatuto del Banco Nacional. En tal petición el Gobernador se referiría explícitamente a la sentencia del caso *Holmes v. Walton*, aun sin identificarla en sus propios términos. Estas eran algunas de las reflexiones del Gobernador: «A law was once passed in New Jersey, which the judges pronounced unconstitutional, and therefore void. Surely no good citizen can wish to see this point decided in the tribunals of Pennsylvania. Such power in judges is dangerous; but unless it somewhere exists, the time employed in framing a bill of rights and form of government was merely thrown away». *Apud* Austin SCOTT, «Holmes vs. Walton...», *op. cit.*, p. 464.

(160) Curiosa y harto paradójica es al respecto la posición de Spencer Roane, *Chief Justice* de la *Virginia Court of Appeals*, y uno de los mayores enemigos de Marshall, quien, no obstante ser uno de los mayores críticos de la *Marbury decision*, fue un enérgico defensor de una *judicial review* expansiva hasta el final de su vida, eso sí, como dice Clinton, mientras el mazo del juez («the judge's gavel») se hallaba en manos del *state judiciary*. En esta línea, la Corte de Apelaciones de Virginia, en el caso *Hunter v. Martin*, llegó a sostener unánimemente su facultad para hacer caso omiso de una ley del Congreso de los Estados Unidos por su supuesta disconformidad con la propia Constitución federal. En otra ocasión, el *Judge* Roane declaró en una *separate opinion* que «this Court is both at liberty and is bound to follow its own convictions on the subject». *Apud* Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 1989, p. 106.

(161) Cfr. al respecto, William Michael TREANOR, «The *Case of the Prisoners* and the Origins of Judicial Review», en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), Volume 143, 1994-1995, pp. 491 y ss.

Randolph, *Attorney General* de Virginia, que actuó en el mismo en nombre del Estado, y de St. George Tucker, uno de los miembros designados por el Colegio de Abogados de Virginia para intervenir en el caso, en respuesta a la llamada hecha al Colegio por Edmund Pendleton, el presidente del Tribunal, encaminada a poder oír la opinión de juristas de prestigio acerca del caso. Lo que les iba a otorgar un relevante carácter a tales notas era el hecho de que sus autores fueran figuras relevantes en el mundo jurídico de la época. Edmund Randolph fue miembro de la *Federal Constitutional Convention* y, como tal, propuso el llamado *Virginia Plan*, considerado por algunos como «the principal source for the Federal Constitution» (162), siendo con posterioridad nombrado primer *Attorney General* de los Estados Unidos y posteriormente designado Secretario de Estado, sucediendo en el cargo a Thomas Jefferson. En cuanto a St. Georges Tucker, muy olvidado en nuestro tiempo, fue miembro de la *Virginia Court of Appeals* y juez federal de distrito, así como profesor de Derecho en el prestigiosísimo *William and Mary College*, donde sucedió a uno de los más relevantes profesores de Derecho de la época, George Wythe, además de editor jurídico, siendo su mayor realización en este último campo una edición en 1803 de la monumental obra de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, publicada en cinco volúmenes con notas de referencia a la Constitución y leyes federales y a la legislación de la *Commonwealth* de Virginia. Tucker es, en palabras de Carrington (163), «arguably the most important legal scholar of the first half of the nineteenth century». Por lo demás, estas notas, al parecer, son las únicas fuentes que han sobrevivido de la época revolucionaria en las que los abogados, en un caso en que se impugnó la validez de una ley, discutieron acerca de cómo interpretar las disposiciones constitucionales.

Creemos de sumo interés hacernos eco de algunas de las reflexiones de Tucker en torno a la cuestión (164). Dos son los aspectos

(162) William Michael TREANOR, «The Case of the Prisoners and the Origins...», *op. cit.*, p. 494.

(163) Paul D. CARRINGTON, «The Revolutionary Idea of University Legal Education», en *William & Mary Law Review (Wm. & Mary L. Rev.)*, Volume 31, Number 3, Spring 1990, pp. 527 y ss.; en concreto, p. 540.

(164) Sobre la argumentación de Tucker cfr. William Michael TREANOR, «The Case of the Prisoners...», *op. cit.*, pp. 522-529.

tos más relevantes de ellas: su justificación de la *judicial review* y su concepción de la interpretación constitucional. Nos centraremos en el primero de ellos. Tucker comienza invocando la disposición del *Virginia Bill of Rights* conforme a la cual, «los poderes legislativo y ejecutivo del Estado estarían separados y serían distintos del *judiciary*», y la disposición paralela de la Constitución estatal, impidiendo a cada uno de los poderes ejercer las facultades de otro. A partir de aquí la cuestión relevante pasaba a ser la de cuál era la función judicial. «Ahora —razona Tucker— considero que es incontrovertible que el poder que pertenece propiamente al *judiciary department* es explicar cómo las leyes de la tierra (“the Laws of the Land”) se aplican a casos particulares». Que esta facultad de aplicar las leyes a casos específicos fue investida exclusivamente en el *judiciary* era una restricción necesaria sobre la tiranía legislativa («a necessary restraint on legislative tyranny»). Tucker invocará a Montesquieu para señalar que su propuesta coincidía con el espíritu de la Constitución de Virginia: «The judiciary... are by the Constitution appointed as a counterpoise to (the legislature)». Se sigue de todo ello que sólo el *judiciary* (si es que alguno de los «departamentos de gobierno» lo puede hacer) puede decidir lo que es o no es Derecho («what is or is not Law») y, consecuentemente, sobre la validez o nulidad de diferentes leyes, contradiciéndose una con otra («on the validity or nullity of different Laws contradicting each other»). Tucker no alberga dudas de que cuando el conflicto tenga lugar entre una ley y la Constitución, ésta tendrá precedencia «porque es el “baluarte de las libertades” (“Bulwark of the Liberties”) de los ciudadanos de este Estado (*Commonwealth*) conforme concibieron a su *Bill of Rights*, que es declarado la base y el fundamento de nuestro gobierno». De conformidad con esta idea St. George Tucker concibe la Constitución «not lyable to any alteration whatsoever by the Legislative, without destroying that Basis and Foundation of Government». Como fácilmente puede apreciarse, Tucker justificará la *judicial review* como, simplemente, un ejercicio de la función judicial de decidir el Derecho que se ha de aplicar en un litigio concreto.

Retornando al caso propiamente dicho, aunque no podemos entrar a analizar los interesantes planteamientos de Treanor, Profesor de la «Fordham University», cabe señalar que en su artículo sugiere que «un enfoque activista» («an activist approach») de la *judicial review*

puede reivindicar un apoyo originario (165) a la misma, delineando una concepción expansiva del rol judicial basada en la interpretación de una Constitución de acuerdo con su espíritu. Por lo mismo, contribuye significativamente al debate acerca del entendimiento por la generación de los *Framers* del ámbito de la *judicial review*, al ofrecer prueba del activismo judicial, apoyado no en el Derecho natural, sino en una amplia interpretación de la Constitución.

En el *Case of the Prisoners*, John Caton y otros dos hombres condenados a la pena capital por traición, por haber ayudado a las tropas británicas, que temporalmente habían controlado gran parte del Sureste del Estado, reclamaron ante la *Virginia Court of Appeals*, aduciendo que la ley reguladora del delito de traición (*Treason Act*) violaba la Constitución del Estado. Treanor ha considerado este caso como el primero en que un tribunal americano, después de la Independencia, se enfrentó a la cuestión de si podía declarar inconstitucional una ley (166), aunque ciertamente no podemos olvidar que dos años antes similar situación se había planteado en New Jersey. El caso tendría también una gran proyección. Piénsese tan sólo en que James Madison siguió muy de cerca sus vicisitudes al hilo de una intensa correspondencia sobre el mismo tanto con Edmund Randolph como con Edmund Pendleton, presidente del Tribunal, llegando incluso a hacerse con las notas en que este último sustentó su *opinion*.

La Corte de Apelaciones de Virginia, integrada por ocho miembros, se pronunció a través de ocho *separate opinions*. Aunque la argumentación sustentada para no invalidar la ley es objeto de controversia, según la crónica antes mencionada de Daniel Call, el presidente del Tribunal, Pendleton, hizo suyo el argumento hermenéutico de Randolph, concluyendo que la *Treason Act* era congruente con la Constitución de Virginia, reservándose pronunciarse acerca de la cuestión de si un tribunal podía declarar nula una ley de resultas de su inconstitucionalidad. Sin embargo, los siete jueces restantes se pronunciaron claramente en favor de la facultad del tribunal de declarar la invalidez de una ley por su contradicción con la Constitución, pero, al igual que Pendleton, aceptaron la argumentación

(165) William Michael TREANOR, «The Case of the Prisoners...», *op. cit.*, p. 498.

(166) *Ibidem*, p. 496.

de Randolph favorable a la constitucionalidad del texto legal (167). La doctrina se ha hecho especial eco (168) del explícito apoyo a la *judicial review* de dos de los más destacados miembros de la Corte, James Mercer y George Wythe, éste precisamente profesor de John Marshall. Vale la pena recordar que, según el varias veces citado informe de Daniel Call, la argumentación avanzada por Wythe en favor de la *judicial review* se asienta en el principio de la separación de poderes. El *judiciary* sería el árbitro neutral («the neutral arbiter»), aplicando los límites establecidos por la comunidad a través de la Constitución. Wythe dejará claro, de un lado, que la cuestión en el caso es la de si la legislatura ha excedido sus poderes constitucionalmente delegados, y de otro, que el propósito de la *judicial review* es el del control (por el *judiciary*) de las otras «ramas» del gobierno (169).

Seis años después de esta decisión, en 1788, la cuestión de la *judicial review* volvió nuevamente a plantearse en el igualmente interesante *Case of the Judges* (170), que derivó de un intento de la Legislatura de Virginia de imponer deberes adicionales y extrajudiciales a los tribunales. Los jueces reaccionaron dirigiendo una reconvencción («remonstrance») a la Legislatura en la que expresaron su pesar por ser obligados a soslayar la cuestión de constitucionalidad de una ley, declarando que la alternativa que tenían ante sí era o decidir la cuestión o renunciar a sus cargos.

(167) Sobre la decisión propiamente dicha de la *Virginia Court of Appeals*, cfr. William Michael TREANOR, «The Case of the Prisoners...», *op. cit.*, pp. 529-538.

(168) Tal es el caso, entre otros, de Otis H. STEPHENS, Jr., en «John Marshall and the Confluence of Law and Politics», en *Tennessee Law Review (Tenn. L. Rev.)*, Volume 71, 2003-2004. pp. 241 y ss.; en concreto, p. 242.

(169) «I have heard —escribía George Wythe— of an english chancellor who said, and it was nobly said, that it was his duty to protect the rights of the subject, against the encroachments of the crown; and that he would do it, at every hazard. But if it was his duty to protect a solitary individual against the rapacity of the sovereign, surely, it is equally mine, to protect one branch of the legislature, and, consequently, the whole community, against the usurpations of the other: and whenever the proper occasion occurs, I shall feel the duty; and, fearlessly, perform it». *Apud* William Michael TREANOR, «The Case of the Prisoners...», *op. cit.*, p. 533.

(170) Cfr. al respecto, Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional», en *Political Science Quarterly*, Vol. 5, No. 2, June 1890, pp. 224 y ss.; en concreto, p. 243.

No deja de ser una circunstancia harto significativa, que la formación jurídica de Marshall quedara circunscrita a la asistencia durante un período de tiempo más bien corto a las clases impartidas precisamente por George Wythe en el *William and Mary College* (1780), y que el propio Marshall, entonces un abogado de 27 años en Richmond, estuviera presente en las sesiones del famoso caso. Ciertamente, el tema, harto controvertido, de la legitimidad de la *Marbury opinion*, escrita por Marshall, se ha tratado de ubicar por lo general en el contexto de la historia constitucional nacional y de la aceptación a ese mismo nivel nacional de la *judicial review*, pero a la vista del contexto jurídico-cultural que nos revela el *Commonwealth v. Caton case*, o caso de los prisioneros, quizá debiera también vincularse la inequívoca postura de Marshall en favor de la *judicial review* con ese clima jurídico virginiano de los años 1780.

IV. También en el Estado de Nueva York encontramos un célebre caso, *Rutgers v. Waddington* (1784), decidido por la *Mayor's Court of New York*, esto es, por la que podríamos denominar Corte de la Alcaldía de Nueva York, desencadenado por la *Trespass Act* (Ley de Entradas ilegales), una ley estatal del año anterior que autorizaba la presentación de demandas por los propietarios contra quienes hubiesen ocupado sus casas de conformidad con las *British orders* durante la ocupación británica. Al amparo de la ley, Elizabeth Rutgers presentó una acción de entrada ilegal contra Joshua Waddington, un ciudadano británico que había ocupado su propiedad de Nueva York durante la guerra revolucionaria. Alexander Hamilton actuó en este famoso caso como abogado de Waddington, esgrimiendo en su defensa dos argumentos principales: 1) que considerar a su defendido responsable de una entrada ilegal violaba «the law of nations» (171), y 2) que tal consideración vulneraba asimismo el tratado suscrito entre los Estados Unidos y la Gran Bretaña.

(171) La doctrina ha aludido a que Hamilton adujo que la ley violaba la *natural justice*, y que la decisión judicial pareció sustentarse en este fundamento. En tal sentido, Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts...», *op. cit.*, p. 237. Esta es, en el fondo, la misma idea de Sherry, para quien la argumentación de Hamilton acerca de la sustancia de la «law of nations» y de cómo la misma debía aplicarse al caso, sugiere una noción general de «law of nations as part of unwritten but judicially enforceable fundamental law». Suzanna SHERRY, «The Founders' Unwritten Constitution», *op. cit.*, p. 1137.

La Corte apoyó formalmente la ley estatal, pero denegó la petición de la demandante, concluyendo que, al aprobar la Ley de entradas ilegales, la Legislatura de Nueva York no podía tener la intención de promulgar un texto legal incompatible con «the law of nations», al menos no sin una *non obstante clause*, haciendo saber su intención. De esta forma, el Tribunal interpretó que la ley impedía el pleito instado por la demandante, no obstante su nítido lenguaje en contrario, por lo que un sector de la doctrina ha hablado, lisa y llanamente, de que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la *Trespass Act* (172). La Corte newyorkina vino a equiparar «the law of nations» con «the law of nature», sustentando en último término la decisión en principios generales y en la consideración de que «the act was against natural reason and justice», más que en un conflicto concreto entre el texto legal y un «fundamental written law» (173).

La decisión, ciertamente, desencadenó una enorme controversia, propiciando frecuentes mítines populares en su contra («a storm of protests», según Boudin), lo que es bastante comprensible, ya que perjudicaba los intereses de buen número de los newyorkinos propietarios de viviendas. Se tachó al *judiciary* de usurpador de poder. La propia Asamblea de Nueva York (*the New York Assembly*) intervino en el asunto, intentando sin éxito expulsar al Juez Duane (principal responsable de la sentencia) del cargo, y aprobando al respecto una resolución de la que entresacamos el siguiente párrafo:

«Resolved, that the judgment aforesaid is, in its tendency, subversive of all law and good order and leads directly to anarchy and confusion; because if a court instituted for the benefit and government of a corporation may take upon them to dispense with and act in direct violation of a plain and known law of the State, all other courts, either superior or inferior, may do the like; and therewith will end all our dear-bought rights and privileges, and legislatures become useless» (174).

(172) William M. MEIGS, «The American Doctrine of Judicial Power...», *op. cit.*, p. 690.

(173) William M. MEIGS, «The Relation of the Judiciary to the Constitution», en *American Law Review*, Volume 19, 1885, pp. 175 y ss.; en concreto, p. 180.

(174) *Apud* L. B. BOUDIN, «Government by Judiciary», en *Political Science Quarterly*, Vol. 26, No. 2, June 1911, pp. 238 y ss.; en concreto, p. 246.

La sentencia, con todo, no puede considerarse, a nuestro juicio al menos, precisamente modélica, por no haberse manifestado con claridad sobre la inconstitucionalidad del texto legal combatido por Hamilton, revelando la decisión una clara incongruencia. Ello se tradujo en que la sentencia no ofreciera mucha seguridad jurídica. De modo sorprendente, el propio Hamilton manifestó posteriormente que en su bufete había recomendado y dirigido actuaciones con vistas a subsiguientes procesos con base en el mismo texto legal que antes había combatido.

V. Indiscutible interés presenta también el caso *Trevett v. Weeden*, decidido en 1786 por la *Superior Court of Judicature* de la ciudad de Newport, en el Estado de Rhode Island. Autores tan relevantes como Bryce, Cooley y Fiske lo han citado como «the first case in which the courts held an act of the legislature unconstitutional and void on the precise ground of conflict with the fundamental law» (175). Y Corwin señaló, que de todos los considerados como «precedentes» de la *judicial review* que anteceden a 1787, el único que propició el más elaborado razonamiento sobre sus fundamentos teóricos y que produjo la más evidente impresión sobre los miembros de la Convención fue el caso *Trevett v. Weeden*.

Como ha sido frecuente, la sentencia del caso no ha sido encontrada, pero sí está disponible un muy elaborado informe del caso del que es autor James Varnum, primer abogado de la defensa. En cuestión estaba una controvertida ley de Rhode Island que exigía a los comerciantes locales que aceptaran billetes de banco de curso legal, exigencia a la que, dadas las presiones inflacionistas de la época, los comerciantes se negaban. La ley establecía diversas sanciones a los comerciantes que se negaran a aceptar el papel moneda, que queda-

(175) De ello se hace eco Charles B. ELLIOTT, en «The Legislatures and the Courts...», *op. cit.*, p. 233, si bien este autor considera errónea esta tesis porque, aunque la cuestión fue planteada y razonada y atrajo una gran atención, la realidad fue que la acción resultó desestimada por falta de jurisdicción y la cuestión constitucional no fue, pues, objeto de decisión. También William M. MEIGS, en «The Relation of the Judiciary to the Constitution», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, Volume 19, 1885, pp. 175 y ss., subraya que aunque el derecho del *judiciary* en el ámbito de la *judicial review* fue primeramente sostenido en Virginia, al menos ya en 1782, «the earliest clearly established decision is in Rhode Island» (p. 178).

ban sujetos a un proceso sin el beneficio de un jurado. El cliente de Varnum era uno de esos comerciantes.

Varnum iba a desarrollar la teoría de un Derecho superior a los estatutos legislativos, apelando, indistintamente, a los principios generales de la Carta de Rhode Island, a la «invariable costumbre», a la «Magna Carta», al «fundamental law», a la ley de la naturaleza («the law of nature») y a la ley de Dios («the law of God»)(176). Varnum se planteó de inmediato la cuestión de si los jueces tenían una facultad de abrogar, enmendar, alterar o hacer nuevas leyes. Su respuesta era inequívoca: «God forbid! In that case they would be legislators», a lo que añadía de inmediato: «But the *judiciary* have the sole power of judging of laws... and can not admit any act of the legislatures as law against the Constitution».

Tan importante como los razonamientos de Varnum acerca de la existencia de la facultad de *judicial review* sería su argumentación acerca del porqué esa facultad debía de ser ejercida: para proteger los derechos individuales. Justamente, el ataque sustancial del abogado contra la ley provenía de su violación del juicio por jurados («trial by jury»), un derecho inalienable que la legislatura no podía con justicia infringir. Como recuerda la doctrina (177), la argumentación de Varnum estaba repleta de referencias a la «sanctity of individual rights» y al hecho de que el régimen americano estaba basado en el aseguramiento de esos mismos derechos.

Como la sentencia del Tribunal no ha sido encontrada, la reacción del mismo a los razonamientos de Varnum no es del todo clara. Los informes de los periódicos de la época indican que la mayoría de los jueces se mostraron receptivos a la posición sustentada por Varnum. Las resoluciones posteriores de la Legislatura de Rhode Island, condenando la manera de tratar el caso por parte de los jueces ofrece una prueba añadida del hecho precedente. Tanto en este caso como en *Rutgers v. Waddington*, los defensores del absolutismo legislativo blackstoniano formularon fuertes protestas en nombre, como es

(176) Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory...», *op. cit.*, p. 523.

(177) Scott Douglas GERBER, «The Myth of *Marbury v. Madison* and the Origins...», *op. cit.*, p. 10.

obvio, de la amenazada autoridad legislativa. Corwin ha visto otro elemento de conexión entre este caso y el newyorkino *Rutgers case*. En ambos, el tribunal decidió contrariamente a las pretensiones de la parte que confiaba en la ley, pero lo hizo así con base en unos fundamentos que evitaban su sometimiento a la cuestión de la *judicial review* (178).

VI. En fin, en Carolina del Norte, la facultad de los tribunales para rehusar la aplicación de una ley a causa de su inconstitucionalidad fue cuidadosamente considerada y razonada en el caso *Bayard v. Singleton*, litigio que coincidió parcialmente con la Convención de Filadelfia, quedando resuelto a fines de mayo de 1787.

Como la mayoría de los Estados durante la Revolución, Carolina del Norte confiscó las propiedades de aquellos individuos que permanecieron leales a los británicos. El caso en cuestión afectaba a una ley que exigía de los jueces desestimar, sin entrar a considerar el fondo del asunto, cualquier acción planteada por una persona que pretendiera recuperar el título de su propiedad confiscada. En una decisión breve, la *Supreme Court of North Carolina* declaró unánimemente la inconstitucionalidad de la ley en cuestión con fundamento en que en la búsqueda por un individuo de la recuperación de su propiedad confiscada, el mismo tenía derecho a «a jury trial on the merits of his or her claim» (179).

Una vez más, la sentencia no dejó de levantar polémica. James Iredell, que tres años después llegaría a la Corte Suprema de la nación, y que unos meses antes había publicado su famoso escrito «To the Public», del que ya nos hemos hecho eco, en el que, recordémoslo, enfatizaba la necesidad de refrenar a la legislatura, artículo que,

(178) Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory...», *op. cit.*, p. 530.

(179) En la sentencia, los jueces de la Corte Suprema de Carolina del Norte razonaban como sigue: «that the obligation of their oaths and the duty of their office required them, in that situation, to give their opinion on that important and momentous subject; and that notwithstanding the great reluctance they might feel against involving themselves in a dispute with the legislature of the state, yet no objection of censure or respect could come in competition or authorize them to dispense with a duty they owed to the public in consequence of the trust they were invested with under the solemnity of their oaths». *Apud* Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts...», *op. cit.*, p. 238.

como se admite de modo generalizado, influyó notablemente sobre el criterio de los jueces, se pronunció claramente en defensa de la sentencia dictada por la Corte, escribiendo al respecto lo que sigue:

«The duty of that (the judicial) department I conceive in all cases is to decide according to the laws of the State. It will not be denied, I suppose, that the Constitution is a law of the State, as well as an act of Assembly, with this difference only, that it is the fundamental law, and unalterable by the legislature, which derives all its power from it.... The judges, therefore, must take care at their peril, that every act of Assembly they presume to enforce is warranted by the Constitution, since if it is not, they act without lawful authority» (180).

Con posterioridad al escrito de Iredell, Richard Dobbs Spaight, uno de los delegados de Carolina del Norte en la *Constitutional Convention* de Filadelfia, escribió a Iredell recriminándole por haber animado a la Corte a llevar a cabo una usurpación de poder. Iredell le iba a contestar por medio de una carta en la que ampliaría algunas de las consideraciones plasmadas en su escrito «To the Public». Más específicamente, Iredell insistiría en la necesidad de la *judicial review*, pues sin ella los derechos individuales, como el derecho de propiedad, no serían adecuadamente protegidos.

VII. Una particular peculiaridad nos ofrece el Estado de Massachusetts, Estado que parece haber ido más lejos que otros en lo que atañe a la función de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, al haber intentado conceder tal facultad a los tribunales por la vía legal. En 1786, en una ley derogatoria de otras leyes del Estado contradictorias con la aplicación del Tratado de paz con Inglaterra, se establecía: «that the courts of law and equity within this Commonwealth be, and they are hereby, directed and required in all cases and questions coming before them respectively and arising from or touching the said treaty, to decide and adjudge according to the tenor, true intent and meaning of the same, anything in the said acts or parts of acts to the contrary thereof in any wise notwithstanding» (181).

(180) *Apud* Edward S. CORWIN, «The Progress of Constitutional Theory...», *op. cit.*, p. 526.

(181) *Apud* Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts...», *op. cit.*, pp. 238-239.

En relación con el propio Estado, en una carta de 11 de julio de 1788, de J. B. Cutting a Thomas Jefferson, entonces en el extranjero, se aludía a lo que parece ser el primer precedente en Massachusetts de la declaración judicial de una ley como inconstitucional. Cutting, que se refiere al «varonil proceso» («the manly proceeding») de la Corte de Apelaciones de Virginia, aún sin conocer el fondo específico de la causa, cree que puede arriesgarse a aplaudir la integridad de los jueces, que al actuar de tal modo (ejercitando la función de revisión judicial) cumplen con su juramento y sus deberes, para añadir, en referencia a esos mismos jueces de Virginia: «They exalt themselves and their country, while they maintain the principles of the Constitution of Virginia and manifest the unspotted probity of its judiciary department», para aludir finalmente a un ejemplo semejante acaecido en Massachusetts: «I mention that a similar instance has occurred in Massachusetts, where, when the Legislature unintentionally trespassed upon a barrier of the Constitution, the judges of the Supreme Court solemnly determined that the particular statute was unconstitutional» (182). En la siguiente sesión de la Legislatura la ley judicialmente declarada inconstitucional fue abrogada.

La alusión de Cutting levantó la curiosidad de Goodell, editor de las «Acts and Resolves of the Province of Massachusetts Bay», conduciéndole a llevar a cabo ciertas investigaciones que le llevaron a identificar dos casos reconducibles al ejemplo mencionado en la carta a Jefferson. Esos casos, de los que había conocido la *Supreme Judicial Court* de Worcester, en septiembre de 1786, fueron: *Brattle, Admr. v. Hinckley et al.*, y *The Same v. Putnam et al.* (183)

VIII. En definitiva, tras todo lo expuesto, creemos que puede sostenerse que, a nivel estatal, ya antes de la Convención de Filadelfia, los tribunales fueron haciendo suya la teoría de la revisión judicial de las leyes desde los parámetros de las Constituciones estatales, e incluso, en algunos casos (el caso newyorkino *Rutgers v. Waddington* es bien ilustrativo de ello), desde los cánones de los

(182) *Apud* A. C. GOODELL, Jr., «An Early Constitutional Case in Massachusetts», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. VII, 1893-1894, pp. 415 y ss.; en concreto, p. 415.

(183) A. C. GOODELL, Jr., «An Early Constitutional Case...», *op. cit.*, p. 416.

principios no escritos de la *natural justice*. No hay, desde luego, muchas decisiones al respecto, pero el clima jurídico que deja entrever todo lo expuesto es harto significativo.

C) *La Convención Constitucional. Su posicionamiento ante la judicial review*

I. Entre el 25 de mayo y el 17 de septiembre de 1787, una Convención federal se reunía en la planta baja de la *State House* de Filadelfia con la intención de rehacer los *Articles of Confederation* (de 15 de noviembre de 1777), a cuyo través habían sido gobernados los Estados Unidos en ciernes desde 1781, año en que firmaron el documento los dos representantes del Estado de Maryland. Poco tiempo antes, una resolución del Congreso (de 21 de febrero de 1787) había convocado para el segundo lunes del próximo mes de mayo una Convención de delegados nombrados por los diversos Estados, para reunirse en Filadelfia «for the sole and express purpose of revising the Articles of Confederation».

Desde hace bastante más de un siglo viene siendo objeto de discusión doctrinal la cuestión de si los *Founding Fathers* tuvieron o no la intención de que el *federal judiciary* dispusiera de la facultad de declarar sin ningún efecto una ley del Congreso por su transgresión de los límites constitucionales. Por poner un ejemplo significativo, ya en 1905, Corwin, antes de abordar el tema, se hacía eco de la reciente posición contrapuesta sustentada por dos prestigiosas autoridades (184). Y el paso de los años no ha desactivado la polémica.

(184) Recordaba Corwin, que Cotton, editor de las «Constitutional decisions of John Marshall», señalaba al efecto que: «La sentencia (se refiere obviamente a la *Marbury opinion*) es el inicio del sistema americano de Derecho constitucional. En ella, Marshall anunció el derecho de la Corte Suprema a revisar la constitucionalidad de los actos de la legislatura nacional y del ejecutivo», juicio que apoyaba, entre otros argumentos, en que: ningún tribunal de Inglaterra tenía tal facultad; no había una expresa autorización para ello en las palabras de la Constitución; la existencia de tal facultad judicial había sido negada por las demás «ramas» del gobierno y por la mayoría dominante del país, y además, tal facultad no había sido anticipada claramente por los *Framers*. En una posición contrapuesta se situaba el Profesor McLaughlin, en su obra «Confederation and the Constitution», pues, aunque admitía que era difícil hablar con absoluta seguridad, deducía la facultad de la *judicial*

II. La idea de la supremacía de un bloque normativo, que había de quedar en una posición de superioridad sobre el Derecho emanado de los Estados, y a la que se habían de anudar ciertas consecuencias jurídicas, estuvo muy presente desde el primer momento en la Convención de Filadelfia. Una prueba fehaciente de ello la encontramos en que en los prolegómenos del Congreso Constituyente, por unanimidad, el Congreso aprobaba (el 21 de marzo de 1787) una resolución que anticipaba la *supremacy clause*. A través de la misma, se acordaba, «that the legislatures of the several states cannot of right pass any act or acts, for interpreting, explaining, or construing a national treaty or any part of clause of it; nor for restraining, limiting or in any manner impeding, retarding, or counteracting the operation and execution of the same, for that on being constitutionally made, ratified and published, they become in virtue of the confederation, part of the law of the land, and are not only independent of the will and power of such legislatures, but also binding and obligatory upon them» (185). Aunque esta cláusula tenía como referente a los tratados, la alusión que en ella se hacía a ese «law of the land» ya anticipaba que otras normas, primariamente la Constitución, habrían de incorporarse a ese bloque normativo de rango superior. No puede ignorarse por otro lado, que los constituyentes que iban a reunirse en Filadelfia el 14 de mayo de 1787, iniciando formalmente sus trabajos once días después y clausurándolos el 17 de septiembre, habían expresado su deseo de redactar una Constitución, pues desde el primer momento acordaron que no bastaba para la consecución de sus fines con una simple reforma de los «Artículos de la Confederación y Unión perpetua», y de acuerdo con el apotegma ampliamente aceptado de Vattel, que ya había inspirado el pensamiento de James Otis, los legisladores no podían cambiar el texto constitucional sin que ello se tradujera en la anulación de su autoridad.

review de la cláusula constitucional que extiende el poder judicial de los Estados Unidos a todos los casos «originados conforme a esta Constitución». Consideraba McLaughlin, que por la fuerza de la lógica, si no a causa del propósito consciente de los miembros de la Convención, se concedió esta facultad judicial para declarar sin ningún efecto una ley del Congreso contraria al *law of the land*. Edward S. CORWIN, «The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress», en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Volume IV, 1905-1906, pp. 616 y ss. ; en concreto, p. 616.

(185) *Apud* Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 61.

No hubo, pues, necesidad de transigir sobre la cuestión de si la nueva Constitución tenía que ser la «suprema ley del país». La explicación de ello es bien sencilla: el más serio defecto de los *Articles of Confederation* había sido su fracaso en proporcionar al gobierno central un medio de hacer cumplir sus decisiones. El resultado fue que el gobierno nacional era en la práctica inferior a los gobiernos de los Estados miembros aún en lo relativo a los objetivos de la Confederación.

La Constitución iba a pasar a ser considerada *the supreme law of the land*, y en sintonía con tal superioridad, los estatutos (leyes) aprobados por el Legislativo, con independencia ya de que se tratara del Congreso o de las Legislaturas estatales, iban a considerarse válidos, y por lo mismo aplicables, tan sólo si se hallaban de acuerdo con la Constitución. Enormemente significativa al respecto sería la *supremacy clause* del párrafo segundo del Artículo VI de la propia Constitución, que iba a elevar a la mencionada categoría de *supreme law of the land*, junto a la Constitución y los tratados hechos «under the authority of the United States», a «the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof». Aunque no es una interpretación ni mucho menos pacífica entre la doctrina, a nuestro entender, en esa cláusula de superioridad, de alguna manera, ya se hallaba latente la *judicial review*, pues de nada valía proclamar la superioridad de unos determinados textos normativos si los mismos podían ser transgredidos por los legisladores sin que mediase una posibilidad de respuesta jurídica. Implícitamente, pues, la *supremacy clause* suponía un mecanismo de fiscalización de las leyes a efectos de verificar su conformidad o disconformidad con la Constitución.

Sin embargo, lo que más importa no es tanto visualizar el precepto constitucional en que puede encontrar cobertura el ejercicio de la *judicial review*, como constatar si, aunque fuera implícitamente, los *Founding Fathers* hicieron suya esta doctrina, que por todo lo hasta aquí expuesto, es claro que ya existía. Y en tal sentido se han manifestado buen número de relevantes autores, comenzando por Thayer, quien, en su célebre y clásico trabajo ya con anterioridad mencionado, afirmaba: «In the Federal convention of 1787, while the power of declaring laws unconstitutional was recognized,

the limits of the power were also admitted» (186). Quizá haya sido Beard, hace prácticamente un siglo, quien de modo más rotundo, en un sólido y harto convincente trabajo, mostrara cómo la *Constitutional Convention* asumió la doctrina que nos ocupa (187). Y lo hizo precisamente en respuesta a la posición de quienes (como el *Chief Justice* de la Corte Suprema de Carolina del Norte, Walter Clark, el Decano William Trickett, de la *Dickinson Law School*, el Profesor Louis B. Boudin y algunos otros relevantes escritores jurídicos) negaban que los *Framers* hubieran autorizado ni expresa ni implícitamente que el *federal judiciary* se pronunciara sobre la constitucionalidad de las leyes. Volveremos más adelante a este trabajo.

En fechas no tan alejadas, Wright señalaba que hay pruebas suficientes que demuestran que un cierto número de *Framers* asumieron que la *judicial review* sería ejercida tanto por los tribunales federales como por los estatales, sobre la legislación tanto del

(186) James Bradley THAYER, «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *op. cit.*, p. 140. Creemos de interés precisar en una mínima medida cuáles son esos límites a los que alude Thayer. En esencia, podríamos reconducirlos a que sólo cuando la contradicción de la ley con la Constitución sea evidente, se podrá no aplicar esa norma legal. Tras este planteamiento, que, ciertamente, encuentra precedentes por parte de la doctrina y de algunas posiciones jurisprudenciales de los primeros años de vida constitucional, de las que se hace eco en su artículo el autor, nos parece que late el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Para Thayer, esta regla era «algo más que una forma de lenguaje, una mera expresión de cortesía o deferencia» (p. 143). Abundando en esa idea, escribía Thayer más adelante: «It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, —so clear that it is not open to rational question—. This is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply» (p. 144).

La argumentación con la que, a renglón seguido, Thayer sustenta su regla presenta una asombrosa modernidad, pese a los 117 años transcurridos desde que su autor la formulara. Considera Thayer que «esta regla reconoce que habiendo considerado las grandes, complejas y siempre amplias exigencias de gobierno, mucho de lo que parecerá inconstitucional a un hombre o cuerpo de hombres, puede razonablemente no parecerlo así a otro; que la Constitución admite con frecuencia diferentes interpretaciones; que hay a menudo una variedad de opciones y de juicios; que en tales casos la Constitución no impone sobre la legislatura ninguna opinión específica, sino que deja esta variedad de opciones, y que cualquier opción que es racional es constitucional». «This is —concluye Thayer— the principle which the rule that I have been illustrating affirms and supports» (p. 144).

(187) Cfr. al efecto, Charles A. BEARD, «The Supreme Court—Usurper or Grantee?», en *Political Science Quarterly*, Vol. 27, No. 1, March 1912, pp. 1 y ss.

Congreso como estatal. Y aunque el número de manifestaciones al respecto no es grande, el mero hecho de que tales puntos de vista fuesen expresados y sólo muy raramente cuestionados, aunque ninguna propuesta expresa de constitucionalización de esta facultad de revisión judicial fuera hecha, es indicativo de que se presuponía que ninguna sanción constitucional expresa era necesaria para el ejercicio de esta facultad judicial (188). Hace pocos años, de modo similar, Prakash y Yoo argumentaban (189) que los delegados a la Convención asumieron que la *judicial review* existía al margen de cualquier redacción constitucional que pudiera pensarse para autorizar de modo específico cualquier forma de *judicial review* («prior to any language that could be thought to specifically authorize any form of judicial review»).

No han faltado, desde luego, interpretaciones contrarias o que han matizado sensiblemente las precedentes consideraciones. Entre ellas, quizá ninguna ha suscitado más polémica que la de Crosskey, cuya posición puede condensarse en estas palabras: «judicial review was not meant to be provided generally in the Constitution as to acts of Congress, though it was meant to be provided generally as to the acts of the states, and a limited right likewise was intended to be given to the Court, even as against Congress, to preserve its own judiciary prerogatives intact» (190). Esta tesis de que la *judicial review* fue pensada en sede constituyente como un instrumento de control casi exclusivo de la legislación estatal, esto es, como una suerte de «control de federalidad», ha dado lugar a una notable, incluso agria, polémica. Sin ánimo de entrar en ella, aludiremos tan sólo, por la personalidad del objetante, a las ácidas reflexiones vertidas por Hart, quien, cervantinamente, comienza señalando que el «Don Quixote of Chicago» «rompe demasiadas lanzas en sus violentos ataques (“his onslaughts”) contra los molinos de viento de la historia constitucional como para permitir una detallada revisión de cada

(188) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 16.

(189) Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», en *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Volume 70, 2003, pp. 887 y ss.; en concreto, p. 953.

(190) William Winslow COSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, Volume II, p. 1007.

aventura» (191). Para Hart, si la transcrita afirmación de Crosskey finalizara con la palabra «states», omitiendo el último inciso, uno podría haber dicho que tal tesis era muy discutible antes que muy clara, pero a la vista de la totalidad de su tesis, la posición de Crosskey se halla, siempre según Hart (192), simplemente sin relación con la realidad. Con su modelo, el «caballero de La Mancha» («the Knight of La Mancha») ha construido su propio mundo de nunca jamás («a never-never world of his own»), cuyo encanto, si es que lo tiene, reside en su ocasional iluminación de las paradojas y debilidades del mundo real.

Al margen ya de las polémicas, es claro que la Convención Constitucional, formalmente, dejó sin resolver la cuestión del órgano u órganos que habrían de reaccionar jurídicamente cuando las normas dotadas de esa primacía fueran vulneradas por normas inferiores. Para la comprensión del problema subyacente, es importante tener presente que en 1787 existía un cierto temor, al que no escaparían los *Framers*, frente al peligro que podía acechar a los Estados, de opresión por un distante gobierno federal, que se visualizaba en el temor hacia el «legislative despotism» (193). Pero no puede descartarse que a ese temor se uniera otro más irreal y abstracto si se quiere respecto al instrumento de la *judicial review*. Es posible que algunos de los *Founding Fathers* pensaran que esa idea omnipresente desde tiempos lejanos de un *fundamental law*, aunque plasmada ahora en una Constitución escrita, era tan fundamental, tan diferente del Derecho ordinario, que su invocación tenía que ser un ejercicio político excepcional y muy delicado. En ello ha visto Wood una razón explicativa del hecho, a nuestro juicio harto discutible, casi nos atreveríamos a decir que por entero insostenible, de que buen número de delegados en la Convención de Filadelfia miraran la nulidad judicial de la legislación con un sentido de temor y asombro («with a sense of awe and wonder») (194). No obstante estos hipotéticos sentimientos de temor, hubiera resultado perfectamente coherente

(191) Henry M. HART, Jr., «Professor Crosskey and Judicial Review», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Volume 67, 1953-1954, pp. 1456 y ss.; en concreto, p. 1456.

(192) *Ibidem*, p. 1457.

(193) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 8.

(194) Gordon S. WOOD, «The Origins of Judicial Review Revisited...», *op. cit.*, pp. 787 y ss.; en concreto, p. 796.

que la Convención Constitucional abordara de modo frontal la mencionada cuestión, lo que era tanto como decir el tema de la *judicial review*, salvo, claro está, que la misma se considerara tan inherente al ejercicio de la función judicial, que se entendiera innecesaria su positivación, pero lo cierto es que en la Convención no hubo un debate general sobre esa facultad de revisión judicial. No faltarían, como ya se ha dicho, delegados que se mostraron claramente favorables a la *judicial review* (195), al igual que otros, una pequeña minoría en cualquier caso, se opusieron a tal doctrina (196). Y desde luego, y esto es importante que se tenga presente, los *Framers* no arrancaron el concepto de *judicial review* del vacío; por el contrario, ellos volvieron la vista atrás, a la declaración de Coke en el *Bonham's case* (1610). Esto parece fuera de cualquier duda (197).

III. La *judicial review* llegó a ser un tópico para la discusión en la Convención sólo después de que una propuesta emanada de Madison (el denominado *Virginia Plan*) para la adopción de un llamado *Council of Revision* hubiese sido considerada (198) y discutida entre el 17 y el 21 de julio de 1787. Tal órgano, que como ya se ha señalado, tenía precedentes en algunas Constituciones estatales, habría debido quedar integrado por el Presidente y por miembros del *Judiciary*, ejerciendo un poder de veto frente a las leyes cuando ello se entendiere apropiado, y hay que presuponer que se consideraría como tal cuando la ley se opusiese a la Constitución. El *Council of Revision* fue rechazado (dando paso por cierto a la potestad de veto presidencial) al percibirse como una violación del principio constitucional de la separación de

(195) Hay evidencia, señala White, de que algunos de los *Founding Fathers*, Hamilton de modo muy notable, contemplaron la *judicial review* como una potestad a través de la cual una élite judicial independiente podía atenuar («temper») los excesos democráticos de las legislaturas mediante la afirmación de los equilibrios políticos republicanos («the republican political balances») inherentes a la Constitución. G. Edward WHITE, *The American Judicial Tradition*, *op. cit.*, p. 24.

(196) De la relativa discusión convencional en torno a esta cuestión se hace eco Charles BEARD, en *The Supreme Court and the Constitution*, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1962 (copyright 1912 by the Macmillan Company, New York), pp. 17 y ss.

(197) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 23.

(198) Análogamente, P. Allan DIONISOPOULOS and Paul PETERSON, «Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Others Scholars», en *John Marshall Law Review (J. Marshall L. Rev.)*, Vol. 18, 1984-1985, pp. 49 y ss.; en concreto, pp. 56-57.

poderes, pero también porque varios delegados (entre ellos, Elbridge Gerry y Rufus King) esgrimieron que la específica inclusión del *Judiciary* en ese Consejo era innecesaria, en cuanto que, como jueces, dispondrían de la facultad de llevar a cabo un control sobre la legislación («a check on legislation») a fin de pronunciarse sobre su constitucionalidad. A este respecto, recuerda Corwin (199), que cuando se debatió la proposición relativa al *Council of Revision*, varios relevantes delegados, como Gerry de Massachusetts, Wilson de Pennsylvania, Mason de Virginia y Luther Martin de Maryland, sostuvieron en diferentes momentos la facultad de la Corte Suprema y del resto de los tribunales de pronunciarse, al hilo de un litigio de que conocieran, sobre la constitucionalidad de la legislación del Congreso.

Por referirnos a alguna de esas intervenciones, recordaremos que Elbridge Gerry significó que en algunos Estados, con general aprobación, los jueces habían dejado de lado leyes al considerarlas contrarias a la Constitución. Luther Martin declararía a su vez que «as to the constitutionality of laws, that point will come before the Judges in their proper official character. In this character they have a negative on the laws. Join them with the Executive in the revision, and they will have a double negative» (200). Y George Mason, el hombre que desempeñó un papel primario en la redacción, tanto de la primera Constitución de un Estado (el suyo propio, Virginia), como de la primera Declaración de Derechos norteamericana (201), se manifestaría de acuerdo con Martin acerca de la existencia de la *judicial review*, mostrando su discrepancia tan sólo respecto de la consideración de Martin sobre la existencia de «a double negative», por cuanto para Mason, los jueces tan sólo podían impedir en un caso la aplicación de las leyes. «They could declare an unconstitutional law void» (202).

(199) Edward S. CORWIN, «The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress», en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Volume IV, 1905-1906, pp. 616 y ss.; en concreto, p. 619.

(200) *Apud* Mary Sarah BILDER, «The Corporate Origins of Judicial Review», en *The Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Volume 116, number 3, December 2006, pp. 502 y ss.; en concreto, p. 549.

(201) Bernard SCHWARTZ, *Algunos artífices del Derecho norteamericano*, Abeledo Perrot-Editorial Civitas, Buenos Aires, 1989, pp. 22-23.

(202) Bien es verdad que tras esa afirmación Mason apostillaría: «But with regard to every law however unjust, oppressive or pernicious, which did not come plainly under

Si el establecimiento de un «separate body of men» con vistas a que se pronunciara sobre la constitucionalidad de las leyes no dejaba de suscitar problemas (203), la peculiar formación de los jueces, que Elliott caracterizaría como «the middlemen between the pure philosophers and the pure men of government» (204), parecía capacitarles para esa tarea. Parece por lo demás verificado que tanto los proponentes del *Council of Revision* como los delegados opuestos al mismo reconocían que los tribunales revisarían la validez de la legislación emanada del Congreso (205). En cualquier caso, lo que resulta absolutamente incontrovertible es que los delegados convencionales reunidos en Filadelfia tuvieron un conocimiento directo de que los tribunales estatales venían afirmando la facultad de aplicar la propia Constitución del Estado por encima de la legislación estatal que la contradijera, no obstante no apoyarse tal facultad en específicas disposiciones constitucionales. No ha de extrañar por lo mismo, como escribe Warren (206), que «there was a very particular reason why the framers should desire and contemplate similar action on the part of the Federal Judiciary which they were establishing in the new Constitution».

IV. La incomplitud de las actas de la Convención (207) impide una nítida percepción de los posicionamientos en torno al tema, lo

this description, they would be under the necessity as Judges to give it a free course». *Apud* William Michael TREANOR, «Judicial Review Before *Marbury*», *op. cit.*, p. 470.

(203) En 1890, Elliott escribía al respecto lo que sigue: «Nothing could be gained by establishing a separate body of men to pronounce upon the constitutionality of laws. Such a tribunal would be liable to err as the legislature. *Quis custodiet custodes? Tribuni aut ephori?*». Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts...», *op. cit.*, p. 240.

(204) Charles B. ELLIOTT, en *Ibidem*.

(205) En tal sentido, David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court* (The First Hundred Years. 1789-1888), *op. cit.*, p. 70.

(206) Charles WARREN, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Johnson Reprint Corporation, New York and London, 1968, (first published in 1925 by Little, Brown, and Company, Boston), p. 43.

(207) Particularísima importancia tendrían al respecto las *Notes of the Debates* escritas por Madison. Dewey ha escrito que Madison fue tan consciente del significado político de sus *Notes*, que no quiso que fueran publicadas hasta que todos los miembros de la Convención hubieran muerto. Ello explicaría que sólo en 1840, pocos años después del fallecimiento de Madison, ocurrido en 1836, vieran la luz tales *Notes*. Cfr. al efecto, Donald O. DEWEY, «Crosskey versus Madison: James Madison and the United States Constitution» (Book Review), en *University of Richmond Law Review* (*U. Rich. L. Rev.*), Volume 19, 1984-1985, pp. 435 y ss.; en concreto, p. 436.

que puede contribuir a explicar que las interpretaciones doctrinales no sean coincidentes. Con todo, varios relevantes autores, como quien fuera *Chief Justice* de la Corte Suprema, Charles Evans Hughes, en su clásica obra sobre la misma (208), o Berger, en su espléndido libro (209), se han hecho eco del minucioso estudio llevado a cabo por Beard acerca de las posiciones de los *Framers* en torno a la *judicial review*, al que ya hemos aludido, y que, desde luego, nos parece concluyente. En su cuidadoso análisis de las opiniones de los miembros de la Convención, Beard demuestra (210), que de los 55 miembros de la Convención Federal que estuvieron presentes en sus reuniones, por lo menos un tercio de ellos mantuvo una escasa o nula participación en el debate, mientras que algunos otros, aún participando, tuvieron un mínimo peso en el mismo. Hubo 25 miembros que, por razones de su personalidad, capacidad y asiduidad («by reason of character, ability and assiduity»), fueron el elemento dominante en la Convención («the dominant element in the Convention»); pues bien, 17 de ellos se pronunciaron directa o indirectamente a favor del *judicial control*, mientras que otros miembros menos influyentes también parecieron entender y aprobar esta función judicial. Wolfe, por su parte, ha apostillado que, de entre quienes hablaron acerca de la *judicial review* en la Convención, sólo dos delegados rechazaron claramente que el *judiciary* pudiera disponer de tal facultad (211).

No es la anterior la posición de Crosskey (212), para quien la única evidencia relevante en las actas existentes de los debates de la Convención, esto es, en las anotaciones de Madison, es la que se conecta con el cuarto intento fallido (el 15 de agosto) del grupo Madison-Wilson de alcanzar su objetivo de un control judicial sobre la legislación nacional. Este cuarto y último intento se formalizó a través de una moción presentada por Madison, con Wilson como su segundo fir-

(208) Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 79.

(209) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 47-48.

(210) Charles A. BEARD, «The Supreme Court—Usurper or Grantee?», *op. cit.*, pp. 3-4.

(211) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review*, *op. cit.*, p. 74.

(212) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, Vol. II, p. 1018.

mante, encaminada a otorgar a la *Supreme Court* una facultad de veto discrecional sobre la legislación emanada del Congreso. Crosskey va incluso más allá cuando sostiene que la *tripartite theory of constitutional interpretation* es la que prevaleció en el partido Federalista cuando se formó el primer gobierno, lo que conduce a presuponer, dada la cercanía en el tiempo de la Convención Constituyente, que esa fue asimismo la interpretación prevalente de los Federalistas en el *Constitutional Congress*. De acuerdo con esa teoría, cada departamento del gobierno era el juez constitucional de sus propios poderes constitucionales, y cuando la decisión de algún asunto particular implicaba la intervención de más de un departamento, la cuestión había de ser resuelta entre los departamentos interesados (213).

La posición de Crosskey respecto al tratamiento de la doctrina de la *judicial review* por la Convención y, en particular, por Madison, exige de matizaciones adicionales inexcusables. La primera de ellas es la de que la postura de Madison no puede ser sublimada, pues es bien conocida por sus incongruencias y cambios de perspectiva. Incluso su propio biógrafo Irving Brant así lo reconoció. Por lo mismo, sus posicionamientos han de ser relativizados. Con todo, en la Convención, Madison se hizo eco del tema de la *judicial review* (214), señalando francamente en un determinado momento que «a law violating a constitution established by the people themselves would be considered by the Judges as null and void». Y aunque es cierto que Madison cuestionaría que la *Supreme Court* pudiera tener jurisdicción en aquellos casos que, aún entrañando una interpretación constitucional, carecieran de naturaleza judicial («judiciary nature»), no lo es menos que el mismo día en que defendía tal tesis, sostenía que una cláusula específica prohibiendo las leyes con efecto retroactivo que dañen una obligación contractual («retrospective laws impairing contract obligation») era innecesaria ya que «the prohibition on *ex post facto laws*, which will oblige the Judges to declare such interferences (with contracts) null and void». Dicho de otro modo, una ley que vulnerara la mencionada cláusula constitucional era nula y sin

(213) *Ibidem*, p. 1035.

(214) Así lo corrobora en un artículo específicamente dedicado al tema Ketcham. Cfr. al efecto, Ralph L. KETCHAM, «James Madison and Judicial Review», en *Syracuse Law Review (Syracuse L. Rev.)*, Volume 8, 1956-1957, pp. 158 y ss.; en concreto, p. 159.

valor, y así debía ser considerada por los jueces. Ello venía a suponer, que para quien habría de ser el cuarto Presidente de los Estados Unidos era innecesario el establecimiento de cláusulas constitucionales específicamente sancionadoras de las leyes que contradijeran mandatos constitucionales, porque, ante tales normas legislativas, a los jueces (en casos de naturaleza judicial) no les cabía otra opción que la de declarar su nulidad. Es cierto asimismo —y ello es prueba fehaciente de sus incongruencias— que Madison sería el redactor de las *Virginia Resolutions*, de diciembre de 1798, en las que defendió el derecho de los Estados a decidir por sí mismos cuestiones de constitucionalidad, pero también lo es que con posterioridad reconoció repetidamente la *judicial review*.

En definitiva, al margen ya de las discrepancias doctrinales, no parece que pueda caber duda de que el tema de la facultad de revisión judicial fue abordado por los delegados en la Convención, aunque no lo fuera de modo frontal, quizá, como ya hemos tenido oportunidad de decir, porque esta función judicial se consideraba arraigada en el propio rol del *judiciary*, pues los miembros de la Convención relacionaron la función de la *judicial review* con la facultad propia de los jueces en cuanto «expositors of the law», esto es, en cuanto comentaristas o intérpretes del Derecho (215), y muy posiblemente esa fuera la última *ratio* por la que los delegados en la Convención no consideraron necesario constitucionalizar la *judicial review*. En tal sentido, se ha podido escribir que, desde el principio hasta el final de la Convención, los delegados asumieron que la *judicial review* fluiría naturalmente («would flow naturally») del rol del *judiciary*, de conformidad con una constitución escrita que reconocía el principio de la separación de poderes (216).

No faltan, desde luego, interpretaciones que se separan o matizan lo que acaba de decirse. Así, hace ya un siglo, Trickett consideraría

(215) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 561.

(216) Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 940. «Moreover, —añaden de inmediato estos autores— delegates assumed the existence of judicial review even before the Convention approved any language (such as the supremacy clause or the Article III “arising under” jurisdiction) that could be read to authorize judicial review» (*Ibidem*).

equívocos, en lo que a esta cuestión atañe, los debates en la Convención Federal, con base en que aunque Gerry, Martin, Mason y Wilson reconocieron la facultad de los tribunales de apreciar si una ley era o no constitucional, pudiendo rehusar aplicarla en este último supuesto, otros relevantes delegados como Mercer, Dickinson y el Gobernador Morris rechazaron que los tribunales gozaran de tal facultad (217).

V. Las interpretaciones que preceden no pueden, ni pretenden, soslayar que los constituyentes, en último término, no sancionaron la plena aplicación de esta función judicial, pero frente a quienes parecen extraer de ello la existencia en la Convención de una voluntad contraria a la *judicial review* (218), también cabe interpretar tal silencio, y esto es obvio a la vista de lo hasta aquí expuesto, en un sentido contrapuesto: los delegados estatales en la Convención no consideraron necesario plasmar en el articulado de la Constitución una función judicial que no sólo formaba parte del rol comúnmente atribuido al *judiciary*, sino que bien podía asimismo considerarse implícita en el articulado constitucional. Berger zanja el tema en términos rotundos. A su juicio (219), lejos de dejar un registro vago y conflictivo en cuanto a la *judicial review*, los *Framers* se pronunciaron de modo razonablemente claro acerca de que tal revisión judicial era parte del esquema constitucional («was part of the Constitutional scheme»). Desde el principio hasta el final de la Convención Federal la disponibilidad de la *judicial review* fue repetidamente mantenida por los delegados que ejercieron el liderazgo, siendo pocas y débiles las voces de los disidentes.

Ya hemos tenido oportunidad por lo demás de referirnos a cómo la facultad de revisión judicial podía considerarse implícita en determinadas previsiones constitucionales, y más aún en la interpretación

(217) W. TRICKETT, «Judicial Nullification of Acts of Congress», en *North American Review*, Volume 185, May/August 1907, pp. 848 y ss.; en concreto, p. 849.

(218) Hace más de un siglo, Scott escribía: «The guiding spirits of the Convention were evidently reluctant to sanction the full application of this judicial function, at least in its use of testing state laws by the Constitution of the United States». Austin SCOTT, «Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent», en *The American Historical Review*, Vol. 4, No. 3, April 1899, pp. 456 y ss.; en concreto, p. 465.

(219) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 335.

sistemática de las mismas (220). Nos limitaremos, pues, a recordar que la *supremacy clause* del Artículo VI y la sección segunda del Artículo III suelen considerarse las normas que habilitan al *judiciary* para el ejercicio de esta función. Es verdad que la formulación de la cláusula de supremacía no ha dejado de suscitar algunas inquietudes doctrinales. Autor tan versado en la materia como Corwin, hace ya un siglo, se planteaba en relación a esa cláusula algunos interrogantes (221): ¿Porqué la Convención, una vez fijada la supremacía de la Constitución, consideró necesario ordenar a los jueces estatales que prefirieran la *supreme law of the land* frente a las leyes a ella subordinadas? Si se tiene en cuenta que cualquier doctrina de la *judicial review* debe descansar en parte sobre la idea de una ley superior a otra y si el hecho de la superioridad del Derecho nacional sobre el Derecho estatal no proporcionaba, a juicio de la Convención, la suficiente seguridad, ¿porqué no se entendía del mismo modo insuficiente la análoga superioridad de la Constitución respecto de las leyes del Congreso? La respuesta a estos interrogantes creemos que no deja de ser relativamente clara: los jueces a quienes se dirige el mandato del Artículo VI son jueces estatales, esto es, jueces de una jurisdicción independiente; por lo mismo, la Convención consideró que su deber de priorizar el Derecho nacional frente al estatal debía ser declarado en términos inequívocos.

En resumen, aunque los *Founding Fathers* no plasmaron en una cláusula constitucional específica la *judicial review*, hay argumentos suficientes, y en ello concuerda una gran parte de la doctrina, para entender que tal facultad judicial fue implícitamente admitida por los

(220) La conclusión que los *Framers* plasmaron en el texto constitucional es, según Berger, completamente inteligible hoy. «When the Article VI Supremacy Clause — describe Berger— provision that laws made “pursuant to” this Constitution shall be “the Supreme Law of the Land” is read in conjunction with the Article III grant of jurisdiction to entertain “cases... arising under this Constitution”, it seems plain that courts were authorized to decide that laws which were not pursuant to the Constitution were not the “Supreme Law of the Land”. To the ordinary understanding, a claim that a federal “law” is not “pursuant” to the Constitution presents a question “arising” thereunder. The attempts to deprive those texts of their ordinary meaning seem to me altogether unconvincing, and they are repelled by the expressions of the Founders who pointed out that those provisions made judicial review available». Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 335-336.

(221) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 545.

constituyentes, si es que no considerada como algo preexistente en cuanto connatural a la propia función desempeñada por el *judiciary*.

D) *Las Convenciones estatales de ratificación de la Constitución federal*

El Artículo VII de la Constitución exigía la ratificación por las Convenciones de nueve Estados para que la misma pudiese entrar en vigor, aunque tan sólo en los Estados en que hubiese sido ratificada. Ello difería sensiblemente de lo establecido por los *Articles of Confederation*, que habían prescrito la necesaria ratificación por los trece Estados. La trascendencia del proceso de ratificación [que algún autor ha tildado de «a sort of re-convention» (222)] iba a ir mucho más allá del mero cumplimiento de una norma constitucional. Los *Founders* comprendieron perfectamente que la autoridad constitucional iba a proceder, sustancialmente, del proceso de ratificación. Ni la tradición del *common law* ni la del Derecho natural iban a ocupar la imaginación jurídica americana, pues, como escribe Kahn (223), los americanos pensaban que la creación de su identidad política había de verse en un acto de elaboración de Derecho positivo. Por lo mismo, el pensamiento político americano llegó a ser en gran parte «a matter of legal construction of the Constitution rather than abstract speculation» (224). Ignorar esta circunstancia sería ignorar un hecho central sobre la naturaleza política americana y sobre la propia Constitución.

El proceso de ratificación enfrentó a los incondicionales defensores de la Constitución (que iban a ser llamados «Federalistas»), que vieron en ella un instrumento de fortalecimiento de una nación hasta ese momento fragmentada, con los que se oponían a la misma, que se identificarían en un primer momento como los «anti-Federalistas» (reunidos posteriormente en el que se denominaría partido Republi-

(222) Lawrence GOLDSTONE, *The Activist* (John Marshall, *Marbury v. Madison*, and the Myth of Judicial Review, *op. cit.*, p. 32.

(223) Paul W. KAHN, *The Reign of Law*, *op. cit.*, p. 1.

(224) Carl J. FRIEDRICH and Robert G. McCLOSKEY, «The Roots of American Constitutionalism», *op. cit.*, p. LVIII.

cano, que lideraría Jefferson), convencidos de que la creación de una autoridad centralizada, a la que se dotaba de poderes indefinidos y, por lo mismo, difícilmente controlables, era el primer paso hacia la tiranía.

La Constitución, como es de sobra conocido, omitió incluir en su articulado un *Bill of Rights*, muy posiblemente por creer los delegados reunidos en Filadelfia que las libertades individuales se hallaban implícitas en la Constitución que ellos diseñaron (225). Y aunque así no fuera, probablemente, los delegados debieron tener muy presente que todo lo atinente a la libertad individual era una competencia estatal. Esta omisión ha sido considerada por la mejor doctrina (226) como el gran error táctico de la Convención («the one great tactical miscalculation of the Convention»). Y desde luego, los anti-Federalistas harían un *casus belli* de la inexistencia de un *Bill of Rights*, lo que finalmente se resolvería a través del compromiso que supuso la incorporación (formalizada el 15 de diciembre de 1791) de las diez primeras Enmiendas al texto constitucional. Fue Madison quien introdujo en el Primer Congreso las propuestas que llegaron a ser las diez Primeras Enmiendas. No es irrelevante recordar ahora que cuando así lo hizo, Madison dijo que los propios tribunales se considerarían de un modo peculiar los guardianes de aquellos derechos, para añadir: «they would be an impenetrable bulwark against every assumption of power in the Legislative or executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for in the Constitution by the declaration of rights» (227). En estas palabras de Madison estaba claramente latente la facultad de revisión judicial de todos los actos legislativos o ejecutivos que pudiesen poner en peligro los derechos.

La otra gran cuestión objeto de controversia fue la relativa al *federal judiciary*. Los americanos que comenzaron a identificarse «per se» como «anti-Federalistas» se mostraron muy preocupados por las disposiciones constitucionales relativas al poder judicial, temiendo

(225) En tal sentido, entre otros, Lawrence GOLDSTONE, *The Activist*, *op. cit.*, p. 35.

(226) Carl J. FRIEDRICH and Robert G. McCLOSKEY, «The Roots...», *op. cit.*, p. LV.

(227) *Apud* Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 26-27.

que los tribunales federales se convirtiesen en una amenaza contra las libertades locales (228).

a) Algunos posicionamientos sobre la *judicial review* en las Convenciones

En el ámbito del debate surgido en las Convenciones estatales de ratificación iba a estar presente, como no podía ser de otro modo, la cuestión de la *judicial review*. En ellas, con el ánimo de calmar el temor que desencadenaba la posibilidad de futuros excesos por parte del Congreso, se dieron inequívocas seguridades («unmistakable assurances») acerca de que los tribunales declararían nulas las transgresiones de los límites constitucionales llevadas a cabo por el Congreso. Por lo demás, parece claro que en esas Convenciones no se suscitaron voces disidentes, ni de condena de la *judicial review*, ni de reivindicación de la supremacía legislativa. La doctrina ha recordado (229) que, en al menos siete de esas Convenciones, los líderes de los delegados declararon que la Constitución autorizaba la *judicial review* de la legislación federal. En ninguna de esas Convenciones negó nadie que los tribunales pudieran rehusar hacer cumplir las leyes federales inconstitucionales. Ni nadie admitió en ellas en ningún momento que desconociera o ignorara el mecanismo de la revisión judicial.

(228) Familiarizados con un sistema judicial estatal en el que los jurados tenían un decisivo peso, al corresponderles la facultad de pronunciarse tanto sobre los hechos como sobre el Derecho, los anti-Federalistas temían que el Congreso pudiera crear tribunales federales en los que fuese competencia de los propios jueces determinar el Derecho y los hechos, lo que debilitaría el poder de los Estados. De ahí, como se admite generalmente por la doctrina, algunas de las previsiones del *Bill of Rights*, y en particular, de las Enmiendas VI y VII. Esta última garantizaba el derecho a un juicio por jurados en aquellos casos civiles en que la cantidad en controversia superara los 20 dólares («in suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars»). La primera protegía adicionalmente el derecho a un juicio por jurados en procesos criminales (ya contemplado por el Artículo III, Sección 2.^a, párrafo tercero de la Constitución), a través de la garantía de que el jurado sería extraído del distrito en el que el supuesto delito hubiese sido cometido. Adicionalmente, la Enmienda VII garantizaba que ningún hecho declarado por un jurado pudiera ser reexaminado por ningún tribunal federal, más que de conformidad con «the rules of the common law».

(229) Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 956.

Particular relevancia tendrían los posicionamientos sobre esta facultad de revisión judicial en las Convenciones de Virginia y Nueva York, y ello por razones diversas, que van desde el enorme peso específico de esos Estados en la Unión, hasta el hecho de la vital trascendencia que se suponía que tendría su posición sobre la Constitución en el éxito final del proceso de ratificación (230), pasando por la enorme relevancia intelectual y jurídica de muchos de los delegados llamados a intervenir en cada una de esas Convenciones.

En la Convención de Virginia intervendrían personalidades tan relevantes como el Gobernador del Estado, Edmund Randolph, el presidente de la *Virginia Court of Appeals*, Edmund Pendleton, o el propio John Marshall, y anti-Federalistas tan destacados como el anterior Gobernador, Patrick Henry, George Mason y James Madison.

Marshall iba a anticipar en sus intervenciones la doctrina que años después plasmaría en la *Marbury opinion*, haciendo hincapié en la idea de la *judicial review* como efectivo instrumento de control sobre el Congreso. Vale la pena recordar algunas de sus reflexiones al respecto:

«¿Tiene el gobierno de los Estados Unidos — se preguntaba Marshall— un poder para hacer leyes sobre cualquier materia? ¿Puede hacer leyes que afecten al modo de transferir la propiedad, a los contratos, a las demandas entre ciudadanos del mismo Estado? ¿Puede ir más allá de los poderes delegados? Si ellos hicieran una ley no autorizada por ninguno de los poderes enumerados, tendría que ser considerada por los jueces como una infracción de la Constitución (“an infringement of the Constitution”) que ellos han de guardar. Ellos (los jueces) no considerarían que tal ley entrara en su jurisdicción. La declararían nula (“They would declare it void”» (231).

(230) Para comprender esta circunstancia conviene tener en cuenta que, *a priori*, se suponía que la resistencia a la ratificación era insuperable en cuatro Estados (New Hampshire, Maryland, Rhode Island y North Carolina), lo que dejaba a Virginia y Nueva York como piezas clave, pues si las previsiones se cumplían, sin esos Estados era imposible alcanzar los nueve necesarios. Las previsiones no se cumplieron en su totalidad, pues cuando Virginia, primero, y Nueva York, después, ratificaron la Constitución, un total de once Estados lo habían hecho. Sólo North Carolina y Rhode Island se seguían resistiendo.

(231) *Apud* Charles A. BEARD, «The Supreme Court—Usurper or Grantee?», *op. cit.*, p. 25.

Madison confirmaría ante los delegados que la Constitución autorizaba la *judicial review*. Ni siquiera los anti-Federalistas más furibundos negaron la existencia de la facultad de revisión judicial de la legislación federal. Su ataque provino justamente de la consideración de que este instrumento, que no cuestionaban, era ineficaz para combatir los excesos del Congreso. Y así, Patrick Henry, su líder, esgrimió que el *federal judiciary* carecía de fuerza («fortitude») para ignorar las leyes inconstitucionales, pues no era lo suficientemente independiente del Congreso; éste, además, podía acusar («to impeach») a los jueces o aumentarles sus salarios para hacerlos más dóciles. Frente a la debilidad del poder judicial federal, Henry contrapondría la fortaleza del *state judiciary*: «I take it —diría— as the highest encomium on this country (Virginia), that the acts of the Legislature, if unconstitutional, are liable to be opposed by the Judiciary» (232). Como se ve, el líder anti-Federalista hacía una encendida defensa del *judiciary* de su Estado con base justamente en su capacidad de oponerse a las leyes inconstitucionales de la Legislatura de Virginia.

En la *Connecticut Ratifying Convention*, el 7 de enero de 1788, Oliver Ellsworth, que ocuparía la *Chief Justiceship* inmediatamente antes de Marshall, y a quien se atribuye de modo generalizado la paternidad de la *Judiciary Act* de 1789, iba a afirmar en relación a la Constitución objeto de ratificación y al rol judicial frente a los posibles excesos que el legislativo pudiera llevar a cabo:

«Esta Constitución define la extensión de los poderes del gobierno general. Si la legislatura general, en alguna ocasión, pasara por alto sus límites, el departamento judicial es un control constitucional (“a constitutional check”). Si los Estados Unidos van más allá de su poder y hacen una ley que la Constitución no autoriza, es nula (“it is void”) y el poder judicial, los jueces nacionales, quienes, para asegurar su independencia, han de ser hechos independientes, la declararán nula. De otro lado, si los Estados van más allá de sus límites, si hacen una ley que es una usurpación respecto del gobierno federal, la ley es nula, y jueces rectos e independientes la declararán así...» (233).

(232) *Apud* Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 962.

(233) *Apud* *The Founders' Constitution*, edited by Philip B. KURLAND and Ralph LERNER, *op. cit.*, Volume four, p. 232.

En la Convención de Pennsylvania, los oponentes a la Constitución federal no dudaban acerca de que la misma autorizaba la *judicial review* de las leyes federales; lo único que iban a cuestionar (como sería el caso de John Smilie y Robert Whitehill), al igual que sucediera en Virginia, sería la eficacia de tal mecanismo judicial. Frente a tales dudas, James Wilson, de modo harto convincente, incluiría la *judicial review* entre los diversos «checks on the federal government» (234).

En fin, tampoco en la Convención de Maryland faltó información respecto a la posible función del *judiciary* de conformidad con la Constitución. Luther Martin afirmaría a tal respecto: «Whether, therefore, any laws or regulations of the Congress or any act of its president or the officers are contrary to, or not warranted by, the Constitution, rests only with the judges who are appointed by Congress to determine; by whose determination every state must be bound» (235).

En cualquier caso, de los datos expuestos sería un tanto exagerado extraer la conclusión de que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue objeto de un detenido tratamiento y de una expresa aceptación. No parece que pueda haber duda de que la *judicial review* era aceptada hasta por los más enfervorecidos anti-Federalistas, pero con un matiz importante: contemplando su ejercicio respecto de la legislación federal que supusiera un abuso por el Congreso del ámbito de sus competencias. En contrapartida, la *judicial review* de las leyes estatales suscitaría los más serios temores. Pero lo que queda claro de todo lo expuesto es que el instituto de la *judicial review* era conocido y admitido aunque con matices.

(234) Vale la pena recordar algunas de las reflexiones de Wilson: «I say, under this Constitution, the legislature may be restrained, and kept within its prescribed bounds, by the interposition of the judicial department... (I)t is possible that the legislature, when acting in that capacity, may transgress the bounds assigned to it, and an act may pass, in the usual mode, notwithstanding that transgression; but when it comes to be discussed before the judges—when they consider its principles and find it to be incompatible with the superior power of the Constitution, it is their duty to pronounce it void. And judges, independent and not obliged to look to every session for a continuance of their salaries, will behave with intrepidity and refuse to the act the sanction of judicial authority». *Apud* Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 956.

(235) *Apud* Charles A. BEARD, «The Supreme Court—Usurper or Grantee?», *op. cit.*, p. 26.

Las Convenciones estatales de ratificación proyectaron el debate hacia los medios de comunicación. Fueron muchos los comentarios publicados en los periódicos y en diversos folletos acerca del significado de las provisiones constitucionales (innecesario es decir que *The Federalist Papers* constituiría el ejemplo paradigmático), lo que no cabe duda de que constituye una fuente del mayor interés, entre otras razones, por la personalidad y relieve de muchos de los intervinientes en ese debate público. Hay bastante acuerdo entre la doctrina acerca de que tanto los escritores Federalistas como los anti-Federalistas convergieron en asumir que la Constitución autorizaba la *judicial review*, discrepando básicamente acerca de la operatividad de ese instrumento. Mientras los primeros se esforzaron por demostrar que la *judicial review* era un mecanismo de control de gran utilidad frente a los posibles excesos en que pudieran incurrir las dos grandes *branches* del gobierno federal, los segundos minimizaban su importancia por la supuesta falta de independencia del *federal judiciary*. Vale la pena recordar las reflexiones publicadas en el *Daily Advertiser* de Nueva York, el 21 de enero de 1788, por John Stevens, Jr., bajo el seudónimo de «Americanus», a modo de réplica frente a las objeciones a la Constitución hechas públicas por Edmund Randolph: «Constitution itself —escribía “Americanus”— is a supreme law of the land, unrepealable by any subsequent law: every law that is not made in conformity to that, is in itself nugatory, and the Judges, who by their oath, are bound to support the Constitution as the supreme law of the land must determine accordingly» (236).

b) La Convención de Nueva York y los *Federalist Papers*.

La construcción dogmática de Hamilton a favor de la *judicial review* en el núm. 78

I. Entre el 17 de junio y el 28 de julio de 1778 iba a tener lugar en la ciudad de Poughkeepsie la Convención de Nueva York. Su importancia era crucial para el porvenir de la Constitución. Se preveía un duro enfrentamiento entre partidarios y adversarios de la Carta

(236) *Apud* Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 966.

constitucional, y la realidad no desmintió las previsiones, pues la Convención, tildada de «an exercise in high drama» (237), propició un memorable enfrentamiento entre el brillante, mercurio y versátil Alexander Hamilton (238) y el decidido líder de los anti-Federalistas, el Gobernador del Estado George Clinton. La Convención se prolongó más tiempo que ninguna otra y posiblemente ofreció los más brillantes ejercicios dialécticos. Sin embargo, lo que hizo imborrable la lucha para la ratificación en el Estado de New York no fueron tanto los «enconados tortazos» («slugfest») (dialécticos, claro está) que, según Goldstone, se dieron en la Convención, sino más bien el etéreo debate que desde meses antes se venía produciendo en la ciudad.

La batalla literaria en relación a la ratificación constitucional se iba a iniciar el 27 de septiembre de 1787, muy poco después por tanto de que se pusiese el punto final a la Convención de Filadelfia. La iniciaba el Gobernador de New York, Clinton, en un artículo

(237) Lawrence GOLDSTONE, *The Activist*, *op. cit.*, p. 55.

(238) Hamilton fue un lector omnívoro así como un agudo escritor. Beloff recuerda, que incluso durante su servicio como capitán de artillería en la primera parte de la guerra revolucionaria encontró tiempo para leer obras que, entre los antiguos, incluían a Cicerón, Demóstenes y Plutarco. Entre los modernos, leyó en aquella época los «Ensayos» de Bacon, el «Emilio» de Rousseau, los «Diálogos» de Hobbes, el «Carlos V» de Robertson, la «Historia de Francia» de Millot, la «Historia de Nueva York» de Smith y el «Diccionario de Industria y Comercio» de Ralt. Antes de que hiciera del Derecho su profesión Hamilton había leído, entre otros, a Blackstone, Grocio y Pufendorf. Max BELOFF, en su «Introduction» a la obra de Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *The Federalist or the New Constitution*, Basil Blackwell, Oxford (Great Britain), 1948, pp. VII y ss.; en concreto, p. LVII.

Hamilton, que se convertiría en líder de los llamados *High Federalists*, rama del partido que terminaría enfrentada con los *Federalists* del Presidente Adams, adoptó, como es bien conocido, una posición favorable a una aristocracia adinerada y a una sociedad jerarquizada (Douglass ADAIR, «The Authorship of the Disputed Federalist Papers» (Part I), en *The William and Mary Quarterly*, Third Series, Vol. 1, No. 2, April 1944, pp. 97 y ss.; en concreto, p. 107), por lo que no debe en absoluto extrañar que Hamilton se mostrara ya en la Convención Constitucional mucho más preocupado por la seguridad de los derechos de propiedad que por la protección de las libertades civiles. (Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 25). De modo análogo, se ha puesto de relieve que Alexander Hamilton, pero también John Adams, desde el primer momento, estuvieron interesados en la propiedad antes que en la democracia. (Louis B. BOUDIN, «Majority Rule and Constitutional Limitations», en *Lawyers Guild Review (Law. Guild Rev.)*, Vol. 4, 1944, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 2.

publicado bajo el seudónimo de «Cato». Cinco días más tarde, le replicaba Hamilton en una carta firmada como «Caesar» (es bien conocida la pasión de Hamilton por el mundo de la Antigüedad clásica, particularmente por el pensamiento romano y por el personaje del Cónsul *Caius Iulius Caesar*), declarando que había ciudadanos que para conseguir sus propios fines privados inflamaban las mentes de las buenas intenciones de las partes menos inteligentes de la comunidad. Tras otras dos cartas de similar cariz, Hamilton debió pensar que era necesario otro tipo de réplica a «Cato», y ahí comenzó a fraguarse *The Federalist*.

El 18 de octubre, tres semanas después del artículo de «Cato», el *New York Journal* publicaba un artículo firmado por «Brutus», y dirigido «a los ciudadanos del Estado de Nueva York». Sería el primero de un conjunto de 18 ensayos enmarcados asimismo en el debate de ratificación, en la línea anti-Federalista, cuya publicación finalizó el 10 de abril de 1788. Aunque, aún hoy no se conoce con absoluta certeza la identidad de «Brutus», la doctrina cree de modo generalizado que corresponde a Robert Yates (239).

II. Nueve días después de la publicación del primer ensayo de «Brutus», en un periódico rival, el *New York Independent Journal*, se publicaba otro ensayo suscrito bajo el seudónimo de «Publius» (240), que vino a constituir, tal y como se admite generalizadamente, una respuesta a «Brutus». Era el primero de los 85 artículos que, entre el 27 de octubre de 1787 y agosto de 1788, habrían de publicar Ha-

(239) Yates parece que eligió su seudónimo de «Brutus» con mucho cuidado. Aunque ahora se asocia popularmente casi en exclusiva con el hombre que, en nombre de la supuesta salvación de la República frente a la tiranía, asesinó a Julio César, cabe recordar que a fines del siglo XVIII, los conocedores del mundo romano estaban también al corriente de la existencia de *Lucius Junius Brutus*, quien en el siglo VI a. d. C. encabezó con éxito una revuelta contra el último Rey romano, Tarquinio el Soberbio, convirtiéndose de esta forma en uno de los fundadores de la República Romana.

(240) El seudónimo utilizado tiene que ver con *Publius Valerius*, un eminente estadista de la República romana cuya fama y poder se encumbraron después de que *Lucius Junius Brutus* muriera en la batalla contra el Rey Tarquinio, intentando evitar que éste recuperara el Trono. Tan popular llegó a ser *Publius Valerius* entre la ciudadanía de Roma que le fue concedido el tratamiento honorífico de *Publicola*, que según Plutarco significaba «people-cherisher» («el más querido por el pueblo»). Cfr. al efecto, Lawrence GOLDSTONE, *The Activist, op. cit.*, pp. 57-58.

milton, Madison y Jay en la ciudad de Nueva York (241), un total de setenta y siete artículos en un primer momento a los que se añadirían otros ocho que aparecieron tras un pequeño lapso de tiempo. Aunque la precisa autoría de este casi centenar de artículos ha sido discutida (242), hoy parece admitirse, que del total de ochenta y cinco ensayos, Jay escribió cinco, Madison, con certeza, catorce y Hamilton cincuenta y uno. Otros tres fueron escritos de modo conjunto por Hamilton y Madison, resultando muy controvertida la paternidad de los doce restantes. Tras su aparición, la totalidad de los artículos fueron publicados en dos volúmenes bajo el título de *The Federalist*, siendo de reseñar que los ensayos fueron poco después traducidos al francés, justamente a tiempo de que se hallaran en París en los frenéticos momentos de la Revolución.

Los ensayos del *Federalist*, que autor tan relevante como Rossiter considerara «the most important work in political science that has ever been written, or is likely ever to be written, in the United States» (243), fueron escritos con un propósito fundamentalmente práctico. Su redacción es clara, con pocas ambigüedades. Son, de modo primario, un comentario de la Constitución de los Estados Unidos, que adquiere un gran valor a la vista del significativo dato de que dos de sus autores participaron activamente en la Convención.

(241) A partir del ensayo aparecido el 27 de octubre, los sucesivos artículos fueron publicándose en el *New York Independent Journal* y en otros periódicos a intervalos por lo general de tres días, apareciendo por lo común dos ensayos al mismo tiempo. La publicación se interrumpió el 4 de abril de 1778 con el núm. 77, reanudándose el 17 de junio, quedando finalizada el 15 de agosto.

(242) Como «Brutus», «Publius» no reveló su identidad y el anonimato se mantuvo durante la década final del siglo y primeros años del XIX, no obstante la enorme difusión de la obra no sólo en Estados Unidos, sino en gran parte de Europa. Finalmente, en julio de 1804, como su mortal duelo con Aaron Burr se revelaba cercano, Alexander Hamilton, quizá con la premonición de la muerte, tratando de poner sus asuntos en orden, hizo una corta visita a la oficina legal de su amigo Egbert Benson (tan sólo dos días antes del fatal duelo) y, según los historiadores, ocultó ostentosamente en el libro de casos de su amigo un pequeño documento escrito de su propia mano, que revelaba que los ensayos del *Federalist* habían sido escritos a iniciativa suya y que «Publius» eran, de hecho, tres hombres, enumerando por números los autores de los diversos ensayos del *Federalist*. Cfr. al efecto, Douglass ADAIR, «The Authorship of the Disputed Federalist Papers» (Part I), *op. cit.*, p. 102.

(243) Clinton ROSSITER, en la «Introducción» a la obra de Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist or the New Constitution*, The Heritage Press, New York, 1945, p. VII. Cit. por Lawrence GOLDSTONE, *The Activist*, *op. cit.*, p. 58.

Pero como escribiera Velasco (244), *The Federalist* es algo más que un autorizado y valioso intérprete de la ley fundamental de la Unión Americana. Propios y extraños reconocieron desde un principio que, además de esta utilidad especial, «El Federalista» posee un interés y un valor generales.

El artículo clave, en lo que ahora interesa, es el LXXVIII (245), el primero de los dedicados al departamento judicial, o lo que es lo mismo, al *judiciary*. En él, Hamilton sentará las bases de la facultad de revisión judicial de las leyes y actos contrarios a la Constitución, proporcionando, como escribe Treanor, «a rich source of evidence on what one major thinker believed the scope of judicial review should be» (246).

Antes, sin embargo, de entrar a comentar la postura defendida por Hamilton, puede ser de utilidad recordar algunas de las ideas expuestas por Madison en el artículo XLVIII de la misma obra, pues nos revelan la seria inquietud existente en torno a la necesidad de controlar la actuación del poder legislativo. Madison se iba a referir a la superioridad del «departamento legislativo», resultante de que sus poderes constitucionales eran a la vez más extensos y menos susceptibles de limitarse con precisión, circunstancia que propiciaba que el ejercicio de tales poderes pudiera encubrir con tanta mayor facilidad, bajo medidas complicadas e indirectas, usurpaciones realizadas a costa de los «departamentos coordinados». A modo de verificación empírica de este hecho frecuente, Madison recordaba que el *Council of Censors* establecido por la Constitución de Pennsylvania, reunido en los años 1783 y 1784, había podido constatar «que la Constitución fue violada flagrantemente por la legislatura en una variedad de casos de importancia». La conclusión de Madison era inequívoca: «la sola determinación en un pergamino de los límites

(244) Gustavo R. VELASCO, «Prólogo», en la obra de Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, 1.ª reimpr. de la 2.ª ed. española, México, 1974, pp. VII y ss.; en concreto, p. XI.

(245) El artículo LXXVIII puede verse en HAMILTON, MADISON y JAY: *El Federalista*, *op. cit.*, pp. 330-336. En su versión original, en *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max BELOFF, Basil Blackwell, Oxford (Great Britain), 1948, pp. 395-402.

(246) William Michael TREANOR, «Judicial Review Before *Marbury*», *op. cit.*, p. 472.

constitucionales de los varios departamentos no es suficiente salvaguardia frente a las usurpaciones que conducen a la concentración tiránica de todos los poderes gubernamentales en las mismas manos». Es cierto que Madison, y quizá la volatilidad de su pensamiento en torno a la cuestión tuviera bastante que ver con ello, nunca aceptó plenamente la doctrina de la *judicial review*, pero como dice Hobson, él aceptó un rol ampliado («an enlarged role») para el *judiciary* a fin de ayudar a asegurar que el gobierno popular, o lo que es igual, el gobierno democrático, también fuera estable y justo («stable and just»)(247).

Inmediatamente antes de centrarse en el núcleo central de su construcción dogmática sobre la *judicial review*, Hamilton procede a perfilar los tres «departamentos» del gobierno federal («departments of power»). Circunscribiéndonos a su caracterización del *judiciary*, del mayor interés, destacaremos dos ideas que creemos básicas: 1.^a) Una reflexión sobre esos «departamentos» lleva a la conclusión de que, hallándose separados, el *judiciary*, por la naturaleza de sus funciones, será siempre «the least dangerous to the political rights of the constitution». Se ha dicho(248) que, con tal caracterización, Hamilton trataba de tranquilizar al pueblo de Nueva York, y que con ello se situaba en una posición bien distinta a la que había mantenido John Marshall en la Convención de Virginia sobre el *judiciary*. En cualquier caso, la supuesta debilidad del poder judicial federal no equivalía a su impotencia. 2.^a) Esa supuesta fragilidad, como acaba de decirse, tiene mucho que ver con las funciones del *judiciary*, que Hamilton delinea de modo magistral cuando aduce que el poder judicial no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro («the sword or the purse»); no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede adoptar ninguna resolución activa. «It may truly be said —concluye al efecto Hamilton— to have neither *force* nor *will* (249), but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm for the efficacious exercise even of this faculty».

(247) Charles F. HOBSON, «The Origins of Judicial Review: A Historian's Explanation», en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), Volume 56, 1999, pp. 811 y ss.; en concreto, p. 815.

(248) Lawrence GOLDSTONE, *The Activist*, *op. cit.*, p. 61.

(249) En el texto originario las palabras en cursivas figuran en mayúsculas.

III. La doctrina de Hamilton sobre el llamado *voiding power*, (el núcleo central del núm. 78), esto es, sobre el deber (que también es poder) judicial de declarar nulas las leyes inconstitucionales, equivalente a lo que hoy llamamos *judicial review*, en el bien entendido de que establecer sin más esta equivalencia no dejaría de ser un tanto erróneo, aunque no podamos entrar ahora a explicar el porqué de ello (250), parte de la idea de que la Constitución de 1787 era una «Constitución limitada» («a limited Constitution») (sería más lógico hablar de una «Constitución limitativa»), concepto con el que identifica aquella constitución que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar leyes *ex post facto*. En tal tipo de constitución la completa independencia de los tribunales de justicia es particularmente esencial, pues sólo a través de ellos podrán mantenerse en la práctica los límites constitucionalmente establecidos, ya que esos mismos tribunales asumirán el deber de declarar nulos «todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución» («all acts contrary to the manifest tenor of the constitution»). Sin ello, aduce no sin razón Hamilton, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta. La independencia judicial, verdadero tópico general de Hamilton (251), que se conecta con el ejercicio vitalicio del cargo, está, pues, en la base del adecuado ejercicio del *voiding power*. No podemos desde luego soslayar la crítica en ocasiones formulada ante este planteamiento (252). Con el mismo, no sólo se convierten los tribunales en los guardianes del «tenor manifiesto de la Constitución», o lo que es similar, en los portavoces de las intenciones del pueblo, sino que, a la par, el Presidente y el Congreso son reducidos a la posición de potenciales enemigos de la

(250) Mencionaremos tan sólo ahora, haciéndola nuestra, esta breve pero profunda y acertada reflexión de Griffin: «The critical point that is missed (cuando se cae en la tentación de establecer una sencilla equivalencia entre el *voiding power* y la *judicial review*) is that Hamilton's idea of the voiding power might have certain limiting conditions attached to its exercise that would make it quite remote from the contemporary institution of judicial review». Stephen M. GRIFFIN, «The Idea of Judicial Review in the Marshall Era», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentay*, Mark A. Graber and Michael Perhac, Editors, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 63.

(251) «Hamilton's general topic — escribe Griffin — is judicial independence». Stephen M. GRIFFIN, «The Idea...», *op. cit.*, p. 63.

(252) Así, entre otros, Benjamin F. WRIGHT, en *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 25.

Constitución y de los derechos del pueblo. Es cierto, sin embargo, que el principio de *legislative deference*, que se vincula con la denominada *doubtful case rule* o regla del caso dudoso, operará como una suerte de contrapeso frente al peligro de esta distorsionada visión.

Trata Hamilton a continuación de esbozar la razón por la que el reconocimiento a los tribunales de este deber/derecho a declarar la nulidad de los actos de la legislatura con fundamento en su contradicción con la Constitución, frente a lo expuesto por ciertas ideas erróneas — que argumentan que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra, necesariamente, será superior a aquella de quien proceden los actos anulados —, no implica la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Hamilton hace entrar en juego al efecto la idea de la Constitución como ley fundamental o suprema, a la que se une la doctrina de la soberanía popular. Hamilton razona que no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo.

Ahora bien, ¿porqué debe atribuirse esta facultad al *judiciary* y, frente a lo que postulaban los defensores de la teoría tripartita (como Jefferson), sustraerse al legislativo y ejecutivo de la misma? Al margen ya de que no es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para que su voluntad sustituya a la de sus electores, esto es, a la del pueblo soberano, el verdadero razonamiento hamiltoniano se asienta en la doble premisa de que, de un lado, la interpretación de las leyes es la competencia propia y peculiar de los tribunales («the interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts»), y de otro, que la Constitución es de hecho «a fundamental law» y así debe ser considerada por los jueces. A ellos corresponde determinar su significado («to ascertain its meaning»), así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si entre las dos hubiere una irreconcilable discrepancia («un irreconcilable variance»), la que tiene la superior obligación y validez debe, por supuesto, prefe-

rirse («that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred»). O como en otras palabras argumenta Hamilton, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus agentes. Y a lo que se acaba de decir bien podría añadirse la trascendental idea precedentemente expuesta: el *judiciary* carece de fuerza y voluntad, lo que es tanto como decir de discrecionalidad; sólo dispone de juicio, de razonamiento, de capacidad de discernimiento. Y en ello se diferencia de modo radical de las otras dos «ramas» («branches») del gobierno.

Decía Corwin, que el más débil eslabón del silogismo hamiltoniano era la propuesta de que la Constitución es ley, ley fundamental. Si la Constitución fuera ley lo sería así en virtud de haber sido promulgada por un poder legislativo, pero, se interroga Corwin, ¿qué poder legislativo? Berger, con evidente razón, y en réplica al anterior autor, responde por Hamilton al señalar que éste se manifestó en términos inequívocos: «the Constitution was an act of popular legislation» (253). El propio pueblo era «the supreme legislator», mientras que los legisladores ordinarios operaban como «“mere agents” of the people». Por lo demás, Hamilton no menciona en su razonamiento la *supremacy clause*, sino que, como señala Wechsler (254), más bien viene a propugnar que tal supremacía se halla implícita en el concepto de una Constitución escrita.

Con los argumentos que acabamos de exponer, Hamilton descarta que la facultad de revisión judicial coloque al *judiciary* por encima del legislativo, pero conviene recapitular sobre una importante precisión realizada por quien desempeñara el cargo de Secretario del Tesoro entre 1789 y 1795, y posiblemente fuera el más brillante intelectual de la nueva República, y en todo caso, uno de los cuatro «genios» de la «American nation-building» (255): los tribunales tan

(253) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 170.

(254) Herbert WECHSLER, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Volume 73, 1959-1960, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 5.

(255) «The four geniuses of American nation-building — Jefferson, Hamilton, Madison, and Marshall— found their way unerringly to their métiers: Madison, the constitution writer; Jefferson, the creator of a democratic polity; Marshall, the architect of liberal jurisprudence; and Hamilton, the fiscal wizard. All had interesting relationships with George Washington, whose great virtues were more personal and moral than intellectual». En tales

sólo podrán declarar la nulidad de las leyes contrarias «al sentido evidente de la Constitución», cuando exista una irreconciliable discrepancia. Esta precisión está lejos de ser fugaz o irrelevante, por cuanto en el artículo LXXXI, escrito asimismo por Hamilton, la idea reaparece: «Admito —escribe Hamilton— que la Constitución deberá ser la piedra de toque para la interpretación de las leyes y que siempre que exista una contradicción evidente, las leyes deberán ceder ante ella». Quiere ello decir que Hamilton deja meridianamente claro que la *judicial review* no puede ser entendida como la facultad de los jueces para elegir entre diversas interpretaciones razonables de la Constitución, imponiendo su punto de vista sobre el del legislativo, sino como la facultad de derribar las leyes que claramente vulneren la Constitución. De esta forma, el que será conocido como principio de *legislative deference* —«deferring to legislative opinions of constitutionality in doubtful cases» (256)— estará ya implícito en las formulaciones sobre el *judiciary* efectuadas por Hamilton. Ciertamente, podría suceder que los tribunales, en vez de declarar el significado de la ley («the sense of the law»), estuviesen dispuestos a ejercitar su voluntad en vez de su juicio, de su razonamiento; la consecuencia de ello, es obvio, sería la misma que la de sustituir la voluntad del cuerpo legislativo por la suya propia. Pero, como con enorme perspicacia escribe Hamilton, a fin de neutralizar esta fácil crítica frente al *judiciary*, si algo probara esta observación sería que no debería de haber jueces independientes del cuerpo legislativo.

No debe razonablemente ponerse en duda, que Hamilton se esforzó en relación al punto aquí abordado, al igual que en otras cuestiones, en tratar de reproducir las conclusiones maduradas por la propia Convención Federal. Y como apostilla Corwin (257), no parece menos cierto que Hamilton trataba de esta forma de comunicar a aquellos a quienes se había remitido la Constitución para su ratificación, los fundamentos sobre los que sus autores y partidarios

términos se manifiesta Joyce O. APPLEBY, en el «Foreword» a la obra *The Revolutionary Writings of Alexander Hamilton*, edited by Richard B. Vernier, Liberty Fund, Indianapolis (Indiana), 2008, pp. VII y ss.; en concreto, p. X.

(256) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, *op. cit.*, p. 77.

(257) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 561.

(«its framers and supporters») basaron la defensa de la *judicial review* (258), que, en último término, Hamilton visualiza implícita en la Constitución. Podríamos, pues, concluir diciendo que la doctrina de la *judicial review* o, quizá con más rigor, del *voiding power*, surge inevitablemente de la propia naturaleza de una Constitución escrita que contempla específicas limitaciones sobre los poderes de gobierno. Hamilton anticipa así uno de los elementos vertebradores de la argumentación que Marshall construirá en su *Marbury decision*. Y de resultas de todo ello, Hamilton avanza la prueba concluyente de que los *Founding Fathers* habían hecho suya, aunque fuera de modo implícito, esta doctrina.

IV. Los comentarios de «Brutus» son, como ya se dijo, el equivalente anti-Federalista a los incluidos en *The Federalist Papers* (259); por lo mismo, presentan un relevante interés. Con todo, no podemos entrar en ellos; nos limitaremos a recordar, que en el undécimo de sus ensayos «Brutus» introducía la discusión sobre el poder judicial diseñado por la Constitución, recomendando una mirada precisa a esta «rama» del gobierno federal que, a juicio del ensayista, estaba colocada en una situación completamente inaudi-

(258) No faltan entre la doctrina norteamericana quienes se hallan lejos de compartir tales ideas. El caso más significado es el de Crosskey, que, como recuerda Dewey, caracterizó *The Federalist* por su sofistería («sophistry»), insinuación («innuendo») y casi falsedad («near-falsehood»), todo ello muy especialmente en relación a los artículos de Madison. Al margen ya de lo discutidas que han sido entre la doctrina norteamericana las radicales tesis de Crosskey, éstas, en lo que ahora interesa, tienen como destinatario primigenio a Madison, no a Hamilton. Donald O. DEWEY, «Crosskey versus Madison...», *op. cit.*, p. 437.

(259) Entre el 18 de octubre de 1787 y el 10 de abril de 1788, bajo el seudónimo de «Brutus», se publicaron en el *New York Journal* un conjunto de 18 ensayos, como parte del debate sobre la ratificación de la Constitución Federal por el Estado de Nueva York. Como ya se ha dicho, todavía hoy no se conoce con total certeza la identidad de «Brutus», aunque se sospecha que los ensayos fueron escritos por Robert Yates. Si se recuerda que Alexander Hamilton fue un enorme conocedor del mundo clásico, griego y romano, y un gran admirador de Julio César, el término «Brutus» no estaría exento de significado, viniendo implícitamente a marcar el rechazo radical del pensamiento del, muy probablemente, el más sólido intelectual de la Convención de Filadelfia, y declarado defensor del *judiciary*. Los ensayos números XI al XVI, dedicados principalmente al poder judicial nacional o federal, se publicaron entre el 31 de enero y el 10 de abril de 1788, fechas que han dado pie para que una buena conocedora de esta etapa como es Diamond, considere que los artículos de «Publius» (seudónimo utilizado por Hamilton) sobre el *judiciary* constituyen una respuesta a los de «Brutus». Cfr. al respecto, Ann Stuart DIAMOND, «The Anti-Federalist “Brutus”», en *Political Science Reviewer*, No. 6, Fall 1976, pp. 249 y ss.; en concreto, p. 269.

ta en un país libre («in a situation altogether unprecedented in a free country»), juicio que parecía venir motivado por la apreciación de que el *judiciary* se hallaba facultado para interpretar la Constitución de acuerdo con su espíritu («according to its spirit»), no quedando limitado a sus palabras, lo que llevaría a «Brutus» a la conclusión de que el *judiciary* tenía un derecho «independent of the legislature, to give a construction to the constitution and every part of it, and there is no power provided in this system to correct their construction or do it away» (260). Quizá por ello, se ha podido considerar que «Brutus» percibió mejor que ningún otro pensador del siglo XVIII el poder potencial que residía en el constitucionalmente diseñado *federal judiciary* (261).

Ya en relación específica a la doctrina de la *judicial review*, la posición de «Brutus» era clara: «If, therefore, the legislature pass any laws, inconsistent with the sense the judges put upon the constitution, they will declare it void; and therefore in this respect their power is superior to that of the legislature». «Brutus» no valoraba de modo específico esta función de revisión judicial; se limitaba a considerarla parte integrante del sistema constitucional. Sin embargo, sus reflexiones no dejaban mucho resquicio a la duda: para «Brutus» la *judicial review* no era más que una usurpación del poder perteneciente a otras «ramas» del gobierno.

En su ensayo núm. XV, «Brutus» iba a explicitar su conclusión final sobre el «departamento judicial», que no era otra sino la de que la Constitución diseñaba un poder que quedaba más allá del alcance de cualquier otro poder en el gobierno de la comunidad. «In short, —concluye en alusión a los jueces— they are independent of the people, of the legislature, and of every power under heaven» (262).

Esta visión crítica hacia el *judiciary* no era directamente deudora de la función de la *judicial review*. «Brutus» conocía la existencia de tal potestad y se hallaba de acuerdo con los Federalistas acerca de su

(260) Ann Stuart DIAMOND, «The Anti-Federalist “Brutus”», *op. cit.*, p. 270.

(261) P. Allan DIONISOPOULOS and Paul PETERSON, «Rediscovering the American Origins of Judicial Review...», *op. cit.*, pp. 60-61.

(262) Ann Stuart DIAMOND, «The Anti-Federalist “Brutus”», *op. cit.*, p. 275.

origen y su función. Su crítica de la regulación constitucional tenía básicamente que ver, como se puede apreciar por sus palabras, con la supremacía judicial que a su juicio se consagraba, no tanto con la *judicial review*, aunque es indudable que esa supremacía podía ser entendida como la resultante del ejercicio por el *judiciary* de esa facultad de revisión judicial. En todo caso, y por lo que ahora más interesa, se reconoce (263) por lo general que «Brutus unequivocally confirmed that the Constitution would establish such judicial review» (264).

E) *El primer Congreso y la Judiciary Act de 1789*

Meses después de la ratificación de la Constitución por New Hampshire (el 21 de junio de 1788), el decisivo noveno Estado que exigía el Artículo VII de la misma para que pudiera entrar en vigor en esos mismos Estados, se reunía en Nueva York (el 4 de marzo de 1789) el Primer Congreso, que ha sido caracterizado como una especie de continuador de la Convención Constitucional (265), y ello no sólo porque en él se hallaran presentes personalidades que habían tenido un rol relevante en el diseño constitucional, como sería el caso de James Madison, Elbridge Gerry, Rufus King, Oliver Ellsworth o William Paterson, los dos últimos, con posterioridad, miembros de la Corte Suprema, el primero de ellos, Ellsworth, *Chief Justice*, el segundo, *Associate Justice*. Particular trascendencia, en lo que ahora interesa, iba a tener la aprobación por ese Primer Congreso de la *Judiciary Act*, el 24 de septiembre de 1789. La ley sobreviviría más de un siglo, hasta 1891, aunque tal hecho haya sido considerado por algún autor (266) como un accidente histórico y político, antes que

(263) Saikrishna B. PRAKASH and John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 970.

(264) «Even the critic of judicial review, the Anti-Federalist writer “Brutus”, assumed that the practice would continue under the Constitution». En tales términos se pronuncia Mary Sarah BILDER, en «The Corporate Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 553.

(265) «In a very real sense —ha escrito Currie— the First Congress was a sort of continuing constitutional convention». David P. CURRIE, «The Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791», en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Volume 61, 1994, pp. 775 y ss.; en concreto, p. 777.

(266) Donald O. DEWEY, *Marshall Versus Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison*, Alfred A. Knopf, New York, 1970, p. 49.

como la prueba de los propios méritos del texto legal, juicio que creemos excesivamente carente de objetividad. Y ello por cuanto esta ley tradujo un loable compromiso del *First Congress* respecto a la creación de un *national judiciary*, que, aunque no sin limitaciones (recordemos que la ley creaba tan sólo dos tipos de jueces, los jueces de la *Supreme Court* y los jueces de distrito, implicando a ambas categorías de jueces en la integración de los *circuit courts* o tribunales federales de circuito, que eran los que asumían la más amplia jurisdicción otorgada por la ley), era encargado de salvaguardar el interés nacional, a través del aseguramiento del Derecho federal y de su uniforme interpretación (267).

No es exagerado aventurar que tal ley iba a constituir un paso más en el proceso encaminado a la definitiva e inequívoca recepción de la facultad de revisión judicial de la legislación. La importantísima Sección 25 del texto legal no sólo iba a suponer «one of the most important nationalizing influences in the formative period of the Republic» (268), sino que en ella se iba a considerar, con toda razón a nuestro entender, que latía la *judicial review*, por lo menos de modo implícito.

La Sección 25 contemplaba la jurisdicción de apelación de la *Supreme Court*, otorgándole, a través del llamado *writ of error*, competencia para conocer de las sentencias de los tribunales superiores de los Estados y, por lo mismo, para revocarlas o confirmarlas, cuando hubieren invalidado una ley federal o un tratado o rechazado demandas en las que se cuestionase la validez de una ley estatal o de cualquier acto adoptado en ejercicio de la autoridad estatal, con fundamento en su contradicción con la Constitución Federal, con los

(267) «The passage of the Judiciary Act in September 1789 —escribe al respecto Marcus— constitutes the earliest evidence we have of a general agreement that, to safeguard national interests, federal courts must review state court decisions to insure that the states interpret federal law uniformly and uphold federal rights». Maeva MARCUS, «The Founding Fathers, *Marbury v. Madison*—and so what?», en *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, edited by Eivind Smith, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1995, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 26.

(268) Felix FRANKFURTER and James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court of the United States – A Study in the Federal Judicial System (I)», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Volume XXXVIII, 1924-1925, pp. 1005 y ss.; en concreto, p. 1008.

tratados suscritos por los Estados Unidos o con las leyes federales. Ello entrañaba hacer de la *Supreme Court* el tribunal último de apelación en los casos federales, que hasta ese momento podían ser juzgados en primera instancia por los tribunales estatales. La maquinaria judicial federal quedaba de esta forma habilitada para deshacerse de aquellas leyes estatales que violasen la autoridad federal. Inneceario es decir que, sin el reconocimiento de tal competencia de la Corte Suprema, cada Estado habría permanecido como juez último en cuanto al significado de la Norma suprema, que era justamente lo que reivindicarían unos años después las *Virginia and Kentucky Resolutions* (1798 y 1799, respectivamente).

Cuestión subyacente a la interpretación de la Sección iba a ser, como antes se ha avanzado, la de si en ella se podía entender recepcionada la *judicial review* de la legislación federal. La doctrina ha debatido este tema desde antaño. Para un autor tan relevante como Corwin, la cuestión no admitía la más mínima duda: que la *Judiciary Act* —escribiría hace justamente un siglo (269)— contemplaba, en el pensamiento de su autor, Oliver Ellsworth, el ejercicio de un poder de revisión por los tribunales nacionales de las leyes del Congreso es algo que apenas puede ser puesto en tela de juicio, pero hasta qué punto («how far») otros aceptaron este punto de vista de la cuestión, es algo imposible de conjeturar, y ello porque así de silenciosas sobre el tema son las actas del debate en el Congreso de la ley. Por las mismas fechas, Beard se pronunciaba en términos aún más rotundos. A su juicio (270), lo que la Sección 25 venía a decir era que la Corte Suprema podía revisar o reafirmar una decisión de un tribunal estatal considerando inconstitucional una ley federal. Siendo así, no era irrazonable sostener que quienes habían establecido esa norma pensaban que la propia *Supreme Court* podía declarar inconstitucionales leyes del Congreso, independientemente de las decisiones de los tribunales estatales. Parecería absurdo entender que una ley del Congreso podía ser anulada por un tribunal estatal con la aprobación de la *Supreme Court*, pero no por ésta directamente. Ello, además,

(269) Edward S. CORWIN, «The Establishment of Judicial Review (II)», en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Volume IX, 1910-1911, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 283.

(270) Charles A. BEARD, «The Supreme Court—Usurper or Grantee?», *op. cit.*, p. 15.

daba pie a Beard para reafirmarse en su idea (ya antes comentada) de que la mayoría de los miembros de la Convención de Filadelfia se había mostrado proclive a la *judicial review*, pues varios de ellos estuvieron en el Primer Congreso detrás de la aprobación de la Sección 25 de la *Judiciary Act*. En fin, hace casi tres cuartos de siglo, Boudin, atinadamente, señalaba (271) que la Sección 25 establecía las bases técnicas para el posterior desarrollo de la doctrina.

En fechas más próximas, aún no siendo un tema absolutamente pacífico entre la doctrina, un amplio sector de la misma ha venido a entender, que la Sección 25 plasma con toda evidencia que los miembros del Primer Congreso asumieron que tanto los tribunales estatales como los federales ejercerían «the power to review statutes on the grounds of constitutionality» (272). En contra de este entendimiento se manifestaría un muy prestigioso autor, el *Judge Learned Hand* (273), para quien la cláusula de la Sección 25 se dirigía contra los Estados al solo efecto de impedir su intrusión en los poderes que habían delegado o de evitar que dejaran de obedecer las limitaciones sobre sus propios poderes que ellos mismos habían aceptado. Siendo ello así, tal cláusula no podía ser extendida hasta convertirse en una autoridad general para pronunciarse sobre cualesquiera otros casos de conflicto legislativo con la Constitución; antes al contrario, Hand recurre a la máxima *expressio unius, exclusio alterius*, concluyendo que tal cláusula lo que indicaría es justamente la inexistencia de esa autoridad.

El devenir histórico de la Sección 25 no dejó de atravesar momentos delicados, impugnándose su constitucionalidad ante la Corte Suprema e intentándose en el Congreso su abrogación. Warren, el mejor historiador de la *Supreme Court*, los ha estudiado con todo detalle (274), y sin poder entrar en ellos ahora, sí queremos recordar

(271) Louis B. BOUDIN, «Majority Rule and Constitutional Limitations», en *Lawyers Guild Review (Law. Guild Rev.)*, Volume 4, 1944, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 6.

(272) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 27.

(273) Learned HAND, *The Bill of Rights (The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1958)*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1958, pp. 5-6.

(274) Cfr. al respecto, Charles WARREN, «Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States—A History of the Twenty-fifth Section of the Judiciary

que el propio *Chief Justice* Marshall se mostró en ciertos momentos muy preocupado por el futuro de esta Sección, objeto periódico de duros ataques por los partidarios a ultranza de los derechos de los Estados. Y así, en una carta escrita a su amigo Joseph Story, fechada el 15 de octubre de 1830, Marshall profetizaba la abrogación de la Sección o, en su caso, la revocación (ignoramos por quién) de la sentencia dictada por la propia Corte en el caso *Craig v. Missouri*, decidido el 12 de marzo de 1830 por una votación de 4 votos frente a 3, decisión en la que Marshall, expresando la opinión mayoritaria, reafirmó la constitucionalidad de la Sección 25 (275) (que había sido cuestionada). Que los temores del *Chief Justice* estaban justificados lo demostraba el hecho de que en diciembre de 1830, en la siguiente sesión del Congreso, era presentado un proyecto de ley para abrogar tal Sección, finalmente derrotado, en gran medida por el rotundo informe presentado por el *chairman* (presidente) de la Cámara de Representantes, James Buchanan, que rechazaba la abrogación de la Sección 25 con sólidos fundamentos constitucionales. (276)

F) *La judicial review en la última década del siglo XVIII*

A partir de las premisas expuestas, no ha de extrañar que la práctica de la *judicial review* en los años que median entre la aprobación de la *Judiciary Act* de 1789 y la llegada a la *Chief Justiceship* de John Marshall fuera generalizándose. Los tribunales estatales iban a continuar invalidando leyes por su contradicción con las respecti-

Act», en *American Law Review* (*Am. L. Rev.*), Volume 47, January/February, 1913, pp. 1 y ss. (Part I) y March/April, 1913, pp. 161 y ss. (Part II).

(275) Ya en el caso *Martin v. Hunter's Lessee*, decidido por unanimidad (ausente John Marshall) el 20 de marzo de 1816, expresando la opinión de la Corte el *Justice* Joseph Story, la *Supreme Court* confirmó la constitucionalidad de la Sección 25. La relevancia de las sentencias relativas a la constitucionalidad de la Sección 25 ha sido generalmente destacada. Por poner un ejemplo, a juicio de Newmyer, «the Court's decisions justifying judicial review under Section 25 deserve a place in the Pantheon right next to *Marbury*». R. Kent NEWMYER, «Chief Justice Marshall in the Context of His Time», en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), Volume 56, 1999, pp. 841 y ss.; en concreto, p. 847.

(276) Cfr. al respecto, Charles WARREN, «Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court...», Part I, *op. cit.*, pp. 163-164.

vas Constituciones. De hecho, entre 1789 y 1803, se pronunciaron al efecto en una decena de casos, bien considerando determinados actos legislativos estatales inconstitucionales, bien sosteniendo que disponían de la facultad de hacer tal declaración (277). Durante estos años el dogma de Coke y la teoría hamiltoniana del *Federalist* se fueron difundiendo progresivamente, de modo especial, como es obvio, entre los tribunales de justicia. Sin embargo, el hecho de que en la época sólo unas pocas sentencias fuesen publicadas, limitó sensiblemente tal difusión. Por lo mismo, se considera que estamos ante un período más de preparación que de madurez.

Los tribunales federales inferiores también participaron de la representación («entered the picture as well»), como dice Klarman (278), anulando varias leyes estatales, como por ejemplo, las leyes en ayuda de los deudores («debtor relief statutes»). Particularmente importante al respecto sería la actividad llevada a cabo por los *Circuit courts*, en los que participaban *Justices* de la Corte Suprema. Bien es verdad que de los cinco casos en que, aproximativamente, se ha cifrado el número de decisiones en que tales tribunales anularon leyes estatales por su contradicción con la Constitución federal (279), apenas en un par de ellos se publicaron las respectivas sentencias, constituyendo una de las más significativas excepciones el caso *Van Horne's Lessee v. Dorrance*, en el que un tribunal de circuito del que formaba parte el Juez William Paterson, de la *Supreme Court*, consideró que una ley aprobada por la Legislatura de Pennsylvania era contraria a las obligaciones constitucionales dimanantes de la *contract clause*. Y en cuanto al Tribunal Supremo, de modo generalizado se admite el *Hayburn's case* (1792) como un temprano precedente de ejercicio de la *judicial review*.

Al margen ya de la aplicación judicial de la doctrina que nos ocupa, hay otro dato relevante que ilustra acerca de la generalizada

(277) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, op. cit., p. 28.

(278) Michael J. KLARMAN, «How Great Were the “Great” Marshall Court Decisions?», en *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*), Volume 87, 2001, pp. 1111 y ss.; en concreto, p. 1115.

(279) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, op. cit., p. 29.

recepción de la teoría de la *judicial review*. La sesgada y partidista aplicación por algunos tribunales federales de las *Alien and Sedition Acts* de 1798 desencadenó una muy brusca reacción en algunos Estados, muy particularmente en Virginia y Kentucky. Fruto de la misma fue la aprobación casi sucesiva de las conocidas como *Virginia and Kentucky Resolutions* (1798 y 1799), redactadas por Madison y Jefferson, respectivamente, y concebidas, entre otros propósitos, con la finalidad de llegar a una ruptura frontal frente a la que los defensores de los derechos de los Estados comenzaron a visualizar como la sanción añadida dada a la autoridad nacional por las decisiones judiciales. A partir de dos principios básicos: que la Constitución era un pacto entre Estados soberanos y que, dentro de cada Estado, el órgano de la soberanía era su Legislatura, se iba a extraer la conclusión de que la última palabra en la interpretación de la Constitución nacional debía residir en las Legislaturas estatales.

Virginia y Kentucky enviaron sus Resoluciones a los Estados septentrionales con el ánimo de que éstos pudieran respaldarlas. Sin embargo, la realidad fue muy distinta, por cuanto siete de ellos rechazaron que las Legislaturas estatales pudiesen disponer de la facultad de interpretar y, llegado el caso, anular el *federal law* con fundamento en su inconstitucionalidad. Particularmente rotunda sería la réplica de la Legislatura de Massachusetts a la de Virginia: «The Constitution, (by this doctrine) would be reduced to a mere cypher, to the form and pageantry of authority, without the energy of power» (280). La respuesta era inequívoca: sin la energía del poder, que —se añadía— sólo podía venir dada por la autoridad judicial, la Constitución quedaría reducida a un cero a la izquierda. Esta reacción es reveladora de que un buen número de Estados había asumido plenamente en esta etapa final del siglo, que era el *federal judiciary* quien debía llevar a cabo la importantísima tarea de interpretar y salvaguardar la Constitución, a cuyo efecto el instrumento idóneo era el de la *judicial review*.

(280) *Apud* William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, Vol. II, p. 1037.

- a) El ejercicio de la facultad de revisión judicial por los *Circuit Courts* y por los tribunales estatales

I. Se admite generalizadamente por la doctrina que los Jueces del Tribunal Supremo, actuando como miembros de los *Circuit Courts*, hicieron suya la doctrina de la *judicial review* en no pocos casos (281). Particular interés tendría al respecto el *Hayburn's case* (1792). En marzo de ese mismo año, el Congreso había aprobado una ley que disponía que los *United States Circuit Courts* (tres en total en el conjunto del país) habían de conocer de las demandas de los veteranos de la guerra de la Independencia reclamando una pensión de incapacidad, tras lo que los mencionados tribunales habían de emitir un certificado de su decisión, que habían de enviar al Secretario de Guerra, que podía a su vez conceder o denegar la pensión, según considerara pertinente. Los *Associate Justices* John Blair y James Wilson, actuando como Jueces del *Circuit Court* de Pennsylvania, rechazaron aplicar tal ley, al considerarla contraria a la Constitución, sosteniendo que no podían cumplir determinados deberes que se les imponían por la ley, porque los mismos no eran de naturaleza judicial. El *Chief Justice* John Jay y su Asociado William Cushing, actuando en el *Circuit Court* para el distrito de Nueva York, y el *Justice* James Iredell, en el *Circuit Court* de Carolina del Norte, tendrían a su vez ocasión de conocer de demandas semejantes, presentando todos ellos *opinions* bajo la curiosa forma de cartas dirigidas al Presidente de los Estados Unidos, declinando actuar en las condiciones explicitadas por el mencionado texto legal. Todos los Jueces coincidieron en que la ley imponía «non-judicial duties on the courts», violando de esta forma el principio constitucional de la separación de poderes. De igual forma, los cinco estuvieron de acuerdo en rechazar el «implied power» que la ley atribuía al Secretario de Guerra, un miembro del ejecutivo obviamente, de revisar o rehusar el cumplimiento de lo decidido por el *Circuit Court*.

(281) En tal sentido, entre otros muchos autores, Mary Sarah BILDER, «The Corporate Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 558, y William Michael TREANOR, «Judicial Review Before *Marbury*», *op. cit.*, p. 473.

Vale la pena asimismo recordar el caso *Van Horne's Lessee v. Dorrance* (1795), resuelto por el *Justice* William Paterson, actuando como Juez del *Circuit Court* de Pennsylvania, cuyo mayor interés radica en el nítido posicionamiento expresado por el mencionado Juez acerca de la nulidad de una ley estatal en contradicción con la Constitución: «Cualquiera que pueda ser el caso en otros países, —argumentaría Paterson, reflexión que tenía como implícito punto de referencia el ilimitado poder del Parlamento inglés— sin embargo, en éste, “there can be no doubt that every act of the Legislature repugnant to the Constitution, is absolutely void”» (282). Warren, hace ya casi un siglo (283), se hacía eco de cómo los escritores jurídicos, hasta el momento en que él escribía (1922), coincidían en considerar el caso *Van Horne* como el primer ejemplo («the earliest instance») de una decisión de un tribunal federal considerando nula una ley estatal por su contradicción con la Norma suprema.

La posición de Paterson venía referida a una ley de Pennsylvania relativa a títulos de tierra contrapuestos en una disputa con Connecticut, pero su argumentación era perfectamente válida tanto para las leyes estatales como para las federales, viniendo a construir una teoría del poder judicial en su relación con la autoridad legislativa que su colega en la *Supreme Court* James Wilson había planteado unos años antes en sus clases de Derecho (284). En su elaborada intervención ante el jurado, entre otras cosas, Paterson afirmaba: «I take it to be a clear position, that if a legislative act oppugns a constitutional principle, the former must give way and be rejected on the score of repugnance. I hold it to be a position equally clear and sound, that in such case, it will be the duty of the court to adhere to the constitution, and to declare the act null and void. The constitution is the basis of legislative authority. It lies at the foundation of all law and is a rule and commission by which both legislators and judges are

(282) *Apud* Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process* (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France), Oxford University Press, seventh edition, New York/Oxford, 1998, p. 339.

(283) Charles WARREN, «Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts», en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Volume XXXII, 1922-1923, pp. 15 y ss.; en concreto, p. 15.

(284) J. M. SOSIN, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, Greenwood Press, New York/Westport (Connecticut)/London, 1989, p. 288.

to proceed. It is an important principle, which in the discussion of questions of the present kind ought never to be lost sight of, that the judiciary in this country is not a subordinate but a co-ordinate branch of the government» (285).

También el *United States Circuit Court* de Rhode Island, en 1792, iba a considerar que una ley de ese Estado era nula, de resultas de la consideración de que la misma dañaba las obligaciones dimanantes de los contratos. El propio tribunal se había tenido que enfrentar en distintos casos resueltos entre 1791 y 1792 a la cuestión de la validez de las llamadas leyes de moneda de curso legal («legal-tender laws»). Y lo más sorprendente de todo, como dice Warren (286), es que tan reiterados ejercicios de la *judicial review* no fueron cuestionados en el propio Estado, cuando en el mismo, tan sólo unos años antes (en 1786) se había intentado destituir a los jueces de un tribunal estatal por el sólo hecho de considerar inconstitucional una ley del Estado, en un caso bien famoso en la época como fue el ya comentado *Trevett v. Weeden*.

II. Entre los tribunales estatales, como antes anticipamos, la doctrina de la *judicial review* llegó a ser generalmente aceptada en el período del que ahora nos estamos ocupando, incluso por algunos que más tarde combatirían con dureza la construcción llevada a cabo por Marshall en el *Marbury case*. El caso del Juez virginiano Spencer Roane es paradigmático. En 1793, diez años antes por tanto de *Marbury v. Madison*, el Juez Roane, de la *Virginia Court of Appeals*, e íntimo amigo de Jefferson, que siempre pensó en él para la *Chief Justiceship* de la *United States Supreme Court*, en el caso *Kemper v. Hawkins*, sostenía: «If the legislature may infringe this Constitution (of Virginia), it is no longer fixed; (...) and the liberties of the people are wholly at the mercy of the legislature». Como señalara Warren Burger (287), con toda certeza, el Juez Roane estaba hablando de la

(285) *Apud* Charles B. ELLIOTT, «The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional», en *Political Science Quarterly*, Vol. 5, No. 2, June 1890, pp. 224 y ss.; en concreto, p. 245.

(286) Charles WARREN, «Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation...», *op. cit.*, pp. 15-16.

(287) Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 5.

facultad de los tribunales estatales para derribar leyes contradictorias con la Constitución de Virginia, para añadir que «conceptually the doctrine is indistinguishable from *Marbury*». En esta importante sentencia se trató asimismo de delimitar el preciso significado de la *judicial review*. A tal efecto se afirmaba en ella que la doctrina en cuestión no estaba pensada para autorizar a los tribunales a «decidir sobre la equidad, necesidad o utilidad de una ley». Los tribunales debían ignorar todas aquellas consideraciones atinentes a la sensatez o conveniencia («wisdom or expediency») de una ley cuando se pronunciaban sobre su validez; no hacerlo así «equivaldría a una expresa interferencia con la rama legislativa» («would amount to an express interfering with the legislative branch») (288).

El fundamento último de la *judicial review* se iba a hacer descansar en la concepción de la soberanía que se había desarrollado durante y después de los debates de la era de los *Founders*. A la par que se rechazaba el tradicional punto de vista británico de que el legislativo poseía una completa soberanía, se sostenía que la soberanía se asentaba en el pueblo, quien, a través de la Constitución, delegaba un poder limitado al poder legislativo. No era otra la doctrina sustentada por Hamilton, tal y como ya se vio. En el caso virginiano inmediatamente antes mencionado, *Kemper v. Hawkins*, se sostenía que los legisladores eran meros «servants of the people», y en un caso decidido en Carolina del Sur con posterioridad al ámbito temporal ahora delimitado, *Cohen v. Hoff* (1814), se afirmaba expresamente que en la Constitución se encontraba «el encargo de donde los legisladores derivan su poder» (289).

Por traer a la memoria algunos otros casos, podemos recordar en New Jersey, el caso *Taylor v. Reading* (1796), que vino a ser algo así como el sucesor de *Holmes v. Walton*. En 1802, la doctrina fue sostenida y aplicada en Maryland, en *Whittington v. Polk*, y en Carolina del Sur nos encontramos con otras dos decisiones, las dictadas en *Ogden v. Witherspoon*, en 1802, y en *Dense v. Foy*, aunque ésta ya dos años después de la *Marbury decision*.

(288) Apud William E. NELSON, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, op. cit., p. 76.

(289) William E. NELSON, *Marbury v. Madison*..., op. cit., p. 76.

b) La posición de la *pre-Marshall Court* ante la *judicial review*

I. También algunos de los pronunciamientos de la *Supreme Court* permiten, sin ningún género de dudas, anticipar la doctrina sentada por Marshall en la *Marbury opinion*. Aunque el conjunto de decisiones es pequeño, los litigios reflejan el mismo modelo latente en los *Circuit Courts's cases*, lo que es perfectamente comprensible si se tiene en cuenta que los *Associate Justices* integraban también los Tribunales de circuito. Como ha escrito Schwartz (290), la Corte comenzó a asentar los fundamentos de la *judicial review* poco después de que entrara en funcionamiento, siendo varios los casos de particular significado al respecto. Y Wright, con más rotundidad aún, considera que hay pocas dudas de que las bases de la *judicial review* fueron establecidas en la primera década de vida de la *Supreme Court* (291). No podemos entrar a fondo en todo ello, pero sí creemos de interés aludir a algunos ejemplos.

Chisholm v. Georgia es el primer gran caso que hubo de abordar la Corte Suprema en materia constitucional. Decidido el 18 de febrero de 1793, su mayor interés, en lo que ahora respecta, lo hallamos en el *dissent* del Justice James Iredell. En él encontramos un *dictum* que anticipa en diez años la decisión *Marbury v. Madison*. Al hilo de la constatación de que la organización y el procedimiento judiciales debían de ser establecidos por el Congreso, Iredell aludía a que ello debía hacerse con la limitación de que el Congreso no excediera su autoridad, pues si lo hiciera, —escribe Iredell— «I have no hesitation to say, that any act to that effect would be utterly void, because it would be inconsistent with the constitution, which is a fundamental law, paramount to all others, which we are not only bound to consult, but sworn to observe; and therefore, where there is an interference, being superior in obligation to the other, we must unquestionably obey that in preference». La reflexión es irreprochable y contiene todos los elementos básicos en los que se fundamenta la *judicial review*, y no debe extrañarnos si hacemos memoria del nítido posi-

(290) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, op. cit., p. 22.

(291) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, op. cit., p. 34.

cionamiento en favor de esta doctrina que años antes había adoptado Iredell en su breve ensayo «To the Public» (1786), del que ya nos hicimos eco.

En el caso *Hylton v. United States*, resuelto el 8 de marzo de 1796, a través de la votación (mediante *seriatim opinions*) de los *Justices* Iredell, Paterson y Chase, la Corte decidió que el impuesto sobre los carruajes («a carriage tax») establecido dos años antes por una ley del Congreso era un impuesto indirecto, no siéndole por lo mismo de aplicación la previsión de la cláusula cuarta de la Sección 9.^a del Artículo I de la Constitución, aplicable tan sólo a los impuestos directos, que exigía que la imposición de un impuesto de esta naturaleza se hiciera en proporción al censo (292). De esta forma, la Corte soslayó la cuestión de la declaración de nulidad de toda ley contraria a la Constitución, no obstante lo cual, la *Supreme Court* no se mostró absolutamente neutra al respecto. La doctrina lo ha corroborado. Ya Beard, hace un siglo, señaló (293) que la Corte ejerció el derecho a pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley del Congreso. Ciertamente es que el Tribunal apoyó la ley. Ahora bien, si no se hubiera entendido que la Corte disponía de la facultad de considerar nula una ley federal con fundamento constitucional, ¿porqué se llevó el caso ante ella? Y si la Corte pensaba que no disponía de tal facultad, ¿porqué asumía la jurisdicción y se tomaba la molestia de pronunciar una sentencia sobre la constitucionalidad del impuesto? A su vez, Douglas (294) cree que la Corte vino a reconocer la legitimidad de la teoría. Y Schwartz coincide en esa apreciación, reconociendo que en esta sentencia (al igual que en otras, como las dictadas en los casos *Ware v. Hylton* y *Calder v. Bull*) la Corte comenzó a asentar los fundamentos de la *judicial review* (295). No nos cabe la menor duda de que así fue. Para constatarlo, basta tan sólo con leer el último párrafo de la *opinion* del *Justice* Chase, que

(292) De conformidad con tal norma constitucional: «No Capitation, or other direct, tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or Enumeration herein before directed to be taken».

(293) Charles A. BEARD, «The Supreme Court—Usurper or Grantee?», *op. cit.*, p. 33.

(294) Davison M. DOUGLAS, «The Rhetorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a “Great Case”», *op. cit.*, p. 380.

(295) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 22.

transcribimos a continuación: «As I do not think the tax on carriages is a direct tax, it is unnecessary, at this time, for me to determine, whether this court, constitutionally possesses the power to declare an act of congress void, on the ground of its being made contrary to, and in violation of, the constitution; but if the court have such power, I am free to declare, that I will never exercise it, but in a very clear case». Tan sensata reflexión mueve a entender, de un lado, que para el *Justice* Samuel Chase la Corte estaba legitimada para llevar a cabo ese control de constitucionalidad y, llegado el caso, declarar nula la ley que se estimare contradictoria con la Constitución, y de otro, que ya en aquel temprano momento Chase, en perfecta sintonía con lo sostenido por Hamilton en el núm. 78 del *Federalist*, estaba admitiendo un principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, al que anudaba la lógica consecuencia de que sólo cuando la inconstitucionalidad fuese clara debía hacerse efectiva la inaplicación de la ley en contradicción con la Norma suprema.

En estrechísima relación con el *Hylton case* ha de situarse el caso *Ware v. Hylton et al.*, decidido justamente un día antes del anterior litigio, el 7 de marzo de 1796. Esta decisión, como admite la doctrina de modo generalizado (296), en la dirección inmediatamente antes referida, coadyuva a sentar las bases de la *judicial review*, bien que en este caso ese control recaiga sobre las leyes estatales y tome como parámetro de la constitucionalidad no tanto la Constitución como los Tratados internacionales en los que fueren parte los Estados Unidos. La *Ware decision* reconoció la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes estatales que estuvieren en conflicto con ellos. La argumentación de mayor interés en relación con nuestro tema proviene del *Justice* Chase, para quien la cláusula de supremacía del Artículo VI puede operar retroactivamente para abatir («prostrate») todas las leyes estatales que se opongan a los tratados suscritos por la nación. Creemos de interés transcribir la reflexión de Chase en sus propios términos: «A treaty cannot be the supreme law of the land

(296) Destaquemos la consideración de Currie, para quien, «the most important constitutional holding of *Ware v. Hylton* was that the federal courts had the power to determine the constitutionality of state laws». David P. CURRIE, «The Constitution in the Supreme Court, 1789-1801», en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Volume 48, 1981, pp. 819 y ss.; en concreto, p. 863.

(...) if any act of a state legislature can stand in its way (...). Laws of any of the states, contrary to a treaty, shall be disregarded (...). It is the declared duty of the state judges to determine any constitution or laws of any state, contrary to that treaty (...), null and void. National or federal judges are bound by duty and oath to the same conduct». Es clara la decidida defensa de la *judicial review*, contemplándose ahora como canon del control no ya la Constitución federal sino los tratados suscritos por la Unión.

Particular trascendencia tendría igualmente el caso *Calder v. Bull*, decidido el 8 de agosto de 1798, por la votación de los *Justices* Chase, Paterson, Iredell y Cushing. El supuesto desencadenante del litigio vino dado por la promulgación por la Legislatura de Connecticut de una ley (aunque la misma se identificaba como «resolution») concediendo una nueva vista en un proceso de legalización de un testamento («probate trial»), lo que entrañaba la anulación de la decisión judicial ya dictada, circunstancia que desencadenó que los Calder, herederos legítimos defraudados («heirs at law disappointed») presentaran la demanda, al considerar la norma como una violación de la prohibición establecida por la Sección 10.^a del Artículo I de la Constitución sobre las «*ex post facto* laws» («No State... pass any... *ex post facto* Law»), o lo que es igual, de las leyes con efectos retroactivos. En este caso, según Corwin (297), se enfrentaron los puntos de vista nuevo y viejo de la Constitución junto a las distintas percepciones acerca de las bases y el ámbito de la *judicial review*.

La Corte (muy particularmente la sólida y celebrada *opinion* del *Justice* Samuel Chase) rechazó la argumentación de la demanda, con apoyo en dispares razonamientos a los que Chase acudió para tratar de discernir el significado de la expresión «*ex post facto* laws», una expresión técnica que venía siendo empleada desde mucho tiempo antes de la Revolución y que había adquirido «an appropriate meaning» entre los legisladores, los abogados y la doctrina (298). Chase

(297) Edward S. CORWIN, «The Establishment of Judicial Review (II)», en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Volume IX, 1910-1911, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 307.

(298) Chase trató de buscar el significado de la expresión tanto en la autoridad dogmática de Blackstone como en el *usus loquendi* de las constituciones estatales y también en la Constitución federal. Chase llegó a la conclusión de que la prohibición constitucional no

entendió inexcusable distinguir entre «*ex post facto* laws, and retrospective laws». «Cada ley *ex post facto* debe necesariamente ser retroactiva, pero no toda ley retroactiva es una ley *ex post facto*. Sólo las primeras están constitucionalmente prohibidas». En fin, Chase rechazaría que la prohibición constitucional debiera entenderse como un instrumento para asegurar a los ciudadanos en sus derechos personales, por ejemplo, en sus derechos de propiedad (299). Se ha hecho hincapié en las numerosas referencias que la *Chase's opinion* acoge a principios del Derecho natural, habiéndose subrayado que, no obstante su posición proclive al rechazo de la demanda, su *opinion* está repleta de sugerencias acerca de la existencia de «natural rights limitations on legislatures, beyond the limits prescribed by the written Constitution» (300). En coherencia con ello, Samuel Chase rechazaría no sólo la omnipotencia de las legislaturas estatales, sino también que su poder sea absoluto y sin control, y ello aunque ninguna cláusula específica establezcan al efecto las Constituciones federal o estatales. Con ello, Chase, en línea con precedentes decisiones de la *Supreme Court*, contribuía a establecer las bases de la *judicial review*.

El pronunciamiento de Chase parecía dejar abierta la vía de un control judicial de las leyes no ya por su contradicción con específicas previsiones constitucionales, sino, más allá de ello, incluso por su oposición a los principios de lo que podríamos llamar una «unwritten constitution», como por ejemplo, los principios de la justicia natural. Ello implicaba dejar planteado un tema dogmático de la mayor relevancia. Los *Justices* Paterson y Cushing iban a concurrir con la *opinion* de Chase, sin entrar en el debate dogmático, lo que sí iba a hacer,

se extendía a cualquier legislación retroactiva, sino tan sólo a aquellas leyes que convirtieron lo que eran actos autorizados cuando se realizaron en actos criminales, o que agravaron la pena de actos ya realizados. Cfr. al efecto, Edward S. CORWIN, «The Basic Doctrine of American Constitutional Law», en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. XII, No. 4, February 1914, pp. 247 y ss.; en concreto, pp. 248-249.

(299) «The restraint against making any *ex post facto* laws — razonaba el *Justice* Chase— was not considered by the Framers of the Constitution, as extending to prohibit the depriving a citizen even of a vested right to property; or the provision “that private property should not be taken for public use, without just compensation”, was unnecessary». Las *opinions* de Chase, Paterson, Iredell y Cushing pueden verse en la obra *The Founders' Constitution*, edited by Philip B. KURLAND and Ralph LERNER, *op. cit.*, volume three, pp. 402 y ss.

(300) Suzanna SHERRY, «The Founders' Unwritten Constitution», *op. cit.*, pp. 1172-1173.

por el contrario, el *Justice Iredell*, quizá al pensar que Chase estaba sustentando la autoridad para fiscalizar las leyes en sus propias ideas acerca de la justicia, lo que desencadenó su airada reacción.

James Iredell comenzó señalando en su *opinion*, que si la Constitución no impusiera límites sobre el poder legislativo, la consecuencia de ello sería, inevitablemente, que «whatever the legislative power chose to enact, would be lawfully enacted, and the judicial power could never interpose to pronounce it void». Admite Iredell que algunos «speculative jurists» (en referencia bastante explícita a Chase) han considerado que una ley del poder legislativo contraria a la justicia natural («against natural justice») debe ser nula en sí misma, pero precisa que él no puede pensar que bajo tal gobierno (un gobierno constitucional) ningún tribunal de justicia posea una facultad para declararla así (nula), recurriendo en apoyo de su tesis al pensamiento de Blackstone sobre el ámbito del poder parlamentario. Más adelante, Iredell esboza con toda nitidez su punto de vista, que por su enorme interés transcribimos a continuación:

«If any act of Congress, or of the legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void; though, I admit that as the authority to declare it void is of a delicate and awful nature, the court will never resort to that authority, but in a clear and urgent case. If, on the other hand, the legislature of the Union, or the legislature of any member of the Union, shall pass a law, within the general scope of their constitutional power, the court cannot pronounce it to be void, merely because it is, in their judgment, contrary to the principles of natural justice. The ideas of natural justice are regulated by no fixed standard: the ablest and the purest men have differed upon the subject; and all that the court could properly say, in such an event, would be , that the legislature (possessed of an equal right of opinion) had passed an act which, in the opinion of the judges, was inconsistent with the abstract principles of natural justice».

El intercambio dogmático entre Chase e Iredell ha sido considerado(301) como la salva de apertura («the opening salvo») de

(301) David P. CURRIE, «The Constitution in the Supreme Court. 1789-1801», en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Volume 48, 1981, pp. 819 y ss.; en concreto, p. 874.

una batalla en marcha («a running battle») que nunca se ha calmado completamente, y en su trasfondo, como un siglo atrás visualizara Corwin (302), subyace la naturaleza misma de las constituciones.

Los casos mencionados no agotan ni mucho menos el listado de decisiones en que la Corte Suprema se enfrentó con cuestiones constitucionales y asimismo con el problema de la reacción jurídica frente a la dudosa constitucionalidad de una ley. Los casos *Chandler v. Secretary of War*, resuelto el 14 de febrero de 1794, y *United States v. Yale Todd*, decidido tres días más tarde, constituirían dos buenos ejemplos de lo que se acaba de decir. Más aún, autor tan relevante como Abraham ha considerado este último como el primer ejemplo de declaración de inconstitucionalidad de una ley federal por la Corte Suprema (303). En él, la Corte, al hilo de una demanda sobre una pensión federal, declaró inconstitucional la ley, si bien la *opinion* no fue oficialmente anunciada, y por lo mismo conocida, hasta que más de medio siglo después, en el caso *United States v. Ferreira* (1851), el *Chief Justice* Taney se hizo eco de ella. A su vez, en *Cooper v. Felfair* (1800), cuatro años posterior a la *Ware opinion*, Chase iba a ofrecer, a juicio de Corwin (304), un testimonio concluyente de la inminente adopción en el ámbito federal de la doctrina de la supremacía judicial, en que se traducía el ejercicio de la *judicial review*. «It is, indeed, a general opinion —escribía el *Justice* Chase— it is expressly admitted by all this bar, and some of the judges have, individually in the circuits decided, that the Supreme Court can declare an act of Congress to be unconstitutional, and, therefore, invalid; but there is no adjudication of the Supreme Court itself on the point». Tres años antes de la *Marbury opinion*, Chase estaba haciéndose eco de una doctrina que parecía ampliamente generalizada, aunque la Corte Suprema no la hubiera puesto en práctica formal-

(302) Edward S. CORWIN, «The Establishment of Judicial Review (II)», *op. cit.*, p. 308.

(303) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 339. Marcus hace suya tal consideración al entender que éste es el primer ejemplo de declaración por la *Supreme Court* de la inconstitucionalidad de una ley. El problema, puntualiza a renglón seguido, es que la Corte no proporcionó ningún fundamento para su decisión. Maeva MARCUS, «The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* – and so What?», *op. cit.*, p. 37.

(304) Edward S. CORWIN, «The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress», *op. cit.*, pp. 628-629.

mente, siempre, claro está, según Chase, pues ya hemos visto que algunas decisiones de la misma podrían entrañar una declaración de inconstitucionalidad.

II. Cuanto hasta aquí se ha expuesto creemos que deja claro que la *judicial review* se hallaba bastante asentada con anterioridad a la *Marbury opinion*, remontándose incluso a la época colonial, aunque ciertamente sea tras la Revolución cuando se explicita más claramente. En el ámbito de los tribunales, incluso de la Corte Suprema, era una doctrina conocida y, por lo general, aceptada e incluso, en ocasiones, puesta en práctica. Newmyer (305) ha podido escribir, que *Marbury v. Madison* fue la culminación natural de una lucha por el ordenamiento constitucional que se remonta a la Revolución americana, que Marshall consideró una Revolución constitucional, aunque no falten quienes cifran en varios siglos la antigüedad de esta práctica de la *judicial review* (306), cuya definitiva consagración jurisprudencial por Marshall, desde luego, también encuentra una cierta explicación como una reacción frente a las amenazas para la propia Unión que, a fines de la década de 1790, vinieron a suponer los exaltados partidarios de los derechos localistas de los Estados, que tuvieron como referente las Resoluciones aprobadas por los Estados de Virginia y de Kentucky.

La doctrina de la *judicial review*, formalmente consagrada por la *Marbury opinion*, se halla, pues, lejos de poder considerarse una creación *ex novo* de Marshall, debiendo por tanto enmarcarse en la tradición jurídica norteamericana. Y así lo ha entendido la gran mayoría de la doctrina. Valgan como ejemplo, a añadir a otros varios de los que ya nos hemos hecho eco, las claras palabras de Schwartz (307), para quien, aunque Marshall fue un *legal colossus*, no escribió la *Marbury decision* sobre una pizarra en blanco («on a blank slate»). Por el contrario, la regla formulada por nuestro *Chief*

(305) R. Kent NEWMYER, *John Marshall and the Heroic Age*, *op. cit.*, p. 173.

(306) «Accepting the well-established and long-practiced idea of limited legislative authority, — escribe Bilder — American constitutional law recommitted itself to a practice over four centuries old». Mary Sarah BILDER, «The Corporate Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 560.

(307) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 22.

Justice estaba inextricablemente entrelazada con la expuesta por sus contemporáneos y predecesores. Que ello fuera así, añadiríamos por nuestra cuenta, no resta un ápice a su trascendencia. Piénsese en que *Marbury v. Madison* fue la decisión que convirtió la *judicial review* en una doctrina constitucional positiva.

3. LA CULMINACIÓN DEL PROCESO: LA *MARBURY V. MADISON OPINION*, UNA DECISIÓN QUE VA MUCHO MÁS ALLÁ DE LA POSITIVACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA *JUDICIAL REVIEW*

I. La sentencia que nos ocupa ha venido tradicionalmente vinculándose de modo inextricable con la doctrina de la *judicial review*. Tal circunstancia es perfectamente comprensible, por la enorme trascendencia de esta doctrina para el Derecho constitucional norteamericano, e incluso para la propia historia del país. A este respecto, Frankfurter ha llegado a escribir (308) que, sin duda («surely»), el curso de la historia de América habría sido apreciablemente diferente («markedly different») si la dimisión de Ellsworth como *Chief Justice* se hubiese producido más tarde o si John Adams hubiese convencido a Jay para que retornase a la presidencia del Tribunal Supremo, en definitiva, si Marshall no hubiese accedido a la *Chief Justiceship*. Y es que la perspicacia de Marshall resultó inigualable. «John Marshall —diría Frankfurter en el mismo sentido— is a conspicuous instance of Cleopatra's nose» (309). Y aunque quizá la amplia concepción de los poderes del gobierno federal, sentada al hilo de la interpretación de la «necessary and proper clause», establecida en la *McCulloch v. Maryland opinion* (1819), tuviera una muy superior trascendencia para el futuro de los Estados Unidos como nación, no nos cabe duda de que la relevancia del reconocimiento de la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes no le fue muy a la zaga.

Admitido lo anterior, hay que añadir de inmediato, que las aportaciones de la *Marbury opinion* no pueden circunscribirse a la defini-

(308) Felix FRANKFURTER, «John Marshall and the Judicial Function», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Volume 69, 1955-1956, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 221.

(309) *Ibidem*, p. 222.

tiva recepción en sede jurisprudencial de la doctrina de la *judicial review*. Los aportes que esta decisión nos ofrece van bastante más allá del ámbito de tal doctrina. De entrada, la sentencia va a otorgar al *federal judiciary* un rol de extraordinaria importancia en el sistema constitucional, posibilitando que la «third branch» pudiera pasar a situarse en un plano de relativa equiparación con los otros dos poderes del gobierno federal. En tal sentido, Fallon, tras señalar que «*Marbury* has a foundational, even constitutive role in constitutional jurisprudence», argumenta que, además de ser el manantial («the fountainhead») del que mana la *judicial review*, esta sentencia nos ofrece «the canonical statement of the necessary and appropriate role of the courts in the constitutional scheme» (310). El rol del poder judicial federal, en efecto, cambió decisivamente tras esta decisión. A través de ella, Marshall iba a comenzar a rescatar al *judiciary* del relativo ostracismo en que se había mantenido durante sus casi tres primeros lustros de vida constitucional federal, y en lo que a la *Supreme Court* atañe, iba a comenzar a sentar las bases de su futuro prestigio. Y aunque ciertos juicios emitidos sobre la trascendencia de esta decisión puedan parecernos a todas luces exagerados, como sería el caso del entusiasta elogio de Leonard Baker, quien calificaría la *opinion* de Marshall como «una de las más admirables horas de la civilización, una de las más grandes realizaciones de la humanidad» (311), lo que está fuera de toda duda es que la decisión tuvo una extraordinaria trascendencia para el futuro desarrollo constitucional americano, y que aún hoy, como constata la doctrina, «*Marbury* remains a central text of American politics» (312).

Por lo demás, los significados de esta sentencia son múltiples. Quizá por ello se ha podido escribir, en un muy afortunado símil, que nos recuerda los sugestivos experimentos con la luz de los pintores impresionistas (pensemos en los maravillosos óleos sobre la *cathédrale de Rouen*, el *Waterloo Bridge* o *les falaises d'Aval* en

(310) Richard H. FALLON, Jr., «*Marbury* and the Constitutional Mind: A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension», en *California Law Review* (*Cal. L. Rev.*), Volume 91, No. 1, January 2003, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 4 y 5.

(311) *Apud* Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 344.

(312) James M. O'FALLON, «*Marbury*», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Volume 44, 1991-1992, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 259.

Étretat de Monet), que «*Marbury* resembles a great painting in that its meaning often varies with the light and the viewer» (313). Como una guía para la *judicial review*, la *opinion* no dejó de ser engañosa, pues si inicialmente pudo transmitir la impresión de que lo que con ella quería Marshall era limitar el poder del Congreso (314), pues al fin y al cabo su sentencia anuló una ley federal, el paso del tiempo aclararía que, lejos de ello, lo que Marshall pretendía en realidad era, ante todo, fortalecer el rol institucional de la *Supreme Court* en el marco del sistema constitucional para, a partir de ahí, operativizar la función de la *judicial review* frente a las legislaturas y tribunales estatales (315), con la vista puesta, en último término, en lograr el fortalecimiento del poder federal. Ello no debe extrañar por cuanto, como señalara McCloskey (316), el incremento del poder judicial y la conformación de la Constitución como «a charter for nationalism» fueron los dos temas interconectados que subyacían en todas las decisiones de Marshall. La función de revisión judicial no era por tanto sino un instrumento orientado a la consecución de un fin de muy altos vuelos.

II. La importancia del caso *Marbury v. Madison* como una decisión constitucional ha relativizado el interés en profundizar sobre sus otras consecuencias. Una de ellas, de la mayor trascendencia, es el hecho de que la sentencia estableció también la facultad de revisar la legalidad de las acciones del ejecutivo. Con carácter previo a la procla-

(313) R. Kent NEWMYER, «Chief Justice Marshall in the Context of His Time», en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), Volume 56, 1999, pp. 841 y ss.; en concreto, p. 846.

(314) No cabe, desde luego, devaluar la trascendencia de la doctrina de Marshall en el marco de las relaciones constitucionales entre «the Judicial and the Legislative Branches of the Government», pues al excluir la facultad del Congreso de interpretar la Constitución, evitó la existencia de dos intérpretes independientes de la misma; en tal caso, como escribiera Burton, el caos hubiera estado a la vuelta de la esquina («chaos was around the corner»). Harold H. BURTON, «The Cornerstone of Constitutional Law: The Extraordinary Case of *Marbury v. Madison*», en *American Bar Association Journal* (*A.B.A.J.*), Volume 36, 1950, pp. 805 y ss. y 881 y ss.; en concreto, p. 881.

(315) «Looking at judicial review in action during his judicial tenure, —escribe Newmyer— it becomes immediately clear that, as a working concept, it was aimed primarily at state legislatures and at state judicial decisions upholding state legislation». R. Kent NEWMYER, en «Chief Justice Marshall in the Context of His Time», *op. cit.*, p. 846.

(316) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 2nd edition (revised by Sanford Levinson), Chicago, 1994, p. 37.

mación de la competencia judicial para anular una ley del Congreso, la Corte sostuvo la autoridad judicial para hacer cumplir los específicos deberes legales de los funcionarios administrativos. La relevancia de este aporte adicional es evidente. Si la doctrina de la separación de poderes hubiera sido entendida desde los inicios de la vida constitucional norteamericana en el sentido de excluir cualquier control judicial de la actuación administrativa, el diseño constitucional se habría visto seriamente trastocado desde el principio. Además, como ha señalado Monaghan (317), una concepción de la Administración pública libre de supervisión judicial («free from judicial oversight») habría dañado el axioma político fundamental del gobierno limitado, socavando de esta forma por anticipado un apoyo fundamental («a principal buttress») para la legitimidad del moderno «administrative state». Por lo demás, para la opinión pública de la época, la mayor trascendencia del caso se visualizó justamente en esta asunción por la Corte de la facultad de controlar la actuación del ejecutivo (318).

En fin, todavía podría complementarse lo expuesto, significando que el *Marbury case* obligó a la Corte a enfrentarse por primera vez con la peliaguda cuestión del ámbito de los poderes presidenciales implícitos («implied Presidential powers»), y en particular con la facultad de destituir a los funcionarios y de invocar el «executive privilege» (319). Y en estrecha conexión con ello, la Corte delimitaría por vez primera la doctrina de las *political questions*, admitiendo

(317) Henry P. MONAGHAN, «*Marbury and the Administrative State*», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, Volume 83, No. 1, January 1983, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 1.

(318) En su monumental obra *The Supreme Court in United States History*, todavía hoy la más completa historia de la vida de la Corte desde sus inicios hasta el momento en que la obra fue escrita, Charles Warren escribía al respecto lo que sigue:

«To the lawyers of today, the significance of Marshall's opinion lies in its establishment of the power of the Court to adjudicate the validity of an Act of Congress—the fundamental decision in the American system of constitutional law. To the public of 1803, on the other hand, the case represented the determination of Marshall and his Associates to interfere with the authority of the Executive, and it derived its chief importance then from that aspect». Charles WARREN, *The Supreme Court in United States History*, revised edition in two volumes, Little, Brown and Company, Boston, 1932, Volume I (1789-1835), p. 232.

(319) En tal sentido se pronuncia Akhil Reed AMAR, «*Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court*», en *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Volume 56, 1989, pp. 443 y ss.; en concreto, p. 447.

la existencia de «discretionary acts of the president» de naturaleza esencialmente política y, por lo mismo, no controlables en sede judicial.

Y por si todo ello fuera poco, la sentencia consagró el principio de justiciabilidad de los derechos, dando vida al aforismo romano *ubi jus, ibi remedium*, en orden a viabilizar una tutela judicial frente a la violación de un derecho legal, aunque la ley no contemplara expresamente un «private right of action». Recordemos al efecto dos reflexiones jurisprudenciales que, si no son de las más citadas, a nuestro entender, sí resultan por contra de las más trascendentales de la sentencia: «The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection» (parágrafo 58 de la sentencia). Y esta consideración se complementa con la de que: «The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right» (párrafo 61).

De resultas de todas estas reflexiones, podría pensarse que la *Supreme Court* estaba reivindicando para sí el rol de «ultimate interpreter of the Constitution»; ello pudiera parecer incluso perfectamente ajustado a su carácter de garante último de la Norma suprema. Y así pareció corroborarlo la propia Corte bastantes decenios después, en el caso *Cooper v. Aaron* (1958). Y aunque ello no ha dejado de suscitar críticas doctrinales (320), lo cierto es que

(320) Tal es el caso de Levinson, quien trata de justificar el por qué no enseña el *Marbury case*, suponemos que a sus alumnos de la *University of Texas Law School*. A su juicio, enseñar *Marbury* refuerza la noción de «judicial supremacy» en vez de la de «constitutional supremacy», y con ello se acentúa «the single most pernicious aspect of American legal education», que es el de inculcar en desventurados estudiantes («in hapless students») la más común de todas las nociones del realismo jurídico («Legal Realism»), que Levinson compendia en la célebre afirmación que en su *speech* ante la «Elmira Chamber of Commerce» (el 3 de mayo de 1903, antes, por tanto, de su primer acceso a la *Supreme Court* como *Associate Justice*) hiciera Charles Evans Hughes: «the Constitution is what the judges say it is», visión que Levinson tilda de por entero inaceptable del constitucionalismo norteamericano, tanto desde una perspectiva normativa, como desde una óptica descriptiva. Sanford LEVINSON, «Why I Do Not Teach *Marbury* (Except to Eastern Europeans) and Why You

tal autoridad no es reivindicada por la Corte en ningún lugar de la *Marbury opinion*.

III. Todavía podríamos aludir a una cuestión complementaria de la máxima trascendencia. Se ha dicho (321) que de todas las fibras («the strands») con las que se confeccionó el rico tapiz («the rich tapestry») de la jurisprudencia constitucional del *Chief Justice Marshall*, ninguna fue más importante que la distinción que él diseñó entre Derecho y política («law and politics»). Y aunque, desde luego, es un tema harto discutido el de si Marshall tuvo realmente éxito al mantener en sus sentencias esa distinción, dado que no faltan quienes ven las declaraciones de Marshall como la mera cobertura jurídica de un resultado políticamente orientado (322), Marshall se esforzó notablemente en mostrar que la palabra de la Corte era Derecho, no política. Y la *Marbury opinion* puede ser un ejemplo de ello. Es obvio que las circunstancias que precedieron y rodearon el caso vinieron connotadas por unas enormes tensiones políticas, y ello le otorgó una evidente dimensión política. El mismo Marshall lo admitió tanto en su correspondencia privada como en la propia sentencia. Sin embargo, de ello no se sigue que el razonamiento jurídico de la sentencia fuera nada más que una cínica máscara encaminada a disfrazar un objetivo políticamente predeterminado. Como ha escrito Newmyer (323), la sentencia, como la misma Constitución, fue a la vez jurídica y política; nadie, incluyendo al *Chief Justice*, conocía con toda seguridad dónde y cómo podía encontrarse un equilibrio, dónde y cómo los principios y la metodología del *common law* informaban el texto escrito de la Constitución, que si bien era ley suprema, también era un texto esencialmente político. En cualquier

Shouldn't Either», en *Wake Forest Law Review (Wake Forest L. Rev.)*, Volume 38, 2003, pp. 553 y ss.; en concreto, pp. 569-570.

(321) R. Kent NEWMYER, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 2001, p. 102.

(322) Particularmente duro al respecto es el juicio de Levinson, quien admite tener poca dificultad para declarar que las principales *opinions* de Marshall cubren toda la gama («run the gamut») que va de lo intelectualmente fraudulento («from the intellectually dishonest») a lo majestuosamente visionario («to the majestically visionary») y raramente contienen la única interpretación plausible de la Constitución. Sanford LEVINSON, «Law as Literature», en *Texas Law Review (Tex. L. Rev.)*, Volume 60, 1981-1982, pp. 373 y ss.; en concreto, p. 389.

(323) R. Kent NEWMYER, *John Marshall and the Heroic Age...*, *op. cit.*, pp. 167-168.

caso, Marshall se esforzó en esa delimitación y ello puede contribuir a explicarnos, convincentemente, que creyera que la *judicial review* concernía no a un ejercicio de discreción política por parte de la Corte, sino tan sólo al resultado de la yuxtaposición de dos textos legislativos, la Constitución y la ley, con el fin de constatar si chocaban o no entre sí.