

LA SENTENCIA *MARBURY V. MADISON*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (*)

SUMARIO: 1. EL SUPUESTO DE HECHO DESENCADENANTE DEL CASO.—2. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CHARLES LEE, EL ABOGADO DE LOS DEMANDANTES.—3. LOS PROLEGÓMENOS DEL JUICIO.—4. EL DESARROLLO DE LA VISTA.—5. LA SENTENCIA *MARBURY V. MADISON*.—A) *Su enfoque sistemático*.—B) *Su significativo apartamiento del orden procesal normal*.—6. EL *ITER* ARGUMENTAL DE LA SENTENCIA.—A) *El derecho de William Marbury a la entrega de su nombramiento*.—B) *La legitimidad de la reacción jurídica frente a la violación del derecho*.—C) *La pertinencia del instrumento del writ of mandamus*.—D) *La imposibilidad de emisión del writ of mandamus por la Corte*.—a) La inconstitucionalidad de la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789.—b) La doctrina de la *judicial review*. Su fundamentación.—a') Los argumentos de carácter general.—a'') La Constitución como «paramount law» y la nulidad de todo acto legislativo en contradicción con ella.—b'') La teoría de la *judicial function*.—b') Los argumentos entresacados del texto literal de la Constitución.—a'') La cláusula sobre la

(*) Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

extensión del poder judicial (*arising-under clause*).—b'') La *supremacy clause*.—c'') La cláusula del juramento (*oath clause*).—c') La ausencia de toda referencia a los precedentes jurisprudenciales y a la posición de los *Framers* ante la *judicial review*.—d') Recapitulación sobre la argumentación de Marshall.—7. LOS RASGOS CONFIGURADORES DE LA PRIMERA DOCTRINA SOBRE LA *JUDICIAL REVIEW*.

1. EL SUPUESTO DE HECHO DESENCADENANTE DEL CASO

I. Cuando se lee la *Marbury opinion* puede suceder (y así ha acontecido en ocasiones incluso entre la doctrina norteamericana) que, al centrarse en los entresijos de la argumentación jurídica, se soslayan los hechos en los que la *litis* se enmarca, y no nos referimos ya tan sólo a aquéllos que son recogidos en la propia sentencia (en el caso en cuestión, de todo punto insuficientes para la adecuada comprensión de los argumentos jurídicos de Marshall), sino a los que se han llamado (1) hechos exteriores («outside facts»), derivados del conocimiento que uno ha de tener no sólo de las circunstancias próximas que rodean el caso, sino también de la historia de la controversia que lo provoca (2). Desde esta perspectiva, a veces se olvida la intensidad de la batalla política que rodeó el caso, olvido que se explica porque, con frecuencia, *Marbury* se lee desde la perspectiva un tanto anacrónica de un consolidado *rule of law* en el que los tribunales federales (y aún más la *Supreme Court*) desempeñan un rol central. Pero ese rol será en gran parte una de las consecuencias de la propia sentencia del caso *Marbury*, porque en los inicios del siglo XIX, los tribunales federales se presentaban en bastantes supuestos tan sólo como «another forum for the pursuit of political action» (3), algo que, a nuestro entender, no era sino la resultante del sistema de nombramiento de los jueces federales (similar al de los restantes funcionarios de la Administración federal), el *spoils system*, por el que el partido en el poder distribuía, a modo de prebendas, los cargos públicos entre sus fieles. Los llamados *midnight Judges*, nombrados por el Presidente Adams en el último minuto de su mandato (4), ejemplifican paradigmáticamente ese perverso sistema.

(1) Sanford LEVINSON and Jack M. BALKIN, «What Are the Facts of *Marbury v. Madison*?», en *Constitutional Commentary (Const. Comment.)*, vol. 20, 2003-2004, pp. 255 y ss.; en concreto, p. 264.

(2) No hay —escriben Levinson y Balkin, desde una óptica general— un punto natural de división («natural dividing point») que delimite los «hechos del caso» de los que uno podría desear descartar como «factual irrelevancies», esto es, como observaciones basadas en hechos fuera de lugar. Antes bien, la articulación de los «facts of the case» es siempre pragmática y provisional. Sanford LEVINSON y Jack BALKIN, «What Are the Facts...?», *op. cit.*, p. 265.

(3) Paul W. KAHN, *The Reign of Law (Marbury v. Madison and the Construction of America)*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1997, p. 11.

(4) Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El trasfondo político y jurídico de la *Marbury v. Madison decision*», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIBJC)*, núm. 15, 2011, pp. 139 y ss.

Frente a la mencionada lectura de la sentencia, el *Marbury v. Madison case* se ha visualizado como el escenario de una batalla entre dos diferentes concepciones del orden político (5). Y así, mientras Jefferson tildaba el cambio en la Administración que se había de producir en marzo de 1801 como la segunda Revolución americana, el *federal judiciary* se aprestaba a actuar como un freno contrarrevolucionario, en defensa de las ideas Federalistas. Piénsese que la elección de noviembre de 1800 planteó una crisis real para una democracia aún en ciernes, pues no estuvo de ningún modo claro que la transferencia de poder del viejo partido revolucionario, los Federalistas, a los advenedizos republicanos («the upstart Republicans») pudiera alcanzarse pacíficamente (6). El caso del pobre Marbury, pobre por haber estado actuando tan sólo como una «comparsa federalista» («as a Federalist stooge»), —ha escrito Lerner (7)— fue atizado por los fuegos cruzados de Federalistas y Republicanos, convirtiéndose en un *Machtpolitik*. Por todo ello, se puede estar plenamente de acuerdo con Newmyer cuando aduce (8), que *Marbury*, apriorísticamente, no era uno de esos casos que estuviera hecho para la grandeza («for greatness»). Bien al contrario, si algo presagiaba era el desastre («if it promised anything, it was disaster»), pues los hechos parecían conducir a la Corte hacia una fatídica («fateful») confrontación con el poder Republicano. La enorme habilidad del *Chief Justice* evitaría esa debacle en ciernes.

II. El supuesto de hecho desencadenante del *Marbury case* creemos que es notoriamente conocido; ello no obstante, vale la pena aludir al mismo y, en particular, al contexto político en el que se fraguan los hechos, pues todo ello puede ofrecer pistas válidas para ayudar a comprender ciertos aspectos peculiares de la propia sentencia.

El 13 de febrero de 1801, la Administración federalista saliente de John Adams lograba que el Congreso, aún con mayoría federalis-

(5) Paul W. KAHN, *The Reign of Law, op. cit.*, p. 15.

(6) Sanford LEVINSON y Jack M. BALKIN, «What Are the Facts...?», *op. cit.*, p. 257.

(7) 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. 406.

(8) R. Kent NEWMYER, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, Harlan Davidson, Inc., Arlington Heights (Illinois), 1968, p. 29.

ta, aunque ya por un período de tiempo inferior a las tres semanas, aprobase la *Judiciary Act*, «to provide for the more convenient organization of the Courts of the United States». Se admite generalizadamente, que el texto legal combinó el tratamiento de relevantes cuestiones para el poder judicial federal con asuntos de interés estrictamente partidista. La *Judiciary Act* incidió notablemente sobre la organización judicial, propiciando, en lo que ahora interesa, la creación de 16 nuevos jueces de circuito para los seis *Circuit Courts*, pasando con ello el número total de jueces federales de circuito de 7 a 23. Los nuevos cargos judiciales fueron rápidamente ocupados por Federalistas de la plena confianza del Presidente Adams, siendo por cierto uno de ellos un hermano de John Marshall, James Markham Marshall, aunque éste iba a ocuparlo en el *Circuit Court* del Distrito de Columbia.

Dos semanas más tarde, el 27 de febrero, a cinco días de la toma de posesión como nuevo Presidente de Thomas Jefferson, el Congreso aprobaba otro nuevo texto legal, la *Organic Act of the District of Columbia*, de conformidad con la cual se creaban 42 Juzgados de paz en ese distrito, que nuevamente Adams se afanaría por cubrir con Federalistas leales, uno de ellos justamente William Marbury.

El contexto político era ya de por sí problemático, al venir connotado por el brutal enfrentamiento producido en los últimos años de la década final del siglo entre Federalistas y Republicanos, que encontraría sus momentos álgidos en la aprobación por el Congreso, en 1798, de las *Alien and Sedition Acts*, consideradas por muchos como un instrumento de persecución política de los Republicanos críticos con la Administración de Adams (9), y en la fulminante reacción de

(9) Piénsese que la Sección segunda de la *Sedition Act* castigaba cualquier crítica hacia el Presidente o el Congreso con una multa de 2000 dólares y con prisión de hasta dos años. Aunque Newmyer recuerda que los Federalistas argumentaron, y los historiadores han hecho otro tanto con posterioridad, que la Sección tercera de esta ley suponía realmente una liberalización del escrito difamatorio del *common law*, ya que, a diferencia del Derecho inglés, se permitía algo parecido al derecho de defensa y al enjuiciamiento por jurados para dictar veredictos, lo cierto es que la disposición fue radicalmente rechazada por los Republicanos, en base al hecho de que los casos concernientes a los supuestos escritos sediciosos iban a ser juzgados en tribunales federales por jurados federalmente constituidos, que serían en su enorme mayoría instruídos por jueces Federalistas y, en bastantes casos, muy poco

las Legislaturas de Virginia y de Kentucky, al aprobar las llamadas *Virginia and Kentucky Resolutions*, concebidas primariamente, como en su día interpretó Corwin (10), con el propósito de ruptura directa («with the design of breaking through») del sutil control que entrañaba la intervención del poder judicial federal, tal y como se venía constatando por sus, en ocasiones, muy controvertidas aplicaciones de las *Alien and Sedition Acts* (11).

En este conflictivo marco político, el Presidente Adams, en el último mes de ejercicio del cargo, en vísperas pues del traspaso de poderes a Jefferson (el 4 de marzo de 1801) y a su nueva Administración Republicana, seleccionaría para su nombramiento para puestos federales a un total de 217 personas, de las que 93 eran para puestos judiciales y jurídicos, de ellas 53 para el distrito de Columbia, William Marbury entre ellos. Tan apurado resultó el tiempo, que buen número de los cargos judiciales así designados fueron llamados los *Midnight Judges*, porque el Presidente dedicó sus últimas horas en el cargo a firmar los despachos de nombramiento. Se cuenta incluso, y de ello se han hecho eco varios autores (12), que en la medianoche del 3 de marzo de 1801, cuando el período de Adams expiraba, John Marshall, su Secretario de Estado, que, aún cuando ya nombrado *Chief Justice*, seguía actuando como Secretario de Estado, algo realmente insólito, fue interrumpido por el que habría de ser el *Attorney General* del Presidente entrante, Levi Lincoln, mientras preparaba los últimos nombramientos para los recién creados juzgados. Lincoln, supuestamente, llegó con las órdenes de Jefferson de que tomara posesión del Departamento de Estado, no permitiendo que se

imparciales. Cfr. al efecto, R. Kent NEWMYER, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 2001, p. 120.

(10) 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. 568.

(11) Las *Virginia Resolutions* fueron escritas por Madison. Su versión, que intentó ser endurecida por una enmienda del propio Jefferson, condenaba la *Sedition Act* como «un deliberado, patente y peligroso ejercicio de poder» no otorgado por la Constitución federal. A partir de esta premisa se resolvía que «los Estados están obligados a intervenir», resistiendo frente a tan patente abuso de poder.

(12) 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. 86, nota 1. Asimismo, Sylvester PENNOYER, «The Case of Marbury v. Madison», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 30, 1896, pp. 188 y ss.; en concreto, p. 195.

eliminara ningún documento después de iniciado el día 4 de marzo. Ante la pregunta de Marshall de a qué respondía tal actuación, la réplica de Lincoln fue la de que «el Sr. Jefferson se consideraba él mismo, a la luz de un albacea (“in the light of an executor”), obligado a hacerse cargo de los documentos del gobierno hasta que estuviera debidamente cualificado». Marshall se vio forzado a retirarse, echando una mirada de despedida hacia los documentos aún pendientes de algún trámite que tenía sobre su mesa.

Como fácilmente puede comprenderse, los dos textos legales aprobados por los Federalistas muy pocas semanas, muy pocos días incluso, antes del cambio de Administración suscitaron un brutal rechazo por parte de los Republicanos. McCloskey (13) hablaría de «the Jeffersonian tempest», desencadenada no sólo por el intento Federalista de politizar la justicia federal, nombrando como jueces a fieles acólitos, sino también, desde luego, por el propio desatino de algunos de los nombramientos, que bien pronto, ya en el verano de 1801, iban a dar muestras de su partidista, y por lo mismo, inequitativo, parcial e injusto sentido de administrar justicia. Recurriendo a una metáfora militar, Jefferson vino a decir que los Federalistas se habían atrincherado en la fortaleza del *Judiciary* para, desde ella, intentar bombardear y destruir la obra de los Republicanos. Por su parte, el virginiano John Randolph, muy airadamente, exclamaría que el sistema judicial se había convertido en un «un hospital de políticos caídos» («a hospital of decayed politicians») (14). En resumen, los *midnight Judges* se presentan como el último episodio de un proceso de progresiva politización del *federal judiciary*, que propiciaría el levantamiento por los Republicanos del «hacha de guerra». El poder judicial, innecesario es decirlo, sería el gran perdedor de todos estos conflictos.

III. Las prisas de última hora impidieron que algunos de los nombrados para los nuevos cargos judiciales (15) recién creados pu-

(13) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, 2.^a ed., revisada por Sanford Levinson, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1994 (primera edición por University of Chicago Press, 1960), p. 25.

(14) *Apud* Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 569.

(15) Abraham recuerda que fueron diecisiete los nombramientos de jueces de paz no entregados con los que se encontró, no sin evidente satisfacción, el Presidente Jefferson

dieran recibir su despacho de nombramiento. Entre ellos se encontraban William Marbury y otros tres fieles Federalistas, Dennis Ramsay, William Harper y Robert Townshend Hooe, todos ellos nombrados por Adams jueces de paz del distrito de Columbia (en los condados de Washington y Alexandria). Otros trece nombrados para el mismo cargo declinaron unirse a William Marbury y los otros demandantes en su búsqueda de un *mandamus* de desagravio (16).

William Marbury, cuyo nombre ha pasado a la historia, pero del que la doctrina suele ignorar todo salvo el nombre, al tiempo de su nombramiento, era un próspero banquero; a la par, era un activo Federalista (jefe del partido Federalista en Georgetown) y un abierto crítico de Jefferson. En 1800, se trasladó a Georgetown, convirtiéndose en uno de los principales hombres de negocios de la ciudad (17), siendo poco después nombrado miembro del Consejo de Administración del Banco de Columbia. Hoy podría resultar asombroso que un banquero aspirara al modesto cargo judicial de juez de paz, pero como la doctrina ha puesto de relieve (18), en contraste con el cargo menor que hoy significa ser juez de paz, la posición a la que Marbury había sido nombrado entrañaba un considerable prestigio y poder en el recién creado Distrito de Columbia. El juez de paz constituía la principal arma del gobierno local en el Distrito de Columbia, disponiendo de un elenco de poderes ejecutivo, legislativo, judicial y administrativo, y lo que aún era más relevante, los jueces de paz eran responsables del mantenimiento del orden público. Ciertamente, Marbury había construido a sus 41 años una carrera extraordinariamente exitosa y lucrativa en el campo de las finanzas en el Estado de Maryland. En el momento

(«Jefferson on taking office was delighted to find the seventeen undelivered justice of the peace commissions») en el despacho de Madison, su Secretario de Estado, quien aún no se había incorporado al cargo. Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France)*, Oxford University Press, 7.^a ed., Nueva York/Oxford, 1998, p. 341.

(16) Así lo recuerda David E. ENGDahl, en «John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review», en *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, vol. 42, 1992-1993, pp. 279 y ss.; en concreto, p. 327.

(17) Cfr. al efecto, Cliff SLOAN and David McKEAN, *The Great Decision (Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court)*, PublicAffairs, Nueva York, 2009, p. 95.

(18) Otis H. STEPHENS, Jr., «John Marshall and the Confluence of Law and Politics», en *Tennessee Law Review (Tenn. L. Rev.)*, vol. 71, 2003-2004, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 246.

de su nombramiento vivía desde casi dos años atrás en Georgetown, pero en la tradición del Estado con el que se vinculaba, un nombramiento como juez de paz era un símbolo esencial de la calidad de miembro de la élite financiera y política. Por eso se ha podido decir que «Jefferson's denial of Marbury's appointment was a direct blow to twenty years of work and ambition» (19). No debe extrañar a la vista de todo ello que Marbury, con el respaldo de su sólida situación económica, se hallara dispuesto a iniciar un proceso ante la *Supreme Court*, contratando para su defensa a uno de los mejores abogados de la época, Charles Lee.

IV. Los cuatro demandantes se dirigieron tanto al Secretario de Estado de la nueva Administración Republicana, James Madison, como al secretario del Senado, solicitando información respecto de sus comisiones de nombramiento.

Los Republicanos iban inequívocamente a adoptar una estrategia de silencio, que se manifestaría de diversos modos y que, a su vez, era la consecuencia de diferentes factores. Ackerman, de modo ciertamente discutible, ha visto una cierta lógica en el rechazo de Jefferson a defender la conducta de su Administración ante la Corte en el *Marbury case*, en cuanto que el líder republicano había considerado el nombramiento de Marshall (posterior al momento en que los resultados de su elección eran conocidos) como paradigmático de la retaguardia de la conspiración Federalista para desafiar y negar la voz del pueblo; la misma idea de que un *midnight Judge* como Marshall (apreciación ésta que, a nuestro entender, presupone una utilización espúrea por parte de Ackerman de la expresión *midnight Judges*) pudiera presidir el tribunal sobre la petición del nombramiento de otro *midnight Judge* como Marbury era suficiente a los ojos de Jefferson para condenar el procedimiento como «a factional distortion of constitutional meaning» (20). A ello se unió la conside-

(19) David P. FORTE, «Marbury's Travail: Federalist Politics and William Marbury's Appointment as Justice of the Peace», en *Catholic University Law Review* (*Cath. U. L. Rev.*), vol. 45, 1995-1996, pp. 349 y ss.; en concreto, p. 351.

(20) Bruce ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers* (Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy), The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/Londres, 2007, p. 191.

ración de que la emisión de un mandamiento para que la Administración mostrase el expediente a la *Supreme Court* ya suponía el consentimiento de la Corte para entrometerse inadecuadamente en las funciones del ejecutivo. En definitiva, los líderes Republicanos van a ver el caso como un intento Federalista de reabrir una batalla política ya perdida.

La estrategia de silencio a que acabamos de referirnos iba a manifestarse de muy diversos modos: desde la no entrega de la certificación requerida por los demandantes hasta la falta de personación del nuevo Secretario de Estado Madison, una de las partes del litigio como es obvio, en el proceso (21). La Administración Republicana ignoró de modo manifiesto el proceso, en sintonía muy posiblemente con ese viejo dicho popular de que no hay mayor desprecio que el de no hacer aprecio. Tal actitud hacía presagiar que la concesión por la Corte Suprema del *writ of mandamus* requerido encontraría en Madison la misma respuesta: el desprecio o la ignorancia del mandato judicial.

La actitud de James Madison vino condicionada por la de su Presidente. Jefferson consideró todos los nombramientos realizados por Adams tras su derrota en su intento de reelección como «an outrage on decency» (22). No debe extrañar por lo mismo que, desde el primer momento, decidiera no entregar las comisiones de nombramiento, criterio que secundó con entusiasmo Madison, quien declaró que «los nombramientos apresurados por el Sr. Adams una vez que conoció que no había sido nombrado (reelecto), los tomo “as mere nullities”» (23). Y de acuerdo con un informe, los nombramientos en

(21) El hecho de que el 9 de febrero de 1803, en el momento del inicio de la vista, nadie apareciera en representación de Madison, dio pie a Boudin para hablar de que no hubo juicio en el sentido ordinario («there was therefore no trial in the ordinary sense»), sino tan sólo lo que los abogados califican como una investigación («an inquest»), pues toda la argumentación estuvo de un lado, no apareciendo nadie para responder a los argumentos que Charles Lee expuso en apoyo de su demanda. Louis B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, William Godwin, Inc., Nueva York, 1932, vol. I, p. 203.

(22) Así calificaría esos nombramientos en una carta dirigida a Henry Knox y fechada el 27 de marzo de 1801. *Apud* James M. O'FALLON, «Marbury», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), vol. 44, 1991-1992, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 242.

(23) *Apud* Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 341.

discusión fueron echados por tierra. Ni las ulteriores peticiones, ni las amenazas de incoar un proceso judicial de quienes, habiendo sido nombrados, reclamaban la entrega de su encargo de nombramiento para poder acceder al cargo, como era el caso de William Marbury, tuvieron ninguna influencia. Más aún, una vez iniciado el proceso, la expuesta actitud republicana se tradujo en la inhibición de la Administración en el caso. El Secretario de Estado no estuvo representado en el mismo a través de un abogado, y los esfuerzos de Marbury para demostrar el estado de su nombramiento se vieron dificultados por la actitud reticente y los testimonios parciales de los funcionarios de la Secretaría de Estado. Adicionalmente, el *Attorney general* de Jefferson, Levi Lincoln, tan sólo participó como testigo. Contestó algunas de las cuestiones que se le formularon en el proceso, pero ni tan siquiera todas.

Se ha dicho por todo ello, que el *Marbury case* anuncia que nos hallamos en un mundo de apariencias («in a world of appearances») (24). Madison renuncia a intervenir ante una Corte constituida por el régimen de Adams. Su actitud hacia el supremo órgano judicial es similar a la que tiene respecto de William Marbury, cuya autoridad para actuar como juez de paz niega. Madison rehusa reconocer tanto al juez de paz como a los propios *Justices*, pues los límites de su mundo visual han quedado establecidos por la elección de noviembre de 1800. Intervenir ante la Corte o entregar la comisión de nombramiento de Marbury sería tanto como mantener el pasado dentro del presente. A partir de esta un tanto alucinógena visión no puede extrañar que la Administración Jeffersoniana extrajera una posterior consecuencia: la puesta en marcha del proceso de abrogación de la *Judiciary Act* de 1801, que habría de quedar formalizada por la *Repeal Act* de 1802. No debe sorprender por ello que O'Fallon haya escrito que «the case... was identified with the repeal issue» (25).

En lo que al Senado atañe, la petición que llegaba a la Cámara el 28 de enero de 1803, solicitaba de su secretario la expedición de un

(24) Paul W. KAHN, *The Reign of Law*, *op. cit.*, p. 103.

(25) James M. O'FALLON, «The Politics of *Marbury*», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Mark A. GRABER y Michael PERHAC (eds.), CQ Press (A Division of Congressional Quarterly Inc.), Washington DC, 2002, pp. 17 y ss.; en concreto, p. 28.

certificado en el que se hiciera constar que Marbury, Hooe y Ramsay (el cuarto demandante, William Harper, parece haber declinado esta solicitud sin explicación) habían sido nombrados por el Presidente Adams y visto confirmado su nombramiento para el cargo de jueces de paz del distrito de Columbia por la Alta Cámara. Tras la falta de cooperación por parte de la Administración, y ante la inminencia de la vista, los solicitantes necesitaban urgentemente una prueba de su nombramiento. Como era costumbre, el Senado había examinado los nombramientos en sesión ejecutiva («executive session») y no había registro público («public record») de las confirmaciones.

En la pertinente sesión parlamentaria, el senador republicano por Georgia, Jackson, respondió enfurecido, que el *Marbury case* era «an attack upon the Executive Department of Government» y, de resultas, se hallaba dispuesto a oponerse al mismo cada vez y en todo lo que pudiera presentarse. Breckinridge, en la misma línea, afirmó que «the Senate ought not to aid the Judiciary in the invasion of the rights of the Executive» (26).

En su sesión del 31 de enero, finalmente, el Senado rechazó la petición por una votación de 15 votos frente a 13, con los senadores republicanos presentes (unos pocos no se hallaban presentes) mostrándose firmes contra la petición de William Marbury, y los Federalistas, salvo uno, apoyándola, no permitiendo pues a su secretario que expidiera copias de los Diarios de la Cámara, reflejando su «advice and consent to the appointments» (27).

2. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CHARLES LEE, EL ABOGADO DE LOS DEMANDANTES

I. Ante el silencio de la nueva Administración, William Marbury y los otros tres cargos judiciales designados por la anterior Ad-

(26) *Apud* Cliff SLOAN y David McKEAN: *The Great Decision...*, *op. cit.*, p. 129.

(27) Cfr. al respecto, *The Debates and Proceedings of the Congress of the United States (1803)*, Gales & Seaton, Washington DC, 1851, pp. 34-50. Cit. por Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 1989, p. 83 y nota 15 (en p. 259).

ministración iban a recurrir para su defensa a los servicios jurídicos de Charles Lee, un reconocidísimo jurista, que se había ganado la reputación de ser uno de los más cualificados abogados de Virginia. Graduado en el *College of New Jersey*, había estudiado Derecho con Jared Ingersoll en Filadelfia, volviendo después a Virginia para el ejercicio de su profesión en el foro. En 1795, el Presidente Washington nombró a Lee *Attorney General*, cargo que también ejercería durante la Presidencia de Adams. Lee era además un amigo cercano de John Marshall.

En el último decenio, al hilo de los bicentenarios del acceso de Marshall a la *Chief Justiceship* y de la *Marbury opinion*, han proliferado por doquier estudios sobre Marshall y sobre la sentencia, y en ellos, en ocasiones, se han abordado cuestiones no antes tratadas. Una de ellas ha sido la de porqué Charles Lee optó por plantear el caso en primera instancia ante la *Supreme Court*. Él no disponía de sólidas razones para pensar que la Corte pudiera remediar el perjuicio causado a sus clientes en primera instancia. Existía una obvia dificultad constitucional. Sólo las posibilidades que abría la *Judiciary Act* pueden contribuir a explicar la decisión de Lee, no obstante lo cual, como bien se ha dicho, «*Marbury's case was hardly likely to survive constitutional challenge*» (28).

¿Tenía Lee otras opciones? Bloch, en el año del bicentenario del acceso de Marshall a la Corte, se planteó con algún detenimiento tal cuestión. A la pregunta de si había un tribunal federal inferior (a la Corte Suprema) que pudiera haber concedido el *writ of mandamus* reclamado frente a Madison, esta autora responde afirmativamente (29), precisando que William Marbury hubiera podido plantear su pleito ante el recientemente creado *Circuit Court for the District of Columbia*, un tribunal establecido por la legislación que organizaba el sistema judicial del Distrito (la llamada *Organic Act of the District of Columbia*, de 27 de febrero de 1801), integrado por tres jueces y

(28) Louise WEINBERG, «Our *Marbury*», en *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*), vol. 89, 2003, pp. 1235 y ss.; en concreto, p. 1303.

(29) Susan Low BLOCH, «The *Marbury* Mystery: Why Did William Marbury Sue in the Supreme Court?», en *Constitutional Commentary* (*Const. Comment.*), vol. 18, 2001, pp. 607 y ss.; en concreto, pp. 607-608.

dotado, a la par, de jurisdicción originaria y de apelación. Inmediatamente después de su creación legal, el Presidente Adams nombró a quienes habían de integrar el nuevo tribunal: James Marshall, el hermano menor de John, William Cranch, sobrino político del propio Presidente Adams, que llegaría a ser *Chief Judge* en 1806, y Thomas Johnson (que había sido *Associate Justice* de la Corte Suprema entre 1792 y 1793, renunciando al cargo por la dureza de la participación de los *Justices* en los tribunales de circuito) como *Chief Judge*. Este último, sin embargo, renunció al nombramiento y los Federalistas ya no dispusieron de tiempo para nombrar a quien lo sustituyera, siendo el Presidente Jefferson quien procedió a nombrar al primer *Chief Judge*, William Kilty.

Un rasgo destacado del Tribunal del Distrito de Columbia era el de que también parecía tener reconocida una facultad legal de *mandamus* («explicit statutory mandamus power») en casos contra funcionarios federales, aunque es cierto que, de conformidad con la primera *Judiciary Act* (de 1789), tan sólo a la *Supreme Court* se había concedido tal facultad, y tampoco en el Artículo III de la Constitución se contempla que los *Circuit Courts* sean habilitados con un expreso *mandamus power*. En cualquier caso, en 1837, en el *United States ex rel. Stokes et al. v. Kendall case*, el Tribunal consideró que disponía de la facultad de conceder un *writ of mandamus* frente a un funcionario ejecutivo y, en coherencia con ello, ordenó al Administrador General de Correos, el Sr. Kendall, cumplir con su deber legal de pagar a un contratista gubernamental, William Stokes, el dinero que los Estados Unidos le adeudaba (30).

(30) El siguiente año (1838), la *Supreme Court* se mostró de acuerdo con la decisión del año anterior del *Circuit Court* del Distrito de Columbia. En *Kendall v. United States ex rel. Stokes*, el Justice Smith Thompson, escribiendo para la Corte, consideró que el Congreso, al crear el 27 de febrero de 1801 el Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia, había dado claramente a esa Corte jurisdicción sobre «todos los casos en Derecho y equidad» surgidos de conformidad con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos (aunque, precisémoslo, también sobre los casos surgidos de conformidad con las leyes adoptadas por los Estados de Virginia y de Maryland, con la sola condición de que una de las partes fuera residente o se encontrara dentro del distrito) y la facultad para emitir un *writ of mandamus* en todos los casos en que tal remedio estuviese justificado. Cfr. al respecto, Susan Low BLOCH, «The *Marbury* Mystery...», *op. cit.*, p. 616.

¿Por qué entonces Charles Lee no optó por formalizar el litigio ante el *Circuit Court* de Columbia? La respuesta al anterior interrogante sigue siendo un misterio, aunque lo que parece claro es que Marbury no podía ignorar la existencia de ese tribunal, pues la ley que lo había creado era la misma que había establecido el cargo de juez de paz para el que Adams le había designado. Más aún, los periódicos de su tiempo imprimieron el texto completo de la ley. Quizá, especula la doctrina⁽³¹⁾, Marbury y su abogado dudaban acerca de si el *Circuit Court* podía legalmente emitir un *writ of mandamus* frente al Secretario de Estado; es posible que pensaran que, para ello, era necesario acudir al más alto órgano jurisdiccional de la nación, pero no había fundamento para tal conclusión, como años después el *Kendall case* corroboró. Es posible que podamos hallar una explicación relativamente sencilla en el hecho, antes referido, de que el mencionado tribunal del Distrito de Columbia se hallaba presidido por William Kilty, un nombramiento poco tiempo antes realizado por Jefferson. Charles Lee pudo pensar que en un tribunal presidido por un Federalista amigo, como era Marshall, tendría más posibilidades de éxito que ante un órgano jurisdiccional a cuyo frente se hallaba un Jeffersoniano.

II. Lee iba a encontrar en una disposición de la *Judiciary Act* de 1789, la Sección 13, la vía legal que le podía resolver el problema, en cuanto que tal norma habilitaba a la Corte Suprema para emitir *writs of mandamus* frente, entre otros, a cualquier persona que desempeñara un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos. A tenor del párrafo de la Sección 13 de aplicación al caso, según la interpretación de Charles Lee: «The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases hereinafter specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office under the authority of the United States».

(31) Susan Low BLOCH, «The *Marbury* Mystery...», *op. cit.*, p. 613.

El *writ of mandamus* (del latín *mandatus*) era un viejo *writ* (en la traducción literal, orden o mandato judicial) anglosajón, utilizado ya en el siglo XII, en el reinado de Enrique II, ordenando a un funcionario público ejecutar su deber oficial, ministerial incluso, siempre que no se tratase de algo discrecional. Según Blackstone, un *writ of mandamus* era un mandato emitido en nombre del Rey por un tribunal del *King's Bench*, dirigido a cualquier persona, corporación o tribunal inferior, requiriéndoles hacer alguna cosa particular en él especificada, relacionada con su cargo o con sus deberes y que el tribunal ha determinado previamente, o al menos presupuesto, que está de acuerdo a Derecho y justicia(32). Se trataba de un *writ* de amplia naturaleza reparadora (*remedial*), concediéndose en todos los casos en que la parte que lo demandara tuviere un derecho a que la autoridad demandada hiciera algo, no disponiendo de otro medio específico con el que requerir su ejecución.

Lee, con apoyo en la transcrita norma, el 17 de diciembre de 1801 (33), solicitaba a la *Supreme Court*, en nombre de William Marbury y de los otros tres demandantes, que dirigiera a James Madison, el Secretario de Estado de Jefferson, una orden judicial obligándole a la actuación, o lo que es igual, un *writ of mandamus*, a fin de que les entregara los encargos de sus respectivos nombramientos como jueces de paz del distrito de Columbia, supuesto que los mismos se hallaban en su poder, autorizándoles a través de esa entrega a actuar efectivamente en el cargo judicial para el que habían sido nombrados por la anterior Administración, nombramientos que habían sido debidamente confirmados por el Senado, extendidos y firmados por el Presidente y puestos en mano del Secretario de Estado para ser registrados, tal y como disponía la legislación en vigor (34), y después

(32) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769), vol. III (Of Private Wrongs, 1768), The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1979, p. 110.

(33) Boudin facilita como fecha de la presentación de la demanda ante la Corte Suprema por Charles Lee la del 21 de diciembre de 1801. Louis B. BOUDIN, *Government by Judiciary, op. cit.*, vol. I, p. 199.

(34) La Ley de 15 de septiembre de 1789 imponía al Secretario de Estado un deber ministerial de extender («make out»), registrar («record») y poner el sello («affix the seal») de los Estados Unidos a todo nombramiento o encargo civil. Como señala Clinton, la ley no imponía sobre el Secretario de Estado la obligación de entregar la comisión de nombra-

ser entregados a los demandantes. El *Marbury case* planteaba de esta forma la cuestión de si el Secretario de Estado podía optar por no entregar un nombramiento de juez de paz, una vez la persona designada para tal cargo judicial había sido confirmada por el Senado y su nombramiento firmado y sellado.

El caso se hallaba trufado de paradojas e ironías. No ha de extrañar que algún autor lo haya considerado apropiado para una ópera cómica o bufa(35). Marshall era en realidad el primer responsable de la omisión de la entrega a Marbury del despacho de su nombramiento, en cuanto que actuó como Secretario de Estado hasta las últimas horas de ejercicio de la Presidencia por Adams, pero como no se había abstenido (cuestión sobre la que volveremos más adelante) y ocupaba el Tribunal, dejó a su amigo Charles Lee en una embarazosa situación. Madison, la parte demandada, no asumió el cargo hasta el 2 de mayo de 1801, día en que prestó juramento (otra nueva ironía) ante el sobrino de John Adams (hijo de su hermana Abigail) y *midnight Judge*, William Cranch, por lo que muy probablemente Madison nunca vio los nombramientos por los que estaba siendo demandado. Como la Administración republicana, tal y como ya se ha expuesto, se negó en redondo a dar ningún tipo de información sobre los nombramientos, Lee hubo de recurrir a efectos probatorios, esto es, para demostrar la veracidad de los nombramientos, a lo que Ackerman tilda(36) de una misteriosa declaración jurada («a mysterious affidavit») proveniente de uno de los jueces de circuito del distrito de Columbia. Este juez sostuvo que la amenaza de disturbios en el condado de Alexandria (uno de los dos condados del distrito) le había conducido a hacer una visita a la oficina del Secretario de Estado con vistas a la entrega de los nombramientos de los jueces de

miento, sino que le responsabilizaba de que la misma fuera puesta en manos de la persona que a ella tuviera derecho, no pudiendo ser legalmente retenida ni por el Secretario de Estado ni por ninguna otra persona. Por lo demás, todo ello se hallaba registrado, teniendo el interesado derecho a la entrega de una copia de ese documento registrado, previo pago de 10 centavos de dólar. Cfr. al respecto Robert Lowry CLINTON, «*Marbury v. Madison*, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.; en concreto, p. 78.

(35) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1970, p. 98.

(36) Bruce ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers*, *op. cit.*, p. 187.

paz, para, de esta forma, poder reclutarlos a fin de ayudar a contener la inquietud existente. Encontrando imposible entregar varios de ellos, incluyendo el de William Marbury, los había vuelto a depositar en la oficina. Nada que objetar hasta aquí, aunque no así cuando se constata que el juez que formulaba tal declaración jurada era James Marshall, el hermano del *Chief Justice*. Los hermanos Marshall compartieron de esta forma la responsabilidad inicial por la falta de entrega de ciertos nombramientos, aunque no cabe la menor duda de que la responsabilidad de la Administración republicana fue mucho más grave, bordeando incluso lo ilegal. Y en último término, como tras todo lo dicho creemos que debe de haber quedado claro, el tema de fondo que formalmente se ventilaba en el proceso era lo menos relevante. Como escriben Levinson y Balkin (37), el nombramiento de Marbury y de los otros fue un mero acontecimiento secundario («a mere sideshow») en un mucho más crucial enfrentamiento («much more crucial struggle»). De hecho, mucho más relevantes eran los nombramientos de los nuevos jueces federales de apelación, que habían de integrar los *circuit courts*, que los de los jueces de paz del Distrito de Columbia.

III. Los argumentos jurídicos de Charles Lee fueron bastante contundentes. Un primer fundamento de la demanda estaba relacionado con los deberes asumidos por el Secretario de Estado de conformidad con los dos textos legales del Congreso que incidían sobre la cuestión.

La primera de esas leyes había sido aprobada el 27 de julio de 1789 y había creado el Departamento de Asuntos Exteriores («Foreign Affairs Department»), a cuyo frente se situaba el Secretario, que venía obligado a llevar a cabo y ejecutar los deberes que le fueran ordenados o encargados por el Presidente.

El segundo texto legal fue aprobado menos de dos meses después del primero, el 15 de septiembre de 1789, siendo su propósito establecer ciertas disposiciones para la custodia de los documentos

(37) Sanford LEVINSON y Jack M. BALKIN, «What Are The Facts of *Marbury v. Madison*?», *op. cit.*, p. 258.

oficiales de los Estados Unidos. Esta ley cambiaba el nombre del Departamento de Asuntos Exteriores, que ahora pasaba a ser el de Departamento de Estado, denominación que aún conserva, y encargaba al Secretario de Estado, entre otros deberes, el de imprimir, publicar, conservar y registrar todos los proyectos, órdenes, resoluciones y notas del Congreso que hubieran sido firmados por el Presidente, así como el de extender, registrar y poner el sello de los Estados Unidos a todos los nombramientos civiles una vez hubieran sido firmados por el Presidente. Esta ley parecía dejar el asunto controvertido meridianamente claro en su modo de resolución.

Charles Lee iba a argumentar(38), que los deberes del Secretario de Estado incluidos en el segundo texto legal debían de ser ejecutados independientemente del Presidente y podían, por tanto, ser impuestos mediante un *mandamus* en el supuesto de no ejecución, del mismo modo que podía exigirse el cumplimiento de otros deberes a otras personas que desempeñaran cargos bajo la autoridad de los Estados Unidos, a tenor de lo previsto por la Sección 13 de la *Judiciary Act* («persons holding office under the authority of the United States»).

Que Lee interpretó la última frase de la disposición de la Sección 13 concerniente al *writ of mandamus*, anteriormente transcrita, como relativa a la jurisdicción original de la Corte, resulta evidente para Clinton (aunque no es ni mucho menos una opinión pacífica) a la vista de su siguiente observación: «Congress is not restrained from conferring original jurisdiction in other cases than those mentioned in the constitution» (39), cita que Lee consideró que se podía extraer del caso *United States v. Ravara*, una decisión del año 1793 de la *Circuit Court for Pennsylvania* concerniente al procesamiento de un cónsul alemán por extorsión. Puede ser esclarecedor detenernos mínimamente en tal caso. En él, los abogados del mencionado cónsul habían argumentado contra la jurisdicción del tribunal de circuito, con fundamento en la disposición constitucional del Artículo III que otorga a la *Supreme Court* jurisdicción original en casos que afec-

(38) Para un mayor detalle respecto de la argumentación efectuada por Lee, cfr. Robert Lowry CLINTON, *Marbury versus Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 84-86.

(39) Robert Lowry CLINTON, *Marbury versus Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 84.

ten a cónsules. El *Associate Justice* James Wilson y el Juez Peters rechazaron este argumento, (manifestándose el también *Associate Justice* James Iredell en *dissent*) ya que el Congreso, justamente en la Sección 13 de la *Judiciary Act*, había especificado que la jurisdicción de la *Supreme Court* en casos relativos a cónsules era originaria, pero no exclusiva (40). En la época, algunos abogados pensaban que la *Ravara opinion* reconocía al Congreso un poder de adición a la jurisdicción originaria de la Corte, pero, como alguna doctrina ha precisado (41), esa decisión consideró tan sólo que el Congreso podía hacer una excepción respecto de esa jurisdicción originaria de la *Supreme Court*, en orden a permitir los procesamientos criminales de los cónsules extranjeros en tribunales inferiores. *Ravara*, calificada como una irreprochable sentencia, es, según Weinberg (42), una reflexión acerca de la primera interpretación de la facultad del Congreso de hacer excepciones al amparo del párrafo segundo de la Sección 2.^a del Artículo III de la Constitución (*exception clause*), en el sentido de que tal facultad tenía que ser bastante amplia para proteger tanto la jurisdicción original de la Corte como su jurisdicción de apelación. «But nothing — añade la mencionada autora — in *Ravara* or any other case holds that Congress can add to the Court's original jurisdiction».

En cualquier caso, es digno de mención el hecho de que Charles Lee no hizo hincapié en el argumento de que, al conceder un *mandamus* en un proceso comenzado ante ella, la *Supreme Court* ejercía su jurisdicción originaria sobre cuestiones originales no especificadas en la Constitución. Tan significativo es este dato para Nelson, que éste cree (43) que Lee sostuvo principalmente que la Corte ejercía jurisdicción de apelación cuando emitía un *mandamus* en un procedimiento iniciado ante ella. Por nuestra parte, más bien creemos

(40) En cualquier caso, según Clinton, Lee debió efectuar una interpretación errónea de la *Ravara decision* sobre el punto en cuestión, ya que el caso no implicaba una ampliación por la vía estatutaria de la jurisdicción original de la Corte Suprema, sino tan sólo una clarificación. Robert LOWRY CLINTON, *Marbury versus Madison...*, *op. cit.*, pp. 84-85.

(41) Louise WEINBERG, «Our *Marbury*», en *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*), vol. 89, 2003, pp. 1235 y ss.; en concreto, p. 1357.

(42) *Ibidem*.

(43) William E. NELSON, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 2000, pp. 61-62.

que Lee dejó abiertas las dos opciones, al dar a entender que en una acción de *mandamus* la Corte podía adecuadamente ejercer su jurisdicción originaria («trial jurisdiction»), pues así se lo había autorizado la ley del Congreso, o su jurisdicción de apelación («appellate jurisdiction»), porque en realidad se trataba de una apelación frente a una actuación (más bien habría que decir una omisión) del ejecutivo. De conformidad con su razonamiento, proveniente en este punto de una precisa lectura del núm. 81 del *Federalist*(44), la palabra «appellate» no tenía que ser tomada en un sentido técnico, sino en su más amplio sentido, en el que denota nada más que la facultad de un tribunal para tener por razón de su supremacía la supervisión de los tribunales inferiores y de los funcionarios, sea judiciales o ministeriales. Piénsese que en la época de que se trata, la distinción entre «trial and appellate jurisdiction» no se veía del mismo modo que hoy, en que la división se ve como una diferenciación de manual. Pero en 1803, cuando el concepto de «apelación» aún no había asumido su estricto y preciso significado moderno, según Nelson(45), ese razonamiento era plausible y un tribunal deseoso de conceder a Marbury y a los otros una reparación, podía fácilmente haberlo aceptado, aun cuando tal aceptación podría haber puesto en peligro la diferenciación que Marshall hace en la sentencia entre «matters of political discretion» y «matters of legal right».

Charles Lee citó en su argumentación tres casos previos en los que la Corte Suprema había admitido su jurisdicción respecto del *mandamus*, si bien es cierto que en todos esos casos el *writ of mandamus* había sido finalmente denegado. Dos de esos casos (*Chandler v. Secretary of War* y *United States v. Hopkins*, ambos de 1794, se-

(44) En el núm. 81, escrito por Hamilton, éste aborda, entre otros puntos, la conveniencia de la *appellate jurisdiction* de la Corte Suprema. Hamilton se aparta del significado técnico del término «appellate», que en el lenguaje jurídico americano solía venir referido a las apelaciones en los procedimientos de Derecho civil. Tal entendimiento conduciría a que en ninguna parte de Nueva Inglaterra tuviera el mismo significado. Y ello demuestra «the impropriety of a technical interpretation derived from the jurisprudence of a particular state». En sentido abstracto, — sigue razonando Hamilton — la expresión denota nada más que la facultad de un tribunal de revisar los procedimientos de otro, bien en cuanto al Derecho como a los hechos o a ambos («to review the proceedings of another, either as to the law or fact, or both»). Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *The Federalist or, the New Constitution*, Basil Blackwell, Oxford, 1948. El núm. LXXXI en pp. 411 y ss. (la referencia concreta en p. 418).

(45) William E. NELSON, *Marbury v. Madison. The Origins...*, *op. cit.*, p. 62.

gún el mismo Lee) no están documentados en actas. En cada uno de ellos la Corte rehusó conceder el *mandamus*, pero, aparentemente, no con base en su falta de jurisdicción. De hecho, Lee iba a afirmar: «Hence it appears there has been a legislative construction of the Constitution upon this point, and a judicial practice under it, for the whole time since the formation of the government» (46).

Puede recordarse ahora al respecto uno de esos casos, planteado por el *Attorney General* Edmund Randolph, que afectaba como demandado a Henry Knox, Secretario de Guerra, respecto del cual se requería a la Corte para que le dirigiera un *mandamus*, solicitándole que incluyera en la lista de inválidos con derecho a una pensión contemplada por la *Invalid Pensions Act* de 1792 a una persona que había sido aprobada por los jueces de circuito en su condición de comisionados para seleccionar a las personas que tenían derecho a tal pensión (47). Knox compareció ante la Corte, demostrando las razones por las que el *mandamus* no podía ser emitido. Nadie, sin embargo, sugirió que la Sección de la *Judiciary Act* por la que se autorizaba este procedimiento fuera inconstitucional y, por lo mismo, inoperativa para otorgar a la Corte jurisdicción en el caso. La jurisdicción de la *Supreme Court* fue consiguientemente ejercida y el caso se resolvió por razones de fondo. Y como recuerda la doctrina (48), lo mismo ocurrió en otro caso, en el mismo período de la Corte, frente a un funcionario federal inferior en Virginia.

Lee hizo especial hincapié en su argumentación acerca de la equidad del procedimiento y a sus fundamentos últimos en el Derecho inglés. Para el antiguo *Attorney General*, en cuanto que el Secretario de Estado, en relación a Marbury, estaba actuando simplemente como mero registrador («recorder») de leyes, escrituras, cartas de patentes y nombramientos, en definitiva, de textos y documentos pú-

(46) *Apud* Andrew C. McLAUGHLIN, «Marbury vs. Madison Again», en *American Bar Association Journal* (A. B. A. J.), vol. 14, 1928, pp. 155 y ss.; en concreto, p. 158.

(47) Sobre este caso, cfr. Susan Low BLOCH y Maeva MARCUS, «John Marshall's Selective Use of History in *Marbury v. Madison*», en *Wisconsin Law Review* (Wis. L. Rev.), vol. 1986, 1986, pp. 301 y ss.; en concreto, pp. 312-313.

(48) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, vol. II, The University of Chicago Press, 2.^a impresión, Chicago, 1955, p. 1040.

blicos, estaba sometido tan sólo a las normas legales que le imponían tales deberes, y en coherencia con ello se hallaba sujeto a acusación («to indictment») por la negativa a ejecutarlos.

Lee concluyó presentando un determinado número de casos ingleses destinados a mostrar cómo el *writ of mandamus* era apropiado allí donde no había otro recurso jurídico específico, lo que convertía la emisión del *writ* en coherente con los principios y usos del Derecho, tal y como exigía la Sección 13.

3. LOS PROLEGÓMENOS DEL JUICIO

I. Tras la intervención inicial de Charles Lee en la presentación ante la Corte de su demanda, Marshall se volvió hacia Levi Lincoln, el *Attorney General* de Jefferson, preguntándole acerca de la posición del demandado, el Secretario de Estado James Madison. Lincoln parece que replicó que carecía de instrucciones al respecto. Como ya se ha dicho, la Administración republicana ignoró tanto el caso como a la Corte Suprema. Marshall interrogó a continuación a sus colegas acerca del procedimiento a seguir. La doctrina (49) alude a cómo el muy temperamental *Associate Justice* Samuel Chase se manifestó dispuesto a decidir de modo inmediato si había propuestas adicionales de prueba en apoyo de lo expuesto por Lee. Los restantes Jueces fueron más cautelosos y, de acuerdo con ellos, Marshall anunció que la Corte se ocuparía del asunto para reflexionar sobre el mismo.

El siguiente día, 18 de diciembre, el *Chief Justice* anunció la decisión preliminar de la Corte. Esta permitía que la acción de William Marbury continuara, fijando como fecha de las alegaciones, esto es, como inicio de la causa propiamente dicha, el cuarto día del siguiente período de sesiones, llamado en ese mismo momento a celebrarse en junio de 1802, aunque, por lo que después se dirá, finalmente se postergaría hasta febrero de 1803. Marshall se dirigió asimismo a Madison, instándole a que, en cuanto parte demandada, se manifestara en la

(49) Cliff SLOAN y David McKEAN, *The Great Decision*, *op. cit.*, p. 98.

siguiente sesión de la Corte acerca de las razones por las que el *writ of mandamus* solicitado por la parte actora no debía ser concedido.

La reacción republicana a la vista de tales actuaciones judiciales fue inmediata. Muchos republicanos se consideraron ultrajados por la Corte. Que ésta instara a Madison y a Jefferson a justificar sus actuaciones sobre quién podía o no desempeñar un cargo se consideró un acto de escandalosa audacia, que hacía peligrar la separación de poderes. Una prueba significativa de ello la encontramos en las palabras con las que, haciendo sonar la alarma, se dirigía en la Nochebuena de 1801 el senador republicano por Kentucky John Breckinridge al Gobernador de Virginia, James Monroe, persona muy próxima a Jefferson: «The consequences of invading the Executive in this manner are deemed here a high-handed exertion of Judiciary power» (50). Es bastante probable, y así lo indican algunos informes históricos, que la mencionada decisión de la Corte precipitara, si es que no fue la causa inmediata, la rápida tramitación de la *Repeal Act* de 1802 (51). Bien significativo de ello es el hecho de que el 6 de enero de 1802, el senador Breckinridge, quizá el más cercano aliado de Jefferson en el Senado, presentó una moción reclamando la abrogación de la *Judiciary Act* de 1801, moción rápidamente secundada por otros senadores, debatida entre el 8 y el 19 de enero, y que habría de culminar en marzo con la aprobación del texto legal.

La «hibernación» de la Corte durante catorce meses, unida al arduo debate que desencadenó la aprobación de la *Repeal Act*, propiciaron que el *Marbury case* pasara a un segundo plano, recobrando su actualidad en las semanas anteriores al reinicio de las sesiones de la Corte. La polémica no se circunscribió al caso del que nos venimos ocupando, sino que se extendió con gran fuerza al *Stuart case*, en el que se había de dilucidar la constitucionalidad de la *Repeal Act*. Baste con recordar que un artículo del periódico republicano *Intelligencer*, titulado «The Democrat», denunciaba «the monstrous pretensions» sustentadas por los partidarios de la anterior Administración en favor

(50) *Apud* Cliff SLOAN y David McKEAN, *The Great Decision*, *op. cit.*, p. 99.

(51) De ello se hacen eco, entre otros autores, Knight y Epstein. Cfr. al efecto, Jack KNIGHT y Lee EPSTEIN, «On the Struggle for Judicial Supremacy», en *Law & Society Review* (*Law & Soc'y Rev.*), vol. 30, 1996, pp. 87 y ss.; en concreto, p. 95.

del «departamento judicial». El artículo se mofaba de un *judiciary* que actuara como «the judges of the constitution itself» (52).

II. Una cuestión de interés a la que queremos referirnos ahora es al hecho de que el *Chief Justice* Marshall, no obstante compartir en alguna medida la responsabilidad por la omisión de la entrega de los despachos de nombramiento y, por lo mismo, ser parte con algún interés en el caso, no se abstuvo de conocer del mismo. Ya se ha dicho, que pese a ser nombrado *Chief Justice*, Marshall continuó actuando como Secretario de Estado hasta el último minuto anterior a la inauguración de la nueva Administración republicana. Que no se apartara del conocimiento del caso contrastó además chocantemente con su abstención en la resolución del caso *Stuart v. Laird*, decidido el 2 de marzo de 1803 (53), unos pocos días después del *Marbury case*. ¿Debió Marshall haberse abstenido?

Aunque no sea un tema del que se haya ocupado mucho la doctrina norteamericana, lo cierto es que no han faltado un buen número de autores que se han mostrado especialmente críticos con Marshall por no abstenerse de participar en el caso *Marbury*, posición que hacemos nuestra, aún a sabiendas de que la no participación del *Chief Justice*, muy posiblemente, habría cambiado de raíz las cosas, incluso, quién sabe si la propia configuración del Derecho constitucional norteamericano.

El interés de Marshall en la causa ha sido puesto de relieve por diversos autores. Así, Haines, en una obra clásica, entiende (54) que

(52) *Apud* Cliff SLOAN y David MCKEAN, *The Great Decision*, *op. cit.*, p. 126.

(53) A través de la muy importante *Stuart opinion*, aprobada por unanimidad (con la presencia de cinco *Justices*, no participando el *Chief Justice* ni tampoco el *Justice* Cushing, éste por enfermedad), expresando el criterio de la Corte el *Justice* Paterson, la Corte Suprema se pronunció en favor de la constitucionalidad de la *Repeal Act* de 1802, ley que abrogó la *Judiciary Act* de 1801. Marshall se abstuvo de participar en la Corte con base en que ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el mismo caso en su condición de miembro del *Circuit Court* de Richmond. Presidiendo este tribunal de circuito, en diciembre de 1802, Marshall había desestimado los alegatos de Charles Lee, el mismo abogado de William Marbury, que cuestionaba la autoridad del Congreso para imponer a los *Justices* de la *Supreme Court* el cumplimiento de deberes en los *Circuit Courts*. Contra la decisión del Tribunal de Richmond, Lee recurrió ante la Corte Suprema a través de un *writ of error*. Para un tratamiento más amplio del tema, cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El trasfondo político y jurídico de la *Marbury v. Madison decision*», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIJJC)*, núm. 15, 2011, pp. 139 y ss.

(54) Charles Grove HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 2.^a ed., University of California Press, Berkeley (California), 1932, p. 194.

el interés personal del *Chief Justice* existía, pues no en vano los nombramientos controvertidos fueron hechos durante un tiempo en que Marshall desempeñaba al unísono dos cargos, la *Chief Justiceship* y la Secretaría de Estado. Por lo mismo, Marshall fue responsable (55) del fracaso en la entrega del encargo de nombramiento («Marshall himself was responsible for the failure to deliver the commission»), y en tales circunstancias era inapropiado que participara en la decisión del caso y más aún que fuera él quien pronunciara la sentencia de la Corte. También Grant, a partir de la constatación de un interés personal en el caso por parte de Marshall, considera que habría estado más de acuerdo con la más profunda ética jurídica («with sound legal ethics») que Marshall se hubiera apartado de la Corte durante su deliberación (56). Medio siglo atrás, Abraham se manifestaba en similares términos, al escribir que quizá Marshall habría debido inhabilitarse él mismo para actuar en el caso a causa de su directo y personal compromiso con el problema fundamental y con su *dramatis personae*, pues, después de todo, «the case in effect arose out of his own negligence or apathy» (57).

Hace más de un siglo, Pennoyer, tras afirmar que «truth is a most terrible iconoclast», aludía a que la reputación de Marshall no podía sino quedar mancillada por este asunto (58). Y hace apenas cuatro años,

(55) Sloan y McKean comparten esa percepción de la responsabilidad de Marshall, considerando que además de ser fallo suyo la omisión de la entrega, a ello habría de añadirse otro nivel de implicación personal en el caso: fue a su hermano James a quien se encomendó la tarea de llevar los nombramientos a sus destinatarios. Cliff SLOAN y David MCKEAN, *The Great Decision*, *op. cit.*, p. 170. Wright se ha referido a la negligencia de Marshall («the negligence of the former Secretary of State») y, por lo mismo, a su responsabilidad en la originaria omisión de la entrega de los nombramientos. Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, Phoenix Books, University of Chicago Press, reimpresión, Chicago y Londres, 1967 (1.^a ed. en 1942), p. 35. Y Dewey, como ya tuvimos ocasión de señalar, atribuye una responsabilidad compartida en el asunto a los hermanos Marshall. Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson: The Political Background...*, *op. cit.*, p. 79.

(56) J. A. C. GRANT, «Marbury v. Madison Today», en *The American Political Science Review (Am. Pol. Sci. Rev.)*, vol. 23, núm. 3, agosto 1929, pp. 673 y ss.; en concreto, p. 678.

(57) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, seventh edition, 1998 (1.^a ed., Oxford University Press, 1962), p. 344.

(58) Sylvester PENNOYER, «The Case of Marbury v. Madison», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 30, 1896, pp. 188 y ss.; en concreto, p. 194.

Ackerman enjuiciaba con dureza al *Chief Justice*, pues, a su entender, si Marshall hubiera verdaderamente estado motivado por consideraciones de decoro judicial («judicial propriety»), habría elegido un muy distinto caso (se refiere al *Stuart case*) para recusarse, permaneciendo en silencio en *Marbury*. Al no hacerlo así, la participación de Marshall socavó el funcionamiento del proceso judicial (59).

En definitiva, Marshall fue un juez dentro del mundo construido en la sentencia, pero también fue un actor en el drama que se desarrolló ante la Corte (60); fue juez y parte interesada en la *litis*, y por lo mismo, enfocada su participación en el proceso desde nuestros actuales parámetros de la justicia, habría que concluir que el principio de imparcialidad del juez no fue respetado.

III. El caso vio sustancialmente retrasada su resolución de resultas de las reformas legales sacadas adelante por el Congreso de mayoría Jeffersoniana. Tras la aprobación por el Congreso, el 8 de marzo de 1802, de la *Repeal Act*, texto que suponía la reacción Jeffersoniana frente a la *Judiciary Act* (1801), impulsada por Adams al término de su mandato, y que, en pocas palabras, dejaba sin efecto las reformas introducidas en el sistema judicial por los Federalistas, el Congreso aprobó el 29 de abril una nueva ley que, en lo que ahora interesa, circunscribía las reuniones anuales de la Corte a una única sesión en el mes de febrero, suprimiendo las sesiones de junio y diciembre en ese mismo momento existentes (de conformidad con la *Judiciary Act* de 1801, pues la *Judiciary Act* de 1789 las había fijado en febrero y agosto) y posponiendo a febrero de 1803 la subsiguiente convocatoria de la *Supreme Court*, lo que entrañaba dejar bloqueada la Corte durante un período de catorce meses (entre diciembre de 1801 y febrero de 1803), circunstancia que respondía a motivos estrictamente partidistas. Bayard así lo subrayaría tras la aprobación del texto por la Cámara de Representantes (*House of Representatives*), al calificarlo como «this mighty potchery of legislation» y, con posterioridad, como «a miserable piece of patchwork» (61).

(59) Bruce ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers*, *op. cit.*, p. 186.

(60) Paul W. KAHN, *The Reign of Law*, *op. cit.*, p. 118.

(61) *Apud* Felix FRANKFURTER y 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.*), vol. XXXVIII, 1924-1925, pp. 1005 y ss.; en concreto, nota 84, en pp. 1034-1036.

Un sector de la doctrina ha especulado acerca de la suposición de que con este aplazamiento de las sesiones los Republicanos deseaban postergar la decisión del *Marbury case* (62); no creemos que fuera esa la razón, sino que más bien pensamos, que el fin político perseguido por el bloqueo de la Corte Suprema no era otro que el de impedir que el Tribunal pudiera pronunciarse sobre la constitucionalidad de la *Repeal Act*, finalidad que no se alcanzó, pues, como ya se dijo, el Tribunal, finalmente, se pronunció sobre esa cuestión en el caso *Stuart v. Laird*, decidido justamente seis días después del *Marbury case*, esto es, el 2 de marzo de 1803, decisión en la que, contra lo que podían intuir los Republicanos, la *Supreme Court* se pronunció en favor de la conformidad a la Constitución de la *Repeal Act*. La *Stuart decision* ha sido por cierto considerada por Levinson, siguiendo en ello la posición de Ackerman, como más relevante que la *Marbury opinion*. Sus palabras no dejan resquicio alguno a la duda [«*Marbury* is in fact far less significant than the case handed down only a week later, *Stuart v. Laird*» (63)]. Esta valoración nos parece sencillamente insostenible. Al margen de ello, y este dato no deja de ser igualmente significativo, de resultados del cambio legal propiciado por los Republicanos, y del subsecuente aplazamiento de las sesiones de la Corte, la posterior reunión de ésta no tendría lugar hasta tanto los *Justices* se hubieran posicionado en torno a si reasumían o no el cumplimiento de sus deberes como miembros de los *Circuit Courts*, lo que parece corroborar nuestra precedente interpretación respecto a las causas que les movieron a la «hibernación» temporal de la Corte.

4. EL DESARROLLO DE LA VISTA

I. El jueves 10 de febrero de 1803, la *Supreme Court* contaba con el *quorum* requerido para poder sesionar. Estaban presentes el *Chief Justice*, y los *Associate Justices* Paterson, Chase y Washington.

(62) De ello se hace eco James M. O'FALLON, «Marbury», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), vol. 44, 1991-1992, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 239.

(63) Sanford LEVINSON, «Why I Do Not Teach *Marbury* (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either», en *Wake Forest Law Review* (*Wake Forest L. Rev.*), vol. 38, 2003, pp. 553 y ss.; en concreto, p. 556.

El Juez William Cushing se hallaba en Massachusetts por enfermedad y parecía que faltaría durante todo el período de sesiones de la Corte, mientras que el Juez Alfred Moore no llegaría de Carolina del Norte hasta la siguiente semana. En la sala que se identificaba como «Committee Room Two» de la planta baja del Senado, llamada por John Randolph «cave of Trophonius» (64), (en donde, ante la falta de edificio propio hasta ese momento, sesionó de modo habitual la Corte hasta que los británicos destruyeron el Capitolio en 1814) el *Chief Justice* había convocado la celebración de la vista del caso *Marbury* v. *Madison*. El momento, al fin, había llegado.

Entre los escasos testigos, Levi Lincoln, el *Attorney General*, ocupó un lugar en la sala; asimismo, dos funcionarios del Departamento de Estado, el *chief clerk* Jacob Wagner y su asistente Daniel Brent, asistieron no sin mostrar una patente incomodidad ante su situación, algo que ya se había puesto de manifiesto en la sesión preliminar de la Corte, en la que estos mismos funcionarios habían esgrimido el «privilegio ejecutivo» como fundamento de su negativa a declarar. Ahora no insistieron en la cuestión de este privilegio y, bajo juramento, se avinieron a prestar declaración. Wagner testificó que trabajaba como secretario personal de Jefferson en el momento de la transición y que no tenía conocimiento de los nombramientos de los jueces de paz, aun cuando manifestó haber oído que los nombramientos de Marbury y Hooe habían sido firmados por el Presidente Adams, pero que el de Ramsay creía que, por algún accidente, no lo había sido. En la misma línea se situó la declaración de Daniel Brent. Es evidente que Charles Lee podía haber solicitado del tribunal que su amigo John Marshall fuese llamado a declarar como testigo, lo que habría colocado al *Chief Justice* en una posición realmente incómoda. Como la doctrina ha reconocido (65), Lee intentó compensar la ausencia entre los testigos de John Marshall con los testimonios de Wagner y Brent, aunque los mismos no fueron de gran valor.

(64) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson: The Political Background...*, *op. cit.*, p. 87.

(65) Jean Edward SMITH, *John Marshall. Definer of a Nation*, Holt Paperbacks/Henry Holt and Company, Nueva York, 1998 (originalmente publicado en *hardcover* en 1996 por Henry Holt), p. 316.

El siguiente testigo al que llamó Charles Lee fue el *Attorney General* Lincoln, quien reemplazó a Marshall como Secretario de Estado interino, dado que Madison, como ya dijimos, no tomó posesión del cargo hasta algunas semanas después. Lincoln, presumiblemente, era consciente de la orden dada por Jefferson de no entregar los nombramientos. Según parece, Jefferson (que conocía bien la Secretaría de Estado, pues había sido titular de la misma con el Presidente Washington entre 1790 y 1793), recién nombrado Presidente, estuvo un día en esa Secretaría, descubriendo la existencia de unos nombramientos de jueces de paz del distrito de Columbia sin entregar, ordenando de inmediato («I forbade their delivery», se ha escrito que dijo con rotundidad) que no fueran entregados y procediendo en tan sólo dos semanas a cubrir los cargos vacantes con personas de su confianza(66). Al actuar como Secretario de Estado, Lincoln estaba cubierto por el privilegio ejecutivo; sin embargo, como *Attorney General* era funcionario de la Corte. Su posición era por lo mismo un tanto delicada. En esa tesitura, Lincoln, tras señalar su respeto por la jurisdicción de la Corte, solicitó de la misma, siempre que ésta considerara que su testimonio era esencial, que le fueran formuladas las preguntas por escrito para así disponer de un tiempo para contestarlas. Marshall autorizó tal petición y pidió a Lee que plasmara sus preguntas por escrito, indicando al *Attorney General* que podía disponer de todo el tiempo que necesitara para considerarlas.

El material final de prueba terminaría siendo la declaración jurada de James Marshall, el hermano menor del *Chief Justice*, a la que ya nos hemos referido. Con la misma, Lee consideró probada la existencia de los nombramientos y fundamentada su petición. Al término de la intervención de Lee, el 14 de febrero, la expectación creció en la sala. Se esperaba por los asistentes a la vista que la sentencia marcara un punto de avance o retroceso de la Corte en su particular enfrentamiento con la nueva Administración. Se admite de

(66) Entre otros autores que se hacen eco de ello, cfr. David F. FORTE: «Marbury's Travail: Federalist Politics and William Marbury's Appointment as Justice of the Peace», en *Catholic University Law Review (Cath. U. L. Rev.)*, vol. 45, 1995-1996, pp. 349 y ss.; en concreto, p. 399. Asimismo, Cliff SLOAN y David McKEAN, *The Great Decision, op. cit.*, p. 76.

modo muy generalizado que nadie esperaba ni de lejos una sentencia como la que finalmente se dictaría.

II. El 22 de febrero era una fecha especial: el cumpleaños de George Washington, calurosamente celebrado para honrar a quien fuera el primer Presidente (que había fallecido en diciembre de 1799) y casi podría decirse que el padre de la patria. Parece claro que Marshall ya tenía escrita la sentencia, aunque, como es obvio, de los asistentes a la fiesta celebrada en el Hotel Stelle sólo los *Justices* Paterson y Washington la conocían. Los numerosos invitados (entre ellos, los líderes Federalistas de ambas Cámaras del Congreso) parecían ansiosos de escuchar a Marshall, quien dirigió su brindis a «Those few real patriots who love the people well enough to tell them the truth» (67).

El 23 de febrero, la *Supreme Court* volvió a reunirse y esta vez en el Hotel Stelle (donde eran frecuentes sus sesiones, aunque la causa de optar por esta sede tuviera que ver ahora no tanto con el carácter lúgubre de la sala de que disponía la Corte en el Capitolio, sino con la cojera que una intoxicación por un «bacon» en mal estado había producido a Chase, que le impedía llegar al «Committee Room Two»). Todos los jueces salvo Cushing se hallaban presentes ahora, lo que no dejaba de ser una grata sorpresa dado que, desde el día 15, Samuel Chase se encontraba mal de salud y Alfred Moore había asimismo enfermado a su llegada a Washington. La Corte resolvió algunos casos y escuchó las alegaciones en algunas otras vistas, entre ellas la del importante caso *Stuart v. Laird*, en el que los alegatos se prolongaron al día siguiente.

Marshall había preparado la sentencia con notable rapidez, algo que se repetiría en diversas ocasiones a lo largo de su dilatada carrera judicial. Dewey señala al respecto (68), que tanto en *Marbury v. Madison* como en *McCulloch v. Maryland* uno tiene que sospechar que Marshall trabajaba en la decisión mucho antes de que el litigio se planteara en sede jurisdiccional. Sea o no así, lo cierto es que en algo

(67) *Apud* Cliff SLOAN y David MCKEAN, *The Great Decision*, *op. cit.*, pp. 146-147.

(68) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson: The Political Background...*, *op. cit.*, p. 111.

menos de dos semanas Marshall tuvo lista una sentencia, calificada por Wolfe (69) como «un golpe político de genio» («a political stroke of genius»), de 164 párrafos y alrededor de 11.000 palabras (70), con la que obtuvo el apoyo unánime de sus Asociados (71), lo que, entre otros aspectos, revela su extraordinaria capacidad.

En la mañana del jueves 24 de febrero de 1803, a las 10 horas, Marshall convocó a la Corte en el «lobby» del Hotel Stelle. Curiosa paradoja la de que la sentencia posiblemente más conocida y trascendental de la historia del pensamiento jurídico fuera pronunciada en el salón de un Hotel. Ciertamente, el *Marbre Palace* no existía aún ni en la imaginación de los Jueces. El *Justice Cushing* seguía ausente, aunque no así los Jueces Asociados restantes. El *Chief Justice* anunció que la Corte dictaría sentencia en el *Marbury case*. Tras ello, Marshall comenzó la lectura de la decisión, que se prolongó cerca de cuatro horas, finalizando unos minutos antes de las dos de la tarde. Uno de los recientes biógrafos de Marshall (72) refiere que el *Chief Justice*, a través de la lectura del texto de la decisión, fue urdiendo un complejo dibujo que captó la atención («an intricate pattern that riveted the attention») de quienes ahora se apiñaban en la improvi-

(69) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review* (From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law) Basic Book, Inc., Publishers, New York, 1986, p. 80.

(70) La sentencia puede verse en la obra *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Mark A. GRABER y Michael PERHAC (eds.), *op. cit.*, en el Appendix A: «The Annotated Marbury v. Madison», pp. 363-382.

(71) Una cuestión que no ha dejado de suscitar dudas es la de los miembros de la Corte que realmente participaron en la resolución del caso. De ella se ocuparía con cierto detalle, en un breve pero interesante trabajo el *Associate Justice* Harold Burton (miembro de la Corte entre 1945 y 1958). El informe (*report*) del caso publicado en *Cranch* no muestra la ausencia de *Justices*; sin embargo, las actas (*minutes*) de la propia Corte no hacen constar al *Justice Cushing* en ninguna sesión del proceso o en la fecha del anuncio de la sentencia («on the date of handing down the decision»). Aparentemente, admite Burton, el *Justice Cushing* no participó en el caso. Las actas (*minutes*) muestran también que el *Justice Moore* estuvo presente el 24 de febrero, cuando la decisión fue anunciada, pero, por el contrario, no hacen constar su presencia los días 10 y 11 de febrero, cuando tuvo lugar la vista ante la Corte. Bien es verdad que en la lectura de la sentencia por el *Chief Justice* en nombre de la Corte no se hizo referencia a la ausencia del *Justice Cushing* a lo largo de todo el caso o a la ausencia del *Justice Moore* durante la vista («hearing»). Cfr. al respecto, Harold H. BURTON, «The Cornerstone of Constitutional Law: The Extraordinary Case of *Marbury v. Madison*», en *American Bar Association Journal* (A. B. A. J.), vol. 36, 1950, pp. 805 y ss., y 881 y ss.; en concreto, pp. 807-808.

(72) Jean Edward SMITH, *John Marshall. Definer of a Nation*, *op. cit.*, p. 321.

sada sala del Tribunal en el Hotel Stelle. La noticia de la lectura de la sentencia había corrido como la pólvora por todo Washington, y, progresivamente, fueron acudiendo al Hotel numerosos miembros de la Cámara de Representantes y del Senado. No era ajeno a ese interés la sensación compartida de que la sentencia abriría una notable crisis constitucional (Smith habla de «a constitutional crisis of epic proportions»), lo que explica que la audiencia que siguió la lectura estuviese pendiente de cada palabra. Innecesario es decir que la decepción final sería grande.

III. La sentencia, innecesario es decirlo, dictada bajo las más desfavorables circunstancias, representaba justamente un choque («clash») entre los Jeffersonianos Republicanos y la *Marshall Court* sobre las facultades del *federal judiciary* (73). Era el rol de los tribunales lo que se hallaba en la balanza, y ante ello, como bien escribe Fallon (74), «Marshall ingeniously engineered a decision that gave formal victory to Madison, but rested on a foundation of judicial power, not impotence». Dicho de otro modo, aunque Madison y Jefferson fueron técnicamente los vencedores, la sentencia supuso un exitoso golpe político para Marshall y la *Supreme Court*. Pero más allá de esta perspectiva, qué duda cabe que política, la *Marbury v. Madison opinion* tuvo el enorme mérito de llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina, a nuestro entender ya muy arraigada en la cultura jurídica norteamericana, de la *judicial review*, o lo que es igual, que un tribunal federal dispone de la facultad de rehusar dar aplicación a la legislación del Congreso cuando entienda que es contradictoria con la interpretación que cree debe darse a la Constitución. Que ello se enmarque en una arraigada tradición legal americana que hunde sus raíces en la época colonial, no ensombrece en lo más mínimo el incommensurable valor de esta decisión, la más trascendental a largo plazo de todas las sentencias de la *Marshall Court* (sin olvidar, desde luego, a la *McCulloch v. Maryland opinion*, de 1819), en cuanto que, como ha escrito Currie, pavimentó el camino

(73) Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, 16.^a ed., Foundation Press/Thomson West, Nueva York, 2007, p. 9.

(74) 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.*), vol. 91, núm. 1, enero 2003, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 10.

para las grandes controversias por venir («paved the way for great controversies to come»)(75).

5. LA SENTENCIA *MARBURY V. MADISON*

La sentencia dictada en el caso *Marbury v. Madison* es, sin lugar a dudas, la más conocida del larguísimo elenco de decisiones pronunciadas por la Corte Suprema en sus más de 220 años de vida, y en lo que hace a su reconocimiento público, un sector de la doctrina cree (76) que sólo es rebasada por la decidida el 17 de mayo de 1954, que zanjó el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Estamos ante una decisión judicial plena de paradojas. Una de ellas, la de que pese a haber desencadenado miles y miles de páginas, en tiempos bien recientes todavía se haya considerado, no sin razón, la más oscura decisión judicial de la historia de los Estados Unidos (77).

Se trata de una sentencia de cierta extensión, pero incluso un dato tan formal como ese ha propiciado interpretaciones tan contrapuestas como la de quien parece vincular esa extensión con la tendencia de Marshall hacia la verborrea («his tendency toward verbosity»)(78), hasta quien, situándose en las antípodas, considera que se trata de una decisión austera en su simplicidad («Marshall's opinion... was austere in its simplicity»)(79). No parece tampoco muy conforme con tal visión la consideración de algún autor de que, en realidad, de las alrededor de 11000 palabras de la sentencia, 9000 eran un *obiter*

(75) David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years. 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1985, p. 66.

(76) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson...*, *op. cit.*, p. 177.

(77) «*Marbury v. Madison* — escriben Graber y Perhac, en el Prefacio de un utilísimo, y a la par riguroso, libro sobre la sentencia — is possibly the most famous and yet the most obscure judicial decision in U.S. history». Mark A. GRABER y Michael PERHAC: «Preface», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. VII.

(78) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson...*, *op. cit.*, p. 112.

(79) R. Kent NEWMYER, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, *op. cit.*, p. 29.

dictum que precedía a su muy breve fallo y a su relativamente breve declaración de la teoría de la *judicial review*, todo ello en base a un objetivo partidista (80). Con infinitamente menos justificación, algunos han llegado a mantener que la decisión en su conjunto, incluyendo la anulación de la legislación federal, era un puro *obiter dictum*, no sirviendo por lo mismo como precedente.

La sentencia, desde luego, trasciende los estrechos límites de un caso concreto. Ya nos hemos referido a ello al aludir al supuesto de hecho del caso. Ello se traduce en que la comprensión de la decisión de la Corte exige trascender la mera disputa entre Marbury y Madison, ubicándola en el marco del enfrentamiento entre Federalistas y Republicanos Jeffersonianos. Por lo mismo, lo menos relevante de la sentencia será su resolución del caso concreto, algo que cede ante el discurso dogmático constitucional que encierra la decisión. No se puede olvidar al respecto que la *Marshall opinion* se iba a pronunciar sobre tres cuestiones relevantes en el proceso de construcción del Derecho constitucional norteamericano, aunque se tratase de «political questions» (81), lo que en nada obsta a su consideración jurídica, dada la enorme carga política del Derecho constitucional. La primera de ellas era la de que el Presidente gozaba de potestad discrecional para nombrar a los funcionarios federales. La segunda, la de que, una vez nombrados, no podía destituirlos arbitrariamente. Y en fin, la última cuestión, la más aireada, era la de que la Corte tenía autoridad para decidir que una ley del Congreso violaba la Constitución, considerándola por tanto como nula e inaplicándola en el caso de que estuviese conociendo.

No extrañaré tras lo expuesto, que para algún autor la decisión presente una fascinación de pesadilla («a nightmarish fascination»), pues si siempre la historia de la Corte es escrita con la adecuada ironía cósmica («with the proper cosmic irony»), aquí estará lo mejor de la broma («the cream of the jest») (82).

(80) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 37.

(81) Así las considera G. Edward WHITE, en *The American Judicial Tradition*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1988, (1.^a ed., 1976, Oxford University Press), p. 23.

(82) Max LERNER, «John Marshall and the Campaign of History», *op. cit.*, p. 408.

El paso del tiempo no ha hecho sino mitificar la decisión. La *Marbury opinion* es hoy un mito. Al margen de los méritos de la sentencia (que se unen a sus incongruencias y a razonamientos harto discutibles), hay que entrever que en esa mitificación ha jugado un rol notable esa tendencia tan americana a la autoglorificación («the American tendency to self-glorification») de que hablaba Grinnell hace ya casi un siglo (83). La decisión propició la consideración de que la *judicial review* era exclusiva creación norteamericana, cuya paternidad era atribuible tan sólo a la genialidad de Marshall. El hecho de que durante cerca de un siglo los precedentes judiciales de la doctrina, foráneos y propios, a nivel estatal y federal, fueran poco conocidos, entre otras razones, porque eran escasas las actas que se habían impreso de los procesos que, de una u otra forma, se habían pronunciado sobre la doctrina, no hizo sino ahondar en el mito.

A) *Su enfoque sistemático*

La primera cuestión en la que es de todo punto necesario detenerse en un análisis de la sentencia es la del orden del tratamiento de las distintas cuestiones abordadas. Ese orden es inequívocamente nítido y puede sintetizarse como sigue:

- 1) ¿Tiene William Marbury derecho a la entrega del nombramiento?
- 2) ¿Es este derecho legalmente exigible?, o lo que es igual, ¿le proporcionan las leyes de los Estados Unidos un recurso en caso de que el mismo sea denegado?
- 3) Si las leyes le proporcionan un recurso, ¿es éste la emisión de un *writ of mandamus* por la *Supreme Court*?
- 4) Siendo ello así, ¿puede conceder tal *writ* esta Corte?

Estas cuestiones pueden sistematizarse aún de forma más esquemática, diferenciando dos grandes partes o secciones: la primera, el

(83) 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*, vol. II, núm. 5, mayo, 1917, pp. 437 y ss.; en concreto, p. 442.

derecho de Marbury a recibir su encargo de nombramiento y el remedio adecuado para, llegado el caso, hacerlo efectivo; la segunda, la facultad de la Corte para conceder el mandato requerido. Clinton, excelente conocedor del tema, desmenuza lo que él considera como dos secciones diferenciadas de la sentencia con sumo detalle (84). En la primera, relativa al derecho de Marbury, la Corte iba a abordar, al menos, estos importantes puntos: 1) el momento preciso en que un nombramiento judicial se convierte en definitivo, o lo que es igual, si se requiere la entrega del despacho de nombramiento o basta, por contra, con la firma presidencial del nombramiento; 2) el tipo de deberes que pueden ser adecuadamente impuestos sobre los altos funcionarios del ejecutivo por el Congreso; 3) las circunstancias requeridas para que los mandatos judiciales puedan ser adecuadamente dirigidos a los funcionarios del departamento ejecutivo; 4) la amplitud que alcanza el derecho de los funcionarios del ejecutivo a negar información o a denegar su testimonio ante los tribunales o ante las partes de un proceso legal, y 5) la naturaleza y extensión de la jurisdicción originaria y de apelación de la Corte Suprema, y en íntima relación con ello, si el Congreso puede ampliar la jurisdicción originaria de la Corte. En la segunda sección, relativa a la facultad de la *Supreme Court* para conceder el mandato requerido, dos cuestiones esenciales abordaría la Corte: 1) el status jurídico de las leyes inconstitucionales, o lo que es lo mismo, si un acto legislativo inconstitucional es nulo, y 2) el rol del *judiciary* al pronunciar decisiones de constitucionalidad, o lo que es igual, si la Corte dispone de la autoridad de derribar una ley inconstitucional.

El tratamiento de las distintas cuestiones se articula de un modo compacto y preciso, hasta el punto de que Corwin (85), en una conferencia pronunciada en septiembre de 1950 en la *Princeton University*, pudo decir, en obvia alusión a Marshall, que «his compact presentation of the case marches to its conclusion with all the precision of a demonstration of Euclid» (86).

(84) Robert Lowry CLINTON, «*Marbury v. Madison*, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century», *op. cit.*, pp. 76-77.

(85) *Apud* Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 342.

(86) En una dirección bien próxima, Kent pudo afirmar que en *Marbury*, «el poder y el deber del *judiciary* para hacer caso omiso de una ley inconstitucional del Congreso o de

La pluralidad y enorme relevancia constitucional de los temas tratados queda patente con su sola enumeración, pero no es esto lo que ahora importa, pues el tratamiento sistemático de las cuestiones abordadas por Marshall se revela como muy heterodoxo; más aún, se ha llegado a tildar de violatorio de los principios del procedimiento judicial (87), por cuanto la sentencia entra primero en el fondo de la causa para, después, sostener que la Corte carece de jurisdicción. Además, con ello, la decisión invierte el orden de los asuntos sujetos al pronunciamiento de la Corte, respecto de la ordenación que Charles Lee había dado a los mismos. Dilucidar el significado de esta alteración del orden procesal normal nos conduce al siguiente epígrafe.

B) *Su significativo apartamiento del orden procesal normal*

Parece bastante claro que, al proceder como se acaba de señalar, tratando las cuestiones en tal orden, la Corte se apartaba del orden procesal habitual. Como la última cuestión concernía a la jurisdicción de la Corte para considerar el caso, de acuerdo con la práctica normal, debería de haber sido tratada en primer término. Es perfectamente comprensible que la cuestión preliminar a abordar por la Corte fuera la de su propia jurisdicción. Tal jurisdicción estaba basada en la Sección 13 de la *Judiciary Act*, que facultaba a la Corte para conceder un *writ of mandamus*, pero si la ley no podía constitucionalmente conceder tal jurisdicción, como a la postre habría de considerar la *Supreme Court*, ésta quedaba privada de autoridad para entrar en el fondo del asunto, esto es, en la cuestión de si a Marbury le asistía el derecho a la entrega de su nombramiento, quedando tal nombramiento, de serle reconocido a Marbury tal derecho, fuera del control tanto de Jefferson como de Madison.

cualquier legislatura estatal, fueron declarados a través de un argumento que se aproxima a la certeza de una demostración matemática». Cit. por Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 107. Clinton, sin embargo, tilda tal consideración de una «famosa exageración».

(87) Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 37.

Innecesario es decir por obvio, que el cambio del orden normal en el tratamiento de las distintas cuestiones concernidas, entrando primero en el análisis del fondo del asunto, iba a permitir al *Chief Justice* explicar al país, ante todo, que Madison (y por supuesto Jefferson, pues nadie podía creer que el Secretario de Estado hubiera actuado *motu proprio*) había violado el derecho de Marbury, actuando por lo mismo ilegalmente al paralizar la entrega de las comisiones, y después, que de acuerdo con los principios del *common law*, que la Corte iba a considerar aplicables, era perfectamente legítimo que William Marbury dispusiera de un remedio jurídico frente al perjuicio que había sufrido en su derecho, y que el *writ of mandamus* era el remedio adecuado para un tribunal que hubiera dispuesto de jurisdicción en el caso. Si Marshall hubiera pretendido tan sólo reivindicar la potestad de la Corte para declarar inconstitucional una ley del Congreso, habría podido perfectamente examinar las cuestiones en el orden con que las presentó el abogado de la parte actora. Que esta inversión del orden de la argumentación era considerada como algo inusual lo demostraría, según Boudin (88), la especie de disculpa («a sort of apology») que parece hacer la Corte en el párrafo 2 de la sentencia, en el que, tras poner de relieve que la causa no ha sido mostrada y que la presente demanda es una petición de *mandamus*, se puede leer:

«The peculiar delicacy of this case, the novelty of some of its circumstances, and the real difficulty attending the points which occur in it, require a complete exposition of the principles, on which the opinion to be given by the court, is founded».

La doctrina que ha abordado el tema, de modo generalizado, se ha hecho eco de esta alteración, lo que tampoco es ninguna novedad, pues, en su momento, la cuestión ya fue puesta de relieve y censurada por algunos Republicanos, como sería el caso del propio Jefferson, para quien lo inapropiado de tal procedimiento judicial (junto a otros argumentos, como la quiebra de la estricta independencia de las «branches of government») le conduciría a calificar la *Marbury opinion* como «not law» (89). Corwin, hace casi un siglo, también

(88) Louis B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, op. cit., vol. I, p. 212.

(89) Así lo recuerda James O'FALLON, en «Marbury», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), vol. 44, 1991-1992, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 243.

pondría de manifiesto esta alteración: «The court, reversing the usual order of procedure, went first into the merits of the question» (90). Crosskey, yendo algo más allá, señalaría que «the Court achieved a further false show of strength against the party in power, by departing, in its opinion, from the normal order in which the questions in the case were considered» (91), y otros muchos autores convergen en similar idea. Ahora bien, la cuestión clave no es tanto la de la alteración del orden procesal, cuanto la de si existía una justificación para esa modificación, que en modo alguno puede considerarse accidental, sino conscientemente buscada por la Corte, pues aunque en sus deliberaciones hubiera reflexionado sobre el fondo, con la creencia de que una decisión sobre tales aspectos sustantivos podía obviar la necesidad de enfrentarse a una cuestión constitucional, una vez que la Corte hubiera determinado que la cuestión constitucional (innecesario es decirlo, la incompatibilidad de la disposición de la *Judiciary Act* con la Constitución) no podía ser soslayada, es obvio que sobre el Tribunal no pesaba ninguna obligación de incluir sus reflexiones sobre el fondo del caso en su sentencia definitiva.

Jefferson, en su día, ya consideró que ninguna justificación podía amparar que la Corte se apartara del orden procesal normal; al operar de ese modo, la Corte se había limitado a asumir la causa de un partido político derrotado y había dado un gran paso fuera de su propia esfera para dar una reprimenda al Jefe del ejecutivo («to deliver a lecture to the Chief Executive»)(92). Bien es verdad que entre la doctrina la opinión no ha sido ni mucho menos pacífica. Y así, no han faltado autores que han entendido que el planteamiento de Marshall podía tener justificaciones razonables. En su excelente trabajo, Van Alstyne (93) considera, que el planteamiento de la cuestión jurisdiccional en último lugar pudo responder al hecho de que como tal cuestión implicaba una decisión sobre la constitucionalidad de una

(90) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 539.

(91) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, vol. II, p. 1045.

(92) J. A. C. GRANT, «Marbury v. Madison Today», en *The American Political Science Review*, vol. 23, núm. 3, agosto 1929, pp. 673 y ss.; en concreto, p. 675.

(93) William W. VAN ALSTYNE, «A Critical Guide to Marbury v. Madison», en *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, vol. 1969, núm. 1, enero, 1969, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 7.

ley del Congreso, y ello debía ser evitado hasta donde fuera posible, y tal decisión habría sido innecesaria de no encontrar razones de fondo que justificaran la concesión del *writ of mandamus*, se trataba de agotar todas las posibilidades antes de llegar a la declaración de inconstitucionalidad. En definitiva, concluye el Profesor de la *Duke University*, «Marshall cannot be faulted for postponing consideration of judicial review and the constitutionality of the Judiciary Act until he had first exhausted other possible bases for disposing of the case» (94). En similar dirección, se ha esgrimido (95), que si Marshall hubiera decidido, sin más, que la ley que concedía a la Corte la facultad de emitir un *writ of mandamus* era inconstitucional, sin considerar, por tanto, si William Marbury tenía o no un derecho legal a la entrega de su nombramiento, es más que posible que los Jeffersonianos hubieran considerado que Marshall soslayaba la cuestión porque Marbury carecía de tal derecho, por lo que hubiera sido acusado de anular innecesariamente una ley del Congreso.

También Wolfe ofrece algunos argumentos, que nos parecen suscribibles, a modo de justificación del planteamiento dado a la sentencia por Marshall. Recuerda este autor (96), que Marshall vio el Derecho constitucional en el período fundacional como algo más que decidir casos («as more than deciding cases»), pues la Constitución no tenía solamente que ser aplicada a los casos particulares, sino también que ser explicada y defendida ante una nación en libertad. Esta es posiblemente la razón por la que las sentencias de Marshall son característicamente muy extensas. Tales consideraciones debieron estar presentes en la *Marbury opinion* e incidir en la extensa reflexión sobre el fondo del caso. Más aún, como de nuevo

(94) Van Alstyne complementó su razonamiento con otra nueva reflexión. A su entender, la cuestión del derecho de Marbury a la entrega de su nombramiento dependía de si, conforme a las circunstancias, Madison era responsable judicialmente por la conducta seguida en el ejercicio de su cargo de Secretario de Estado, es decir, de si se hallaba sujeto a la jurisdicción de la Corte en una actuación planteada contra él por razón de su actuación en el cargo. Siendo ello así, en un cierto sentido, puede entenderse que la Corte inició el tratamiento del caso «with an issue respectig “jurisdiction”». William W. VAN ALSTYNE, «A Critical Guide...», pp. 7-8.

(95) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson: The Political Background...*, *op. cit.*, p. 123.

(96) Christopher WOLFE, «John Marshall & Constitutional Law», en *Polity*, vol. 15, núm. 1, otoño, 1982, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 19.

argumenta Wolfe, «to have issued a brief opinion simply denying jurisdiction would not have been a “neutral” act without important political effects». Y ello por cuanto tal planteamiento habría sido interpretado como la actuación propia de un poder judicial temeroso («a fearful judiciary»), que se inclinaba ante un partido triunfador y hostil que controlaba el ejecutivo y el legislativo. Así las cosas, la profunda convicción del *Chief Justice* de que la Constitución había establecido un *judiciary* fuerte e independiente, no uno débil y sumiso, convierte en absolutamente lógico que Marshall aprovechara esta sentencia para hacer valer la independencia de la Corte a través de su crítica a la actuación de la Administración republicana.

Una visión igualmente compartible es la que ha mantenido el *Associate Justice* Burton, quien tildó el procedimiento seguido por Marshall de «unorthodox», bien que precisando de inmediato que su justificación tan sólo puede ser enjuiciada a la vista de su tiempo («in the light of the times»), pues siglo y medio después (Burton escribe en 1950) es imposible evaluar exactamente las consideraciones de política pública («the considerations of public policy») que condujeron a la adopción de este rumbo(97). Esta apreciación nos parece enormemente sensata, pues, como bien se ha dicho, hoy vemos el mundo que Marshall creó en *Marbury*, no aquél con el que él se enfrentó(98), y esto, a nuestro entender, no deja de ser un factor distorsionante de nuestra visión. Comprender en plenitud la *Marbury opinion* exige de modo inexcusable tener un buen conocimiento del contexto histórico en que la decisión se enmarca. De ahí que no nos parezcan en exceso afortunadas algunas valoraciones exageradamente ácidas que dimanen de este apartamiento del orden procesal normal. Tal es el caso, por ejemplo, de Weinberg(99), quien tras referirse a que Marshall escribió *Marbury* hacia atrás («backwards») con el fin de poder alcanzar el fondo de la disputa y censurar a Thomas Jefferson, califica tal modo de proceder de manipulador y deshonesto («manipulative and dishonest»), para tildar a continuación

(97) Harold H. BURTON, «The Cornerstone of Constitutional Law...», *op. cit.*, p. 881.

(98) James E. PFANDER, «*Marbury*, Original Jurisdiction, and the Supreme Court’s Supervisory Powers», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. 101, 2001, pp. 1515 y ss.; en concreto, p. 1607.

(99) Louis WEINBERG, «Our *Marbury*», *op. cit.*, p. 1242.

la construcción de la sentencia de forzada e inverosímil («strained and implausible») o, si se prefiere, poco convincente.

Es evidente que a través de esta ingeniosa ordenación de los elementos de la sentencia (100), Marshall iba a conseguir un conjunto de objetivos en los que latía una carga política indiscutible. El *Chief Justice* dejaba en evidencia a Madison y también a Jefferson, mostrando la ilegalidad y arbitrariedad de su actuación; hacía valer el poder último del *judiciary* e incluso privaba al Presidente y al Congreso de cualquier medio eficaz de rehusar cumplir un mandato judicial, lo que se podía visualizar con nitidez en tanto en cuanto la *Marshall opinion* no requería de ninguna actuación posterior del ejecutivo, al considerarse, de resultas de la inconstitucionalidad de la norma de la Sección 13, incompetente para emitir el *writ of mandamus* requerido por los demandantes. En términos de Crosskey (101), con este modo de actuar, la Corte consiguió hacer, o parecer hacer, todo aquello a lo que los Republicanos de Jefferson estaban opuestos, y lo hizo de tal modo que dejó a los Jeffersonianos sin nada a lo que agarrarse («left the Jeffersonians nothing to take hold of»). Los Jeffersonianos, efectivamente, no podían adoptar acciones frente a la Corte por interferir sobre el Ejecutivo, como, sin duda, les habría gustado hacer, pues la Corte en nada incidió en este caso sobre las funciones de la rama ejecutiva. Bien distinta habría sido la situación si la Corte hubiera admitido la pretensión de los demandantes y, en consecuencia, emitido el *mandamus* al Secretario de Estado. A la vista de la crispada situación política, de las manifestaciones de algunos líderes Republicanos y de las envenenadas diatribas lanzadas por la prensa Jeffersoniana, pensar que Madison hubiera entregado los nombramientos, dando así cumplimiento al *mandamus* era visualizar un supuesto de ciencia ficción. Y Marshall, «a masterful tactician», del que no puede ignorarse que uno de los fines pretendidos con su sentencia, era el de sentar las bases para el enorme poder judicial que la Corte habría

(100) Sosin utiliza justamente este calificativo cuando alude a «a clever ordering of the elements of the court's opinion». J. M. SOSIN, *The Aristocracy of the Long Robe* (The Origins of Judicial Review in America), Greenwood Press, Nueva York/Westport (Connecticut)/Londres, 1989, p. 308.

(101) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, vol. II, p. 1045.

de tener en el futuro (102), no parecía dispuesto a dejar en entredicho la autoridad de su Tribunal; de ahí que procediera a sacrificar una trivial porción de la jurisdicción de la Corte. Como ha escrito Abraham (103), la exposición de Marshall es, una muestra de auto-abnegación judicial («judicial self-abnegation») combinada con la apropiación judicial de poder («judicial assumption of power»). Y en último término, la sentencia destila por todos sus poros el coraje de quien la redactó. Como escribiera otro enorme *Associate Justice*, Felix Frankfurter (104), «the courage of *Marbury v. Madison*, is not minimized by suggesting that its reasoning is not impeccable and its conclusion, however wise, not inevitable».

Zanjar la cuestión que nos ocupa a través de la conclusión de que la alteración del orden procesal respondió tan sólo a meros objetivos políticos es algo que sería enormemente reductor y que desconocería la trascendencia que Marshall otorgó siempre a la Constitución. Como ya se ha dicho, Marshall siempre consideró de la máxima importancia desbrozar el significado de la Constitución, que no era una norma que hubiera de limitarse a su aplicación *in casu*. En esos primeros tiempos, el Derecho constitucional requería de una amplia y progresiva construcción dogmática y la Corte era el órgano privilegiado para llevarla a cabo. Y el Tribunal, aún admitiendo que carecía de la facultad de emitir el *writ of mandamus* porque la Sección 13 de la Ley de 1789 violaba la Sección 2.^a del Artículo III de la Constitución, que confería la jurisdicción originaria a la Corte, iba a adoptar dos decisiones de la máxima trascendencia constitucional para el futuro en relación al departamento ejecutivo: de un lado, la Corte admitía su jurisdicción para conocer del caso, pues aunque el Presidente dispusiera de una facultad discrecional ilimitada para nombrar a los funcionarios federales, lo que no podía hacer, y menos aún respecto a los jueces federales, era destituirlos arbitrariamente una vez nombrados; de otro, y en coherencia con ello, la Corte precisaba que, en tales casos, el Ejecutivo venía obligado a exponer la causa por la que el nombramiento no había sido entregado. En

(102) David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 74.

(103) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 342.

(104) Felix FRANKFURTER, «John Marshall and the Judicial Function», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. 69, 1955-1956, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 219.

definitiva, la *Marshall opinion* se iba a pronunciar sobre tres cuestiones que aunque admitieran, como dice White (105), ser consideradas como políticas, resultaban básicas en el proceso de construcción del Derecho constitucional norteamericano: 1.^a) que el Presidente tenía discreción para nombrar a los funcionarios federales a su voluntad («at his will»); 2.^a) que, una vez nombrados, no podía destituirlos arbitrariamente, viniendo obligado a justificar en sede judicial la causa de la destitución, y 3.^a) que la Corte tenía autoridad para decidir que una ley del Congreso violaba la Constitución.

En resumen, la alteración del orden procesal normal de la sentencia no fue algo casual, sino que respondió a objetivos diversos, que no pueden reconducirse sin más a los meros fines políticos.

6. EL *ITER* ARGUMENTAL DE LA SENTENCIA

A) *El derecho de William Marbury a la entrega de su nombramiento*

I. Marshall comienza cuestionándose si el demandante tiene derecho a la entrega de la comisión o encargo de su nombramiento («Has the applicant a right to the commission he demands?»). La sentencia sintetiza las cláusulas constitucionales y legales que afectan a esta parte del caso, poniendo de relieve (parágrafos —prgfos— 17-20) que en ellas se contemplan tres diferentes actividades: 1) la nominación («the nomination»), que es el único acto del Presidente, y es totalmente voluntario; 2) el nombramiento («the appointment»), que es también un acto presidencial voluntario, aunque tan sólo puede ejecutarse «by and with the advice and consent of the senate», y 3) el encargo o comisión («the commission»), respecto del cual se sostiene que «conceder un encargo a una persona nombrada quizá pudiera considerarse un deber impuesto por la Constitución (“a duty enjoined by the constitution”».) Marshall precisa a renglón seguido (prgfo 21) que los actos de nombramiento para el cargo («appointing to office») y de comisionamiento de la persona nombrada («com-

(105) G. Edward WHITE, *The American Judicial Tradition*, op. cit., p. 23.

missioning the person appointed») difícilmente pueden considerarse como el mismo y único acto, pues la facultad para realizarlos se da en dos separadas y diferentes secciones de la Constitución. De esta distinción se sigue, según se razona en la sentencia (prgfo 23), que si un nombramiento tuviera que manifestarse a través de cualquier acto público, distinto al de la comisión, la realización de ese acto público crearía al funcionario, y si no fuera destituable a voluntad del Presidente («if he was not removable at the will of the President»), le daría o un derecho a su comisión o le facultaría a cumplir los deberes sin la misma.

Circunscribiéndose ya a *Marbury* y los otros demandantes, la sentencia considera (prgfo 25) que este es un nombramiento del Presidente hecho con el consejo y consentimiento del Senado, y no es evidenciado por ningún otro acto que el de la propia comisión. «In such a case — se concluye — therefore the commission and the appointment seem inseparable». «Es casi imposible — añade Marshall — probar un nombramiento de otro modo que mediante la demostración de la existencia de una comisión; con todo, la comisión no es necesariamente el nombramiento, aunque sí una prueba concluyente del mismo». La firma del Presidente implica una orden para poner el gran sello a la comisión o encargo, y el sello debe ser puesto tan sólo a un instrumento que está completo (prgfo 31). Al ser firmado un encargo o comisión, el deber subsiguiente del Secretario de Estado se halla prescrito por la ley, y no está regido por la voluntad del Presidente (prgfo 33). Tal deber consiste en poner el sello de los Estados Unidos («the seal of the United States») a la comisión y en registrarla.

La conclusión de Marshall es inequívoca (prgfo 54): «El Sr. *Marbury*, en cuanto que su comisión fue firmada por el Presidente y sellada por el Secretario de Estado, fue nombrado, y como la ley que crea el cargo dio al funcionario un derecho a ocuparlo durante cinco años, con independencia del ejecutivo, el nombramiento no es revocable, sino que queda investido («vested») en los derechos legales de un funcionario, derechos que son protegidos por las leyes de este país».

Como puede apreciarse por lo hasta aquí transcrito, el argumento primario de Marshall en relación al derecho de *Marbury* parece

asentarse en una distinción que se hace derivar de la diferenciación constitucional entre «the President's appointing» y los «commissioning powers». Como destaca O'Fallon (106), Marshall rompió los lazos entre los que podríamos tildar como nombramiento y encargo o comisión («Marshall drove a wedge between appointment and commission»), observando que el Presidente puede ser requerido a otorgar encargos de nombramiento a funcionarios que él no ha nombrado realmente. En cualquier caso, Marshall no argumenta las razones de la diferenciación aducida, que pasa así a descansar en su simple afirmación.

II. A partir de los razonamientos expuestos, la Corte considera que Marbury tiene «a right to the commission», pues el nombramiento se había completado formalmente en el momento en que se había puesto el sello de la Secretaría de Estado sobre el mismo; por tanto, un rechazo a la entrega del encargo o comisión era un acto que había de ser considerado por el Tribunal como no autorizado por la ley («nor warranted by law»), sino hecho en violación de un derecho legalmente conferido («but violative of a vested legal right») (párrfo 55). Tal consideración tiene más importancia de la que, a simple vista, pudiera parecer, y ello por cuanto para los abogados de la generación de Marshall «a right to an office was analogous to a right to land or other property» (107), lo que venía a significar que Marbury poseía un derecho legal adquirido a la entrega del encargo o despacho de nombramiento. Y así lo habría de considerar la Corte, como aclara meridianamente el párrafo de la sentencia transcrito.

Tras lo expuesto por la Corte, ésta no se detiene de modo particular en la justificación del derecho que asiste a Marbury. Se halla implícita en sus consideraciones de índole general. Como significa Clinton (108), en realidad, el derecho de Marbury no es ni siquiera el derecho a la entrega de la comisión de nombramiento, sino más

(106) James M. O'FALLON, «Marbury», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), vol. 44, 1991-1992, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 246.

(107) William E. NELSON, «*Marbury v. Madison*, Democracy and the Rule of Law», en *Tennessee Law Review* (*Tenn. L. Rev.*), vol. 71, 2003-2004, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 232.

(108) Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 93.

bien a la entrega de una simple copia del registro donde se ha debido inscribir su nombramiento. A la vista de los dos textos legales de julio y septiembre de 1789, reguladores de las funciones de la Secretaría de Estado, de los que ya nos hicimos eco, no podía haber la más mínima duda de que el derecho de Marbury era un derecho legal («statutory right»), surgiendo del correlativo deber impuesto por el Congreso sobre el Secretario de Estado, a ejecutar determinados actos que afectan sobre los derechos de las personas, en cuya ejecución no se halla colocado bajo la dirección del Presidente. Madison, pues, venía obligado a realizar un acto puramente administrativo, que en modo alguno podía reconducirse a la categoría de los actos políticos que caen dentro de la discrecionalidad del Presidente (109). Pero de este importante punto nos ocuparemos con mayor detenimiento más adelante.

Se ha especulado como posible que Marshall se planteara también que la omisión en la entrega del encargo o comisión de nombramiento pudiera ser considerada como una implícita revocación por parte de Jefferson; si esa revocación era posible sin causa alguna, de un momento para otro, entonces Marbury no podía justificar la existencia de ningún perjuicio (110). La decisión tuvo de esta forma

(109) Se ha comparado la situación del *Marbury case* con la del también trascendental caso *United States v. Nixon*, decidido el 24 de julio de 1974 por el voto unánime de ocho miembros de la Corte, no participando en la deliberación el aún *Associate Justice* William H. Rehnquist, y exponiendo el *Chief Justice* Warren E. Burger la *opinion of the Court*. En él, la Corte consideró que los documentos en custodia de los altos funcionarios del ejecutivo, incluyendo al propio Presidente, estaban sujetos a proceso judicial cuando fueren esenciales en el proceso de elaboración de una sentencia (*adjudication*) en relación a los derechos y deberes de las partes, en un caso pendiente ante un tribunal federal, y en ausencia de una clara demostración de que la exención del profundo examen judicial («from judicial scrutiny») de los documentos era absolutamente necesaria por razones de seguridad nacional. En cualquier caso, hay importantes diferencias entre los dos casos. En *Nixon*, un caso criminal, el Presidente fue llamado directamente como un co-conspirador no acusado. En *Marbury*, una acción civil, el Presidente era una figura que se situaba en un segundo plano («a background figure»), aunque más tarde Jefferson confesó haber ordenado a Madison, el Secretario de Estado, que rehusara la entrega de las comisiones o encargos. Cfr. al efecto, Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 89. Asimismo, y del propio autor, cfr. «*Marbury v. Madison*, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century», *op. cit.*, p. 80.

(110) William W. VAN ALSTYNE, «A Critical Guide to *Marbury v. Madison*», *op. cit.*, pp. 9-10.

que pronunciarse sobre una relevante cuestión constitucional: la de si el Congreso podía prescribir el término de un cargo (piénsese que, en rigor, Marbury no había sido nombrado juez al amparo del Artículo III, pues su cargo de juez de paz tenía un período temporal de ejercicio de cinco años, no siendo pues vitalicio, como era el caso de los jueces federales, aunque es patente que tampoco ese cargo podía ser considerado al servicio del ejecutivo, por lo que alguna doctrina, Van Alstyne, entre otros autores, ha llegado a hablar de un «legislative subordinate», quizá, se nos ocurre, por haber sido creado el cargo por la Ley orgánica del Distrito de Columbia, aunque tal argumento no dejaría de ser, a nuestro modo de ver, bastante inconsistente) y limitar las condiciones para la destitución de funcionarios federales subalternos, o si ello no podía considerarse posible al atentar contra el principio de separación de poderes, de resultar de infringir la facultad de destitución que acompaña de modo implícito a la facultad de nombramiento del ejecutivo. La Corte, por las razones ya expuestas, sentó una doctrina muy clara, de la que, sin embargo, se apartaría posteriormente, pues lo cierto es que en los pocos casos en que la facultad ejecutiva de destitución de un funcionario federal ha sido impugnada con éxito, la única reparación concedida ha sido salarial, ya que la reposición en el cargo nunca ha sido otorgada a un funcionario nombrado por el Presidente.

Aunque es patente que en esta primera parte de la sentencia, al igual desde luego que en el resto de ella, como ya se advirtió precedentemente, abundan las reflexiones que pueden perfectamente reconducirse a la categoría de los *obiter dicta*, no estamos ante una suerte de admoniciones dirigidas al jefe del Ejecutivo, ni puede considerarse que la Corte vaya más allá de los confines del caso. Todo lo contrario. Con los argumentos que Marshall vierte en esta parte de la decisión, deja muy claro que el Secretario de Estado ha dado muestras de un comportamiento impropio de la dignidad de su cargo, al dejar de cumplir los deberes que le habían sido asignados por una ley del Congreso, con independencia de su responsabilidad ante el jefe del ejecutivo, implicando con ello, como bien se ha señalado(111), a la propia Presidencia en un esfuerzo ilegal para suprimir informa-

(111) Robert Lowry CLINTON, en *Marbury v. Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 90.

ción relevante para la determinación de los derechos y deberes de las partes de un proceso judicial.

B) *La legitimidad de la reacción jurídica frente a la violación del derecho*

I. La segunda parte de la sentencia («the right to a remedy», prgfos 56 a 85) aborda el derecho de Marbury a un remedio («the right to a remedy»), o lo que es igual, el derecho de quien ha visto violado uno de sus derechos a poder obtener la adecuada reparación a través de un instrumento jurídico. «If he (Marbury) has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy?» (prgfo 57). Marshall trata a continuación de responder al interrogante que él mismo se ha planteado.

El *Chief Justice* responde sin titubeo de inmediato: «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» (prgfo 58). Marshall recurre en apoyo de su respuesta a Blackstone, recordando (prgfo 59) que en el tercer volumen de sus *Commentaries*, el más relevante escritor jurídico del siglo XVIII sostuvo que «it is a general an indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit or action at law, whenever that right is invaded» (112).

La sentencia desciende a continuación de la reflexión abstracta y dogmática a la concreta del Derecho norteamericano, para constatar como un hecho lo que, en el mejor de los casos, no era sino una aspiración: que «el gobierno de los Estados Unidos ha sido calificado como un gobierno de las leyes, no de los hombres (“a government of laws, and not of men”). Dejaría, desde luego, de merecer esta importante denominación si las leyes no ofrecieran un medio de re-

(112) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. III («Of Private Wrongs»), The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1979 (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769), p. 23.

paración para la violación de un derecho legal conferido» (párrafo 61). Marshall enfrenta así el «rule of law» con el «rule of men», e innecesario es decir que su opción en favor del primero es inequívoca, pero ese no será el caso de Jefferson, para quien el «rule of law» no puede desplazar el primer principio de un gobierno republicano, que es el gobierno de la mayoría popular. Para Jefferson, un «rule of law» independiente de la voluntad popular no es sino la tiranía de los tribunales. Hoy, por supuesto, ambos principios (si entendiéramos el «rule of men» como el gobierno de la mayoría popular) están lejos de ser incompatibles, pero en aquel momento histórico así lo parecían en las concepciones de Jeffersonianos y Federalistas. No ha de extrañar por ello que Jefferson fuera partidario de unos jueces sujetos a la elección popular, con períodos temporalmente limitados de ejercicio del cargo y, a la inversa, para los Federalistas, una confianza excesiva en la voluntad popular no significara sino el fin de la Constitución como Derecho. Como argumenta la doctrina(113), las elecciones de 1800 atestiguan el irresuelto conflicto entre Derecho y acción (política) («unresolved conflict between law and action»). Esta elección deja claro que la Constitución no creó «per se» un «rule of law» indiferente a los individuos particulares.

Una cuestión capital se plantea la *Supreme Court* a continuación: la de intentar diferenciar los ámbitos respectivos del Derecho y de la acción estrictamente política. Se ha dicho(114) que el fundamento de la jurisprudencia constitucional de Marshall es justamente la diferenciación entre cuestiones políticas («political matters»), que deben resolver el legislativo y el ejecutivo de acuerdo con el principio democrático y mayoritario, y cuestiones jurídicas, cuya resolución corresponde al *judiciary*. La delimitación entre unas y otras es de especial trascendencia, pues mientras en las primeras el gobierno asume una responsabilidad ante el electorado, en las segundas la responsabilidad ha de discernirse de acuerdo con la ley en sede jurisdiccional. Más aún, esa división entre política y Derecho elaborada primeramente por Marshall y seguida después por el *Justice Story*, dio a la Constitución una verdadera estatura moral. «Fundamental

(113) Paul W. KAHN, *The Reign of Law...*, *op. cit.*, pp. 94-95.

(114) William E. NELSON, *Marbury v. Madison...*, *op. cit.*, p. 59.

law —escribe Appleby (115)— became hypostasized as a source of justice removed from the workaday world of partisan elections and legislative bargaining». Con el paso del tiempo iba a emerger una cultura constitucional que iba mezclar la Constitución con la tradición de un «higher law» del *common law*.

La *Marbury opinion* va a venir a establecer, que la concreción de la línea de separación a que venimos refiriéndonos es en sí misma una función del Derecho y, en consecuencia, una responsabilidad de los órganos jurisdiccionales. Dicho de otro modo, el Derecho establece lo que es y no es Derecho y los tribunales se encargan de supervisar su propia jurisdicción. En coherencia con ello, en la sentencia, Marshall admite que el «rule of law» debe ceder el paso en ciertos supuestos a la acción política discrecional. Bien es verdad, como dice Kahn (116), que si la delimitación de la línea de separación entre Derecho y acción política tiene que ser una función del Derecho, hablando a través de los tribunales, debe ser el resultado de una regla («it must be the result of a rule»). No puede ser representada como una serie de compromisos «ad hoc» con el poder político.

II. A partir de la premisa dogmática anteriormente referida, y ante la peculiar naturaleza del caso, la Corte considera que le incumbe averiguar si hay en él algún ingrediente que lo exima de una investigación jurídica, o que excluya a la parte perjudicada de una reparación jurídica. Ello acontecería si el acto de entregar o negar el encargo o comisión fuera un mero acto político, perteneciente tan sólo al departamento ejecutivo. Y al hilo de dar una adecuada respuesta a esta cuestión, la sentencia consagra la doctrina de las *political questions*, que Corwin denominara «the doctrine of departmental discretion» (117). Vale la pena, desde luego, detenernos en las reflexiones que al respecto hace Marshall:

(115) Joyce APPLEBY, «The American Heritage: The Heirs and the Disinherited», en *The Journal of American History*, vol. 74, núm. 3, diciembre 1987, pp. 798 y ss.; en concreto, p. 811.

(116) Paul W. KAHN, *The Reign of Law...*, *op. cit.*, p. 156.

(117) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 571.

«Por la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente es investido con ciertos importantes poderes políticos, en el ejercicio de los cuales debe usar su propia discreción, y es responsable tan sólo ante su país con una responsabilidad de naturaleza política, y ante su propia conciencia (“is accountable only to his country in his political character, and to his own conscience”). Para ayudarlo en el cumplimiento de estos deberes, está autorizado a nombrar a ciertos funcionarios, que actúan bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes» (párrafo 74). «En tales casos, los actos de aquéllos son sus actos (“their acts are his acts”) y puede mantenerse cualquier opinión acerca del modo en que la discreción del ejecutivo puede ser usada, y no existe ni puede existir ningún poder para controlar esa discreción (“no power to control that discretion”). Los asuntos —precisión ésta de la mayor relevancia— son políticos. Tienen en cuenta a la nación, no a los derechos individuales, y siendo encargados al ejecutivo, la decisión de éste es definitiva (“conclusive”)» (párrafo 75).

Con tan nítidos términos, Marshall sentaba una doctrina que estaba llamada a tener durante un dilatadísimo período de tiempo una importancia nuclear no sólo en los Estados Unidos, sino, por influjo de este país, en otros muchos lugares. La *Marshall Court* ratificaría en algunas otras de sus decisiones esta doctrina, siendo de recordar al respecto el caso *Martin v. Mott*, decidido el 2 de febrero de 1827 por el voto unánime de los siete miembros de la Corte, escribiendo Joseph Story la *opinion*. En ella, la Corte se pronunció sobre el ámbito del poder militar del Presidente, convirtiéndose a la postre en el principal precedente en el que el Presidente Abraham Lincoln apoyó su decisión de actuar tajantemente en los primeros días de la Guerra Civil. Ya en la *Taney Court*, el *Chief Justice* Roger B. Taney, escribiendo la *opinion of the Court* en otro relevante caso, *Luther v. Borden*, decidido el 3 de enero de 1849 por el voto de ocho frente a uno, volvería a articular la «*political questions*» *doctrine*, recordando el lejano precedente de la *Marbury decision*.

Años después, la *Marshall Court* complementaría la doctrina a que venimos refiriéndonos con la consideración de que los poderes del Congreso tienen que ser libremente construidos, diseñados, y más tarde aún, con la doctrina de la inmunidad del Presidente frente

al proceso judicial. Corwin (118) consideraría tales doctrinas como concesiones a la necesidad de hacer la Constitución flexible y adaptable, aunque manteniéndola como una norma jurídica.

Bien distinto al supuesto de las *political questions* es el caso en el que la legislatura procede a imponer sobre un alto funcionario determinados deberes, dirigidos a ejecutar de modo perentorio ciertos actos, más aún cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos. El rol del funcionario cambia en tal caso significativamente: «(H)e is — escribe Marshall — so far the officer of the law; is amenable to the laws for his conduct; and cannot at his discretion sport away the vested rights of others» (prgfo 76).

En definitiva, cuando quienes están al frente de un departamento («the heads of departments») actúan como agentes políticos o de confianza del ejecutivo, se limitan a ejecutar la voluntad del Presidente, o más bien a actuar en casos en que el ejecutivo posee una facultad discrecional constitucional o legal; en tales casos, sus actos sólo son examinables políticamente. Pero cuando un deber específico les es impuesto por la ley y los derechos individuales dependen del cumplimiento de ese deber, es igualmente claro que el individuo que se considere perjudicado, tiene un derecho a acudir a las leyes de su país para un remedio (prgfo 77). En último término, pues, Marshall delimita las *political matters* de las cuestiones relativas a los *individual rights*, que los tribunales protegerán de acuerdo con los principios fijados por el Derecho.

Proyectando esta doctrina al caso concreto, la conclusión de Marshall era clara. Las facultades de nominación y de nombramiento de la persona nominada son «political powers», que el Presidente ejerce discrecionalmente, y lo mismo puede decirse en el caso de que, por ley, el funcionario pueda ser destituido a voluntad del Presidente. «Pero — añade Marshall — como un hecho que ha existido no puede ser presentado como si nunca hubiera existido, el nombramiento no puede ser aniquilado, y en consecuencia, si por ley el funcionario no es destituable a voluntad del Presidente, los derechos que ha adqui-

(118) *Ibidem*, p. 571.

rido están protegidos por la ley y no son reasumibles por el Presidente» (párrafo 79). «The question whether a right has vested or not, is, in its nature, judicial, and must be tried by the judicial authority» (párrafo 80).

La conclusión final ya resulta evidente. Rechazado por Marshall que lo que estuviera en juego fuera una actuación del Secretario de Estado como mero agente ejecutor de la voluntad presidencial, y admitido que de lo que se trataba era del cumplimiento por aquél de un deber específico exigido por la ley, y disponiendo Marbury de un título legal para el cargo, resultaba evidente que disponía de un derecho al encargo o comisión, siendo así el rechazo a entregarlo una clara violación («a plain violation») de ese derecho, frente a la que las leyes de los Estados Unidos le concedían un remedio («afford him a remedy»), pues al *Chief Justice* le resultaba igualmente claro que «the individual who considers himself injured, has a right to resort to the laws of his country for a remedy».

C) *La pertinencia del instrumento del writ of mandamus*

La parte subsiguiente de la sentencia («the right to mandamus», párrafos 86-116) aborda la cuestión de cuál sería el remedio jurídico adecuado para hacer frente a la constatada violación del derecho sufrida por Marbury y los otros demandantes. Si las leyes conceden a quien ha visto vulnerado su derecho un remedio, «is it a mandamus issuing from this court?». Este es el interrogante al que debe dar respuesta Marshall a renglón seguido, respondiendo así, por lo demás, a la pretensión de los demandantes. Ya hemos dicho que Lee, en representación de los demandantes, en atención a que Madison era una persona que había sido nombrada para desempeñar un cargo de conformidad con la autoridad de los Estados Unidos, y a la vista de las previsiones de la *Judiciary Act*, pensó en que el remedio idóneo consistía en la emisión por la Corte de un *writ of mandamus* dirigido al Secretario de Estado, instándole a cumplir el deber que la ley le imponía.

Para dilucidar si ello podía ser así efectivamente, Marshall consideró necesario, en primer término, atender a la naturaleza de ese

writ, y después, a las facultades al respecto de la propia Corte. El primer aspecto, esto es, la viabilidad del *mandamus* como instrumento a cuyo través hacer respetar el derecho legal reclamado por Marbury, requería la interpretación del *common law*. En cuanto al segundo punto, es obvio que conducía a la cuestión de la constitucionalidad de la norma de la *Judiciary Act*, que abordaremos en los epígrafes subsiguientes, por lo que ahora sólo hemos de ocuparnos del primero.

Para determinar la naturaleza del *writ of mandamus*, Marshall (en el prgfo 91) comienza recordando la definición que de este instrumento diera Blackstone en sus *Commentaries* (119), tras lo que también se hace eco de la visión de este instituto sustentada por Lord Mansfield en el caso *the King v. Baker* (prgfos 92-93). El célebre juez inglés razonaba que «whenever there is a right to execute an office, perform a service, or exercise a franchise (more specifically if it be in a matter of public concern, or attended with profit) and a person is kept out of the possession, or dispossessed of such right, and has no other specific legal remedy, this court ought to assist by *mandamus*, upon reasons of justice, as the writ expresses, and upon reasons of public policy, to preserve peace, order and good government». A partir de estas concepciones doctrinales, que el *Chief Justice* también de algún modo utiliza para poner de relieve la preocupación existente en el pensamiento jurídico británico en torno a los instrumentos de protección de los individuos que han sufrido daños (120), Marshall constata (prgfo 95), que si el *writ* demandado fuera concedido sería

(119) «A writ of *mandamus* — escribe Blackstone — is, in general, a command issuing (en la sentencia se transcribe “issued”) in the King’s name from the court of King’s Bench, and directed to any person, corporation, or inferior court of judicature, within the King’s dominions; requiring them to do some particular thing therein specified, which appertains to their office and duty, and which the court of King’s Bench has previously determined, or at least supposes (en la sentencia se transcribe “supposed”), to be consonant to right and justice». William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. III, *op. cit.*, p. 110.

(120) Más ampliamente, Klinkhamer ha aludido a cómo en *Marbury* Marshall se refirió brevemente a la historia del Derecho británico para ejemplificar la preocupación que el gobierno había tenido «to protect individuals who claimed to have suffered injuries». Sister Marie Carolyn KLINKHAMER, O. P., «John Marshall’s Use of History», en *The Catholic University of America Law Review* (*Cath. U. Am. L. Rev.*), Washington, vol. VI, 1956-1957, pp. 78 y ss.; en concreto, p. 88.

dirigido a un funcionario del gobierno, y el mandato sería, utilizando las palabras de Blackstone, «para hacer una cosa concreta allí especificada, que corresponde a su cargo y deber y que la Corte ha determinado previamente o, por lo menos, supone estar de acuerdo con el derecho y la justicia». Estas circunstancias concurren en el caso. Ahora bien, para hacer del *mandamus* un remedio adecuado es necesario asimismo que el funcionario a quien se pretenda dirigir sea uno a quien, con base en los principios jurídicos, pueda ser dirigido, y la persona que lo solicita debe carecer de cualquier otro específico remedio jurídico («the person applying for it must be without any other specific and legal remedy») (párrafo 97).

Al abordar la persona a quien ha de dirigirse el *mandamus*, Marshall vuelve a rechazar que se esté ante un acto político, o que la Corte se esté entrometiendo en demasía en el ámbito del poder ejecutivo, no sin antes admitir que la profunda relación política que subsiste entre el Presidente y los que, como Madison, se encuentran al frente de los departamentos ministeriales (de las Secretarías, con más rigor), «renders any legal investigation of the acts of one of those high officers peculiarly irksome, as well as delicate; and excites some hesitation with respect to the propriety of entering into such investigation» (párrafo 98).

La sentencia insiste en que la competencia de la Corte es tan sólo decidir sobre los derechos de los individuos, no examinar cómo el ejecutivo o sus funcionarios llevan a cabo los deberes en que ellos gozan de discreción. «Questions, in their nature political, — se añade en la decisión— or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court». Pero ni remotamente puede entenderse como una cuestión política lo que pide el demandante, pues su pretensión está lejos de poder considerarse un entremetimiento en los secretos del Gabinete («an intrusion into the secrets of the cabinet»), refiriéndose a un documento («a paper») que, de acuerdo con la ley, está en un registro, y a una copia del cual otorga la ley un derecho, previo pago de diez centavos (párrafo 100). En definitiva, era por entero evidente que el caso no era reconducible al ámbito de las *political questions*.

Se admite por la doctrina, como es bastante patente por lo demás, que el tono general de estas reflexiones de Marshall era conciliador;

no otra cosa se puede decir de esa diferenciación entre las funciones discrecionales del ejecutivo y los deberes que le son impuestos legalmente. Pero no obstante esta maniobra conciliadora, también se admite (121) que la adhesión del *Chief Justice* al núcleo de la doctrina Federalista fue inquebrantable («was unwavering»), pues la línea entre la discreción y el deber tenía que ser formulada por el Derecho, y el Derecho era de la incumbencia del *judiciary* (obviamente se está pensando en el Derecho asentado en el *case law*).

No obstante lo molesto y delicado de la investigación jurídica, y las dudas que puede suscitar, Marshall, reiterando en realidad el argumento que ya había explicitado, termina mostrándose rotundo e inequívoco en la conclusión de su investigación: «Where the head of a department (...) is directed by law to do a certain act affecting the absolute rights of individuals, in the performance of which he is not placed under the particular direction of the President, and the performance of which, the President cannot lawfully forbid (...) it is not perceived on what ground the courts of the country are further excused from the duty of giving judgment» (prgfo 103 en conexión con el prgfo 102). La conclusión en este punto de la sentencia es muy clara, considerando que se trata de un caso evidente para la concesión de un *mandamus*, bien para la entrega de la comisión o de una copia del nombramiento extraída del registro. «This, then, — se lee en el prgfo 116— is a plain case for a *mandamus*, either to deliver the commission, or a copy of it from the record».

Se ha dicho (122) con una óptica general, que aunque la expresión *equal justice under law* —que, de modo harto significativo, fue grabada en el frontispicio de esa especie de bellísimo templo griego que en 1935 construyera en «The Hill» el arquitecto Cass Gilbert como sede de la *Supreme Court*— puede ser considerada por algunos como un cliché del que se ha abusado mucho («as a badly overworked cliché»), con todo, es una buena declaración que resume lo que Marshall representa para el «rule of law» norteamericano,

(121) James M. O'FALLON, «Marbury», *op. cit.*, p. 250.

(122) Jefferson B. FORDHAM y Theodore H. HUSTED, Jr., «John Marshall and the Rule of Law», en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), vol. 104, 1955-1956, pp. 57 y ss.; en concreto, p. 68.

articulando un muy relevante principio en el sistema de valores de un pueblo. Creemos que la *Marbury opinion* ejemplifica a la perfección lo que se acaba de decir. Sin embargo, tampoco aquí la sentencia escapa a las contradicciones, pues la gran paradoja, por no decir incongruencia, de la decisión es que tras reconocer el derecho que asiste a Marbury a una reparación jurídica, la realidad será que la sentencia, finalmente, no amparará al frustrado juez de paz. Por ello, Kahn (123) ha considerado esta parte de la sentencia como la más desconcertante («the most puzzling»), la más gratuita. Pero también es cierto que afirmar hoy que Marshall formuló aquí una declaración gratuita, inoperativa, no deja de ser una reflexión completamente académica, pues no cabe olvidar la trascendencia que la formulación de este principio tuvo en su época. Así lo ha destacado un sector de la doctrina (124), para el que puede haber escasa duda de que, como la decisión de los jueces ingleses en el famoso caso de *Ashby v. White* (1703), la sentencia supuso en este punto un robusto apoyo para el «rule of law».

Por lo demás, es indudable que, hasta aquí, (con una extensión cercana a las tres cuartas partes de la sentencia) Marshall había seguido bastante de cerca la línea argumental sustentada por Charles Lee. Con independencia de que esta parte pudiera o no ser calificada como mero *obiter dictum*, lo cierto es que su conclusión proclive, como cuestión de principio, a la admisibilidad del *mandamus* frente al Secretario de Estado no dejaría de tener consecuencias para la doctrina de la separación de poderes en su conjunto (125).

Admitido pues, que se está ante un caso claro de *mandamus*, sólo resta preguntarse si ese *writ* puede expedirse por la Corte. El tratamiento de tal cuestión da paso a la recepción de la doctrina de la *judicial review* previa declaración de la inconstitucionalidad de la disposición de la *Judiciary Act* que habilitaba a la Corte para expedir el *mandamus*. De todo ello nos ocupamos de inmediato.

(123) Paul W. KAHN, *The Reign of Law...*, *op. cit.*, p. 148.

(124) Jefferson B. FORDHAM y Theodore H. HUSTED, Jr., «John Marshall and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 65.

(125) Cfr. al respecto, David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years (1789-1888)*, *op. cit.*, pp. 66-67.

D) *La imposibilidad de emisión del writ of mandamus por la Corte*

No hay que ser muy intuitivo para suponer que el corazón de Marshall se hallaba del lado de la causa de William Marbury, colega Federalista, y en cuyo proceso de nombramiento él había participado, entre otros factores de proximidad. Como se acaba de ver, el *Chief Justice* estaba plenamente de acuerdo en que tenía derecho a la entrega del nombramiento y en que el Derecho le debía facilitar un remedio jurídico para reparar la vulneración del derecho. Pero la situación a la que se enfrentaba Marshall no dejaba de ser una enrevesada situación política. La concesión del *writ* suponía, de hecho, una intromisión en las facultades presidenciales; así lo veía Jefferson, aunque tal visión fuera harto discutible. Pero de lo que no debía de caber duda a Marshall es de que tal concesión suponía el levantamiento por la Corte del «hacha de guerra» contra la Administración Republicana, y las probabilidades de que Jefferson pusiera en marcha el procedimiento de *impeachment* eran mucho más que una mera especulación. Por otro lado, tampoco el *Chief Justice* debía dudar acerca de que el otorgamiento del *mandamus* chocaría con la negativa del Secretario de Estado, circunstancia que, indiscutiblemente, supondría una grave erosión de la autoridad de la *Supreme Court*. A su vez, la consideración de que la norma legal que habilitaba a la Corte para emitir el *mandamus* se hallaba en contradicción con la Constitución, no pudiendo por lo mismo ser aplicada, tenía todos los visos de ser considerada como un consentimiento por la Corte frente a una usurpación por el ejecutivo de funciones judiciales, como un repliegue del supremo órgano jurisdiccional ante el capricho arbitrario de un alto funcionario del ejecutivo. Todas las opciones que estaban al alcance de la Corte encerraban efectos políticos perjudiciales para ella misma. Con todo, Marshall se iba a decantar por la última opción, pues como genial táctico y estratega que era, si se nos permite el símil, no le importaba perder una batalla si con ello terminaba venciendo la guerra, como así habría de acontecer con una visión a largo plazo.

En este segundo gran bloque argumental, como ya se dijo, se aborda la cuestión de si la Corte puede conceder el *mandamus* que los demandantes le requieren que expida. Aunque esta parte (que se inicia en el prgfno 117) no es la más extensa de la decisión, desde lue-

go, sí es la más trascendente, la que le ha hecho pasar a la posteridad, pues será en ella donde Marshall recepcione la doctrina de la *judicial review*. La sentencia comenzará aquí abordando la cuestión constitucional, que no era sino la de si la *Supreme Court* podía ejercer una jurisdicción que entendería originaria cuando un ciudadano norteamericano requiriera a los *Justices* la emisión de un *writ of mandamus* frente a un alto funcionario federal. Ello exigía, ante todo, analizar la conformidad de la Sección 13 de la *Judiciary Act*, en la se apoyaba legalmente la demanda, con las previsiones constitucionales. Llegada la Corte a la conclusión de la incompatibilidad entre la norma de la Sección 13, que habilitaba a la Corte para emitir un *mandamus* dirigido a personas que desempeñaran un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos, y la previsión de la Sección 2.^a del Artículo III de la Constitución, que establecía la doble jurisdicción, originaria («*trial jurisdiction*») y de apelación («*appellate jurisdiction*»), de la *Supreme Court*. la sentencia se planteaba la última y definitiva cuestión: la de si la Corte podía ejercer una jurisdicción que le habilitaba para emitir *writs of mandamus* a funcionarios públicos, cuando la misma le había sido conferida por una ley que se consideraba contradictoria con los postulados constitucionales («*it becomes necessary — aduce la Corte en el prgfo 131 — to enquire whether a jurisdiction, so conferred, can be exercised*»). A partir de aquí, la *Marshall opinion* procede a recepcionar la doctrina de la *judicial review* (prgfos 132 y ss.), fundamentándola, primero, en una serie de razonamientos de carácter general que recuerdan muy de cerca la argumentación hecha por Hamilton en el núm. 78 de los *Federalist Papers*, y después, en un breve conjunto de consideraciones que entresaca del propio texto literal de la Constitución. No deja de resultar un tanto sorprendente la casi total ausencia en los parágrafos de la decisión de referencias tanto a los precedentes jurisprudenciales, que los había, como a la posición sustentada por los *Framers* respecto al instituto de la *judicial review*. A todo ello nos referimos a continuación.

a) La inconstitucionalidad de la Sección 13
de la *Judiciary Act* de 1789

I. Marshall abre esta parte de la sentencia recordando la norma de la *Judiciary Act* que autoriza a la Corte Suprema «*to issue writs of*

mandamus in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States».

El Secretario de Estado, como es evidente, es un cargo reconducible a la categoría legal de «persons holding office, under the authority of the United States», por lo que se encuentra exactamente dentro de la letra del texto legal. A partir de esa constatación, y adoptando un razonamiento en negativo, que no nos parece en exceso convincente, Marshall revela no sólo el fallo final que la Corte va a adoptar, sino también su fundamento: la inconstitucionalidad de la ley. «If this court — escribe el *Chief Justice* — is not authorized to issue a writ of mandamus to such an officer, it must be because the law is unconstitutional, and therefore absolutely incapable of conferring the authority, and assigning the duties which its words purport to confer and assign» (párrfo 119). Esta anticipada toma de posición no deja de ser un tanto anómala. Su única explicación lógica es que sirve de proemio a los razonamientos que subsiguen, encaminados a mostrar la inconstitucionalidad de la norma anteriormente transcrita.

II. La sentencia recuerda a continuación que, a efectos de la distribución de la jurisdicción entre el Tribunal Supremo y los tribunales inferiores, órganos jurisdiccionales en que se inviste el conjunto del poder judicial de los Estados Unidos, la Constitución (en el párrafo segundo de la Sección 2.^a del Art. III) declara que «the Supreme Court shall have original jurisdiction in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be a party. In all other cases the Supreme Court shall have appellate jurisdiction» (126).

(126) Marshall, y nos parece fundamental destacarlo, pues creemos que es un dato muy significativo de un aspecto claramente criticable en su construcción interpretativa, omite la transcripción completa de la cláusula segunda de la Sección 2.^a del Artículo III de la Constitución, que está redactada, exactamente, en estos términos: «In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall made». Prescindir, y no sólo en la transcripción, pues ello sería un dato puramente formal, sino también en la interpreta-

Marshall, dando de alguna manera respuesta a la argumentación del abogado de los demandantes, se hace eco de que entre los abogados se ha venido insistiendo en el razonamiento de que, como el otorgamiento de jurisdicción originaria a la Corte Suprema no contiene términos negativos o restrictivos, la facultad de atribuir a esa Corte jurisdicción originaria en otros casos distintos de los especificados en el precepto constitucional permanece en el Congreso. Sin embargo, el *Chief Justice* no suscribe esta interpretación. A la vista de las reflexiones de esta parte de la sentencia no sería inadecuado decir que Marshall concibe constitucionalmente la *Supreme Court* como un tribunal de apelación, y ello porque sólo en unas pocas y claramente especificadas excepciones puede la Corte actuar como «trial court», esto es, como órgano con jurisdicción originaria. Para Marshall, si la disposición constitucional se entendiera en el sentido de que deja a la discreción del Congreso prorratear el poder judicial («to apportion the judicial power») (más bien habría que hablar de la jurisdicción federal) entre el Tribunal Supremo y los inferiores, de acuerdo con la voluntad de ese cuerpo legislativo, la parte posterior de la sección sería mera redundancia, quedaría completamente sin significado («entirely without meaning»). «If Congress —abunda Marshall en el prgfo 123— remains at liberty to give this court appellate jurisdiction, where the constitution has declared their jurisdiction shall be original; and original jurisdiction where the constitution has declared it shall be appellate; the distribution of jurisdiction, made in the constitution, is form without substance». Los términos afirmativos, razona más adelante (prgfo 124) el *Chief Justice*, son a menudo en su aplicación negativos de otros propósitos diferentes de los afirmados, y en el caso en cuestión, debe serles dada (a las previsiones constitucionales) un sentido negativo o excluyente o no tendrán aplicación en absoluto.

Como no puede presumirse que una cláusula constitucional se entienda de modo tal que quede sin efecto (prgfo 125), por lo mismo, para Marshall, tal interpretación es inadmisibles. Y abundando en esta línea argumental, se aduce en la sentencia que «cuando un instrumento que organiza esencialmente un sistema judicial procede

ción, de la que se conoce como la *exception clause*, distorsionará la interpretación, que, de atender a la mencionada cláusula, podría haber conducido a una conclusión bien dispar.

a dividirlo en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como al poder legislativo le sea posible ordenar y establecer; después enumera sus facultades y procede a distribuirlas, y en cuanto hace a la jurisdicción de la Corte Suprema, a través de la declaración de los casos en que tendrá jurisdicción originaria y de que en los otros tendrá jurisdicción de apelación; el sentido claro de las palabras (“the plain import of the words”) parece ser, que en un tipo de casos su jurisdicción es originaria y no de apelación; en el otro, es de apelación y no originaria» (prgfo 127). Esta es, para Marshall, la única interpretación que convierte en operativa la cláusula constitucional; consecuentemente, cualquier otra interpretación la convertirá en inoperativa, y ello es una razón adicional «for rejecting such other construction, and for adhering to their obvious meaning».

En definitiva, para el *Chief Justice*, la norma constitucional enumera en forma cerrada la jurisdicción originaria de la *Supreme Court*, que de esta forma no puede ser ampliada en sede legislativa. A partir de aquí, la sentencia tratará de discernir si la concesión del *mandamus* puede ser vista como un ejercicio de «appellate jurisdiction», pues, anticipando partes ulteriores de la sentencia, sólo en tal supuesto la Corte estaría efectivamente facultada para emitir el instrumento procesal que le había sido requerido. Pero antes de entrar en ello, se imponen algunas reflexiones sobre la argumentación transcrita.

III. Recordaremos, ante todo, que durante los primeros años de vida de la Corte, ésta había recibido demandas en las que se le requería la emisión de *mandamus*. Charles Lee lo puso de relieve en apoyo de su demanda, como tuvimos ya oportunidad de indicar. De esas solicitudes de concesión de un *mandamus* conocieron *Associate Justices* tales como James Wilson, John Blair y William Paterson, todos ellos antiguos miembros de la Convención de Filadelfia, y con independencia de que los *writs* demandados no fueran concedidos, por entenderse que no había lugar a ello, nunca se cuestionó la autoridad de la Corte para emitirlos. Por otro lado, como recuerda la doctrina (127), en la época, existía

(127) J. M. SOSIN, *The Aristocracy of the Long Robe*, op. cit., p. 308.

una presunción de que mientras el Congreso no podía reducir, sí podía por el contrario añadir a la jurisdicción originaria de la Corte. A este respecto, cabe recordar que en unas notas añadidas a la decisión de la Corte en el caso *United States v. Ferreira* (1851), el *Chief Justice* Taney admitió que en los primeros días del gobierno el derecho del Congreso a otorgar jurisdicción originaria a la *Supreme Court* en casos no enumerados por la Constitución «era sostenido por muchos juristas y parece haber sido considerado por los jueces que decidieron el *Yale Todd's case* en 1794 (128)». Más aún, el propio John Marshall había participado tempranamente (en 1800) en la redacción de un proyecto de ley sobre el *judiciary* en el que se procedía a expandir la limitada jurisdicción originaria de la Corte (129). Y por si los mencionados no fueran suficientes argumentos, puede recordarse, adicionalmente, que la paternidad de la Ley Judicial de 1789 había recaído sobre Oliver Ellsworth, miembro de la Convención Constituyente y después antecesor de Marshall en la *Chief Justiceship*, siendo el texto legal posteriormente aprobado por el *First Congress*, del que eran miembros muchos de los que habían participado en la Convención de Filadelfia, y con anterioridad a Marshall nadie cuestionó la cláusula legal que él iba a tildar de inconstitucional (130). En definitiva, la constitucionalidad de la Sección 13 no fue una cuestión polémica en los años 1790, anteriores a la sentencia, y tanto la Corte como el Congreso pensaban que el Artículo III de la Constitución permitía al último trasladar casos de la jurisdicción de apelación de la Corte a su jurisdicción originaria. Las varias decisiones de la Corte sobre las peticiones de *mandamus* corroboraban este sentir y la propia historia legislativa de la *Judiciary*

(128) *Ibidem*, p. 307.

(129) Se hace eco de ello Donald O. DEWEY, en *Marshall versus Jefferson: The Political Background...*, *op. cit.*, p. 131. De conformidad con este proyecto, la Corte Suprema asumía jurisdicción para conocer de los pleitos presentados por «any state, body politic or corporate, company or person against the United States».

(130) Wright, criticando la teoría de Marshall, que, a su juicio, desde una óptica constitucional, ve en los jueces «the only true guardians of the permanent will of the people», considera un comentario esclarecedor («an enlightening commentary») el hecho de que en el primer caso en que una ley del Congreso se consideró que violaba la Constitución, la ley estaba escrita por hombres que habían ayudado a redactar la Constitución, mientras que la decisión judicial era de un hombre que no había tomado parte en ese histórico proceso. Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 37.

Act de 1801 proporcionaba una prueba adicional de que éste era el entendimiento general (131).

IV. Marshall se iba a separar de la presunción anteriormente aludida y de los precedentes existentes, lo que tampoco era extraño, pues en sus decisiones Marshall fue poco proclive a seguir o mencionar precedentes (132). Su interpretación era estricta: los términos de la cláusula segunda de la Sección 2.^a del Artículo III, describiendo la jurisdicción originaria de la Corte, habían de entenderse en el sentido de rechazar el conocimiento de cualquier otro asunto del mismo orden. Aparentemente, todos los *Justices* estuvieron de acuerdo con la interpretación de su *Chief Justice*, o por lo menos se conformaron con ella, pero, como advierte algún autor (133), es más que posible que el *Justice* William Paterson, uno de los autores de la *Judiciary Act*, experimentara ciertas molestias o desconcierto al ver su obra así condenada.

Frente a la argumentación del abogado de Marbury de que la jurisdicción de apelación puede ejercerse en una variedad de formas, y de que si la voluntad del Congreso fuera la de que un *mandamus* pudiera ser utilizado a este propósito, tal voluntad debía ser obedecida, Marshall replica que esto es verdad, pero que la jurisdicción debe ser de apelación, no originaria (párrfo 129). Según la sentencia (párrfo 130), el criterio esencial de la «appellate jurisdiction» es el de que la misma revisa y corrige los procedimientos en una causa ya entablada («already instituted») y no crea esa causa. Aunque un *mandamus* puede dirigirse a los tribunales, sin embargo, conceder tal *writ* respecto de un funcionario para la entrega de un documento,

(131) En sentido análogo, Susan Low BLOCH y Maeva MARCUS, «John Marshall's Selective Use of History in *Marbury v. Madison*», en *Wisconsin Law Review* (*Wis. L. Rev.*), vol. 1986, 1986, pp. 301 y ss.; en concreto, pp. 328-329.

(132) Robert Jackson, quien fuera *Associate Justice* entre 1941 y 1954, aludiría específicamente al dato de cómo en cinco de sus grandes *opinions* Marshall no mencionó ningún precedente, confrontando esta pauta con el hecho de que los grandes comentaristas jurídicos como Kent o Story, frecuentemente, mencionaban en apoyo de sus tesis a autoridades del Derecho civil, principalmente de fuentes alemanas o francesas. Robert H. JACKSON, *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1955, p. 30.

(133) J. M. SOSIN, *The Aristocracy of the Long Robe*, *op. cit.*, p. 308.

es lo mismo que mantener una acción originaria para ese documento y, por lo mismo «seems not to belong to appellate , but to original jurisdiction».

La sentencia, como puede apreciarse, vino a establecer un test para distinguir la jurisdicción de apelación de la originaria, concluyendo que es a través de un procedimiento originario como se supervisa la actuación de los funcionarios ejecutivos, por lo menos en aquellos procedimientos que buscan asegurar una reparación comparable a la perseguida a través de una acción originaria, como sería el caso de la entrega de un documento. En contraste, los «appellate proceedings» revisan y corrigen el trabajo de los tribunales inferiores. El categórico rechazo del *Chief Justice* a la posible coexistencia de una facultad de supervisión y de una jurisdicción originaria limitada, ha recibido muy poca atención por parte de la doctrina (134), pues los estudiosos del tema han aceptado ampliamente la consideración de que el listado de competencias de la Corte se divide entre la jurisdicción originaria y la de apelación, no teniendo cabida un tercer tipo (135).

Así las cosas, la conclusión de Marshall cae por su propio peso: la autoridad dada a la Corte por la ley controvertida para conceder *writs of mandamus* frente a los funcionarios públicos («public officers») no parece estar autorizada por la Constitución, lo que convierte en necesario averiguar si una jurisdicción así conferida puede ser ejercitada (párrafo 131).

V. La doctrina científica ha discutido con intensidad, e incluso a veces con pasión, la expuesta interpretación de Marshall, encontrándonos con posiciones de todos los signos. Nosotros, básicamente, vamos a circunscribir nuestra exposición a las reflexiones

(134) James E. PFANDER, «*Marbury*, Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. 101, 2001, pp. 1515 y ss.; en concreto, p. 1561.

(135) Paradigmática de tal posición puede ser la siguiente afirmación de Corwin: «it must be noted that jurisdiction is always either original or appellate, — that there is, in other words, no third sort». 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. 540.

doctrinales críticas. No es fácil buscar criterios con los que sistematizarlas, no obstante lo cual vamos a intentarlo. Esas críticas, de naturaleza muy dispar, han tenido como punto de mira, ante todo, la interpretación llevada a cabo por el *Chief Justice* de la disposición constitucional, pudiéndose entre ellas, a su vez, diferenciar las que han prestado una particular atención a la que se conoce como *exception clause*, que, supuestamente, permitiría al Congreso introducir excepciones respecto del sentido general de la norma constitucional, y las que se han centrado en la consideración de que el Artículo III de la Constitución establecería un mínimo de jurisdicción originaria, no un máximo insuperable por el Congreso. Un significativo grupo de autores ha descalificado la interpretación de Marshall en atención a lo que bien podríamos denominar la historia legislativa de la *Judiciary Act*, algo a lo que ya hemos hecho alusión precedentemente. En fin, un último bloque crítico discreparía de la sentencia en la interpretación de la propia Sección 13 de la Ley Judicial, pudiéndose diferenciar también aquí dos tipos de divergencia hermenéutica: la de quienes entienden que el *mandamus* no era un instituto procesal atributivo de jurisdicción, sino meramente instrumental, y la de los que consideran que, a la vista de la Sección 13, podía perfectamente interpretarse que la Corte estaba asumiendo en el caso una jurisdicción de apelación. A todo ello se podrían añadir algunas de las reflexiones críticas que con anterioridad vertimos, como, por ejemplo, la de que Marshall ignoró los precedentes jurisprudenciales existentes, que aún siendo pocos, parecían mostrar que la Corte, en casos anteriores equiparables, no había puesto en duda en ningún momento la constitucionalidad de la cláusula de la *Judiciary Act*, pero de momento no insistiremos en este flanco crítico.

A) La primera argumentación crítica manifiesta su discrepancia con la interpretación que Marshall lleva a cabo del párrafo segundo de la Sección 2.^a del Artículo III de la Constitución. Corwin, hace casi un siglo, rebatiría con dureza el razonamiento de Marshall. Admite tan relevante autor (136), que la regla de la exclusividad a menudo se aplica a casos de enumeración afirmativa, de manera que la única cuestión a dilucidar sería la de si el párrafo constitucional

(136) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine...», *op. cit.*, p. 540.

nos situaba ante un caso de este género. Pero llegado aquí, Corwin discrepaba de ese sentido negativo o exclusivo sostenido por Marshall, pues aún reconociendo que los términos de la disposición constitucional colocan los casos por ella mencionados fuera del alcance del Congreso, lo que, desde luego, no es nada desdeñable, el *Chief Justice* —siempre según el razonamiento de Corwin— omite toda referencia a las palabras de la propia cláusula constitucional que siguen a aquellas otras de las que él se hace eco en la sentencia («in all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction»). Y en efecto, la sentencia transcribe de modo incompleto la norma constitucional, pues al texto citado por el *Chief Justice* le sigue este otro: «both as to law and fact, with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall made». In-necesario es decir que una clave hermenéutica podría encontrarse en esa alusión a: «con las excepciones... que el Congreso estableciere». ¿Porqué no podrían las excepciones así permitidas frente a la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema haber tenido la intención de consistir en otorgar a la Corte, si el Congreso así lo considerara oportuno, jurisdicción originaria en los supuestos abarcados por las mismas? En una posición no muy distante, Grant (137) aduce que la conclusión de la sentencia de que el Congreso no puede añadir nada a la jurisdicción originaria de la Corte es cualquier cosa salvo cierta («is anything but certain»). La *exception clause*, qué duda cabe, podía haber jugado un rol importante en la interpretación de la norma constitucional y, sin embargo, Marshall la ignora, aunque, desde luego, no falten quienes consideran que en su diseño originario la *exception clause* no otorgaba autoridad al Congreso para ampliar la jurisdicción originaria de la Corte (138).

(137) J. A. C. GRANT, «Marbury v. Madison Today», en *The American Political Science Review*, vol. 23, núm. 3, agosto 1929, pp. 673 y ss.; en concreto, p. 676.

(138) Tal es, por ejemplo, el caso de Amar, para quien la historia de la *exceptions clause* socava los puntos de vista de la crítica moderna. Este autor entiende que en la Convención de Filadelfia el primitivo diseño de la *exceptions clause* habría permitido efectivamente al Congreso cambiar casos propios de la jurisdicción de apelación de la Corte a su listado de la jurisdicción originaria, pero los términos de este diseño de la cláusula nunca salieron de la Comisión. Además, en una ocasión, la Convención Constitucional rechazó expresamente dos enmiendas propuestas frente al Artículo III, una de ellas dirigida precisamente frente a la *exceptions clause* (que postulaba la siguiente redacción alternativa: «in all the other cases before mentioned the judicial power shall be exercised in such a manner as the Legislature may direct»), enmiendas éstas que habrían permitido aumentar la jurisdic-

Amplios sectores de la doctrina más cercana en el tiempo a nosotros se han manifestado igualmente de modo crítico frente a la estricta interpretación del *Chief Justice*. Y ello nos parece que responde a una percepción análoga. Si atendemos al conjunto de la cláusula objeto de interpretación (que anteriormente hemos transcrito a pié de página), resulta bastante claro que la referencia del párrafo segundo de la disposición que nos ocupa a «in all the other cases before mentioned» remite al primer párrafo, lo que permite la siguiente interpretación: fuera de los casos del párrafo primero, la jurisdicción de la Corte será de apelación; ahora bien, la *exception clause* («with such exceptions... as the Congress shall made») permite al Congreso establecer excepciones sobre los casos sujetos a la jurisdicción de apelación, excepciones que, porqué no, podrían entenderse en el sentido de que casos que sin esa cláusula quedarían sujetos a la jurisdicción de apelación, pasaran a ser de la jurisdicción originaria de la Corte.

Como puede apreciarse, un buen conjunto de las críticas formuladas por la doctrina, con unos u otros matices, ha tenido como punto de referencia la *exception clause*. Pero al margen ya de la mayor o menor consistencia de esta interpretación divergente de la de Marshall, lo que estas apreciaciones críticas dejan meridianamente claro es que la interpretación de Marshall no era en modo alguno incontrovertible, pues otras lecturas de la norma constitucional eran perfectamente posibles (139). Por lo mismo, un amplio sector doctrinal ha entendido que no hubo necesidad real de declarar la inconstitucionalidad; tal declaración habría respondido antes a una estrategia política que a una verdadera razón jurídica.

B) Un segundo núcleo de argumentaciones críticas, que también gira en torno a la interpretación de la disposición constitucional, se

ción originaria de la Corte. A mayor abundamiento, durante el período de ratificación de la Constitución ninguna persona, Federalista o anti-Federalista, reclamó que el Congreso, al amparo de su *exceptions power* o de cualquier otra facultad, tuviera autoridad para ampliar la jurisdicción originaria de la Corte Suprema. Akhil Reed AMAR, «*Marbury*, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court», en *University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), vol. 56, 1989, pp. 443 y ss.; en concreto, pp. 467-468.

(139) En sus aceradas críticas a Marshall, Levinson ha llegado a escribir que «no honest person could claim that both section 13 and Article III are “clear” in their meaning». Sanford LEVINSON, «Why I do not Teach *Marbury*...», *op. cit.*, p. 565.

sustenta en que la norma constitucional del Artículo III estaría fijando un *minimum* de jurisdicción originaria de la Corte, que el Congreso vendría obligado a respetar, pero que en ningún caso impedía al poder legislativo incrementar dicho ámbito jurisdiccional. Como escribe Currie (140), no habría sido irracional interpretar que lo que hacía en realidad el Artículo III era definir un mínimo de jurisdicción original para evitar que el Congreso pudiera excluir a la Corte del conocimiento de los procesos que afectaran a los embajadores o de los *state cases*. En una línea muy semejante, expuesta unos años antes que la del autor precedente, Van Alstyne consideraría (141) que la cláusula constitucional sustenta fácilmente una significativa interpretación de que la jurisdicción originaria de la Corte no puede ser reducida por el Congreso, pero sí puede, por contra, ser complementada mediante la adición a la misma de algunos casos que, de otro modo, caerían dentro de su jurisdicción de apelación. Dicho en otros términos, los casos constitucionalmente contemplados constituirían un mínimo irreductible, no un máximo, o también «a floor, not a ceiling» (142). En coherencia con estos puntos de vista, Amar, que admite otras posibles interpretaciones de la mencionada cláusula, pues, además de aquéllas a las que acabamos de aludir, también podría entenderse que la controvertida disposición podía haber sido diseñada para establecer no un mínimo ni un máximo, sino simplemente un punto de partida («a starting point») desde el que el Congreso podía partir mediante una norma estatutaria en cualquier dirección («in either direction»), concluye criticando a la *Marbury Court* por exagerar la fuerza lógica de su interpretación preferida, bien que de inmediato efectúe la precisión de que «rhetorical overstatement need not imply an erroneous conclusion» (143).

(140) David P. CURRIE, «The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801-1835», en *The University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), vol. 49, 1982, pp. 646 y ss.; en concreto, p. 654.

(141) William VAN ALSTYNE, «A Critical Guide to *Marbury v. Madison*», *op. cit.*, p. 31.

(142) En la misma línea interpretativa, Monaghan escribe: «Powerful, and to my mind convincing, arguments can be made that the named categories (the three categories specifically named in article III) stated only the irreducible minimum, not the maximum, of original jurisdiction». Henry P. MONAGHAN, «*Marbury* and the Administrative State», en *Columbia Law Review* (*Colum. L. Rev.*), vol. 83, núm. 1, enero 1983, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 8.

(143) Akhil Reed AMAR, «*Marbury*, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court», *op. cit.*, p. 464.

C) Otro argumento utilizado para la crítica a la interpretación de Marshall, del que ya nos hemos hecho parcialmente eco, dejando al margen el significado de la cláusula constitucional, se centra en la que podríamos llamar la historia legislativa de la *Judiciary Act*, que nos pondría de relieve el hecho de que la Sección 13 pertenecía a un texto legal, la Ley del Poder Judicial, que había sido elaborado por el Primer Congreso, en el que, como ya expusimos, participaron relevantes protagonistas de la Convención Constitucional (Oliver Ellsworth y William Paterson, los principales diseñadores de la ley, entre ellos; el primero había integrado el *Committee of Detail* de la Convención Federal, órgano que redactó el borrador inicial de la Constitución; el último, paradójicamente, formaba parte de la Corte que aprobó la *Marbury opinion*; a ambos se sumarían otros varios, que eran miembros del Senado en el momento en que esta Cámara aprobó la *Judiciary Act*, como el Gobernador Morris, William Samuel Johnson o William Few), por lo que habría que presuponer que los autores de la ley conocían perfectamente el significado de la Sección 2.^a del Artículo III, teniéndola en cuenta a la hora de redactar la Sección 13. Cabe desde luego pensar en la posibilidad de que no advirtieran las consecuencias que la facultad de conceder *writs of mandamus* otorgada a la Corte podía implicar sobre la división entre la jurisdicción originaria y la de apelación, pero no cabe descartar que los autores de la ley asumieran que, de conformidad con el Artículo III de la Constitución, el Congreso no podía reducir, pero sí añadir a la jurisdicción originaria de la Corte. Adicionalmente, O'Fallon ha puesto de relieve que apenas una semana después de decidir *Marbury*, la Corte, en el caso *Stuart v. Laird*, enfatizó la autoridad interpretativa de ese *First Congress* (144), del que emanaría la ley a que venimos refiriéndonos.

No faltan, desde luego, posiciones más matizadas o coincidentes con la interpretación de Marshall. Así, Berger razona que una vez que la legitimidad de la *judicial review* y su rol central en el esquema constitucional son reconocidos, a la facultad del Congreso

(144) James M. O'FALLON, «*Marbury*», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), vol. 44, 1991-1992, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 256. También este autor, en la línea crítica más común, alude a cómo Marshall ignoró «the “exceptions and regulations” language of Article III» (p. 255).

para hacer excepciones a la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema no puede adecuadamente serle otorgado un ámbito ilimitado («cannot properly be given unlimited scope»)(145). Amar, sin ninguna duda, entiende que el Congreso no tiene autoridad constitucional para ampliar la jurisdicción originaria de la Corte más allá del estricto catálogo acogido por el Artículo III(146). Pfander, a su vez, ha defendido la posición de Marshall, aduciendo que una cuidadosa revisión de los materiales jurídicos de la época sugiere que la interpretación de Marshall puede haber sido un buen acuerdo por su proximidad a ciertos rasgos de la comprensión que sus contemporáneos podían tener del Artículo III y de la Sección 13. La clave de la posición de este autor reside en su consideración de que la Corte Suprema, modelada sobre la *Court of King's Bench*, estaba pensada para que ejerciera un poder de supervisión sobre los tribunales inferiores y los funcionarios ministeriales(147).

D) Un tercer bloque de críticas ha centrado su punto de mira en la, a su juicio, errónea interpretación llevada a cabo en la sentencia de la Sección 13 de la *Judiciary Act*. Para unos, la discrepancia deriva de la consideración de que el *mandamus* no era en su tiempo un instituto procesal atributivo de jurisdicción, pues tenía un carácter puramente instrumental. Tal sería el caso de Corwin(148), para quien la *Marbury opinion* descansaba en la suposición de que la intención y la operatividad de la Sección 13 de la *Judiciary Act*(149)

(145) Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 336.

(146) Akhil Reed AMAR, «*Marbury*, Section 13, and the Original Jurisdiction...», *op. cit.*, p. 444.

(147) James E. PFANDER, «*Marbury*, Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. 101, 2001, pp. 1515 y ss.; en concreto, p. 1518.

(148) Cfr. al respecto Edward S. CORWIN, «*Marbury v. Madison* and the doctrine...», *op. cit.*, pp. 541-542.

(149) Aunque ya hemos transcrito parte del texto de la Sección 13, puede ser de utilidad volver a reproducir la parte de esa Sección que la *Marshall Court* rehusó aplicar en el *Marbury case*:

«The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and the Courts of the several states, in the cases hereinafter specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed or persons holding office under the authority of the United States».

se manifestaban en la ampliación de la jurisdicción originaria de la Corte, y esto no podía admitirse. De entrada, porque en la práctica del *common law*, a cuya luz fue elaborada la Sección, el *writ of mandamus* no era, ordinariamente al menos, un instrumento a través del cual obtener la jurisdicción de un tribunal, sino que, como los *writs* de *habeas corpus* y de *injunction*, era un remedio disponible por un tribunal en el ejercicio de su jurisdicción permanente («in the exercise of its standing jurisdiction»). Y si ello era así, ¿porqué no pudo haber sido la intención del *First Congress*, al incorporar a la ley la Sección 13, no tanto ampliar la jurisdicción de la Corte cuanto, simplemente, otorgarle un instrumento auxiliar (la concesión del *writ of mandamus* frente a los funcionarios civiles) de la jurisdicción originaria que la Constitución le otorgaba?

La interpretación de Crosskey, aún sin coincidir por entero con la precedente, mantiene evidentes puntos de contacto con ella. A juicio del siempre controvertido autor(150), la más importante interpretación establecida, por completo natural y aparentemente correcta, fue la de que la Sección 13 autorizaba a la Corte a conceder *writs of mandamus* en ayuda de su jurisdicción de apelación y, en casos adecuados («in proper cases»), en el ejercicio de su jurisdicción originaria, tal y como estaba prevista en la Constitución, pero también en el ejercicio de su jurisdicción originaria en cualquier otro caso; dicho de otro modo, en los términos de la ley que estuvieran autorizados por los principios y usos del *common law* («within the language of the statute, which was “warranted by the principles and usages” of the *common law*»).

En esta misma dirección, también puede recordarse un dato histórico ciertamente significativo, como es el hecho de que la *Supreme Court* vino a reconocer unos pocos años después de la sentencia que analizamos, en un caso que parecía mantener un exacto paralelismo con el *Marbury case*, que el *writ of mandamus* no debía ser observado ordinariamente como un medio de obtener jurisdicción, sino sólo de ejercerla. La Sección 14 de la propia *Judiciary Act* otorgaba a los tribunales de circuito (*circuit courts*), en términos sustancialmente

(150) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, vol. II, p. 1040.

iguales a los empleados por la Sección 13 en relación a la Corte Suprema, la facultad de conceder ciertos *writs* «in cases authorized by the principles and usages of law». En el caso *McIntire v. Wood* (1813), donde se planteaba la cuestión de la validez de un *writ of mandamus* dirigido a una persona que desempeñaba un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos, la Corte decidió, que antes de que un *circuit court* pudiera utilizar la facultad que le otorgaba la Sección 14 de la ley en un caso, debía tener jurisdicción para conocer del caso con fundamentos independientes, interpretación que fue reiterada más tarde en el *McChung v. Silliman case* (1821). Innecesario es decir que si Marshall hubiera seguido en *Marbury* esta línea de razonamiento, no podría haber cuestionado la validez constitucional de la Sección 13. ¿Porqué no lo hizo y entró, por el contrario, en un análisis de su prerrogativa de revisión judicial respecto de las leyes del Congreso? La respuesta de Corwin es rotunda e inequívoca, pero posiblemente poco ponderada: «To speak quite frankly, this decision bears many of the earmarks of a deliberate partisan *coup*» (151).

E) Otra discrepancia respecto a la interpretación realizada por Marshall de la Sección 13 la encontramos en quienes entienden que, a la vista de esta disposición legal, era perfectamente posible considerar que el caso entrañaba el ejercicio por la Corte de una jurisdicción de apelación. Tal es el caso de Van Alstyne (152), para quien, si se atiende a la literalidad del texto legal, es claro que la disposición relativa al *mandamus* nada dice expresamente en cuanto a si es parte de la jurisdicción originaria o de la de apelación o de ambas, y la propia cláusula no habla en absoluto de «conferring jurisdiction on the court». El otorgamiento de la facultad de emitir el *writ* está, sin embargo, yuxtapuesto con la sección de la jurisdicción de apelación y, de hecho, en el mismo párrafo sigue a la descripción general de la jurisdicción de apelación, hallándose separado tan sólo por un punto y coma. Ninguna deformación literal («no textual mangling») se requiere para confinar aquella facultad a la jurisdicción de apelación. Para el Profesor de la «Duke University», ya que el caso no

(151) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine...», *op. cit.*, pp. 542-543.

(152) William W. VAN ALSTYNE, «A Critical Guide to Marbury v. Madison...», *op. cit.*, pp. 15-16.

se encontraba dentro de la específica jurisdicción originaria de la Corte, debería de haber sido sobreseído, lo que habría eliminado de la decisión cualquier cuestión relativa a la constitucionalidad de la Sección.

No faltan, por supuesto, autores que discrepan de esta última interpretación de la Sección 13. Es el caso, por ejemplo, de Amar (153), para quien la idea de que la Sección 13 proporciona el instrumento del *mandamus* tan sólo en los «*appellate cases*» tropieza con considerables dificultades técnicas. Aunque los *writs of mandamus* concedidos frente a «*courts appointed... under the authority of the United States*» parecen ser quintaesencialmente de naturaleza de apelación, los *writs* que se dirigen directamente frente a «*persons holding (non-judicial) office, under the authority of the United States*» parecen más característicos de la jurisdicción originaria. Por lo demás, y aun cuando Marshall no la invocó, otra Sección de la propia ley apoyaría supuestamente la consideración de que el *mandamus* frente a funcionarios no judiciales casi siempre implica jurisdicción originaria antes que de apelación. En efecto, de conformidad con la Sección 24, ante cualquier litigio originado en tribunales federales inferiores que alcanzara a la Corte Suprema a través de un *writ of error*, cualquier ejecución («*any execution*») (tal como un *writ of mandamus* frente a un demandado no judicial) debe resultar del tribunal inferior; con ello, lo que se nos estaba diciendo es que la función de apelación de la Corte Suprema se traducía antes en la emisión de mandatos a la corte inferior que en su directa concesión frente al demandado.

VI. Frente a las argumentaciones críticas expuestas qué duda cabe que pueden esgrimirse otras de signo contrario. Y así lo ha hecho un determinado sector de la doctrina. De entrada, cabe recordar ciertos hechos históricos que pueden contribuir a contrarrestar algunos de los precedentemente expuestos. Así, durante el trascendental período de ratificación de la Constitución por los Estados, los Federalistas aseguraron a su audiencia que la jurisdicción originaria de la Corte Suprema se extendería tan sólo a las específicas categorías mencionadas por el Artículo III de la Constitución, mientras que en todos los demás casos

(153) Akhil Reed AMAR, «*Marbury*, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court», *op. cit.*, p. 455.

de conocimiento federal la jurisdicción originaria pertenecería a los tribunales inferiores, no disponiendo la *Supreme Court* sino de una jurisdicción de apelación. La explicación de esta visión, que se traducía en que la cláusula del Artículo III debiera interpretarse como una cláusula de máximos, no de mínimos, puede comprenderse fácilmente: la jurisdicción de la Corte Suprema siempre resultó geográficamente onerosa; las enormes distancias que separaban a la Corte (independientemente de su ubicación en Nueva York, Filadelfia o Washington, las tres ciudades en las que, sucesivamente, sesionó) de otros territorios inclinaban a la conveniencia de limitar al máximo la jurisdicción de la Corte. De ahí que, en conexión con esa finalidad de limitar al máximo las geográficamente onerosas intervenciones de la *Supreme Court*, incluso en su condición de jurisdicción de apelación, no quepa tampoco descartar que la *exception clause* persiguiera un fin completamente diferente a los hasta ahora referidos. A este respecto, la doctrina (154) ha recordado que los Federalistas siempre hicieron hincapié en que el Congreso podía hacer excepciones frente a la jurisdicción de apelación de la Corte, permitiendo así a los tribunales inferiores que dispusieran de la última palabra. En Filadelfia, Madison, significativamente, razonaba como sigue: «unless inferior tribunals were dispersed throughout the Republic with final jurisdiction, in many cases, appeals (to the) ever so distant (Supreme Court) would be multiplied to a most oppressive degree». Podría asimismo interpretarse en una onda próxima la consideración que Hamilton hace en el artículo LXXXI de *The Federalist Papers*, en el que puede leerse: «El poder de organizar tribunales inferiores obedece evidentemente al propósito de evitar la necesidad de acudir a la Corte Suprema en todos los casos que son de competencia federal». Y en el artículo LXXXII el propio Hamilton escribe: «No percibo ningún impedimento por el momento para que se establezca una apelación (frente a las decisiones) de los tribunales de los Estados ante los tribunales subordinados nacionales («to the subordinate national tribunals»), y muchas ventajas pueden concebirse de resultas de la concesión de tal poder».

Hemos de admitir desde otra óptica, que, muy posiblemente, ningún asunto fuera tan delicado desde la perspectiva política

(154) *Ibidem*, p. 473.

como el de discernir si el antiguo *writ of mandamus* del *common law* podía ser emitido por la Corte frente al principal miembro del Gabinete del Presidente sin conculcar uno de los principios vertebradores de la Constitución, el de separación de poderes. Se ha de reconocer igualmente que otras varias opciones interpretativas eran posibles, y todas ellas hubieran soslayado la declaración de inconstitucionalidad de la Sección (155). Pero de ahí a concluir que la decisión, con la subsiguiente articulación de la doctrina de la *judicial review*, fue, sin más, el resultado del puro arbitrio político del *Chief Justice*, que se tradujo en la usurpación de un poder que no le correspondía, media un abismo. Abraham (156) ha mostrado su rechazo a considerar la sentencia como una usurpación, pues lejos de ello, y en alusión a la doctrina que nos ocupa, considera que tiene unas poderosas declaraciones de autenticidad, basadas en más de un siglo de historia, en una sólida línea de precedentes y en una literatura contemporánea convincente. Es cierto que un permanente debate sobre la justificación y sensatez de la doctrina se iba a originar a partir de los años finales del siglo XIX, no habiendo cesado realmente nunca, pero tan sólo ha servido para añadir estatura a su progenitor.

Por supuesto, ni mucho menos faltan autores que consideran que la formulación de Marshall fue la adecuada. Pero sus posiciones nos interesan en menor medida. Con todo, recordaremos que Clinton cree que una lectural literal de la Sección 13 permite estas dos plausibles conclusiones: 1) que la disposición se había de aplicar a cualesquiera personas que desempeñaran un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos, y 2) que el *writ* podía ser emitido en ambas jurisdicciones, la originaria y la de apelación. Así interpretada, la disposición ampliaba la jurisdicción originaria de la Corte, siendo por lo mismo inconstitucional y quedando por tanto el Tribunal en libertad de rechazar su apli-

(155) Dewey ha llegado a afirmar que la interpretación estricta de la Constitución que Marshall utilizó en el *Marbury case* no solo no guardó sintonía con el Federalismo de Hamilton de los años 1790, sino tampoco con el Federalismo del propio Marshall de 1804 a 1835. La cláusula de la Constitución que Marshall empleó para justificar la anulación de la Sección 13 también podía haber sido interpretada de tal modo que mantuviera la constitucionalidad de la disposición legal. Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson: The Political Background...*, *op. cit.*, p. 119.

(156) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 345.

cación(157). A su vez, Pfander entiende(158), que tanto la naturaleza de la «*mandamus authority*» como los términos, estructura e historia de la Sección 13, parecen confirmar la interpretación que Marshall hizo de ese texto legal. Como Marshall, otros abogados como Charles Lee o St. George Tucker, por mencionar tan sólo a los dos más conocidos, vieron la concesión del *mandamus power* en la Sección 13 como una referencia a la prerrogativa del *writ of mandamus*, esto es, a una fuente de autoridad permanentemente libre y cercanamente asociada con la facultad de los tribunales supremos de supervisar a los tribunales y funcionarios inferiores.

b) La doctrina de la *judicial review*. Su fundamentación

Tras demostrar la incompatibilidad de la Sección 13 con la distribución constitucional de la jurisdicción del poder judicial federal, la Corte iba a enfrentarse a la cuestión de si una jurisdicción inapropiadamente conferida podía ser ejercida. Tras ella subyacía la más profunda y trascendente cuestión de si «an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land». Marshall iba a considerar (párr. 132) que ésta era una cuestión profundamente interesante («a question deeply interesting»), pero, felizmente, no de una complejidad proporcionada a su interés («not of an intricacy proportioned to its interest»)(159). Es por lo mismo por lo que para decidirla se considera tan sólo necesario admitir ciertos principios que, por lo demás, se hallan desde tiempo atrás bien establecidos. La confianza de Marshall de que podía recorrer el camino que tenía ante sí con una cierta facilidad, a juicio de Bickel(160), es

(157) Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 92-93.

(158) James E. PFANDER, «*Marbury*, Original Jurisdiction and the Supreme Court's Supervisory Powers», *op. cit.*, p. 1549.

(159) Esta no excesiva complejidad del tema, en pura lógica, debiera desembocar en un tratamiento no en exceso dilatado de la cuestión. No lo entiende así un muy buen conocedor de John Marshall como es Newmyer, para quien el *Chief Justice* se extendió olímpicamente («in Olympian fashion») sobre la teoría general de la *judicial review*, apreciación con la que no terminamos de estar de acuerdo. R. Kent NEWMYER, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, Harlan Davidson, Inc., Arlington Heights (Illinois), 1968, p. 30.

(160) Alexander M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch* (The Supreme Court at the Bar of Politics), Yale University Press, 2.^a ed., New Haven y Londres, 1986, p. 3.

comprensible, pues él ya había formulado la cuestión principal («the question-in-chief»), que no se refería a si una ley contradictoria con la Constitución podía permanecer, sino a quién estaría facultado para decidir si la ley incurría en tal contradicción.

La *Marbury opinion* es comúnmente entendida como el *locus classicus* de una teoría de la *judicial review* sustentada en una constitución escrita, pero, como nos dice Ackerman (161), Marshall construye su caso sobre un más profundo fundamento. Basta para constatarlo con atender a uno de los párrafos de apertura (el prgfo 133) de esta parte de la sentencia, en el que se va a partir de la siguiente premisa:

«That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority, from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent».

Quiere ello decir, que el *Chief Justice* no acude a la Constitución escrita como punto de partida para la defensa de la autoridad judicial, sino que recurre a un principio de política constitucional de la máxima trascendencia, como es el del derecho originario del pueblo a decidir sobre su propio gobierno. Este originario y supremo deseo del pueblo organiza el gobierno y atribuye a los diferentes departamentos sus respectivos poderes. Marshall entiende (prgfo 134) que el pueblo puede detenerse aquí o ir más allá, estableciendo ciertos límites que no pueden ser sobrepasados por esos departamentos. A su juicio, el gobierno de los Estados Unidos responde a la última descripción, que por utilizar una expresión hamiltoniana podríamos identificar como un «gobierno limitado», en cuanto sus órganos de gobierno se hallan limitados por la constitución. Y en relación al

(161) Bruce ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers* (Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy), The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/Londres, 2005, p. 189.

poder legislativo, la sentencia es inequívoca cuando en ella se afirma (párrafo 135): «The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written». El *Chief Justice* hace aquí plenamente suya la tesis defendida por Hamilton en el núm. 78 de *The Federalist* (162), que seguirá bastante de cerca, aun cuando poniendo más adelante cierto énfasis en los elementos de Derecho positivo, e ignorando en su mayor parte los elementos del Derecho natural. Como destaca Snowiss (163), la *Marbury opinion* no contenía referencias a la realidad o precisión sobre el Derecho fundamental americano, a su *status* como un contrato social o a la aplicación judicial del mismo como un sucedáneo de la revolución. El único reconocimiento de los derechos naturales en *Marbury* fue indirecto y puede visualizarse en esa alusión del párrafo de la sentencia precedentemente transcrito al derecho original del pueblo a establecer para su futuro gobierno aquellos principios que, a su juicio, le conduzcan a su propia felicidad. También a la vista de esta formulación, Wolfe (164) ha considerado que el punto de partida de Marshall, en cierto modo, fue la Declaración de Independencia, que entre los principios fundamentales del régimen considerados como «verdades evidentes», había incluido el derecho original del pueblo a establecer una forma de gobierno fundada en los principios proclamados por la propia Declaración, que eran los que mayores posibilidades ofrecían al pueblo de alcanzar su seguridad y felicidad.

La argumentación que sigue Marshall en esta parte nuclear de la sentencia, dedicada a consagrar la doctrina de la *judicial review*, puede dividirse en dos partes. En la primera, como acaba de decirse,

(162) En su conocida monografía biográfica de Marshall, el connotado Profesor Thayer ya señalaba al respecto: «The reasoning is mainly that of Hamilton in his sort essay of a few years before in the *Federalist*», para añadir más adelante: «His reasoning does not answer the difficulties that troubled Swift, afterwards Chief Justice of Connecticut, and Gibson, afterwards Chief Justice of Pennsylvania, and many other strong, learned, and thoughtful men». *Apud* A. Inglis CLARK, «The Supremacy of the Judiciary under the Constitution of the United States, and under the Constitution of the Commonwealth of Australia», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. XVII, 1903-1904, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 2-3.

(163) Sylvia SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1990, p. 113.

(164) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, *op. cit.*, p. 82.

sigue muy de cerca el razonamiento de Hamilton, aunque Schwartz lo haya considerado (165) como una versión más elaborada. Principios como el del gobierno limitado por la Constitución, al que se acaba de aludir, la idea de la Constitución como ley fundamental y superior, la nulidad de todo acto legislativo contradictorio con la Constitución y la facultad de los jueces y tribunales de inaplicar esas mismas leyes que interpretaran contrarias a la Constitución, vertebran esta parte de la sentencia, que viene a sustentarse en la propia y peculiar naturaleza de toda Constitución escrita. En la segunda parte, separándose de la línea argumental de Hamilton, Marshall recurre a ciertos argumentos de Derecho positivo, pues, a su juicio «the peculiar expressions of the constitution of the United States furnish additional arguments» (párrafo 146 *in fine*). En coherencia con ello, vamos a dividir nuestra exposición en dos partes: en la primera analizaremos los argumentos de carácter general, en cuanto conectados con la misma naturaleza de las constituciones escritas; en la segunda nos centraremos en los argumentos que la sentencia entresaca del texto literal de la Constitución.

a') Los argumentos de carácter general

a'') La Constitución como «paramount law» y la nulidad de todo acto legislativo en contradicción con ella

I. Marshall toma como punto de partida de su argumentación la ya mencionada idea de que la Constitución de los Estados Unidos establece un gobierno limitado. La distinción entre un gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados, según la sentencia, quedaría abolida, si los límites constitucionalmente impuestos no restringieran a las personas sobre las que se imponen, y si los actos prohibidos y los permitidos impusieran la misma obligación. A partir de este planteamiento, Marshall enuncia una disyuntiva obvia, que contempla el supuesto de un posible enfrentamiento entre la Constitución y un acto legislativo: «It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant

(165) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1993, p. 42.

to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act» (párrafo 135). De esta forma, Marshall deja claro que el «gobierno limitado» que crea la Constitución afecta de modo primigenio, aunque no exclusivo, al poder legislativo.

¿Porqué esta fijación directa en el poder legislativo? Tal circunstancia se ha justificado sobre la base de entender que la legislatura, en frontal contraste con el *judiciary*, era «the most dangerous branch» del gobierno federal. Recuerda la doctrina (166), que la percepción de que el poder más peligroso del nuevo gobierno que se estaba diseñando era el legislativo dominó la Convención Federal, lo que puede entenderse como un desplazamiento del temor inicialmente existente hacia la tiranía del ejecutivo, que había prevalecido en las Convenciones constitucionales estatales que habían tenido lugar en el período que media entre 1776 y 1787, y que encontraba su explicación como una reacción propia del sentimiento antimonárquico de la Revolución. Las Constituciones estatales fueron tan lejos en la potenciación del poder legislativo, que aún demócratas tan sólidos como Jefferson y Madison reaccionaron frente a ello. Incluso algunas Constituciones estatales, como las de Pennsylvania (1776), Vermont (1777) y Nueva York (1777) reaccionaron frente a tal estado de cosas mediante la creación de órganos de control de la legislación como serían el *Council of Censors* (en las dos primeras) y el *Council of Revision* (en la de Nueva York). Este temor hacia un excesivo poder legislativo terminará socavando la supremacía legislativa defendida por algunos, siguiendo la estela blackstoniana.

Marshall deja meridianamente claro, que entre las dos alternativas precedentemente aludidas no hay término medio: «The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like others acts, is alterable when the legislature shall please to alter it» (párrafo 136). «If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its

(166) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, op. cit., p. 97.

own nature illimitable» (párrafo 137). E innecesario es decir que el *Chief Justice* se inclina sin atisbo de duda por la superioridad de la Constitución.

El *status* de la Constitución como el más alto orden del Derecho (*higher order of law*), anterior y superior a los poderes del legislativo, ya había sido expuesto en sede jurisdiccional, con meridiana claridad, por el *Justice* Samuel Chase en el caso *Calder v. Bull*, decidido el 8 de agosto de 1798, mediante las *seriatim opinions* de Chase, Paterson, Iredell y Cushing, no participando en la decisión ni Ellsworth ni Wilson. En la *opinion* de Chase se puede leer lo que sigue: «I cannot subscribe to the omnipotence of a State Legislature, or that it is absolute and without controul». «An act of the Legislature (for I cannot call it a law), contrary to the great first principles of the social compact, cannot be considered a rightful exercise of legislative authority» (167). Marshall, siguiendo la estela de Hamilton, considerará toda Constitución como «the fundamental and paramount law of the nation» (párrafo 138), y ello parece claro que lo vinculará al hecho de que la Constitución escrita plasma ese derecho originario del pueblo a establecer los principios que han de regir su futuro gobierno, pues es a través de ella como el pueblo se manifiesta. La supremacía de la Constitución se vincula íntimamente con la soberanía popular. Años después, en el caso *Cohens v. Virginia*, decidido el 3 de marzo de 1821, expresando el *Chief Justice* la *opinion of the Court*, se puede leer: «The people made the constitution, and the people can unmake it. It is the creature of their will, and lives only by their will» (168).

En el anterior argumento se halla implícito otro, que sin lugar a dudas viene a complementarlo. En cuanto la Constitución tiene la intención de limitar el poder gubernamental, de ello se sigue su superioridad frente a cualquier otro acto normativo, su supremacía, su configuración como *paramount law* o, como ha escrito el actual *Justice* Antonin Scalia, como *super law*. Como al respecto constata-

(167) *Apud* Lord Irvine of LAIRG, «Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America», en *New York University Law Review (N. Y. U. L. Rev.)*, vol. 76, 2001, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 5.

(168) *Apud* Lord Irvine of LAIRG, en *Ibidem*, p. 9.

ra el *Chief Justice* Burger (169), ya desde los tiempos de las colonias, los más distinguidos abogados y jueces aceptaban que una Constitución escrita era «a restraint», y en el caso de la Carta de 1787 podría decirse que «a restraint on every part of the federal government». Marshall no hizo pues otra cosa a través de la *Marbury decision* que declarar lo que era plenamente aceptado por las mejores mentes jurídicas de su tiempo, lo que en nada aminora la grandeza de su pensamiento.

Marshall no alberga la más mínima duda acerca de cómo resolver el dilema precedente. Más aún, considera que ello no es una peculiaridad de la Constitución norteamericana, sino un principio general predicable de cualquier constitución escrita, lo que, innecesario es decirlo, no respondía a la realidad (170). Pero para el *Chief Justice*, todos aquellos que han formulado constituciones escritas las contemplan integrando «the fundamental and paramount law of the nation»; consecuentemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser «that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void» (párrafo 138). En cuanto que vinculada a toda constitución escrita, esa teoría es elevada por Marshall a la categoría de principio fundamental de la sociedad: «This theory is essentially attached to a written constitution, and is, consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society» (párrafo 139). La formulación de este supuesto rasgo común a todas las constituciones escritas es una de las reflexiones de Marshall que ha suscitado una más amplia crítica. Es cierto que algunas de esas críticas (171) se han asentado en una defectuosa interpretación de lo

(169) Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review. Mr. Marshall, Mr. Jefferson, and Mr. Marbury», en *Current Legal Problems*, vol. 25, Londres, (Stevens & Son) 1972, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 8.

(170) Van Alstyne ha criticado con razón esta consideración de Marshall. «That the Constitution is a “written” one —escribe— yields little or nothing as to whether acts of Congress may be given the force of positive law notwithstanding the opinion of judges, the executive, a minority or majority of the population, or even of Congress itself that such Acts are repugnant to the Constitution». William W. VAN ALSTYNE, «A Critical Guide to *Marbury v. Madison*», *op. cit.*, p. 17.

(171) Por aludir a algunos autores, recordaremos que Thayer, hace más de un siglo, en su monografía sobre el *Chief Justice*, ya señalaba que Marshall asumía como un rasgo esencial de la constitución escrita lo que no existe en ninguna otra de las constituciones escritas de Europa. *Apud* A. Inglis CLARK, «The Supremacy of the Judiciary under the Constitution

que realmente la sentencia pretende decir. Parece claro que la alusión a las constituciones escritas se hace no con el fin de sostener la autoridad judicial de declarar nulas las leyes inconstitucionales, sino para apoyar la más básica (y menos controvertida) idea de que la legislación en conflicto con la Constitución es nula(172). Pero también esta apreciación es discutible, pues en tiempos de Marshall un cierto número de naciones contaba con una constitución escrita de la que no derivaba la nulidad de las leyes que la contradijeran, porque la noción de la supremacía normativa de la Constitución aún se hallaba lejos de ser admitida.

La positivación de la Constitución, esto es, su carácter de ley, pero no de una ley cualquiera, sino de la ley fundamental y suprema, se convierte así en una de las cuestiones esenciales sobre las que Marshall pondrá un especial énfasis. La otra será el reconocimiento de la competencia y deber de los jueces de decir lo que es Derecho. Bien podría decirse que ambas cuestiones conforman la clave de arco de esta parte de la sentencia. Se ha dicho que al «legalizar» la Constitución, Marshall dejaba borrosa la distinción entre «fundamental law» y «ordinary law»(173), pero el *Chief Justice* comprendió la fuerza de la distinción original, como el dilema anteriormente transcrito dejaba meridianamente claro. No han faltado algunas observaciones irónicas al respecto, como la alusión a la considerable fanfarria («considerable fanfare») con que Marshall estableció el principio de que la Constitución es ley suprema(174), pero lo cierto es que este razonamiento

of the United States...», *op. cit.*, p. 3. Algunos lustros después, Boudin aludía a la falsedad de la inferencia sobre la que Marshall sustentaba la facultad de la *judicial review*. Louis B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, vol. I, *op. cit.*, p. 222. Y más recientemente, Dewey ha criticado el que Marshall asumiera alegremente («blithely») como «esencial a todas las constituciones escritas» un control judicial de la legislación que no había existido en ninguna parte sino en América. Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson: The Political Background...*, *op. cit.*, p. 127.

(172) En sentido análogo se manifiesta Robert L. CLINTON, en «Historical Constitutionalism and Judicial Review in America», en *Policy Studies Journal*, vol. 19, núm. 1, otoño 1990, pp. 173 y ss.; en concreto, pp. 187-188.

(173) Sylvia SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 120.

(174) En tal sentido, Christopher L. EISGRUBER, «*Marbury*, Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment», en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, vol. 69, 2003, pp. 1203 y ss.; en concreto, p. 1206.

que caracteriza los poderes del legislativo como definidos y limitados y que considera que el carácter escrito de la Constitución se orienta precisamente a que esos límites no puedan confundirse u olvidarse, como subrayara tiempo atrás Hughes (175), nunca ha sido refutado, si bien es verdad que esta última constatación, formulada hace cerca de un siglo, hoy no podría mantenerse en sus mismos términos. Por lo demás, no deja de ser digno de mención el hecho de que Marshall, sin más, derive el argumento de la supremacía constitucional de la propia naturaleza de las constituciones escritas, no de ningún precepto particular de la Carta de 1787, no obstante contener una *supremacy clause*. En cualquier caso, la supremacía constitucional era un principio necesario, pero no suficiente para justificar la *judicial review*. De ahí que Marshall, inmediatamente después, se centre en la que se conoce como su teoría de la *judicial function*.

b'') La teoría de la *judicial function*

I. Admitido que la Constitución es una ley suprema, inalterable por medios ordinarios, y que un acto legislativo contradictorio con la Constitución es nulo, ¿puede considerarse que, a pesar de esa invalidez, tal acto legislativo vincule a los tribunales, obligándoles a hacerlo efectivo? O en otras palabras, como se puede leer en la sentencia (párrafo 140), «though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law?» Esta es la cuestión clave que se plantea a renglón seguido Marshall, y que le da pie para, al contestarla, articular la teoría de la *judicial function*, uno de los más conocidos puntos, si no el que más, de la sentencia que venimos comentando.

La respuesta de Marshall al anterior interrogante es bien conocida; más aún, constituye uno de los más reiterados pasajes de la sentencia, con una trascendencia de futuro que probablemente Marshall no pudo prever, pues como se ha llegado a constatar (176), es posible

(175) Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States. (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, Columbia University Press, Nueva York, 1928, p. 87.

(176) Lawrence GOLDSTONE, *The Activist (John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review)*, Walker & Company, Nueva York, 2008, p. 223.

que sea el párrafo en el que todo tipo de jueces se han refugiado en apoyo del *judicial activism*: «It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each» (párrafo 141). Puede suceder que de esas dos leyes en conflicto, una sea precisamente la Constitución, de aplicación a un caso concreto, al igual que una ley ordinaria que justamente se halla en contradicción con la anterior. Así las cosas, el tribunal debe decidir el caso, presentándosele esta doble disyuntiva: decidirlo conforme a la ley, haciendo caso omiso de la Constitución («disregarding the constitution») o resolverlo de conformidad con la Constitución, dejando de lado la ley. Sea cual fuere la opción por la que se decante, lo cierto es que es el tribunal quien debe decidir lo que entienda pertinente: «(T)he court — escribe Marshall (párrafo 142)— must determine which of these conflicting rules governs the case», para añadir a renglón seguido: «This is of the very essence of judicial duty».

El *Chief Justice* se enfrentaba de esta forma al reto de justificar de modo convincente el por qué la responsabilidad de decidir sobre la constitucionalidad de la legislación pertenecía y debía pertenecer tan sólo al *judiciary*, quedando excluidos de esta función los dos restantes «departamentos» de gobierno. A diversas vías hubiera podido acudir a tal efecto (177), desde la defensa política de la encomienda de esta responsabilidad, en la que, por ejemplo, tendría cabida uno de los argumentos de Hamilton: su consideración del *judiciary* como «the least dangerous to the political rights of the constitution», hasta la defensa constitucional, esto es, con apoyo en los preceptos constitucionales, demostrando que la Constitución confería tal autoridad a los tribunales federales. Esto es justamente lo que defendería Wechsler, que expondría su creencia en que «the power of the courts (para la *judicial review*) is grounded in the language of the Constitution and is not a mere interpolation», apoyándose de inmediato en la *supremacy clause* del

(177) Cfr. al efecto, Dean ALFANGE, Jr., «Marbury v. Madison and Original Understanding of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom», en *The Supreme Court Review*, vol. 1993, 1993, pp. 329 y ss.; en concreto, pp. 415 y ss.

Artículo VI(178). Pero sin entrar ahora en el preciso significado de esta importante cláusula, la realidad es que la misma, ni explícita ni implícitamente confiere autoridad alguna a ningún tribunal federal o estatal para revisar la validez constitucional del Derecho federal. Marshall también podría haber apoyado su posición en los precedentes, pero ya hemos señalado en un momento anterior que, prácticamente, los ignoró. Así las cosas, la sentencia recurre a la lógica de un silogismo(179) cuyos elementos presenta con toda claridad, siendo la premisa mayor, que es de la propia esencia del deber judicial decidir casos concernientes a un conflicto entre leyes, decidiendo cuál de esas leyes en conflicto debe ser aplicada; la premisa menor, que un conflicto entre una ley y la Constitución es tan sólo un caso especial de conflicto de leyes, y la conclusión, que es de la misma esencia del poder judicial decidir un caso relativo a un conflicto entre una ley y la Constitución, haciendo caso omiso de la primera en cuanto la segunda es una ley superior(180).

En el razonamiento de Marshall echamos en falta un elemento de extraordinaria relevancia, que ya sustentara la brillante pluma de Alexander Hamilton en el núm. 78 del *Federalist*, y que no es otro que el de la presunción de la «impersonalidad de los tribunales» («the impersonality of the courts»), por utilizar la afortunada expresión de Corwin(181). Dicho de otro modo, el poder judicial no tiene ni fuerza ni voluntad, sino tan sólo «judgment», que es tanto como decir que el *judiciary* no decide según su apreciación discrecional o caprichosa, sino con base en una argumentación objetiva, jurídica-

(178) Herbert WECHSLER, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. 73, 1959-1960, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 3.

(179) Análogamente, Dean ALFANGE, Jr., «Marbury v. Madison and Original Understanding...», *op. cit.*, pp. 422-423.

(180) Aunque no podemos detenernos en ello, sí queremos por lo menos dejar constancia de que en la crítica más consistente que se ha hecho del argumento de Marshall, el *Justice* John Bannister Gibson, de la *Pennsylvania Supreme Court*, en su *dissenting opinion* en el caso *Eakin v. Raub* (1825), consideraría erróneo («fallacious») el silogismo de Marshall, porque la premisa menor no era correcta, ya que, a su juicio, un conflicto entre una ley y la Constitución no era simplemente un caso especial de conflicto de leyes, sino que se trataba de un asunto completamente diferente.

(181) Edward S. CORWIN, «The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress», en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, vol. IV, 1905-1906, pp. 616 y ss.; en concreto, p. 624.

mente fundamentada. A nuestro entender, quizá sea la omisión de una reflexión de este tipo uno de los «debes» más importantes de la sentencia, sin que ello entrañe desconocer que también este elemento argumental ofrece flancos débiles (182). Bien es verdad que podría entenderse, que Marshall parte en su argumentación de la consideración de que sólo los jueces conocen verdaderamente el Derecho, lo que en modo alguno ha de extrañar en una generación nacida y criada bajo el sistema jurídico del *common law*. Ello sería el contrapeso frente a la ausencia señalada.

Retornando a la argumentación de la sentencia, en ella se esgrime, como de alguna forma ya ha quedado dicho, que si los tribunales tienen que tomar en consideración la Constitución, y ésta es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, entonces, la Constitución y no tal ley ordinaria debe regir el caso en el que una y otra sean de aplicación (prgfo 143).

Marshall lleva a cabo una última réplica frente a quienes contradicen el principio de que la Constitución debe ser considerada en sede judicial como «a paramount law». Tales personas no tienen otra alternativa que mantener que los tribunales deben de cerrar sus ojos ante la Constitución, y ver tan sólo la ley (prgfo 144). Pero esa doctrina «would subvert the very foundation of all written constitutions». Tal doctrina presupondría que una ley que, de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno, es totalmente nula («entirely void»), sin embargo, en la práctica, es completamente obligatoria («completely obligatory»). Ello entrañaría tanto como que la legislatura pudiera hacer lo que está expresamente prohibido, lo que a su vez equivaldría a dar a la legislatura una práctica y real omnipotencia, al mismo tiempo que se pretende restringir sus poderes dentro de límites estrictos (prgfo 145). La incongruencia, pues, sería brutal, pues con tal *modus operandi* se estaría reduciendo a la nada lo que se ha considerado el mayor progreso («the greatest improvement») de

(182) Corwin hurga en estas debilidades cuando señala que la impersonalidad de la Corte Suprema es meramente ficticia y tautológica («fictional and tautological»). Siempre habla el lenguaje de la Constitución, tan sólo porque su opinión de la Constitución es la Constitución («its opinion of the Constitution is the Constitution»). EDWARD S. CORWIN, «The Supreme Court and Unconstitutional...», *op. cit.*, p. 625.

las instituciones políticas, una Constitución escrita (párrafo 146). Y tal argumento es «per se» suficiente para rechazar tal interpretación.

Marshall consagraba de esta forma el derecho del *judiciary* a pronunciarse sobre la validez de la legislación, teniendo en cuenta al efecto los parámetros constitucionales. Con ello consagraba de modo definitivo la que iba a convertirse en función característica de los tribunales americanos, federales o estatales, y más allá de ello, en el principio fundador del entero Derecho constitucional norteamericano, que con el paso del tiempo iba a mostrar su enorme potencial expansivo.

II. Las reflexiones transcritas dejan claro que el núcleo vertebrador del pensamiento de Marshall, al igual que el de Hamilton, reside, primeramente, en la naturaleza del *judiciary*: a los jueces y tribunales corresponde como competencia natural, e incluso como deber, interpretar la ley, decir lo que es el Derecho, y después, en la propia naturaleza de la Constitución: una Constitución es una ley fundamental y superior, y así debe ser visualizada por los jueces. Del ensamblaje de ambos principios deriva la *judicial review*, que no es sino la resultante natural del principio de que los jueces deben regir sus decisiones por la ley, optando por la ley fundamental en detrimento de la ordinaria cuando, siendo de aplicación a un supuesto concreto una y otra, se hallen en contradicción. Marshall no se esfuerza pues en justificar la función de revisión judicial en términos de una superior capacidad institucional de los tribunales para desarrollar un *corpus* estable de doctrina constitucional, lo que no deja de ser un déficit importante en su argumentación, sino que se limita a extrapolar hacia los casos constitucionales el rol ordinario que cumplen jueces y tribunales en los casos ordinarios.

Tiempo atrás, en esta misma dirección, Corwin señalaba (183), que la base jurídica de la *judicial review* se encontraba en esa visión de la Constitución como Derecho exigible por los tribunales, como norma jurídica en definitiva, a lo que el propio autor entendía que debía añadirse una visión del principio de la separación de poderes

(183) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, pp. 571-572.

que distingue entre el *law-making* y el *law-interpreting*, atribuyendo esta última exclusivamente a los tribunales. No cabe duda de que la sentencia, como deja traslucir con bastante claridad su alusión a cuál es la competencia y deber del departamento judicial, hace fluir naturalmente (tan suavemente, escribiría Thayer (184), como si la Constitución fuera una carta privada de un abogado y el deber del tribunal conforme a ella fuera justamente semejante a alguna de sus actividades ordinarias) la autoridad para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley de la función judicial, que no es otra que determinar e interpretar el Derecho, decir lo que es Derecho (185). Esta constatación parece privar de ambigüedad a la sentencia, que en una interpretación estricta podría parecer ambigua (186), al hacer aparecer la *judicial review* simplemente como un derivado («a byproduct») del deber de la Corte de decidir casos dentro de su jurisdicción de acuerdo con la ley, incluyendo la Constitución.

Es de interés notar, que en ningún lugar de la sentencia se reserva ningún poder exclusivo a la *Supreme Court* para interpretar el Derecho; esta facultad de decir lo que es Derecho la comparte todo el *judiciary*, si bien es fácilmente comprensible que en un poder judicial jerarquizado sea el órgano que se sitúa en su cúspide, la *Supreme Court*, quien asuma el rol de último o supremo intérprete.

En su trascendental obra *Commentaries on the Constitution of the United States*, quizá la primera gran construcción dogmática del

(184) Refiriéndose al razonamiento de Marshall, Thayer considera que nada podría ser más riguroso que el mismo, precisando de inmediato que tal y como el asunto es expuesto, las conclusiones eran necesarias, bien que también signifique que gran parte del razonamiento no prestó atención a las notables peculiaridades de la situación; fue hacia delante «as smoothly as if the constitution were a private letter of attorney, and the court's duty under it were precisely like any of its most ordinary operations». 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. 139.

(185) El énfasis puesto por Marshall en el deber del departamento judicial en la declaración de lo que es Derecho, ha llegado a ser considerado como una piedra angular («a cornerstone») del orden constitucional norteamericano. Henry P. MONAGHAN, «*Marbury and the Administrative State*», en *Columbia Law Review* (*Colum. L. Rev.*), vol. LXXXIII, 1983, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 7.

(186) En tal sentido, Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 19.

Derecho constitucional norteamericano, Joseph Story, quien fuera colega y amigo cercano de Marshall en la Corte, refrendaría la tesis del *Chief Justice*, al sostener que «the power of interpreting the laws involves necessarily the function to ascertain, whether they are conformable, to declare them void and inoperative» (187). Sin embargo, no han faltado al respecto bastantes apreciaciones críticas, particularmente en los últimos tiempos.

III. El argumento crítico tradicional es que la justificación de Marshall para su reivindicación de la facultad del *federal judiciary*, de interpretar y aplicar la Constitución, no es concluyente, por cuanto la premisa de una Constitución escrita no se vería perjudicada, ni el poder legislativo se convertiría en necesariamente ilimitado, si el propio Congreso juzgara la constitucionalidad de sus actos legislativos; de conformidad con este sistema, los tribunales no ignorarían la Constitución, sino que, simplemente, se limitarían a tomar la interpretación legislativa como definitiva, dejando de esta forma al Congreso la tarea de resolver los aparentes conflictos entre la ley y la Constitución. Esta era la fórmula que Jefferson requería en 1783, a partir —y ello es importante tenerlo en cuenta— del rechazo de la idea de que la Constitución fuera *higher law*, sosteniendo que estaría en pie de igualdad con otras medidas promulgadas por la legislatura.

Marshall justificó el encaje constitucional de la *judicial review*, pero no entró en el análisis de las razones por las que una fórmula alternativa como la deseada por Jefferson no encajaría en el marco constitucional. Quizá por ello mismo, se ha podido esgrimir que el razonamiento de Marshall invita a una objeción simétrica: «Judicial review, which implies judicial finality, merely substitutes the Supreme Court for Congress as the institution permitted to overstep its constitutional powers» (188). O como también se ha objetado: facultar a los tribunales para hacer respetar los límites que pesan sobre la autoridad legislativa les invita a definir los límites sobre sus propios

(187) *Apud* Robert Lowry CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 106.

(188) 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.*), vol. 91, 2003, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 14.

poderes, cuestión sobre la que Marshall no dijo una palabra (189). Pero aún encerrando estas críticas algo de cierto, la realidad es que, como ha constatado Tribe (190), nadie ha formulado un más poderoso argumento en defensa de que la facultad interpretativa encomendada por Marshall al *judiciary* fuera asumida por el Congreso, o en relación a cualquier otra alternativa. Quiere todo ello decir, que al ser la Constitución indeterminada en este punto, Marshall resolvió la indeterminación inclinándose en favor de habilitar a los tribunales para el ejercicio de esta facultad; con ello, asumió lo que tenía que probar, o lo que es igual, afirmó un postulado, no declaró un corolario, aunque ciertamente, como un sector de la doctrina norteamericana ha apostillado, este *modus operandi* no es en sí mismo un argumento contra el postulado del *Chief Justice*. Y menos lo puede ser aún si se considera que la interpretación de Marshall fue posiblemente la más razonable interpretación de la Constitución que se podía hacer, a la vista no sólo de los argumentos generales ahora comentados, sino también de los sustentados en el propio texto constitucional, de los que nos ocuparemos más adelante (191).

En cualquier caso, la omisión que se aprecia en el razonamiento de Marshall podía haber sido fácilmente subsanada si hubiera atendido a la integridad de la argumentación desarrollada por Hamilton en el núm. 78 de *The Federalist*. Como se ha escrito, «what Marshall's argument needed, but omitted, was an argument in favor of the trustworthiness of courts» (192). Y como ya hemos tenido oportunidad

(189) 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, p. 1117.

(190) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3.^a ed., Foundation Press, Nueva York, 2000, vol. 1, pp. 210-211.

(191) Wolfe efectúa una precisión digna de ser tenida en cuenta en relación a la razonabilidad de la interpretación de Marshall conducente a la *judicial review*, que supedita a la condición de que esta función de revisión judicial no conduzca a una incondicional supremacía judicial en el gobierno americano («an unqualified judicial supremacy in our government»), pues ello, a juicio de este autor, podría destrozar los principios del republicanismo y de la separación de poderes. Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, *op. cit.*, p. 101.

(192) Christopher L. EISGRUBER, «*Marbury*, Marshall and the Politics of Constitutional Judgment», en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, vol. 89, 2003, pp. 1203 y ss.; en concreto, pp. 1208-1209.

de comentar, esto es precisamente lo que Hamilton trató de aclarar cuando, replicando a la hipotética crítica de que los tribunales, so pretexto de incompatibilidad de una ley con la Constitución, quedaban en libertad de anteponer su capricho a las intenciones constitucionales de la legislatura, significó que los tribunales habían de ejercitar «juicio antes que voluntad» («judgment rather than will»), justamente, añadiríamos ya por nuestra cuenta, lo contrario de lo que harían las legislaturas si fuesen ellas las habilitadas para llevar a cabo esta función. Es obvio por lo demás, que la facultad de los jueces de decir lo que es Derecho reside en su superior capacidad para investigar las fuentes del Derecho e interpretarlas, y sus decisiones son juicio antes que voluntad, capricho o arbitrio, en cuanto que están fundadas en un razonamiento jurídico.

Las circunstancias históricas no siempre propiciarían la adhesión a esta doctrina. Si Marshall había asumido que en la Constitución el pueblo de los Estados Unidos había dado a los jueces, como parte del poder judicial, la autoridad para determinar si las leyes del Congreso vulneran la Constitución, 58 años después, el Presidente Abraham Lincoln concluía que tal autoridad judicial violaba la propia esencia del gobierno representativo. Queremos decir con ello, que la doctrina de la *judicial review* ha atravesado en la historia norteamericana por fases un tanto críticas. Pero no es menos cierto que, con el devenir del tiempo, se puede suscribir en plenitud la reflexión de Schwartz (193), en el sentido de que la *judicial review*, tal y como se declaró en *Marbury v. Madison*, ha llegado a ser el *sine qua non* de la maquinaria constitucional americana.

b') Los argumentos entresacados del texto literal de la Constitución

Los argumentos de carácter general expuestos por Marshall en defensa de la *judicial review*, en lo básico, entrañaban una repetición del argumento hamiltoniano del *Federalist*, quizá algo expandido. Como se acaba de comprobar, tales reflexiones giraban en torno a

(193) Bernard SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, op. cit., p. 43.

una teoría general de las constituciones escritas. Marshall no debió, sin embargo, considerarlas lo suficientemente convincentes, por lo que creyó conveniente fortalecer esos argumentos con otros adicionales en los que el punto de mira apuntaba ya directamente al propio texto de la Constitución. En el párrafo último del prgfo 146 lo constataba al señalar que «the peculiar expressions of the constitution of the United States furnish additional arguments». Y a esos argumentos adicionales iban a dedicarse los párrafos finales (prgfos 147 a 163) de la decisión. Con ello, el *Chief Justice* se iba a separar de Hamilton, y aunque de modo llamativamente tardío, en la parte final de la sentencia, iba a prestar algo de atención al Derecho de la Constitución.

El *Chief Justice* no iba por lo demás a circunscribir su examen a una sola norma del texto constitucional, sino que iba a atender a una pluralidad de disposiciones, contribuyendo cada una de ellas, en mayor o menor medida y de uno u otro modo, al argumento de conjunto. Quizá todo ello encaje en el hecho de que Marshall no fue el tipo de juez que, en la medida en que le es posible, trata de minimizar su rol. Todo lo contrario, pues según apunta Wolfe, «his role of explaining and defending the Constitution led him to assert himself strongly in his judging» (194). En cualquier caso, la sentencia nos revela el minimalismo de Marshall en la búsqueda de apoyo constitucional para su doctrina. Dewey (195) ha llegado a considerar irónico que Marshall confiara tan poco en las cláusulas constitucionales para sustentar su punto de vista sobre la *judicial review*. Y no faltan autores (196) que ven en su incapacidad para mostrar la autorización constitucional al Tribunal para intervenir en el sentido que lo hizo el único punto débil («the only weak point») de la sentencia.

La finalidad con la que Marshall acude a ciertos preceptos constitucionales no es ni muchos menos idéntica. En unos casos, se trata de mostrar de modo inequívoco que la Constitución, efectivamente,

(194) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, *op. cit.*, p. 85.

(195) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson...*, *op. cit.*, p. 127.

(196) Tal es, por ejemplo, el caso de Sylvester PENNOYER, en «The Case of Marbury v. Madison», en *American Law Review (Am. L. Rev.)*, vol. 30, 1896, pp. 188 y ss.; en concreto, p. 197.

establece límites insoslayables sobre las «ramas» gubernamentales, y de modo muy particular, sobre el poder legislativo. Esta argumentación, en realidad, lo que hace es ejemplificar con normas positivas concretas el previo argumento principal de que la Constitución establece un sistema limitado de gobierno (197). En otros casos, por el contrario, se pretenden aportar argumentos complementarios en favor de la *judicial review*.

Entre las disposiciones enderezadas a mostrar que la Constitución crea un gobierno limitado, al acoger mandatos específicos de obligado cumplimiento, en unos supuestos por el legislador, en otros por los propios tribunales, podemos recordar la mención de las cláusulas de los párrafos tercero y quinto de la Sección 9.^a del Artículo I («No bill of attainder or *ex post facto* law shall be passed» y «No tax or duty shall be laid on articles exported from any State») o de la cláusula del párrafo primero de la Sección 3.^a del Artículo III («No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same over act, or on confession in open court»), previsión esta última, como es patente, específicamente dirigida a los tribunales, aunque también encierre un mandato para el legislativo, tal y como se razona en el prgfo 156, pues si el Congreso pudiera cambiar esa regla y declarar que un testimonio o una confesión fuera del tribunal es suficiente para la condena, es evidente que el principio constitucional estaría siendo ignorado. De estas y otras disposiciones que podrían seleccionarse, resulta manifiesto «that the framers of the constitution contemplated that instrument as a rule for the government of courts, as well as of the legislature» (prgfo 157). No creemos que merezcan mayor atención la referencia a estas normas constitucionales.

Entre los argumentos de Derecho positivo en favor de la *judicial review* con los que la sentencia trata de complementar los de carácter general, se comienza recordando parcialmente la previsión constitucional de apertura de la Sección 2.^a del Artículo III, la llamada *arising-under clause* o cláusula sobre la extensión del poder judicial («el poder

(197) Bickel lo relativiza aún más, considerando sin más esta argumentación como una repetición del previo argumento principal, basado en el propio hecho de un limitado gobierno establecido por la Constitución. Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 6.

judicial se extenderá a todos los casos, de Derecho o equidad, surgidos de conformidad con esta Constitución»). Se alude a continuación a la obligación que el párrafo tercero del Artículo VI impone, entre otros, a los jueces, de prestar juramento de sostener la Constitución («to support this Constitution»). Finalmente, Marshall considera digna de mención la bien conocida cláusula de supremacía (*supremacy clause*) del Artículo VI. De inmediato, nos ocupamos particularizadamente de cada una de estas tres cláusulas constitucionales.

La sentencia, prácticamente, concluye (en su penúltimo párrafo, el núm. 163) poniendo de relieve cómo «la particular fraseología (“the particular phraseology”) de la Constitución confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones escritas (“essential to all written constitutions”), de que una ley contradictoria con la Constitución es nula (“void”), y los tribunales, lo mismo que los otros departamentos, están vinculados por ese instrumento». Bickel ha replicado a esta conclusión, que el principio en cuestión debe efectivamente presuponerse, porque la realidad es que la «fraseología de la Constitución, “per se”, ni lo apoya ni lo desaprueba» (198). Y efectivamente, es obvio, como ya hemos dicho en diversas oportunidades, que ninguna cláusula constitucional acoge, en rigor, la *judicial review*, aunque también hemos señalado, que una interpretación sistemática de diversas normas constitucionales conduce a admitir que la Constitución sustenta de modo implícito el instituto de la *judicial review*. Kahn ha llegado a decir, que la Constitución no declara la *judicial review*, es más bien la *judicial review* la que inventa la Constitución, pues la misma «gives us the Constitution as our permanent law» (199).

a’’) La cláusula sobre la extensión del poder judicial
(*arising-under clause*)

Una primera base aportada, según la sentencia, por el articulado de la Constitución para la *judicial review*, aquélla de la que se hace eco en

(198) Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 12.

(199) Paul W. KAHN, *The Reign of Law*, *op. cit.*, p. 169.

primer término Marshall, se encuentra en el inicio de la previsión constitucional de la Sección 2.^a del Artículo III, que extiende el poder judicial de los Estados Unidos a todos los casos que surjan de conformidad con la Constitución (200). Para Marshall, desde luego, parece ser el más sólido soporte constitucional de su doctrina. ¿Podría ser —se interroga en el prgfo 148— la intención de quienes dieron este poder decir que, al emplearlo, la Constitución no debía ser examinada? ¿Que un caso originado de conformidad con la Constitución fuera decidido sin examinar el instrumento conforme al que se origina? Esto, responde de inmediato, «is too extravagant to be maintained» (prgfo 149).

Las opiniones doctrinales existentes al respecto no muestran el convencimiento que parece latir en el pensamiento de Marshall; bien al contrario, son cualquier cosa salvo pacíficas. Los argumentos a los que en algunos supuestos se recurre son, adicionalmente, de lo más heterogéneos.

Las divergencias comienzan a la hora de visualizar el significado de esta cláusula en la época de los *Founding Fathers*. Wolfe, para quien de las «textual bases» para la *judicial review*, ésta es, indudablemente, la más poderosa, la más convincente («the strongest») (201), recuerda que numerosos miembros de la generación de los *Founding Fathers* consideraron que los mencionados términos del Artículo III autorizaban expresamente a los tribunales federales para ponderar la constitucionalidad de las leyes federales supuestamente contrarias a la Constitución. Así, aludiendo a «the *arising under* language», George Mason observaba que «an express power is given to the Federal Court, to take cognizance of such controversies», y de esta forma, —añadía— la *Supreme Court* podía declarar todas las leyes federales *ex post facto* nulas. Y James Wilson observaría que el *federal judiciary* estaba en condiciones de declarar las leyes federales inconstitucionales «null and void» a causa de que tenía jurisdicción sobre los casos «*arising under the Constitution*» (202).

(200) El tenor literal del párrafo es el siguiente: «The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority».

(201) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, *op. cit.*, p. 97.

(202) *Apud* Saikrishna B. PRAKASH y John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», en *University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, vol. 70, 2003, pp. 887 y ss.; en concreto, p. 901.

Bien diferente sería la postura sustentada por Corwin. Al abordar la cuestión, el connotado Profesor de la «Princeton University» iba a comenzar recordando (203), que el Profesor McLaughlin, en su obra «Confederation and the Constitution», aventuró la opinión de que la facultad para supervisar la legislación federal y anularla cuando fuera contradictoria con la Constitución fue expresamente conferida («was expressly bestowed») al *federal judiciary* por la cláusula «cases... arising under the Constitution». Corwin no se muestra nada de acuerdo con esa interpretación («the above argument — llega a escribir (204)— is open to disparagement at several points»). Y ofrece al respecto su propia interpretación, que sustenta en un análisis de la visualización de esta cláusula por los *Founding Fathers*, prestando particular atención a la posición de Madison.

Madison, constata Corwin, aludió a la cláusula en la Convención de ratificación de Virginia en los siguientes términos: «Puede ser una desgracia (“a misfortune”), que al organizar cualquier gobierno, la explicación de su autoridad pudiera dejarse a cualquiera de sus poderes coordinados (“to any of its coördinate branches”). No hay ejemplo de ello en ningún país, pues es de otro modo. Hay (aquí) una nueva política al someterlo al *judiciary* de los Estados Unidos». Un cuidadoso examen del desarrollo del pensamiento de Madison revela que su idea de la cláusula «cases under the Constitution» era la de que tales casos eran «casos de naturaleza federal» originados a causa de leyes injustificables, pero no del Congreso, sino de los Estados. A mayor abundamiento, Corwin cree (205) que este análisis es concluyentemente («conclusively») confirmado por Hamilton en el núm. 80 del *Federalist*. Hamilton se interroga aquí acerca de lo que se quiere significar por «cases arising under the constitution» en contraposición con aquellos otros casos «arising under the laws of the United States». Todas las restricciones sobre la autoridad de las legislaturas estatales suministran ejemplos de esa diferencia. Tales legislaturas no están, por ejemplo, para emitir papel moneda, pero

(203) Edward S. CORWIN, «The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress», en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, vol. IV, 1905-1906, pp. 616 y ss.; en concreto, pp. 616-617.

(204) *Ibidem*, p. 618.

(205) *Ibidem*, pp. 618-619.

la prohibición resulta de la Constitución y no tendrá conexión con ninguna ley de los Estados Unidos. Si no obstante, emitieran papel moneda, las controversias surgidas al respecto serían «cases arising under the constitution» y no «under the laws of the United States». En una palabra, lo que se hizo a través de la incorporación de la cláusula en cuestión a la Constitución, fue el otorgamiento al gobierno federal de un veto («the bestowal upon the federal government of a veto») con el fin de ser discretamente («unobtrusively») ejercido a través de su departamento judicial sobre determinadas categorías de la legislación estatal.

Al margen ya de los argumentos de carácter histórico, las discrepancias entre la doctrina sobre el significado de la cláusula que nos ocupa son moneda corriente, aunque prevalezcan los autores que no ven en la cláusula sustento alguno para la doctrina de la *judicial review*. Separándose de la posición mayoritaria, el *Chief Justice* Burger, implícitamente, se iba a mostrarse proclive a la interpretación de Marshall, pues, a su entender (206), los términos del Artículo III, delimitando el poder judicial federal, serían estériles si la Corte Suprema no pudiera ejercer el poder judicial a través de la decisión de conflictos entre la Constitución, las leyes federales y los tratados, de un lado, y las leyes del Congreso, el Ejecutivo o los Estados, de otro.

Entre los relevantes autores que han mostrado su escepticismo frente a la interpretación de Marshall, podemos recordar ahora, además del ya mencionado Corwin, a Bickel y Crosskey, quienes han considerado la llamada *arising-under clause* como ambigua o inadecuada al fin perseguido por Marshall. Corwin, adicionalmente a sus argumentos de raíz histórica, a los que acabamos de aludir, cree que aunque no cabe ninguna duda acerca de que los casos que implican la cuestión de constitucionalidad con respecto a una ley del Congreso pueden ser descritos como «cases arising under this Constitution», esta cláusula no estaba colocada en la Constitución con el propósito de llevar tales casos dentro del poder judicial de los Estados Unidos, y esto por la simple razón de que, al admitir «the

(206) Warren E. BURGER, «The Doctrine of Judicial Review. Mr. Marshall, Mr. Jefferson, and Mr. Marbury», *op. cit.*, p. 15.

legal character of the Constitution», esos casos ya estaban allí. Consecuentemente, si así se concibiera esta cláusula, aparecería como una mera redundancia («mere surplusage»)(207). También Bickel ha considerado inadecuada la cláusula que nos ocupa para llevar la carga de la *judicial review*, entendiendo que la interpretación de Marshall no está de acuerdo con el esquema general del Artículo III, aunque la misma pueda ser posible, siendo en todo caso algo puramente opcional(208).

Con mayores matices se expresan otros autores. Así, Alfange cree que la disposición constitucional que nos ocupa podría discutiblemente («arguably») emplearse para proporcionar una base textual para la *judicial review*. Pero el hecho de que los tribunales federales puedan asumir jurisdicción sobre casos «arising under this constitution» no implica necesariamente la existencia de una facultad de *judicial review*, porque pueden originarse casos de conformidad con la Constitución que no impliquen ninguna cuestión en cuanto a la constitucionalidad de una ley del Congreso(209). En fin, Currie matiza(210), que la *arising-under clause* parece ser tan sólo una disposición jurisdiccional, que no necesita ser tomada en consideración para decidir cuándo debe darse precedencia a la Constitución. A juicio del propio autor, la *supremacy clause* se manifiesta al respecto más directamente, pareciendo la cláusula que nos ocupa subordinar tan sólo la acción ejecutiva o estatal, no las leyes del Congreso, a la Constitución.

En cualquier caso, y al margen ya de estas y otras posibles consideraciones críticas, lo cierto es que, aun cuando de la *arising-under clause* no dimane la facultad de revisión judicial, es un elemento que puesto en conexión con otros puede contribuir a apoyar la interpretación de Marshall. Así, puesta en conexión esta cláusula, como se hace en la sentencia, con la existencia constitucional de ciertos límites específicos sobre la legislatura (como podría ser el caso de la

(207) Edward S. CORWIN, «Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review», *op. cit.*, p. 546.

(208) Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch...*, *op. cit.*, pp. 5-6.

(209) Dean ALFANGE, Jr., «Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 418.

(210) David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888*, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1985, p. 73.

prohibición de leyes *ex post facto*), el sustento de la *judicial review* se puede ver significativamente reforzado, pues resulta obvio que tales limitaciones resultarían ineficaces si los tribunales, en los casos surgidos como consecuencia de la Constitución, tuvieran que hacer cumplir las leyes que contravinieran esas mismas restricciones constitucionales que pesan sobre el Congreso.

b'') La *supremacy clause*

Como no podía ser de otro modo, Marshall se hace eco de la *supremacy clause* del párrafo segundo del Artículo VI (211). Sin embargo, llaman la atención varias cosas. Ante todo, el que sólo casi al final de la sentencia (en el prgfo 162) y de modo muy superficial se aluda a tan relevante cláusula, y después, las considerables dudas con que parece atender a la misma. Recordemos las palabras con las que se abre el correspondiente párrafo: «It is also not entirely unworthy of observation». Esto es, contra lo que pareciera dar a entender esta cláusula, cuando enumera las normas que integran «the supreme law of the land», al mencionar a la Constitución en primer término, y al no incluir dentro de tal categoría más que a las leyes elaboradas «in pursuance of the constitution», Marshall considera esta previsión «no enteramente indigna de atención», lo que, indiscutiblemente, entraña su depreciación como elemento de apoyo de la teoría de la *judicial review*, algo sorprendente a la vista del poderoso soporte que la *supremacy clause* ofrece a la consideración de la Constitución como «paramount law», que ha propiciado que en tiempos posteriores esta cláusula pareciera a muchos el más persuasivo apoyo del texto constitucional a la doctrina que nos ocupa.

El significado originario de la *supremacy clause* puede contribuir a explicar el tratamiento secundario que Marshall le da en la senten-

(211) Aunque la dicción de esta cláusula creemos que es harto conocida, transcribimos su texto a continuación. A tenor de la misma: «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, any thing in the Constitution or Laws of any State to the contrary notwithstanding».

cia, a los efectos que nos ocupan, innecesario es decirlo. Y es que no puede haber duda de que el propósito de los constituyentes con la *supremacy clause* parece haber tenido que ver de modo primario con la supremacía del Derecho federal sobre el Derecho estatal (212). Quizá ello pueda explicar las vacilaciones que Marshall muestra al respecto.

El origen de esta cláusula como un sucedáneo de una propuesta que pretendía otorgar al Congreso federal la facultad de rechazar aquellas leyes estatales que contravinieran la Constitución, contribuye a aclarar su finalidad (213). Lo que Madison llamó «la tendencia centrífuga de los Estados» a «destruir el orden y la armonía del sistema político» había conducido (según se refleja en sus propias notas personales) a las violaciones estatales de los tratados nacionales, a las usurpaciones de la autoridad central o confederal y a las colisiones entre los diversos intereses de los Estados. Fueron estos bien conocidos hechos los que estuvieron en la base del llamado *Virginia Plan*, propuesta por Randolph el 29 de mayo de 1787 y en cuyo punto sexto se pretendía facultar a la legislatura nacional para «to negative all laws passed by the several States, contravening in the opinion of the National Legislature the articles of Union». Esta previsión, con la adición de las palabras «or any treaties subsisting under the authority of the Union», fue aceptada al principio de la Convención (el 13 de junio) por el *Committee of the Whole* sin debate (214). Era la reacción manifiesta de la Convención frente al anterior estado de cosas. Sin embargo, una subsiguiente propuesta de Charles Pinckney para ampliar el veto a todas las leyes que la legislatura nacional considerara inadecuadas («should judge improper») desencadenó una fuerte reacción inspirada en gran par-

(212) «The purpose of the supremacy clause — escribe Currie— seems to have been to declare the primacy of federal over state law». David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 73.

(213) Sobre la génesis de la *supremacy clause*, cfr. Raoul BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, Harvard University Press, 2.^a ed., Cambridge (Mass.), 1974, pp. 223-225.

(214) Los dos textos del *Virginia Plan* (el propuesto por Randolph y el resultante del Informe aprobado por el *Committee of the Whole*) y el del *New Jersey Plan* pueden verse en la obra, *From the Declaration of Independence to the Constitution* (The Roots of American Constitutionalism), Carl J. FRIEDRICH y Robert G. McCLOSKEY (eds.), The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis/Nueva York, 1954, pp. 24-32.

te por los temores a una disminución de la soberanía estatal. Las palabras de rechazo de Gerry, que exageradamente revelan el temor a la «esclavitud» de los Estados, no dejan lugar a dudas: «The National Legislature with such a power may enslave the States». Ante esta situación de rechazo, el 15 de junio, Paterson introdujo en la Convención el que se conoce como el *New Jersey Plan*, un proyecto más limitado en sus pretensiones que el *Virginia Plan*. La sexta resolución del nuevo proyecto, auspiciado por el Estado de New Jersey, contenía el germen de la *supremacy clause* (215); por medio de ella se preveía que los jueces estatales estarían vinculados por las leyes nacionales y los tratados. Sería finalmente una propuesta de Luther Martin la que se terminaría convirtiendo en el texto de la *supremacy clause*, siendo aprobada unánimemente y sin discusión (216). La propuesta convertiría las leyes federales y los tratados en «the supreme law of the respective States», vinculando unas y otros a los tribunales estatales. El 23 de agosto Pinckney replanteó la cuestión con la finalidad de recuperar una más amplia facultad de rechazo de la legislación estatal por parte del Congreso, pero frente a su propuesta, Sherman creyó innecesario habilitar al Congreso con tal facultad de rechazo de la legislación estatal, en cuanto que «the laws of the General Government being supreme and paramount to the State laws according to the Plan as it now stands». De esta forma, la aprobación de la cláusula de supremacía dejaba meridianamente claro que tras ella latía un principio de superioridad de la legislación federal sobre la estatal.

(215) Creemos del mayor interés recordar la redacción parcial de esta sexta resolución. De conformidad con la misma, se proponía que la Convención resolviera: 6. «That all acts of the United States in Congress, made by virtue and in pursuance of the powers hereby and by the articles of confederation vested in them, and all treaties made and ratified under the authority of the United States, shall be the supreme law of the respective States as far forth as those Acts or Treaties shall relate to the said States or their Citizens; and that the judiciary of the several States shall be bound thereby in their decisions, anything in the respective laws of the Individual States to the contrary notwithstanding...».

(216) Esa primitiva versión de la *supremacy clause* propuesta por el delegado Luther Martin venía a disponer que «the legislative acts of the United States made by virtue and in pursuance of the articles of Union» and federal treaties «shall be the supreme law of the respective States... any thing in the respective laws of the individual States to the contrary notwithstanding». *Apud* Henry M. HART, Jr., «Professor Crosskey and Judicial Review», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. 67, 1953-1954, pp. 1456 y ss.; en concreto, p. 1469.

También Crosskey (217) cree que esta cláusula entró en el esquema de la Constitución sustentado por la Convención, el 17 de julio, como un sucedáneo de la facultad de rechazo general del Congreso («the general Congressional negative») sobre todos los actos legislativos estatales («over all state legislative acts»), por la que James Madison y algunos otros delegados habían abogado insistentemente. Madison deseaba que esta facultad de rechazo de la legislación estatal quedara en manos del Congreso. Sin embargo, según Crosskey, el objetivo final de esa facultad de rechazo, que la *supremacy clause* vino a reemplazar, era habilitar al Congreso para enfrentarse a la creciente dificultad proveniente del normal y habitual deber de los jueces estatales de prestar obediencia a las leyes de su propia legislatura. Este cambio de objetivo de la cláusula se fundamenta con base en una referencia que aparece en las notas sobre la Convención tomadas por Robert Yates, uno de los delegados de Nueva York, en la que se alude a la insistencia de Madison en que «the judges of the states must give the state laws their operation, although it (should) abridge the rights of the national government». Esta interpretación de Crosskey (218), como es habitual en sus peculiares posiciones, ha suscitado bastante rechazo, pues, como se ha constatado, nada en las declaraciones de Madison sugiere que requiriera a los jueces estatales a prestar absoluta obediencia («absolute obedience») a las leyes estatales que estuvieren en contradicción con la Constitución federal, de resultas de limitar los derechos del gobierno nacional. Como aduce Hart (219), los cambios esenciales («vital changes») sufridos por la cláusula con posterioridad a la propuesta de Luther Martin se hicieron sin debate y, por tanto, sin una expresa aclaración de sus propósitos. Esos cambios son, en cualquier caso, coherentes con el punto de vista ortodoxo de que la parte de la cláusula que vincula expresamente a los jueces estatales a la observancia de las leyes fe-

(217) William Winslow CROSSKEY, *Politics and the Constitution...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 985-986.

(218) La interpretación histórica de las razones a las que obedeció la *supremacy clause* no son sino un punto de apoyo adicional para la aún más controvertida tesis de Crosskey de que la *judicial review* no fue visualizada respecto de las leyes del Congreso («that judicial review — escribe Crosskey — had not been intended, under the Constitution, as to the laws of Congress»). William Winslow CROSSKEY, en *ibidem*, p. 985.

(219) Henry M. HART, Jr., «Professor Crosskey and Judicial Review», *op. cit.*, pp. 1469-1470.

derales fue introducida para, al unísono, enfatizar y ampliar el deber declarado en la disposición relativa al juramento.

Al margen ya de todas las vicisitudes que se hallan en el mismo origen histórico de la *supremacy clause*, la realidad es que si atendemos a su redacción, se ha de destacar que ningún mandato se dirige en ella a los tribunales federales. De ahí que Bickel escribiera (220), que sólo una diversión forense («a forensic amusement») puede propiciar que la referencia a «the Judges in every State» se tome para incluir a los jueces federales con base en que algunos de ellos actúan en los Estados. La cláusula viene referida a los Estados componentes de la Federación, indicándoles que el Derecho federal reemplaza a cualquier Derecho estatal contrario, y en sintonía con ello, se dirige directamente a los jueces estatales, diciéndoles que será su deber aplicar el supremo Derecho federal frente a cualquier Derecho estatal contradictorio con el anterior, en el bien entendido de que el cumplimiento prioritario del Derecho federal vendrá exigido tan sólo cuando el mismo esté hecho en conformidad con la Constitución. Tras la *supremacy clause* late, como de nuevo sostiene Bickel (221), el propósito de convertir en suprema la autoridad federal respecto de la estatal, resultando evidente que, si los jueces estatales dispusieran de la facultad última de derribar las leyes federales, se habría alcanzado justamente el efecto opuesto, y todo ello al margen ya del obvio interés de alcanzar la uniformidad en la aplicación del Derecho federal.

En cualquier caso, y no obstante la reconducción de la disposición constitucional en cuestión a la esfera del federalismo, lo cierto es que la *supremacy clause* proporciona un fuerte apoyo para el instituto de la *judicial review*, y ello, al menos, por tres razones diferentes: 1) porque en ella se indica que la Constitución es parte primigenia de ese «supreme law of the land»; no es en absoluto inocuo, que en esa tríada de textos normativos que integran esa suprema ley del país, la Constitución se mencione en primer lugar; 2) porque la referencia que en ella se hace a las leyes hechas «in pursuance of the Constitution» sería, como dice Wolfe (222), difícil de explicar de cualquier otro modo

(220) Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 9.

(221) *Ibidem*, pp. 9-10.

(222) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, op. cit., p. 97.

que no fuera el de que hay leyes nulas por su inconstitucionalidad, ya que interpretarla como si se refiriera a la adecuada forma de promulgación («form of enactment») convertiría su mandato en algo obvio e innecesario(223), o dicho de otro modo, porque al limitar el que podríamos tildar de «supreme law status» a aquellas leyes federales que sean conformes con la Constitución, lo que la *supremacy clause* está estableciendo es la superioridad de la Constitución sobre las leyes federales (224), y 3) porque al dirigirse de modo particular a los jueces (bien que en la literalidad del texto se aluda a los jueces estatales), viene a confirmar la idea de que los jueces tienen una responsabilidad particular en la interpretación de la Constitución y de las leyes(225). Y carecería de toda lógica y razonabilidad entender, que mientras los jueces estatales deben acomodarse al mandato latente en esta cláusula, los jueces federales quedan desvinculados del mismo.

c'') La cláusula del juramento (*oath clause*)

Nos resta aludir de modo muy sumario a la referencia que en la sentencia se hace respecto al juramento de los jueces. Marshall tam-

(223) No es tal el criterio de Van Alstyne, para quien la frase «in pursuance thereof» podría fácilmente significar «in the manner prescribed by this Constitution», en cuyo caso las leyes del Congreso podrían ser revisables judicialmente en cuanto a la integridad de su procedimiento, pero no en cuanto a su sustancia. William W. VAN ALSTYNE, «A Critical Guide to Marbury v. Madison», *op. cit.*, p. 20.

(224) Prakash y Yoo, a nuestro juicio imprecisamente, dicen que la *supremacy clause* pone de relieve que «the Constitution is superior to unconstitutional federal statutes», pero esta reflexión es, cuando menos, equívoca, pues parece dar a entender que esa superioridad de la Constitución se circunscribe a las leyes federales inconstitucionales, cuando, es obvio, la superioridad se ha de predicar de las leyes en general, entendiéndose que, tratándose de una ley inconstitucional, esa superioridad de la Constitución se traduce en la nulidad de la ley contradictoria con aquélla. Cfr. al efecto, Saikrishna B. PRAKASH y John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 903.

(225) Discrepante es al efecto la posición de Sosin, para quien la cláusula de supremacía exige de los jueces de los Estados hacer respetar la autoridad federal frente a la estatal. Y siguiendo la estela de Bickel, añade que sólo como una «diversión forense» («forensic amusement») podría la frase «judges in every state» ser tomada en el sentido de incluir a los jueces federales con base en que algunos, los jueces federales de distrito, actúan en los Estados. En definitiva, para este autor, como para otros, la Constitución no dirige la *supremacy clause* a las relaciones entre la Constitución y las leyes federales, sino entre la autoridad federal y la estatal. J. M. SOSIN: *The Aristocracy of the Long Robe*, *op. cit.*, pp. 310-311.

bién invoca en esta parte de la sentencia la disposición del Artículo VI (la llamada *oath clause*) de que los jueces estarán vinculados por su juramento a sostener la Constitución. Este juramento, desde luego, se aplica de modo especial a su conducta de naturaleza oficial. Qué inmoral, nos dice Marshall (prgfo 158), sería imponerles este juramento si ellos tuvieran que ser empleados como instrumentos, astutos instrumentos, para violar lo que ellos dicen apoyar.

La sentencia recoge asimismo (en el prgfo 159), a modo de elemento demostrativo del criterio legislativo sobre el tema, la fórmula específica de juramento que el *First Congress* impuso sobre los jueces federales, que, entre otras manifestaciones, incluía lo que sigue: «... that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent on me as (Judge or Justice), according to the best of my abilities and understanding, agreeably to the constitution and laws of the United States». ¿Porqué — se pregunta a renglón seguido Marshall (prgfo 160) — un juez habría de jurar cumplir sus deberes de conformidad con la Constitución de los Estados Unidos si esa Constitución no integrara una norma para su gobierno? Si tal fuera el estado real de las cosas, — se concluye (prgfo 161) — esto sería peor que una solemne burla («solemn mockery»). Adicionalmente, un sector de la doctrina ha señalado (226), que la comparación de la fórmula parcialmente transcrita con la fórmula genérica de juramento exigida por el Congreso en la primera ley federal («I, ..., do solemnly swear —or affirm— that I will support the Constitution of the United States») sugiere que se sobreentendió que los jueces federales tenían la autoridad de interpretar y hacer cumplir la Constitución.

Este argumento es, en cualquier caso, de una notable debilidad. Wolfe lo señala claramente cuando escribe que «the oath is a weaker support for judicial review since it suggests a line of reasoning distinctly opposed to such review» (227). No muy lejana es la posición de Bickel, para quien la cláusula de juramento, lejos de apoyar el razonamiento de Marshall, es posiblemente el principal

(226) Saikrishna B. PRAKASH y John C. YOO, «The Origins of Judicial Review», *op. cit.*, p. 917.

(227) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review...*, *op. cit.*, p. 98.

argumento en contra suya del texto de la Constitución. De acuerdo con la argumentación de la sentencia, el juramento estaría obligando a todos y cada uno de los funcionarios a sostener la Constitución en el cumplimiento de su propia función; de ello derivaría el más completo caos («utter chaos») dimanante de que cada uno y en cada momento interpretaría y aplicaría la Constitución por sí mismo (228). Además, como tiempo atrás apuntara Haines (229), un razonamiento análogo al de Marshall podría conducir a los miembros del Congreso y del Ejecutivo a rehusar aceptar una decisión de la Corte Suprema con la que estuvieran en desacuerdo. Todo ello, al margen ya de una objeción que creemos de una gran relevancia: la de que este razonamiento del *Chief Justice* parece presuponer que la determinación de la validez de una ley es una cuestión puramente mecánica y apremiante en la que no entran en juego las decisiones personales o individuales, en vez de una dificultosa y delicada cuestión a la que con frecuencia se anudan serias consecuencias políticas sobre las que juristas y estadistas pueden muy bien hallarse en desacuerdo.

Sería, sin embargo, el ya mencionado *Justice* Gibson, de la Corte Suprema de Pennsylvania, en su célebre *dissent* formulado en el caso *Eakin v. Raub* (1825), quien daría la más concluyente réplica a este argumento. Según el *Justice* Gibson, el juramento debe ser entendido en referencia a sostener a la Constitución «only as far as that may be involved in his official duty», y consiguientemente, si su deber público como juez no comprende una investigación sobre la autoridad de la legislatura, tampoco la comprende su juramento (230).

Cuanto se ha expuesto es lo suficientemente concluyente para finalizar que de las disposiciones constitucionales aportadas por la sentencia en apoyo de la doctrina de la *judicial review*, la *oath clause* es, sin ningún género de dudas, la más inconsistente, hasta el extremo de poder llegar a operar como un argumento en contrario.

(228) Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 8.

(229) Charles Grove HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, University of California Press, Berkeley (California), 1932, p. 200.

(230) *Apud* David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 73.

- c') La ausencia de toda referencia a los precedentes jurisprudenciales y a la posición de los *Framers* ante la *judicial review*

I. Uno de los aspectos que más llama la atención de la sentencia es la casi absoluta falta de referencia a los precedentes jurisprudenciales tanto en relación al posicionamiento de la Corte sobre el *mandamus* como a la doctrina de la *judicial review*. Y este dato aún se hace más relevante si se atiende a que, como escribió el senador Albert Beveridge, el más célebre biógrafo de Marshall, «no case ever was decided in which a judge needed so much the support of judicial precedents» (231). Algo semejante cabría decir respecto de la omisión a cualquier alusión a la posición de los *Framers* respecto de la facultad judicial de enjuiciamiento de la validez de una ley desde los parámetros de la Constitución.

En cuanto a los precedentes, la doctrina ha puesto de relieve con carácter general, que a inicios del siglo XIX las sentencias raramente incluían referencias a otros casos anteriores, quizá con la salvedad de aquéllos que directamente se refirieran a la misma cuestión (232). Pero no creemos que sea ésta la única razón, ni siquiera la de más peso, de esta ausencia. Se ha dicho asimismo (233), que el hecho de que la decisión no descansara sobre los precedentes era probablemente un reflejo del estilo personal de escribir sentencias del *Chief Justice*, que tendía a ignorar el precedente y a confiar en su lugar en su capacidad de formular argumentaciones convincentes. Ciertamente, la *Marbury opinion* no será la única de Marshall en que pueda constatarse tal hecho. Las decisiones dictadas en los casos *McCulloch v. Maryland*, *Cohens v. Virginia* o *Dartmouth College v. Woodward* constituyen otros buenos ejemplos en los que Marshall

(231) *Apud* Susan Low BLOCH y Maeva MARCUS, «John Marshall's Selective Use of History in *Marbury v. Madison*», en *Wisconsin Law Review (Wis. L. Rev.)*, 1986, pp. 301 y ss.; en concreto, p. 325.

(232) Peter Charles HOFFER, William James HULL HOFFER y N. E. H. HULL, *The Supreme Court. An Essential History*, University Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 2007, p. 53.

(233) Dean ALFANGE, Jr., «*Marbury v. Madison* and Original Understandings of Judicial Review...», *op. cit.*, p. 421.

ignoró precedentes disponibles que podían serle de utilidad para su sentencia.

Por supuesto, no cabe duda de que había precedentes jurisprudenciales a los que acudir. Se ha hablado incluso de la existencia de un cuerpo de opinión de dominante influencia («a body of opinion of commanding influence»)(234). No es éste el momento de entrar en tales precedentes, pero sí podemos recordar, en lo que a la *judicial review* atañe, los posicionamientos inequívocos en su favor de algunos *Associate Justices* actuando como miembros de los *circuit courts*, e incluso, en el ámbito de la *Supreme Court*, el *dictum* contenido en el *dissent* del Justice James Iredell en el caso *Chisholm v. Georgia* (1793), y la sentencia con la que resolvió el caso *Hylton v. United States* (1796). Marshall, en definitiva, podía haber construido su argumentación con un significativo apoyo en diversos precedentes jurisprudenciales. Y, sin embargo, los ignoró.

Es verdad que en la parte de la misma dedicada al «right to mandamus» de Marbury y los otros demandantes (prgfos 86 a 116), la sentencia se hace eco de algún precedente aislado en relación al mencionado *writ* (prgfos 105 y ss.). Se menciona un caso anónimo, pues no se identifica, aunque la sentencia alude a algunos datos identificativos, como fechas, referencia al Secretario de Guerra como destinatario del *mandamus*... Pareciera estar aludiendo al bien conocido caso de *John Chandler v. the Secretary of War*, pero las imprecisiones de las citas (235) conducen a la conclusión de que ningún caso específico se correspondía exactamente a la descripción que de él se daba; desde luego, se trataba de un *pension case*, casos planteados al hilo de una Ley de 1792 que reconocía el derecho a una pensión para quienes, de resultas de la guerra revolucionaria, hubieren quedado inválidos, pero, posiblemente, Marshall entremezcló varios casos diferentes, algo, desde luego, poco explicable, salvo que entendiera

(234) Horace H. LURTON, «A Government of Law or a Government of Men?», en *North American Review*, vol. 193, núm. 1, enero 1911, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 17.

(235) Bloch y Marcus escriben al respecto, que la caracterización que Marshall hace de la decisión del caso sugiere que estaba refiriéndose al *Chandler case*, pero la argumentación que daba más bien parecía venir referida al *Yale Todd case*. Susan Low BLOCH y Maeva MARCUS, «John Marshall's Selective Use of History...», *op. cit.*, p. 314.

que el caso o los casos de referencia no le eran de utilidad en su argumentación(236).

Así las cosas, la pregunta pertinente es la de porqué Marshall se apartó, incluso desdibujó, los precedentes. Innecesario es decir, que se ha de descartar el desconocimiento de los mismos. No es en absoluto verosímil tal circunstancia. El propio Marshall había sido testigo directo de la resolución del caso *Commonwealth v. Caton*, fallado en Richmond por la Corte de Apelaciones de Virginia en 1782, y en el que varios Jueces se mostraron decididamente proclives a la doctrina de la *judicial review*. Ya hemos dado con anterioridad algunas respuestas, pero no se pueden descartar otras quizá más convincentes, que podríamos compendiar, lisa y llanamente, en que tales precedentes no le convenían. Un sector de la doctrina se ha manifestado en esa dirección. Así, Dewey (237), rotundamente, escribe que Marshall tuvo una muy buena razón para evitar los precedentes y otras evidencias históricas de la época: todas ellas estaban contra él. Bloch y Marcus, de modo implícito, vienen a sugerir que el apartamiento de los precedentes respondió a razones de conveniencia política(238). Pero tal juicio puede valer, discutiblemente, para los precedentes relacionados con el instituto procesal del *mandamus*, pero carecen de toda lógica en relación a la teoría de la *judicial review*. Un cierto tenebrismo hace de nuevo acto de presencia en una sentencia que, como ya hemos tenido ocasión de decir, pese a todo lo que sobre ella se ha escrito y reflexionado, sigue teniendo perfiles oscuros.

II. Marshall iba a prescindir asimismo en la sentencia de toda alusión a la intención de los *Framers*. Es cierto que algún autor, como por ejemplo Powell, en un influyente artículo(239), ha sos-

(236) Piénsese que Marshall describe un caso en el que la Corte niega la concesión del *mandamus* requerido frente al Secretario de Guerra, pero no con base en que, por razones constitucionales, no pudiera emitirlo, sino porque, a la vista de las circunstancias del caso, el *mandamus* en cuestión era improcedente.

(237) Donald O. DEWEY, *Marshall versus Jefferson...*, *op. cit.*, p. 130.

(238) «Perhaps — escriben estos autores — the political situation in which the Court found itself led it to such a decision». Susan Low BLOCH y Maeva MARCUS, «John Marshall's Selective Use of History...», *op. cit.*, p. 333.

(239) «Of the numerous hermeneutical options that were available in the Framers' day, none corresponds to the modern notion of intentionalism». H. Jefferson POWELL,

tenido que tanto los propios *Framers* como los miembros de las Convenciones estatales de ratificación y los primeros intérpretes de la Carta constitucional pensaban que la intención subjetiva de los redactores de la Constitución era irrelevante para la interpretación constitucional, lo que venía a traducirse en el hecho de que, en la época, la posición hermenéutica prevalente fuera la interpretación que podríamos llamar textualista. Pero esta tesis no deja de ser discutible y, al hilo de su espléndido trabajo sobre uno de los primeros casos estatales relacionados con la *judicial review*, el caso virginiano *Commonwealth v. Caton* (también conocido como *Case of the Prisoners*, 1782), Treanor ha ofrecido argumentos sólidos que cuestionan la posición de Powell (240). Piénsese, por hacer referencia a un hecho bien concreto, que cuando, a modo de reacción frente a las *Alien and Sedition Acts* de 1798, se aprobaron las controvertidas *Virginia and Kentucky Resolutions* (1998 y 1999), redactadas por Madison y Jefferson, respectivamente, se hicieron significativas apelaciones a la intención original de los *Framers*.

El silencio al respecto se hace aún más llamativo si se tiene en cuenta que Marshall fue contemporáneo de quienes elaboraron la Constitución y vivió muy de cerca ese proceso; pensemos tan sólo en su relevante participación en la Convención de ratificación de Virginia. Por lo demás, los *Justices*, ocasionalmente, se refirieron a «the *Framers* of the Constitution» en sus sentencias, si bien es cierto que tales alusiones han sido por lo general consideradas por un buen conocedor del tema (241), más como un mecanismo literario que como un análisis jurídico («more as a literary device than as a legal analysis»).

Es posible que este olvido de la intención de los *Framers* pudiera tener que ver con el hecho de que los constituyentes de Filadelfia se

«The Original Understanding of Original Intent», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. 98, 1985, pp. 885 y ss.; en concreto, p. 948.

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

(241) William R. CASTO, «James Iredell and the American Origins of Judicial Review», en *Connecticut Law Review* (*Conn. L. Rev.*), vol. 27, 1994-1995, pp. 329 y ss.; en concreto, p. 360.

limitaron a diseñar un documento que posteriormente fue aprobado por los representantes del pueblo en las Convenciones de ratificación. De esta forma, podría decirse que la autoridad de la Constitución derivaba del proceso de ratificación, antes que del proceso de su diseño. Y ante esta situación podría entenderse, que la Corte fuera especialmente discreta en sus referencias a la intención de los constituyentes, pues tal interpretación presentaba un déficit indiscutible. Como escribe Casto en alusión a la misma, «the Court's construction lacked the imprimatur of the people's fundamental authority» (242).

No cabe descartar, por lo menos a modo de hipótesis de trabajo, por la que se ha interrogado Boudin (243), que Marshall pudiera tener miedo («was afraid») de abordar el delicado tema de la intención de los *Framers* por temor a que la prueba, que aún estaba disponible, y podía ser presentada por sus oponentes, supusiera un cuestionamiento de sus intenciones. De ahí derivaría la imprecisión de la sentencia al presentar marginalmente los puntos de vista de los autores de la Constitución, de los que en ningún momento menciona nombres, limitándose a asumir que quienes elaboraron el documento constitucional pretendían dar al *judiciary* el rol relevante que él reivindica para el mismo.

En definitiva, muy posiblemente, fueron un conjunto de causas entrelazadas las que condujeron a estos silencios o insuficientes referencias de la sentencia, tanto a la intención de los *Framers* como a los precedentes jurisprudenciales, y muy probablemente también, tales circunstancias puedan contribuir a explicar por qué el núcleo central de la justificación de la doctrina de la *judicial review* ha de buscarse en unos argumentos de carácter general antes que en unos razonamientos extraídos del propio texto de la Constitución. Marshall encontró innecesario racionalizar la *judicial review* históricamente, porque tal facultad judicial se hallaba, supuestamente, implícita en casi todas las Constituciones escritas y, por tanto, también en la de los Estados Unidos. Que tal argumento respondiera a una sentida convicción o a una estrategia preconcebida es algo que quedó oculto en la mente del *Chief Justice*.

(242) *Ibidem*, p. 358.

(243) Louis B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, *op. cit.*, vol. I, p. 223.

d') Recapitulación sobre la argumentación de Marshall

Una vez efectuado el recorrido por los dos grandes tipos de argumentos en que Marshall fundamenta la *judicial review*, la primera conclusión que se extrae es la de que el peso de los argumentos de carácter general es notablemente mayor que el de los argumentos sustentados en el texto de la Constitución; más que para fundamentar la doctrina, se recurre a las previsiones constitucionales para reforzarla. No sólo la doctrina de la revisión judicial queda establecida con base en esos argumentos dogmáticos; también otro de los grandes principios fijados por la sentencia, el carácter de ley fundamental y suprema de la Constitución, se conecta con esos argumentos propios de una teoría general del constitucionalismo de la época. Si se recuerda la ya expuesta inexactitud de alguno de esos argumentos, como sería el caso de la consideración (como una suerte de dogma constitucional) de que la nulidad de toda ley contradictoria con la Constitución es un principio común a las constituciones escritas, la fundamentación jurídica de la sentencia se resiente. Quizá este modo de articular su argumentación esté en la base de buen número de las críticas formuladas al efecto por la doctrina.

Con cierta acritud, Boudin (244), hace ochenta años, señalaba que no sólo la sentencia estaba desprovista de cualquier fundamento, pues sus deducciones básicas eran históricamente falsas («untrue»), sino que resultaba asimismo vulnerable aun cuando fuera examinada desde su propio método lógico favorito. Fuera de su injustificable apropiación (hay que entender que se refiere a la supuesta apropiación por el *judiciary* de la facultad de revisión judicial) y de las deducciones que se hacen por Marshall, su decisión sobre este punto se reduce a un único argumento: la *reductio ad absurdum*. Pero esta *reductio* es una espada de dos filos («double-edged sword»), y en este caso los absurdos que se siguen de la posición de Marshall son más de mil veces mayores que los que se seguirían de la adopción de la posición contraria. Sin tanta acidez, Bickel (245) considera que Marshall no ofrece ninguna verdadera razón por la que la Corte deba disponer del *voiding power*. Y en esta misma línea crítica, se ha di-

(244) *Ibidem*, vol. I, p. 224.

(245) Alexander M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 4.

cho asimismo que la *Marbury opinion* fue la más hábil exhibición de prestidigitación judicial («judicial legerdemain») nunca llevada a cabo por ningún otro juez en la historia de la nación (246).

La imposibilidad de que la jurisdicción originaria de la Corte pueda verse alterada por el Congreso es otro principio de especial trascendencia constitucional, que aunque consagrado en la parte relativa a la fundamentación de carácter general, se extrae — como no podía ser de otra manera — a partir de la interpretación del Artículo III. En ello reside la razón de ser de la inconstitucionalidad de la Sección 13. Pero siendo cierto que esta es una de las partes de la sentencia en donde parece brillar con luz más intensa la lógica de su discurso, lo cierto es que es también en ella en donde mayormente se visualiza el soslayamiento por Marshall de otras posibles interpretaciones, tanto del Artículo III como de la Sección 13, posiblemente más acordes con el sentir de quienes elaboraron una y otra disposición, que habrían evitado la declaración de la inconstitucionalidad.

Marshall, desde luego, pudo razonablemente conducir la decisión a través de otros vericuetos. El Artículo III era lo suficientemente impreciso como para no propiciar una interpretación única y excluyente. Pero también es cierto que ello no es razón suficiente como para descalificar el razonamiento seguido por Marshall, tildándolo de puramente político, como Corwin o Crosskey, por poner dos ejemplos significativos, han hecho. Justamente por lo que acabamos de decir, tampoco nos parecen en exceso afortunadas valoraciones como la efectuada por el senador de Indiana Albert. J. Beveridge, el principal biógrafo de John Marshall, quien calificó la sentencia como «un golpe tan audaz en el diseño y tan osado como aquel a cuyo través la Constitución había sido diseñada» («a coup as bold in design and as daring as that by which the Constitution had been framed») (247). Y en esa misma lógica se puede ubicar la consideración, en modo alguno suscribible, de que la *Marbury decision* fue el equivalente a una enmienda constitucional, entrañando, *de facto*, una adición al texto del Artículo III de la Constitución (248).

(246) Lawrence GOLDSTONE, *The Activist*, *op. cit.*, p. 216.

(247) *Apud* Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 343.

(248) Lawrence GOLDSTONE, *The Activist*, *op. cit.*, p. 224.

Por lo demás, es indudable que el razonamiento de Marshall a lo largo y ancho de toda la decisión responde a una lógica incuestionable, si bien, en ocasiones, como ha dicho LaRue (249), el poder de la retórica del *Chief Justice* puede llegar a ocultar la lógica del razonamiento, pero la lógica (y no obstan a ello las críticas expuestas) es justamente una de las claves del modo característico de pensar y razonar sobre la Constitución por parte de Marshall.

Al margen ya de la fundamentación de la sentencia, lo más destacable de la misma fue el resultado sorprendente que produce. La Corte, por un lado, exorciaba a Jefferson y Madison por violar la ley al negar la entrega de la comisión a Marbury. Como se ha dicho (250), era la más severa crítica del Presidente y del ejecutivo que nunca había aparecido en una decisión del supremo órgano judicial. Pero al mismo tiempo la Corte evitaba la posibilidad de una confrontación directa con el Presidente, que muy posiblemente habría perdido. Asimismo, la Corte no sólo anulaba por primera vez formalmente una ley del Congreso, sino que, además, como tal norma legal ampliaba su jurisdicción, su decisión tenía todos los visos de una autodenegación jurisdiccional. Pero ni mucho menos iba a ser así. El derecho de los jueces a la revisión de la constitucionalidad de la legislación, que, por supuesto, había sido afirmado con anterioridad, iba ahora a ser transformado en una facultad concreta, que se iba a incorporar al sistema jurídico-político norteamericano. Aunque no se utilizara de inmediato, la sentencia proporcionaba una eficaz munición que la Corte habría de utilizar con profusión en el futuro frente al Congreso, y aún más frente a las legislaturas estatales.

7. LOS RASGOS CONFIGURADORES DE LA PRIMERA DOCTRINA SOBRE LA *JUDICIAL REVIEW*

I. En la configuración inicial de la doctrina de la *judicial review* pueden identificarse una serie de rasgos que vamos a tratar de

(249) Lewis Henry LARUE, «How Not to Imitate John Marshall», en *Washington and Lee Law Review (Wash. & Lee Law Rev.)*, vol. 56, 1999, pp. 819 y ss.; en concreto, p. 831.

(250) Cliff SLOAN y David MCKEAN, *The Great Decision, op. cit.*, p. 165.

perfilar a continuación. Algunos permanecen hoy, algún otro, aunque también debiera estar presente, nos atreveríamos a decir que se ha relativizado un tanto.

A) El primero de esos rasgos entraña el rechazo de todo elemento de discrecionalidad política, al visualizar la *judicial review* como un ejercicio puramente comparativo de principios contenidos en dos textos jurídicos. Ya hemos tenido oportunidad de hacernos eco de la intención de Marshall de llevar a cabo en la *Marbury opinion* una clara diferenciación de los respectivos ámbitos del Derecho y de la acción política, algo que constituiría una de sus preocupaciones de futuro permanentes. Esta inquietud iba a impregnar la configuración inicial de la doctrina de la *judicial review*. Para Marshall y sus Asociados de la Corte, la *judicial review* no exigía ni permitía a los jueces un ejercicio de discreción política, pues la misma se había de circunscribir a la comparación entre los principios fundamentales que el pueblo había incorporado a la Constitución y los principios de la ley que parecían colisionar con los anteriores.

Marshall asume que la Constitución no es simplemente un documento formal que exalta ciertos vagos ideales como la libertad o la igualdad, sino que es un documento sustantivo, con un significado que puede tratar de ser averiguado a través de un proceso de cuidadosa interpretación. El intérprete debe captar el significado de la Constitución y ser fiel al mismo, y la *judicial review*, como escribiera Wolfe (251), no es sino el acto de preferir esa encarnación de la voluntad deliberada y fundamental del pueblo («that embodiment of the people's deliberate and fundamental will») a sus más transitorias expresiones. Por lo mismo, cuando los jueces ejercitan su facultad de revisión judicial se están limitando a hacer efectiva la voluntad de la ley superior, no su propia voluntad, deseo u opción política. Los jueces son intérpretes, no legisladores. Y contra lo que pudiera pensarse, a la vista del sesgo político que deja traslucir la *Marbury opinion*, Marshall ha sido uno de los *Chief Justices* que más plenamente consciente se ha mostra-

(251) Christopher WOLFE, «John Marshall & Constitutional Law», en *Polity*, vol. 15, núm. 1, otoño 1982, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 21.

do (252) acerca del problema de la *judicial legislating* (253). En la sentencia escrita por él y decidida el 19 de marzo de 1824, por el voto de seis frente a uno, en el importante caso *Osborn v. Bank of the United States*, Marshall insistía en la idea de la sujeción del poder judicial al Derecho, debiendo apartar de sus decisiones cualquier ejercicio de discrecionalidad política. «Judicial power, —escribe Marshall— as contradistinguished from the power of the law, has no existence. Courts are the mere instruments of the law, and can will nothing».

Marshall siempre insistió en su creencia en los principios fundamentales del Derecho, concebidos para ser permanentes, desvinculando la facultad de la *judicial review* de las cuestiones de mayor carga política. Ello explicaría, según Nelson (254), que Marshall pudiera convincentemente creer que la *judicial review* no implicaba un ejercicio de discreción política por parte de la Corte, sino, simplemente, una yuxtaposición de la ley con la Constitución para ver si colisionaban. En coherencia con ello, Marshall pensaba que la *judicial review* caía del lado del Derecho (soslayando el otro lado, el de la acción política) cuando la Corte podía resolver un caso de acuerdo con principios aparentemente establecidos y permanentes, lo que era tanto como decir de acuerdo con principios constitucionales, antes que de conformidad con políticas transitorias. Un caso que requiriera de la Corte una decisión asentada en una elección entre decisiones políticas transitorias o el ejercicio de otro modo de la discreción política no era un caso apropiado para la *judicial review*.

No debe en modo alguno extrañar este entendimiento del ejercicio de la función judicial, pues en las décadas inmediatamente anteriores

(252) Abraham, que se ha ocupado con cierto detenimiento de la cuestión de la *judicial legislating*, considera que John Marshall es quien en mayor medida se ha preocupado de este problema. Cfr. al respecto, Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, pp. 352 y ss.

(253) Es tópica al respecto la afirmación hecha en 1930 por el senador por Nebraska George W. Norris, que muy posiblemente por su carácter un tanto desmedido ha pasado a las hemerotecas. Refiriéndose al problema de la *judicial legislating*, el senador Norris afirmaba: «We have a legislative body, called House of Representatives, of over 400 men. We have another legislative body, called the Senate, of less than 100 men. We have, in reality, another legislative body, called the Supreme Court, of nine men; and they are more powerful than all the others put together».

(254) William E. NELSON, *Marbury v. Madison. The Origins...*, *op. cit.*, p. 67.

y posteriores al año 1800 pocos americanos creían que la opción o preferencia política («the policy choice») fuera un elemento inherente al proceso de decisión judicial (255). La lógica de la *Marbury decision* parecía acomodarse a este sentir. Los jueces habían de seguir las reglas establecidas por el *common law* y, sucesivamente, la legislación, cuando alterara el *common law*, y la Constitución, si entraba en conflicto con la legislación. Hoy la situación no es exactamente la misma, pues es patente que el constitucionalismo social plantea en muchas ocasiones colisiones entre derechos o bienes constitucionales que han de resolverse a través de la ponderación, y en esa ponderación las opciones o, si así se prefiere, sensibilidades ideológicas o políticas de los jueces constitucionales tienen, en ocasiones, un papel relevante, aunque, como es obvio, vayan revestidas de un ropaje jurídico. El conflicto esencialmente político que enfrentó a la *Supreme Court* con el Presidente Roosevelt ejemplifica a la perfección la problemática a la que estamos refiriéndonos.

B) Un segundo rasgo, muy evidente como es obvio, es el de que el pronunciamiento de un tribunal sobre una cuestión constitucional, a través de la *judicial review*, exige que el mismo sea necesario para la determinación de un caso concreto. Si, como Marshall sostuvo, la facultad de que dispone el *judiciary* para interpretar y hacer prevalecer la Constitución en caso de conflicto con una norma legal tiene que ser deducida de la obligación de los tribunales de decir lo que es el Derecho en un caso concreto, decidiéndolo de conformidad a Derecho (un Derecho que, en ocasiones, viene dado por la Constitución), entonces, es patente que la facultad de revisión de la constitucionalidad de un texto legal no puede ejercerse en abstracto y sí sólo con ocasión de la resolución de un caso concreto. Como al respecto argumenta Bickel (256), Marshall no ofreció otra justificación coherente para conferir tal facultad a los tribunales, y el texto de la Constitución, con independencia de los apoyos que pueda o no pueda ofrecer para la argumentación del *Chief Justice*, extiende el poder judicial tan sólo «to all Cases» y «to Controversies», de lo que

(255) *Ibidem*, p. 3.

(256) Alexander M. BICKEL, «The Passive Virtues» (The Supreme Court 1960 Term. Foreword), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. 75, 1961-1962, pp. 40 y ss.; en concreto, p. 42.

se sigue, que los tribunales no pueden hacer pronunciamientos «en lo amplio y en lo abstracto» («in the large and in the abstract»), aconsejando a los otros «departamentos» sobre la demanda; que tampoco pueden dictar sentencias, ni aún en un caso concreto, que sean consultivas («advisory»), y que aquéllos no pueden en forma alguna decidir *non-cases*, en los que no hay un enfrentamiento entre partes contradictorias y en los que ninguna consecuencia inmediata para las partes depende de la resolución. No estamos tanto ante limitaciones para el ejercicio de la *judicial review*, cuanto ante apoyos necesarios para el razonamiento que condujo a esta doctrina.

C) Un tercer rasgo lo encontramos en la denominada *doubtful case rule* o regla del caso dudoso. La doctrina coincide generalizadamente en que las primeras teorías de la *judicial review* implicaban un alto grado de deferencia hacia los órganos legislativos. Quiere ello decir, que ya antes de la *Marbury decision* esta regla estaba bastante arraigada. Snowiss se ha hecho eco de ello con cierto detalle. No podemos detenernos en la cuestión, pero sí recordaremos un pasaje de la *opinion* del Justice Samuel Chase en el caso *Hylton v. United States* (1796): «The deliberate decision of the national legislature —escribe Chase— (...) would determine me, if the case was doubtful, to receive the construction of the legislature (...). I will never exercise (the power of review) but in a very clear case» (257). El Justice Iredell seguiría a pie juntillas esta misma posición, como ejemplifica su *opinion* en el caso *Calder v. Bull* (1798), en la que sostendría: «I admit that as the authority to declare it (any act of Congress) void is of a delicate and awful nature, the court will never resort to that authority, but in a clear and urgent case». En definitiva, sólo sobre la ley reconocidamente inconstitucional («the concededly unconstitutional act»), con una inconstitucionalidad, que diríamos hoy, meridianamente clara, se admitía que pudiera ejercerse el llamado *voiding power* de un tribunal.

Particular insistencia sobre la importancia de esta regla en la doctrina inicial de la *judicial review* pondría Thayer, que junto a Langdell, Gray y Ames, fue uno de los gigantes de la *Harvard Law*

(257) *Apud* Sylvia SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1990, p. 61.

School durante la que ha sido calificada como su «golden age», a fines del siglo XIX (258). En un artículo clásico y de gran trascendencia (259), aludiría a la «rule of administration», que hoy podríamos identificar con el siempre necesario y relevante principio de *judicial restraint*, del que sería uno de los más firmes defensores (260). Thayer, al igual que Marshall, no veía en la Constitución un documento diseñado herméticamente, sino, por el contrario, un texto bosquejado con perfiles amplios, que propiciaba el que, con frecuencia, personas razonables pudieran diferir acerca de su significado; ello era tanto como decir que la Constitución ofrecía un amplio ámbito para la discreción legislativa, por lo que el veto judicial, por así llamar al ejercicio del *voiding power*, debía ejercerse tan sólo en aquellos casos que no dejaran espacio para la duda razonable. «It can only disregard the Act — escribía Thayer (261) — 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 —».

La argumentación de Hamilton en los núms. 78 y 81 del *Federalist*, como también el razonamiento de Marshall en la *Marbury opinion*, reflejaban la pretensión de que esta facultad de anulación de una ley que posibilita el ejercicio de la *judicial review* fuera ejer-

(258) Wallace MENDELSON, «The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter», en *Vanderbilt Law Review*, vol. 31, 1978, pp. 71 y ss.; en concreto, pp. 71-72.

(259) Cfr. al respecto, 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.

(260) Esa «rule of administration» que los tribunales formulan, a la que se refiere Thayer, en términos que aunque formulados hace casi 120 años, siguen gozando de una vivísima actualidad, reconoce: que, teniendo en cuenta las grandes, complejas y siempre desplegadas («ever-unfolding») exigencias de gobierno, mucho de lo que parecerá inconstitucional a un hombre, o conjunto de hombres, puede razonablemente no parecerlo a otro; que la constitución admite a menudo diferentes interpretaciones; que con frecuencia hay una variedad de elección y decisión («a range of choice and judgment»); que en tales casos la constitución no impone sobre la legislatura ningún específico criterio, sino que deja abierta esta variedad de elección («leaves open this range of choice»), y que cualquier elección que sea racional es constitucional («that whatever choice is rational is constitutional») «This is —concluye Thayer— the principle which the rule that I have been illustrating affirms and supports». James B. THAYER, «The Origins and Scope...», *op. cit.*, p. 144.

(261) James B. THAYER, «The Origins and Scope...», *op. cit.*, p. 144.

cida tan sólo en casos claros e inequívocos, no en casos dudosos. En relación a Hamilton, podemos recordar una de las reflexiones que virtió en el núm. 81: «I admit (...) that the constitution ought to be the standard of construction for the laws, and that wherever there is an evident opposition, the laws ought to give place to the constitution». Hamilton deja meridianamente claro que la oposición entre la ley y la Constitución ha de ser evidente, patente, manifiesta. En cuanto a Marshall, recordemos que en el prgfo 145 de la sentencia razonaba, que la doctrina que sostuviera que una ley que «de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno es completamente nula», en la práctica tal ley debía de ser obligatoria, equivaldría a declarar que «if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual». Se puede advertir claramente cómo se subraya que lo que está prohibido lo ha de estar «expresamente», lo que es tanto como decir que la contradicción con la Constitución debe ser nítida, meridiana.

El fundamento de la deferencia al poder legislativo que subyace en esta regla es el razonable respeto que merece el saber, la integridad y el patriotismo del cuerpo legislativo, como el *alter ego* de Marshall, el *Justice* Bushrood Washington expresó en el caso *Ogden v. Saunders* (1829) (262). Debe pues presumirse, que el legislativo ha actuado con integridad y con el deseo de mantenerse dentro de los límites de la Constitución (263). De ello derivan, que el ejercicio del *voiding power* debe ser la excepción, no la regla, y que la carga de la prueba recae siempre en quien alega la existencia de una violación constitucional por la legislatura.

(262) Christopher WOLFE, «John Marshall & Constitutional Law», *op. cit.*, p. 17.

(263) Como escribiera hace cerca de un siglo Frankfurter, antes de acceder a la Corte, de la que habría de llegar a ser uno de sus grandes *Associate Justices* (lo sería entre 1939 y 1962), como parte del ritual de la teoría tradicional, la Corte Suprema manifiesta que se defiende en gran medida al Congreso. Tal deferencia no es tan sólo un gesto de cortesía. Es la formulación de una verdad básica («a basic truth») en la distribución de los poderes gubernamentales. Pues tras cada acto legislativo se halla el juicio de uno de los poderes coordinados del gobierno («one of the coordinate branches of the government»), —vinculado no menos que los tribunales por el juramento de apoyar y mantener la Constitución— de que lo que ha hecho está dentro de la Constitución. Felix FRANKFURTER, «A Note on Advisory Opinions», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. XXXVII, 1923-1924, pp. 1002 y ss.; en concreto, pp. 1003-1004.

Puede resultar un tanto sorprendente esta visión de Marshall como defensor de la regla que nos ocupa, cuando la doctrina viene considerándolo desde tiempo atrás como un «juez activista». ¿No hay una contradicción en ello? Wolfe da una respuesta que nos parece perfectamente razonable y que por nuestra parte suscribimos por entero. El «activismo» del *Chief Justice* no puede considerarse una caracterización injustificada si tomamos el término «activist» para referirnos a un modo de tratar los casos («a manner of dealing with cases») y no a una actitud hacia la legislatura («an attitude towards the legislature»)(264). En sintonía con ello, es patente que Marshall no fue un redactor de sentencias limitadas, circunscritas al caso, sino que vino a tratar en ellas con frecuencia cuestiones no estrictamente necesarias para la resolución del supuesto litigioso. Su deseo de desbrozar y aclarar el significado de la Constitución puede contribuir a explicar esta pauta de actuación del *Chief Justice*. En cualquier caso, Marshall respaldó la *doubtful case rule* en casos importantes, tales como *Fletcher v. Peck* (1810), *McCulloch v. Maryland* (1819), *Dartmouth College v. Woodward* (1819) y *Brown v. Maryland* (1827). Todo ello nos deja la clara evidencia de que esta regla desempeñó un importante rol en los debates sobre la *judicial review* en los primeros años de la República(265).

D) Un sector de la doctrina ha identificado un cuarto rasgo en la configuración inicial de la *judicial review*. Se trataría de la limitación del *voiding power* a aquellos casos en que los poderes legislativo o ejecutivo se inmiscuyeran en las facultades del *judiciary*. Ha sido básicamente Clinton quien ha defendido esta caracterización. Para el mencionado autor(266), como la disposición anulada en el *Marbury case* era una norma que ampliaba la jurisdicción de la Corte, es plausible mantener que *Marbury* faculta a la Corte para hacer caso omiso de las leyes solamente cuando tales leyes violan las restricciones constitucionales sobre el poder judicial («only when

(264) Christopher WOLFE, «John Marshall & Constitutional Law», *op. cit.*, p. 18.

(265) En análogo sentido, Stephen M. GRIFFIN, «The Idea of Judicial Review in the Marshall Era», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Mark A. Graber and Michael Perhac, Editors, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 64.

(266) Robert Lowry CLINTON, «*Marbury v. Madison*, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century», en *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.; en concreto, p. 91.

such laws violate constitutional restrictions on judicial power»). De este rasgo el propio autor entresaca que el *Marbury case*, lejos de ser el caso en que Marshall se apropió la Constitución para la Corte Suprema y forjó una doctrina de la supremacía judicial, el histórico *Marbury* («the historical Marbury») fue el caso en el que Marshall, cuidadosamente, circunscribió el poder de la Corte, reduciendo el ámbito de la discreción judicial a los casos que afectaran directamente al cumplimiento de funciones judiciales («to cases directly affecting the performance of judicial functions»).

No podemos estar de acuerdo con esta posición, que, por lo demás, apenas ha encontrado seguimiento entre la doctrina norteamericana. Que se tratara de una ley judicial, la *Judiciary Act* de 1789, la enjuiciada por Marshall no es razón suficiente para entender que ello viniera a conformar un rasgo caracterizador de la primera doctrina sobre la *judicial review*. Basta con atender a otros casos anteriores, planteados ante tribunales federales o estatales, en los que se suscitó la cuestión de la facultad de revisión judicial, para constatar la falta de fundamento de la posición de Clinton.

E) Para finalizar, y aunque esta cuestión no tenga que ver tanto con la caracterización de la *judicial review* cuanto con el rol que, al hilo del ejercicio de esta facultad, va a asumir la *Supreme Court*, creemos de interés decir algo al respecto. En *Cooper v. Aaron*, un caso decidido en septiembre de 1958, que se alinea en la dirección del célebre *Brown v. Board of Education* (1954), y por tanto, de supresión de la segregación racial en la escuela, la Corte, por primera vez en su historia, se arrogó de modo expreso para sí misma la facultad exclusiva de interpretar la Constitución, dando por supuesto que venía ejerciendo tal facultad desde la *Marbury opinion*. Pero eso no es exactamente así. En ningún momento el *Chief Justice* y sus colegas se consideraron ellos mismos los árbitros últimos de las opciones políticas constitucionales de la nación, o lo que igual, «the final arbiter of the Constitution». Es una opinión generalmente reconocida, que ni en *Marbury* ni en ninguna otra sentencia de la *Marshall Court*, ésta reivindicó para sí una autoridad «exclusiva» para interpretar la ley fundamental o una autoridad última para hacerla respetar por las otras dos «ramas» del gobierno federal. Se ha llegado incluso a entender, que la sentencia que venimos analizando sos-

tiene explícitamente la igualdad del rol del Congreso en lo que hace a la interpretación constitucional cuando afirma en el prgfo 157: «(I)t is apparent, that the framers of the constitution contemplated that instrument, as a rule for the government of courts, as well as of the legislature» (267). Pero no podemos suscribir esta interpretación, que nos parece por entero forzada.

(267) Robert Lowry CLINTON, «*Marbury v. Madison*, Judicial Review, and the Constitutional Supremacy...», *op. cit.*, p. 88.