

LA *JUDICIAL REVIEW* EN LA CONVENCION CONSTITUCIONAL DE FILADELFIA Y EN EL PRIMER CONGRESO
(The *judicial review* in the Philadelphia's Constitutional Convention and in the First Congress)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (*)

SUMARIO: I. LOS POSICIONAMIENTOS MÁS SIGNIFICATIVOS EN TORNO A ESTA CUESTIÓN POR PARTE DE LA CONVENCION DE FILADELFIA. 1. LA IDEA DE LA CONSTITUCION COMO *THE SUPREME LAW OF THE LAND*. 2. LA VISION DE LA *JUDICIAL REVIEW* POR LOS CONSTITUYENTES. II. LA CONSTITUCION FEDERAL ANTE LAS CONVENCIONES ESTATALES DE RATIFICACION. 1. ALGUNOS POSICIONAMIENTOS SOBRE LA *JUDICIAL REVIEW* EN ESTAS CONVENCIONES. 2. LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y EL ENFRENTAMIENTO DOCTRINAL QUE DESENCADENÓ EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION. "PUBLIUS VS. BRUTUS". 3. LA CONSTRUCCION DOGMÁTICA DESARROLLADA POR HAMILTON EN EL NÚMERO LXXVIII DE LOS *FEDERALIST PAPERS* ACERCA DE LA *JUDICIAL REVIEW*: A) PROEMIO: LAS PREVENIONES DE MADISON EN EL NÚMERO XLVIII FRENTE AL PELIGRO DE *AN ELECTIVE DESPOTISM*. B) LA VISION HAMILTONIANA DEL *JUDICIARY* COMO *THE LEAST DANGEROUS*

(*) Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la *Università degli Studi di Messina* (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con sede en Lima. Autor de 36 libros y de más de medio millar de artículos publicados en obras colectivas y revistas científicas de una veintena de países de Europa y América Latina.

BRANCH. C) LA DOCTRINA DE HAMILTON ACERCA DEL VOIDING POWER DEL PODER JUDICIAL. III. EL FIRST CONGRESS, LA JUDICIARY ACT DE 1789 Y LA JUDICIAL REVIEW. IV. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La concepción de la Constitución como ley suprema fue admitida claramente en la Convención Federal y la cláusula constitucional de supremacía lo confirma, pero el reconocimiento de la doctrina de la revisión judicial de la legislación suscitó mayor controversia. En cualquier caso, aunque los constituyentes no introdujeron en la Constitución una cláusula específica sobre la revisión judicial de la legislación, hay argumentos suficientes para entender que tal facultad judicial fue implícitamente admitida. Algunas Convenciones estatales de ratificación de la Constitución vieron en el poder judicial federal un instrumento de control constitucional cuya competencia y también deber era declarar que la ley incompatible con la Constitución era nula. Con ocasión de la Convención de Nueva York, la cuestión se planteó con toda claridad. En el número 78 del *Federalista*, Hamilton trató y defendió la revisión judicial de la legislación. Tras considerar que la Constitución contenía ciertas limitaciones específicas respecto del legislativo, escribió que las limitaciones de este tipo solo se podían mantener en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber debía de ser declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido evidente de la Constitución. Frente a los seguidores de la teoría tripartita de la interpretación constitucional, Hamilton sostuvo que era mucho más racional suponer que los tribunales fueron concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el poder legislativo, con la finalidad, entre otras cosas, de mantener al último dentro de los límites establecidos a su autoridad.

Además, la interpretación de las leyes era una competencia propia y peculiar de los tribunales, y la Constitución, de hecho, era contemplada por los jueces como una ley fundamental. Por último, el Primer Congreso, en la trascendental Sección 25 de la Ley del Poder Judicial (1789), según lo que parece, asumió que tanto los tribunales estatales como los federales iban a ejercer la facultad de revisar las leyes con fundamento en su constitucionalidad.

Palabras clave: “Brutus”, Cláusula de supremacía, Convención Constitucional de Filadelfia, Convenciones estatales de ratificación, El Federalista, Alexander Hamilton, *Judicial review*, Ley del Poder Judicial Federal (1789), James Madison, “Publius”, Primer Congreso, Robert Yates.

Abstract: The conception of the Constitution as a fundamental law was clearly recognized in the Constitutional Convention, as it confirms the supremacy clause, but the acknowledgement of the judicial review’s doctrine caused a bigger controversy. In any case, although the constituents did not insert in the Constitution an specific clause about the judicial review of legislation, there are numerous arguments for understanding that a such judicial province was implicitly admitted. Some state ratifying Conventions saw in the federal judiciary an instrument of constitutional check whose province and duty was to declare that the law incompatible with the Constitution was void. On the occasion of the New York’s Convention the subject was clearly expounded. In the number 78 of the *Federalist Papers* Hamilton dealt with and upheld the judicial review of the legislation. After the consideration that the Constitution contained certain specified limitations to the legislative, he wrote that the limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Opposite to the followers of the tripartite theory of constitutional interpretation, Hamilton hold that it is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. In addition to this, the interpretation of the laws was the proper and peculiar province of the courts, and the constitution was, in fact, regarded by the judges as a fundamental law. Finally, the First Congress, in the transcendental Section 25 of the Judiciary Act (1789), to all appearances, assumed that the state courts as well as federal courts would perform the power to review statutes on the grounds of constitutionality.

Key words: “Brutus”, The Federalist Papers, First Congress, Alexander Hamilton, Judicial review of legislation, Judiciary Act (1789), James Madison, Philadelphia’s Constitutional Convention, “Publius”, Ratifying Constitutional Conventions, Supremacy clause, Robert Yates.

I. LOS POSICIONAMIENTOS MÁS SIGNIFICATIVOS EN TORNO A ESTA CUESTIÓN POR PARTE DE LA CONVENCION DE FILADELFIA

1. *La idea de la Constitución como the supreme law of the land.*

I. Entre el 25 de mayo y el 17 de septiembre de 1787 se reunía en la *State House* de Filadelfia una Convención federal con la inicial intención de rehacer los *Articles of Confederation* de 15 de noviembre de 1777 a cuyo través habían sido gobernados “los Estados Unidos de América”, denominación dada a esta Confederación, desde 1781, año en que firmaron ese documento los dos representantes del Estado de Maryland. Pocos años después, una Resolución del Congreso que representaba a los Estados Unidos, de 21 de febrero de 1787, resolvía la conveniencia de que el segundo lunes del mes de mayo entrante se celebrara en Filadelfia una Convención de delegados, designados por los diversos Estados “con el objeto único y expreso de revisar los Artículos de la Confederación y de presentar dictamen al Congreso y a las distintas Legislaturas sobre las alteraciones y adiciones a los mismos que sean necesarias a fin de adecuar la Constitución federal a las exigencias del Gobierno y al mantenimiento de la Unión, una vez aprobadas por el Congreso y ratificadas por los Estados”.

Desde hace bastante más de un siglo viene siendo objeto de discusión doctrinal la cuestión de si los *Founding Fathers* tuvieron o no la intención de que el *federal judiciary*, esto es, el poder judicial federal, pudiera declarar sin ningún efecto una ley del Congreso de resultas de su transgresión de las previsiones constitucionales. Por destacar un ejemplo significativo, ya en 1905 Corwin, antes de pasar él mismo a abordar el tema, se hacía eco de la reciente posición contrapuesta sustentada al respecto por dos prestigiosas autoridades(1). Y el paso de los años está lejos de haber desactivado esta polémica.

(1) Recordaba Corwin, que Cotton, editor de las “Constitutional decisions of John Marshall”, refiriéndose a la *Marbury decision*, señalaba: “La sentencia es el inicio del sistema americano de Derecho constitucional. En ella, Marshall anunció el derecho de la Corte Suprema a revisar la constitucionalidad de las leyes de la legislatura nacional y de los actos del ejecutivo”, apreciación que apoyaba, entre otros argumentos, en que: ningún tribunal de Inglaterra tenía tal facultad; no había una expresa autorización para ello en las palabras de la Constitución; la existencia de tal facultad judicial había sido negada por las demás

II. La idea de la supremacía de un bloque normativo, que había de quedar en una posición de superioridad sobre el Derecho emanado de los Estados, y a la que se habían de anudar ciertas consecuencias jurídicas, estuvo muy presente desde el primer momento en la Convención de Filadelfia. Una prueba fehaciente de ello la encontramos en que el 21 de marzo de 1787, esto es, en los mismos prolegómenos del Congreso Constituyente, por unanimidad, el Congreso aprobaba una resolución que anticipaba la *supremacy clause*. A través de la misma, se acordaba, “that the legislatures of the several states cannot of right pass any act or acts, for interpreting, explaining or construing a national treaty or any part of clause of it; nor for restraining, limiting or in any manner impeding, retarding, or counteracting the operation and execution of the same, for that on being constitutionally made, ratified and published, they become in virtue of the confederation, part of *the law of the land*, and are not only independent of the will and power of such legislatures, but also binding and obligation upon them”(2). Ciertamente, esta cláusula venía referida a los tratados y se dirigía a las Legislaturas estatales, pero al margen de ello, la alusión que en ella se hacía a ese *law of the land* ya parecía anticipar, que se reconocía un bloque de normas de rango superior y de carácter vinculante, al que, innecesario es decirlo, debía incorporarse con un especial protagonismo la futura Constitución.

No se puede ignorar a este respecto, que los delegados de los Estados que se iban a reunir en Filadelfia el 14 de mayo de 1787, iniciando formalmente sus trabajos once días después y clausurándolos el 17 de septiembre, habían expresado su deseo de redactar una Constitución, pues desde el primer momento estuvieron de acuerdo en que no

“ramas” del gobierno y por la mayoría dominante del país, y además, tal facultad no había sido anticipada claramente por los *Framers*. En una posición contrapuesta se situaba el Profesor McLaughlin, en su obra *Confederation and the Constitution*, pues aunque admitía que era difícil hablar con absoluta seguridad, deducía la facultad de la *judicial review* de la cláusula constitucional que extiende el poder judicial de los Estados Unidos a todos los casos “originados conforme a esta Constitución”. Consideraba McLaughlin, que por la fuerza de la lógica, si es que no a causa del propósito consciente de los miembros de la Convención, se concedió esta facultad judicial para declarar sin ningún efecto una ley del Congreso contraria al *law of the land*. CORWIN, Edward S. (1905-1906): 616.

(2) *Apud* CLINTON, Robert Lowry (1989): 61.

bastaba para la consecución de sus fines con una simple reforma de los “Artículos de la Confederación y Unión perpetua”, y por otro lado, de acuerdo con el apotegma ampliamente aceptado de Emmerich de Vattel, que ya antes había inspirado el pensamiento del célebre abogado bostoniano James Otis, los legisladores no podían alterar el texto constitucional sin que ello se tradujera en una anulación de su autoridad.

Vale la pena recordar algunas de las premonitorias reflexiones que Vattel (1714-1767), el gran jurista y filósofo suizo, hacía en su obra clave, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souveraines* (1758), cuyo impacto sobre el pensamiento jurídico norteamericano será enorme. En el capítulo III del Libro 1º de su obra, nuestro autor abordaba lo relativo a “la constitución del Estado y los derechos y deberes de las naciones a este respecto”(3). En él, Vattel se planteaba la cuestión de hasta dónde llegaba la capacidad del poder legislativo: ¿Alcanza hasta modificar la constitución o, por el contrario, ésta no puede ser alterada por ese poder? La respuesta del suizo es de una asombrosa modernidad, no obstante haber sido escrita hace más de un cuarto de milenio:

“The question –argumenta Vattel– arises whether their power extends to the fundamental laws, whether they (the legislative power) can change the constitution of the State. The principles we have laid down lead us to decide definitely that the authority of these legislators does not go that far, and that the fundamental laws must be sacred to them, unless they are expressly empowered by the nation to change them; for the constitution of a State should possess stability; and since the Nation established it in the first place, and afterwards confided the legislative power to certain persons, the fundamental laws are excepted from their authority. It is clear that the society had only in view to provide that the State should be furnished with laws enacted for special occasions, and with that object it gave to the legislators the power to repeal existing civil laws, and such public ones as were not fundamental, and to make new ones. Nothing leads us to think that it wished to subject the constitution itself to their will. In a word, it is from the constitution, that the legislators

(3) VATTEL, Emmerich de (1964): 17-19.

derive their power; how, then, could they change it without destroying the source of their authority?”. (La cuestión que se plantea es la de si su poder ---el de los legisladores o poder legislativo--- se extiende a las leyes fundamentales, si ellos pueden cambiar la constitución del Estado. Los principios que hemos establecido nos conducen a decidir definitivamente, que la autoridad de estos legisladores no va tan lejos, y que las leyes fundamentales deben ser sagradas para ellos, a menos que sean expresamente facultados por la nación para cambiarlas, pues la constitución de un Estado debe poseer estabilidad, y ya que la nación la estableció en primer lugar y después confió el poder legislativo a ciertas personas, las leyes fundamentales están exceptuadas de su autoridad. Es claro que la sociedad tenía tan solo en consideración disponer que el Estado fuera equipado con leyes promulgadas para ocasiones especiales, y con ese objetivo dio a los legisladores la facultad de derogar las leyes civiles existentes y las públicas que no fueran fundamentales, y la de hacer nuevas leyes. Nada nos conduce a pensar que deseara sujetar la misma constitución a su voluntad. En una palabra, es de la constitución de donde los legisladores derivan su poder; ¿cómo, entonces, podrían cambiarla sin destrozar la fuente de su autoridad?).

La argumentación de Vattel nos parece impecable. Su reflexión final de que la modificación por el poder legislativo de la constitución equivaldría a destrozar la fuente de autoridad en que aquél se apoya es incontrovertible y deja manifiestamente puesta de relieve la idea de una constitución anterior a la propia existencia de tal poder, y en la que ese mismo poder justamente encuentra su razón de ser. Pero la constitución no sólo es anterior, sino también superior, pues no otra cosa se infiere de esta otra reflexión de Vattel:

“The constitution of a State and its laws are the foundation of public peace, the firm support of political authority, and the security for the liberty of the citizens. But this constitution is a mere dead letter, and the best laws are useless if they be not sacredly observed. (...) To attack the constitution of a State and to violate its laws is a capital crime against society; and if the persons who are guilty of it are those in authority, they add to this crime a perfidious abuse of the power confided to them” (La constitución de un Estado y sus leyes son el fundamento de la paz pública, el firme apoyo de la autoridad

política y la seguridad para la libertad de los ciudadanos. Pero esta constitución es una mera letra muerta, y las mejores leyes son inútiles si no se respetan sagradamente. (...) Atacar la constitución de un Estado y violar sus leyes es un crimen capital contra la sociedad, y si las personas que son culpables de ello son las que tienen autoridad, añaden a este crimen un pérfido abuso del poder que se les ha confiado).

Si la constitución asegura la libertad de los ciudadanos y es el fundamento de la paz pública es obvio que se sitúa por encima de cualquier poder del Estado y por lo tanto, también del poder legislativo.

A la vista de todo lo expuesto, se puede entender que no hubiera necesidad en Filadelfia de transigir sobre la cuestión de si la nueva constitución que se pretendía elaborar tenía que ser la “suprema ley de la tierra”, pues este rasgo se iba a aceptar con toda naturalidad, a la vista de que, posiblemente, el más serio defecto de los *Articles of Confederation* había sido su fracaso en proporcionar al gobierno central un medio de hacer cumplir sus decisiones, siendo el resultado de ello, que el gobierno nacional era en la práctica inferior a los de los Estados miembros incluso en lo atinente a los objetivos que la Confederación pretendía inicialmente alcanzar.

III. Los constituyentes reunidos en Filadelfia iban a pasar a visualizar la Constitución como *the supreme law of the land*, y en sintonía con tal superioridad, las leyes aprobadas por el legislativo, con independencia ya de que se tratara de las Legislaturas estatales o del Congreso de la Unión, iban a considerarse válidas, y por lo mismo aplicables, tan solo si se hallaban de acuerdo con la Constitución. Enormemente significativa al respecto iba a ser la llamada cláusula de supremacía (*supremacy clause*) del párrafo segundo del art. VI de la misma Constitución, a cuyo tenor:

“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, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding”.

(Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se hagan de conformidad con ella, y todos los tratados celebrados o que se puedan celebrar bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país, y los jueces en cada Estado estarán obligados por ellas, aun cuando hubiese alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado).

Aunque no es desde luego una interpretación pacífica entre la doctrina, a nuestro entender, en esa cláusula de superioridad o supremacía, de alguna manera, ya se hallaba latente la *judicial review*, pues de nada valía proclamar la superioridad de unos determinados textos normativos si los mismos podían ser transgredidos por los legisladores sin que mediase ninguna posibilidad de respuesta jurídica. Quiere ello decir que, por lo menos de modo implícito, la *supremacy clause* suponía un mecanismo de fiscalización de las leyes, estatales desde luego, pero también de las federales, a los efectos de poder verificar su conformidad o disconformidad con la Constitución.

2. *La visión de la judicial review por los constituyentes.*

I. Más trascendencia que la visualización del precepto constitucional en que podía encontrar cobertura el ejercicio de la *judicial review* creemos que presenta intentar ver si, aunque fuera de modo implícito, los *Founding Fathers* hicieron suya esta doctrina, de la que había un buen número de precedentes tanto en la época colonial como, tras la Independencia, a nivel estatal. A lo largo del tiempo, en realidad hasta nuestros mismos días, la doctrina norteamericana ha venido prestando una particular atención a lo que se conoce como “the Framers intent”, esto es, a la posible recepción constitucional por los delegados estatales reunidos en Filadelfia de la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, a cuyo efecto se ha venido atendiendo a una multiplicidad de variables, como por ejemplo, el proceso de selección de los miembros de la Convención de Filadelfia, las posiciones expresadas en la propia Convención, el proceso asimismo de selección de los miembros de las Convenciones estatales de ratificación de la Constitución federal, las posturas explicitadas en esas Convenciones, el debate público sobre la ratificación, los diversos acontecimientos de la época indiciarios de los puntos de vista sobre el *judiciary* mantenidos por los miembros de la Convención Constitucional...

Westin ha compendiado las diferentes posiciones sustentadas por la doctrina en estos cuatro bloques(4): 1) Los *Framers*, conscientemente, previeron la *judicial review* de las leyes del Congreso a través de específicos términos acogidos a tal efecto por la Constitución. 2) Los *Framers*, asimismo de modo consciente, asumieron que esta facultad judicial fluiría como la resultante normal de otras competencias dadas a los tribunales, al igual que de la propia lógica dimanante de una Constitución escrita que crea un gobierno limitado. 3) Los *Framers* se mostraron indecisos acerca de la *judicial review of legislation*, finalizando la Convención sin una resolución consciente respecto a si esta facultad judicial podía o no desarrollarse. 4) En fin, los *Framers* consideraron la cuestión de la *judicial review* y de modo deliberado la dejaron fuera de la Constitución, a causa de que una mayoría de ella no se hallaba convencida acerca de su acierto o necesidad. Durante décadas, han sido las posiciones segunda y tercera las que han concitado un mayor apoyo doctrinal, aunque también es cierto que la primera y la última han concitado de vez en cuando algún apoyo.

Centrándonos ahora en algunas posiciones doctrinales concretas que nos parecen especialmente significativas, hemos de comenzar recordando a Thayer, quien en un clásico y muy conocido trabajo(5), afirmaba: “In the Federal convention of 1787, while the power of declaring laws unconstitutional was recognized, the limits of the power were also admitted”(6). Quizá haya sido Beard, hace ya un siglo, quien de modo más rotundo, en un sólido y bien convincente trabajo,

(4) WESTIN, Alan F. (1962): 5.

(5) THAYER, James B. (1893-1894): 140.

(6) Creemos de interés precisar en una mínima medida cuáles son los límites a que alude Thayer. En esencia, podríamos reconducirlos a que sólo cuando la contradicción de la ley con la Constitución sea evidente se podrá aplicar esa facultad de los jueces, planteamiento que desde luego encuentra precedentes doctrinales y jurisprudenciales en los primeros años de vida constitucional, de los que el propio autor se hace eco en su trabajo, y en los que nos parece que late el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Para Thayer, esta regla era “algo más que una forma de lenguaje, que una mera expresión de cortesía o deferencia” (THAYER, James B., *Ibidem*, p. 143). Abundando en esta misma idea, escribía Thayer más adelante: “It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, —so clear that it is not open to rational question. This is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply” (*Ibidem*, p. 144).

mostrara cómo la *Constitutional Convention* asumió la doctrina de la *judicial review*(7). Y lo hizo precisamente en respuesta a la posición de quienes, como el *Chief Justice* de la Corte Suprema de Carolina del Norte, Walter Clark, el Decano William Trickett, de la *Dickinson Law School*, el Profesor Louis B. Boudin y algunos otros relevantes escritores jurídicos, negaban que los *Framers* hubieran autorizado ni explícita ni implícitamente que el *federal judiciary* se pronunciara sobre la constitucionalidad de las leyes.

En fechas no tan alejadas, ubicándose en similar posición, Wright señalaba que hay pruebas suficientes que demuestran que un cierto número de *Framers* asumieron que la *judicial review* sería ejercida tanto por los tribunales federales como por los estatales, en relación tanto a la legislación federal como estatal. Y aunque el número de manifestaciones al respecto no sea grande, el mero hecho de que tales puntos de vista fueren expresados y sólo muy raramente cuestionados, aunque ninguna propuesta expresa de constitucionalización de esta facultad de revisión judicial se hiciera, es indicativo de que se presuponía que ninguna sanción constitucional expresa se requería para el ejercicio de esta facultad judicial(8). Hace pocos años, de modo similar, Prakash y Yoo argumentaban(9), que los delegados a la Convención asumieron que la *judicial review* existía al margen de cualquier redacción constitucional que pudiera pensarse para autorizar de modo específico cualquier forma de revisión judicial (“prior to any language that could be thought to specifically authorize any form of judicial review”).

La argumentación con la que, a renglón seguido, Thayer sustenta su regla presenta una más que notable modernidad, pese a los más de 120 años transcurridos desde que su autor la formulara. Considera Thayer, que “esta regla reconoce que habiendo considerado las grandes, complejas y siempre amplias exigencias de gobierno, mucho de lo que parecerá inconstitucional a un hombre o cuerpo de hombres, puede razonablemente no parecerlo así a otro; que la Constitución admite con frecuencia diferentes interpretaciones; que hay a menudo una variedad de opciones y de juicios; que en tales casos la Constitución no impone sobre la legislatura ninguna opinión específica, sino que deja esta variedad de opciones, y que cualquier opción que es racional, es constitucional”. “This is ---concluye Thayer--- the principle which the rule that I have been illustrating affirms and supports”. (*Ibidem*, p. 144).

(7) Cfr. al respecto, BEARD, Charles A. (1912): 1 y ss.

(8) WRIGHT, Benjamin F. (1967): 16.

(9) PRAKASH, Saikrishna B. and YOO, John C. (2003): 953.

No han faltado, desde luego, interpretaciones contrarias o que han matizado sensiblemente las precedentes consideraciones. Entre ellas, quizá ninguna ha suscitado tanta polémica como la de Crosskey, cuya posición puede condensarse en estas palabras. “judicial review was not meant to be provided generally in the Constitution as to acts of Congress, though it was meant to be provided generally as to the acts of the states, and a limited right likewise was intended to be given to the Court, even as against Congress, to preserve its own judiciary prerogatives intact”(10). Esta tesis de que la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes se pensó en sede constituyente como un instrumento de fiscalización casi exclusivo de la legislación estatal, esto es, como una suerte de “control de federalidad”, ha dado lugar a una notable, incluso agria, polémica. Sin ánimo de entrar en ella, aludiremos tan sólo, dada la personalidad del objetante, a las ácidas reflexiones vertidas por Hart, quien, cervantinamente, comienza diciendo, que el “Don Quixote of Chicago” “rompe demasiadas lanzas en sus violentos ataques (“his onslaughts”) contra los molinos de viento de la historia constitucional como para permitir una detallada revisión de cada aventura”(11). Para Hart, si la transcrita afirmación de Crosskey finalizara con la palabra “states”, omitiendo el último inciso, uno podría haber dicho que tal tesis era muy discutible antes que muy clara, pero a la vista de la totalidad de su tesis, la posición de Crosskey se halla, siempre según Hart(12), simplemente sin relación con la realidad. Con su modelo, “el caballero de La Mancha” (“the Knight of La Mancha”) ha construido su propio mundo de nunca jamás (“a never-never world of his own”), cuyo encanto, si es que lo tiene, reside en su ocasional iluminación de las paradojas y debilidades del mundo real.

Al margen ya de las polémicas, es claro que la Convención Constitucional, formalmente, dejó sin resolver la cuestión del órgano u órganos que habrían de reaccionar jurídicamente cuando las normas dotadas de esa superioridad o primacía fueran vulneradas por otras de rango inferior. Para captar el problema subyacente es importante

(10) CROSSKEY, William Winslow (1953): Vol. II, 1007.

(11) HART, Jr., Henry M. (1953-1954): 1456.

(12) HART, Jr., Henry M. (1953-1954): 1457.

tener presente, que en 1787 existía una cierta preocupación, a la que no escaparían los *Framers*, ante al peligro que podía acechar a los Estados de opresión por un distante gobierno federal, que se visualizaba en el temor hacia un “legislative despotism”(13). Y no puede descartarse que a ese temor se uniera otro más irreal y abstracto si se quiere en relación al instrumento de la *judicial review*. Es posible que algunos de los *Founding Fathers* pensarán que esa idea omnipresente desde tiempos lejanos de un *fundamental law*, aunque plasmada ahora en una Constitución escrita, era, valga la redundancia, tan fundamental, tan diferente del Derecho ordinario, que su invocación tenía que ser un ejercicio político excepcional y muy delicado. En ello ha visto Wood una razón explicativa del hecho, a nuestro juicio harto discutible, casi nos atreveríamos a decir que casi por entero insostenible, de que buen número de delegados de la Convención miraran la nulidad judicial de la legislación con un sentido de temor y asombro (“with a sense of awe and wonder”)(14). Pero sin descartar de raíz la existencia entre algunos de los delegados estatales de la preocupación señalada, no parece que pueda verse en la misma un obstáculo impenetrable de la suficiente entidad como para explicar la ausencia en la Convención de un debate en profundidad en torno al tema, que además, en absoluto fue ignorado, por cuanto, como ya se ha dicho, en la Convención no faltaron delegados que se mostraron claramente favorables a la *judicial review*; más aún, hay evidencia de que algunos de los *Founding Fathers*, Hamilton de modo muy particular, contemplaron la facultad de revisión judicial como una potestad a través de la cual una élite judicial independiente podía atenuar los excesos democráticos de las legislaturas mediante la afirmación de los “equilibrios políticos republicanos” (“the republican political balances”) inherentes a la Constitución(15); por supuesto, otros delegados, una pequeña minoría en cualquier caso, se opusieron a esta doctrina(16). Y desde luego, y esto es importante que se tenga presente, los *Framers* no arrancaron el concepto de *judicial review* del

(13) BERGER, Raoul (1974): 8.

(14) WOOD, Gordon S. (1999): 796.

(15) WHITE, G. Edward (1988): 24.

(16) De la relativa discusión habida en la Convención en torno a esta cuestión se ha hecho eco Beard. Cfr. al efecto, BEARD, Charles (1962): 46 y ss.

vacío; bien el contrario, ellos volvieron la vista atrás, a la declaración del Juez Edward Coke en el *Bonham's case* (1610). Esto parece que está fuera de cualquier duda(17).

II. La *judicial review* llegó a ser un tópico para la discusión en la Convención sólo después de que una propuesta emanada de Madison (el denominado *Virginia Plan*) para la adopción de un llamado *Council of Revision* hubiese sido considerada y discutida entre el 17 y el 21 de julio de 1787(18). Tal órgano, que tenía precedentes en algunas Constituciones estatales, como sería el caso de la Constitución de Nueva York de 1777(19), debía quedar integrado por el Presidente y por miembros del *Judiciary*, otorgándosele una facultad de veto frente a las leyes cuando ello se entendiere apropiado, lo que ha de presuponerse que acontecía cuando la ley entrase en contradicción con la Constitución. El *Council of Revision* fue rechazado, dando por cierto paso a la potestad de veto presidencial, al percibirse como una violación del trascendental principio constitucional de la división de poderes, pero también porque varios delegados, entre ellos dos tan notables como Elbridge Gerry y Rufus King, esgrimieron que la específica inclusión del *Judiciary* en ese Consejo era de todo punto innecesaria en cuanto que, como jueces, dispondrían de la facultad de llevar a cabo un control sobre la legislación (“a check on legislation”) a fin de pronunciarse sobre su constitucionalidad. Dicho de otro modo, estos delegados partían de la presuposición de que los jueces tenían entre sus facultades la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. En la misma dirección, un tan relevante estudioso del tema como Corwin, recuerda(20), que cuando se debatió la proposición relativa al *Council of Revision*, varios relevantes delegados, como

(17) En similar sentido, BERGER, Raoul (1974): 23.

(18) En ello converge toda la doctrina que se ha ocupado del tema. Así, por ejemplo, DIONISOPOULOS, P. Allan, and PETERSON, Paul (1984-1985): 56-57.

(19) La Constitución newyorkina de 1777 creó un *Council of Revision* integrado por el Gobernador, el *Chancellor* y los miembros de la Corte Suprema del Estado, órgano que tenía como misión principal revisar la legislación y los proyectos de leyes y ejercer un veto limitado sobre su aprobación. Este órgano debió ejercer un gran atractivo sobre Madison, lo que le condujo a incorporarlo al llamado *Virginia Plan* (mayo de 1787), que poco después fue discutido en la Convención Constituyente.

(20) CORWIN, Edward S. (1905-1906): 619.

Gerry de Massachusetts, Wilson de Pennsylvania, Mason de Virginia y Luther Martin de Maryland, sostuvieron en diferentes momentos la facultad de la *Supreme Court* y del resto de los tribunales de pronunciarse, con ocasión de un litigio del que estuvieran conociendo, sobre la constitucionalidad de la legislación del Congreso.

Deteniéndonos ahora en algunas de esas intervenciones, cabe recordar, que Elbridge Gerry significó, que en algunos Estados, con general aprobación, los jueces habían dejado de lado leyes al considerarlas contrarias a la Constitución. Luther Martin, rechazando la fórmula del *Council of Revision*, declararía a su vez, que “as to the constitutionality of laws, that point will come before the Judges in their proper official character. In this character they have a negative on the laws. Join them with the Executive in the revision, and they will have a double negative”(21). Y George Mason, el hombre al que la doctrina(22) ha otorgado el desempeño de un rol realmente protagonista en la redacción tanto de la primera Constitución de un Estado, el suyo propio, Virginia, como del *Bill of Rights* federal, esto es, de la primera Declaración de Derechos norteamericana, plasmada en las diez Enmiendas iniciales a la Constitución, propuestas al Congreso en su primera sesión y ratificadas finalmente el 15 de diciembre de 1791, se iba a manifestar de acuerdo con Martin acerca de la existencia de la *judicial review*, mostrando su discrepancia tan sólo respecto de la consideración del delegado de Maryland acerca de la existencia de “a double negative”, por cuanto para Mason los jueces tan sólo podían impedir en un caso la aplicación de las leyes: “They could declare an unconstitutional law void”(23).

Si el establecimiento de un “separate body of men” con vistas a que se pronunciara sobre la constitucionalidad de las leyes no dejaba de suscitar problemas(24), la peculiar formación de los jueces, que Elliott

(21) *Apud* BILDER, Mary Sarah (2006): 549.

(22) SCHWARTZ, Bernard (1989): 22-23.

(23) Bien es verdad que tras esa afirmación George Mason apostillaría: “But with regard to every law however unjust, oppressive or pernicious, which did not come plainly under this description, they would be under the necessity as Judges to give it a free course”. *Apud* TREANOR, William Michael (2005-2006): 470.

(24) En 1890 Elliott escribía al respecto lo que sigue: “Nothing could be gained by establishing a separating body of men to pronounce upon the constitutionality of laws. Such

caracterizaría como “the middlemen between the pure philosophers and the pure men of government”(25), parecía capacitarles para esa tarea. En definitiva, se puede considerar un hecho constatado, que tanto algunos de los proponentes del *Council of Revision* como los delegados opuestos al mismo iban a admitir, que los tribunales se hallaban capacitados para revisar la validez de la legislación emanada del Congreso(26). En todo caso, lo que resulta absolutamente incontrovertible es que los delegados reunidos en la Convención de Filadelfia tuvieron un conocimiento directo de que los tribunales estatales venían afirmando la facultad de aplicar la propia Constitución del Estado por encima de la legislación estatal que la contradijera, no obstante no apoyarse tal facultad en específicas disposiciones constitucionales. No ha de extrañar por lo mismo que Warren haya considerado, que “there was a very particular reason why the framers should desire and contemplate similar action on the part of the Federal Judiciary which they were establishing in the new Constitution”(27).

III. La inexactitud de las actas de la Convención(28) impide una nítida percepción de los posicionamientos en torno al tema que nos ocupa, lo que puede contribuir a explicar que las interpretaciones doctrinales no sean coincidentes. Con todo, varios destacados autores, como quien fuera *Chief Justice* de la Corte Suprema, Charles Evans Hughes, en su clásica obra sobre la misma(29), o Berger, en su espléndido libro *Congress v. the Supreme Court*(30), han coincidido en otorgar notable relevancia al minucioso estudio llevado a cabo por Beard acerca de las posiciones de los *Framers* en torno a la *judicial review*, estudio al que ya

a tribunal would be liable to err as the legislature. *Quis custodiet custodes? Tribuni aut ephori?* ELLIOTT, Charles B. (1890): 240.

(25) ELLIOTT, Charles B. (1890): 240.

(26) En tal sentido, entre otros diversos autores, CURRIE, David P. (1985): 70.

(27) WARREN, Charles (1968): 43.

(28) Particularísima importancia tendrían al respecto las *Notes of the Debates* escritas por Madison. Dewey ha escrito que Madison fue tan consciente del significado político de sus *Notes*, que no quiso que fueran publicadas hasta que todos los miembros de la Convención hubieran muerto. Ello explicaría que sólo en 1840, pocos años después del fallecimiento de Madison, ocurrido en 1836, vieran la luz esas Notas. Cfr. al respecto, DEWEY, Donald O. (1984-1985); 436.

(29) HUGHES, Charles Evans (1928): 79.

(30) BERGER, Raoul (1974): 47-48.

hemos aludido y que, desde luego, nos parece bastante concluyente. En su cuidadoso análisis de las opiniones de los miembros de la Convención, Beard demuestra⁽³¹⁾, que de los 55 miembros de la Convención Federal que estuvieron presentes en sus reuniones, por lo menos un tercio de ellos mantuvo una escasa o nula participación en el debate, mientras que algunos otros, aún participando, tuvieron un mínimo peso en el mismo. Hubo 25 miembros que, por razones de su personalidad, capacidad y asiduidad (“by reason of character, ability and assiduity”) fueron el elemento dominante de la Convención (“the dominant element in the Convention”); pues bien, 17 de ellos se pronunciaron directa o indirectamente a favor del *judiciary control*, mientras que otros miembros menos influyentes también parecieron entender y aprobar esta función judicial. En relación a la misma cuestión, Wolfe⁽³²⁾ ha apostillado que, de entre quienes hablaron acerca de la *judicial review* en la Convención, sólo dos delegados rechazaron claramente que el *judiciary* pudiera disponer de tal facultad.

No es la anterior ni mucho menos una posición absolutamente pacífica entre la doctrina, ni lo ha sido nunca, tal y como ya hemos destacado. Hace ya un siglo, Trickett consideraba equívocos los datos que se desprenden de los debates en la Convención Federal, con base en que, aunque Gerry, Martin, Mason y Wilson había reconocido la facultad de los tribunales de apreciar si una ley era o no constitucional, pudiendo rehusar aplicarla en este último supuesto, otros delegados relevantes como Mercer, Dickinson y el Gobernador Morris, habían rechazado que los tribunales dispusieran de tal facultad⁽³³⁾. Tampoco la posición de Crosskey se ubica en la dirección favorable a la revisión judicial; para el destacado, y a la par polémico, Profesor de Chicago, la única evidencia relevante de las actas existentes de los debates de la Convención, esto es, de las anotaciones de Madison, es la que se conecta con el cuarto intento fallido (el 15 de agosto) del grupo Madison-Wilson de alcanzar su objetivo de un control judicial sobre la legislación nacional⁽³⁴⁾. Recuerda el mencionado autor, que este

(31) BEARD, Charles A. (1912): 3-4.

(32) WOLFE, Christopher (1986): 74.

(33) TRICKETT, W. (1907): 849.

(34) CROSSKEY, William Winslow (1953): Vol. II, 1018.

cuarto y último intento se formalizó a través de una moción presentada por Madison, con Wilson como su segundo firmante, encaminada a otorgar a la *Supreme Court* una facultad de veto discrecional sobre la legislación. Crosskey va incluso más allá cuando sostiene que la *tripartite theory of constitutional interpretation* es la que prevaleció en el partido Federalista cuando se formó el primer gobierno, lo que, dada la cercanía en el tiempo de la Convención Constituyente, le conduce a presuponer que esa fue asimismo la interpretación prevalente entre los Federalistas en el *Constitutional Congress*. De acuerdo con esa teoría, cada departamento del gobierno era el juez constitucional de sus propios poderes constitucionales, y cuando la decisión de algún asunto particular implicaba la intervención de más de un departamento, la cuestión había de ser resuelta entre los departamentos interesados⁽³⁵⁾.

La posición de Crosskey respecto al tratamiento de la doctrina de la *judicial review* por la Convención y, en particular, por Madison, exige de matizaciones inexcusables. La primera de ellas es que la postura de Madison no puede ser sublimada, pues en este punto es bien conocida por sus incongruencias y cambios de perspectiva. Incluso su propio biógrafo Irving Brant así lo reconoció. Por lo mismo, sus posicionamientos han de ser relativizados. Con todo, en la Convención, Madison se hizo eco del tema de la *judicial review*⁽³⁶⁾, señalando francamente en un determinado momento, que “a law violating a constitution established by the people themselves would be considered by the Judges as null and void”. Madison cuestionaría que la *Supreme Court* pudiera tener jurisdicción en aquellos casos que, aún entrañando una interpretación constitucional, carecieran de naturaleza judicial (“judiciary nature”), lo que por cierto en nada contradecía la doctrina de la *judicial review*, y el mismo día que defendía tal postura, sostenía que una cláusula específica prohibiendo las leyes con efecto retroactivo que dañen una obligación contractual (“retrospective laws impairing contract obligation”), esto es, lo que a la postre sería la muy relevante *contract clause*, era innecesaria,

(35) *Ibidem*, Vol. II, 1035.

(36) Así lo corrobora en un artículo específicamente dedicado al tema Ketcham. KETCHAM, Ralph L. (1956-1957): 159.

ya que ---decía Madison--- “the prohibition on *ex post facto laws*, which will oblige the Judges to declare such interferences (with contracts) null and void”. Dicho de otro modo, una ley que vulnerara la mencionada cláusula constitucional (y en coherencia con ello habría que entender que cualquier otra) era nula y sin ningún valor, y así había de ser declarada por los jueces. Ello venía a entrañar que, de hecho, para quien habría de ser el cuarto Presidente de los Estados Unidos resultaba innecesario el establecimiento de una específica cláusula constitucional que habilitara a los jueces para inaplicar leyes que entendieran en contradicción con la Constitución, pues ante disposiciones legislativas de este tipo a los jueces no les cabía otra opción que considerarlas *null and void*. Ciertamente es así, y ello es una prueba fehaciente de sus incongruencias, que un decenio después, en diciembre de 1798, Madison redactaba las *Virginia Resolutions*, en las que defendía el derecho de los Estados a decidir por sí mismos cuestiones de constitucionalidad, pero también lo es, que con posterioridad reconoció repetidamente la *judicial review*.

En resumen, al margen ya de las discrepancias doctrinales, no parece que puede caber duda de que la cuestión de la facultad judicial de revisión de la constitucionalidad de las leyes fue abordada por los delegados de la Convención, quizá no con la frontalidad que la misma habría requerido, muy posiblemente porque buen número de delegados consideraron que la *judicial review* era una función inherente al rol característico de los propios jueces, al relacionarla con la facultad propia de los jueces en cuanto “expositors of the law”, esto es, como comentaristas e intérpretes del Derecho⁽³⁷⁾, y nos atrevemos a sostener, que muy posiblemente esa fuera la última *ratio* por la que los delegados reunidos en Filadelfia no consideraron necesario dedicar una específica cláusula constitucional a la *judicial review*. Un significativo, y desde luego mayoritario (si se atiende a quienes realmente tuvieron protagonismo en la Convención), número de ellos se mostraron a favor de esta facultad judicial y, como ya se ha dicho, no consideraron inexcusable su constitucionalización al entender que la *judicial review* fluiría con toda naturalidad del rol característico que correspondía cumplir al *Judiciary*.

(37) En forma análoga, CORWIN, Edward S. (1913-1914): 561.

IV. Las interpretaciones que preceden no pueden, ni por supuesto pretenden, soslayar que los constituyentes, en último término, no sancionaron la plena aplicación del instituto de la *judicial review*. El silencio constitucional ha propiciado interpretaciones proclives a atisbar en la Convención una voluntad subyacente contraria a esta función judicial. Hace más de un siglo, Scott escribía: “The guiding spirits of the Convention were evidently reluctant to sanction the full application of this judicial function, at least in its use of testing states laws by the Constitution of the United States”(38). Pero como es evidente, también cabe interpretar tal silencio, y tras lo hasta aquí expuesto nos parece bastante obvio, en un sentido contrapuesto, esto es, en el de que los delegados estatales en la Convención no consideraron necesario plasmar en el por lo demás muy conciso articulado de la Constitución una función judicial que no solo formaba parte del rol comúnmente atribuido al *Judiciary*, sino que, de resultas en gran medida de la *supremacy clause*, bien podía asimismo considerarse implícita en el articulado constitucional. A este respecto, Berger ha zanjado el tema en términos rotundos, al considerar(39), que lejos de dejar un registro vago y conflictivo en cuanto a la *judicial review*, los *Framers* se pronunciaron de modo razonablemente claro acerca de que tal revisión judicial era parte del esquema constitucional (“was part of the Constitutional scheme”). Desde el principio hasta el final de la Convención Federal, añade Berger, la disponibilidad de la *judicial review* fue repetidamente mantenida por los delegados que ejercieron el liderazgo, siendo pocas y débiles las voces de los disidentes.

Acabamos de aludir a cómo la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes podía entenderse implícita en algunas de las previsiones constitucionales, habiéndonos hecho eco específicamente de la cláusula de supremacía. Pero aún habría que añadir, que una interpretación sistemática de diversos preceptos constitucionales refuerza todavía más nuestra anterior apreciación(40). Recordemos que

(38) SCOTT, Austin (1899): 465.

(39) BERGER, Raoul (1974): 335.

(40) La conclusión que los *Framers* plasmaron en el texto constitucional, a juicio de Berger, es completamente inteligible hoy. “When the Article VI Supremacy Clause ---argumenta este autor--- provision that laws made <pursuant to> this Constitution shall be <the Supreme Law of the Land> is real in conjunction with the Article III grant of

la *supremacy clause* del Art. VI y la sección segunda del Art. III (“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...”) suelen considerarse las normas que habilitan al *Judiciary* para el ejercicio de esta función. Es verdad que la formulación de la cláusula de supremacía no ha dejado de suscitar algunas dudas por parte de la doctrina. Autor tan versado en la materia como Corwin, hace ya un siglo, se planteaba en relación a esa cláusula algunos interrogantes⁽⁴¹⁾: ¿Por qué la Convención, una vez fijada la supremacía de la Constitución, consideró necesario ordenar a los jueces estatales que prefirieran la *supreme law of the land* frente a las leyes a ella subordinadas? Si se tiene en cuenta que cualquier doctrina de la *judicial review* debe descansar en parte sobre la idea de una ley superior a otra y si el hecho de la superioridad del Derecho nacional sobre el Derecho estatal no proporcionaba, a juicio de la Convención, la suficiente seguridad, ¿por qué no se entendía del mismo modo insuficiente la análoga superioridad de la Constitución respecto de las leyes del Congreso? La respuesta a estos interrogantes no deja de ser relativamente clara: los jueces a quienes se dirige el mandato del Art. VI son jueces estatales, esto es, jueces de una jurisdicción independiente; por lo mismo, la Convención consideró que su deber de priorizar el Derecho nacional frente al estatal debía ser declarado en términos inequívocos.

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

jurisdiction to entertain <cases... arising under this Constitution>, it seems plain that courts were authorized to decide that laws which were not pursuant to the Constitution were not the <Supreme Law of the Land>. To the ordinary understanding, a claim that a federal <law> is not <pursuant> to the Constitution presents a question <arising> thereunder. The attempts to deprive those texts of their ordinary meaning seem to me altogether unconvincing, and they are repelled by the expressions of the Founders who pointed out that those provisions made judicial review available”. BERGER, Raoul (1974): 335-336.

(41) CORWIN, Edward S. (1913-1914): 545.

preexistente, en cuanto connatural a la propia función desempeñada por el *Judiciary*.

II. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ANTE LAS CONVENCIONES ESTATALES DE RATIFICACIÓN

El Art. VII de la Constitución exigía su ratificación por las Convenciones de nueve Estados (de los trece en aquel momento existentes) para que la misma pudiese entrar en vigor, aunque tan solo en los Estados en que hubiese sido ratificada. Ello difería sensiblemente de lo establecido por los *Articles of Confederation*, que habían exigido la necesaria ratificación por los trece Estados. La trascendencia del proceso de ratificación, que algún autor ha tildado de “a sort of re-convention”(42), iba a ir mucho más allá del mero cumplimiento de un mandato constitucional. Los *Founders* comprendieron a la perfección que la autoridad constitucional iba a proceder, sustancialmente, del proceso de ratificación. Ni la tradición del *common law* ni la del Derecho natural iban a ocupar la imaginación jurídica americana, pues como escribe Kahn(43), los americanos pensaban que la creación de su identidad política había de verse en un acto de elaboración de Derecho positivo. Por lo mismo, el pensamiento político americano llegó a ser en gran parte “a matter of legal construction of the Constitution rather than abstract speculation”(44). Ignorar esta circunstancia sería ignorar un hecho central sobre la naturaleza política americana y sobre la propia Constitución.

El proceso de ratificación enfrentó a los defensores incondicionales de la carta constitucional, que iban a ser llamados “Federalistas”, que vieron en ella un instrumento de fortalecimiento de una nación hasta ese momento fragmentada, con los que se oponían a la misma, que en un primer momento serían identificados, desde una óptica puramente negativa, como los “anti-Federalistas” (reunidos posteriormente en el que se denominaría partido Republicano, que lideraría Jefferson), que estaban convencidos de que la creación de una autoridad centralizada

(42) GOLDSTONE, Lawrence (2008): 32.

(43) KAHN, Paul W. (1997): 1.

(44) FRIEDRICH, Carl J., and McCLOSKEY, Robert G. (1954): LVIII.

a la que se dotaba de poderes un tanto indefinidos y, por lo mismo, difícilmente controlables, era un primer paso hacia la tiranía.

La Constitución, como es de sobra conocido, omitió incluir en su articulado una declaración de derechos, según algún autor⁽⁴⁵⁾, muy posiblemente por creer los delegados reunidos en Filadelfia que las libertades individuales se hallaban implícitas en la Constitución que ellos diseñaron. Y aunque así no fuera, pues la interpretación precedente no deja de ser discutible, es bastante probable que los delegados tuvieran muy presente que todo lo atinente a las libertades individuales era una competencia estatal. En cualquier caso, esta omisión ha sido considerada por la mejor doctrina⁽⁴⁶⁾ como el gran error táctico de la Convención (“the one great tactical miscalculation of the Convention”). Y desde luego, los anti-Federalistas hicieron un *casus belli* de la inexistencia de un *Bill of Rights*, lo que finalmente se resolvió a través del compromiso que supuso la incorporación (formalizada, como ya dijimos, el 15 de diciembre de 1791) de las diez primeras Enmiendas al texto constitucional. No es irrelevante recordar ahora que, cuando así quedó establecido, Madison se pronunció en el sentido de visualizar a los tribunales como los guardianes de aquellos derechos, añadiendo de inmediato: “they would be an impenetrable bulwark against every assumption of power in the Legislative or executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for in the Constitution by the declaration of rights”⁽⁴⁷⁾. En el fondo de su reflexión, Madison estaba visualizando al *judiciary* como el último garante de los derechos constitucionales frente a cualquier posible vulneración de los mismos por los otros dos poderes federales, lo que en el caso de provenir tal violación del legislativo, por intermedio de un texto legal, entrañaba el reconocimiento latente de la facultad de revisión judicial de esos actos legislativos vulneradores de derechos.

Añadamos que, junto a los derechos, la otra gran cuestión objeto de controversia en las Convenciones estatales de ratificación fue

(45) GOLDSTONE, Lawrence (2008): 35.

(46) FRIEDRICH, Carl J., and McCLOSKEY, Robert G. (1954): LV.

(47) *Apud* WRIGHT, Benjamin F. (1967): 26-27.

la relativa al *federal judiciary*. Los anti-Federalistas mostraron su profunda preocupación por las disposiciones constitucionales relativas al poder judicial, al temer que los tribunales federales se pudiesen convertir en una auténtica amenaza contra las libertades locales(48).

1. *Algunos posicionamientos sobre la judicial review en estas Convenciones.*

I. En el ámbito del debate surgido en las Convenciones estatales de ratificación iba a hallarse presente, como no podía suceder de otro modo, la cuestión de la *judicial review*. En ellas, con el ánimo de calmar el temor que desencadenaba la posibilidad de futuros excesos por parte del Congreso, se dieron inequívocas seguridades acerca de que los tribunales declararían nulas las transgresiones de los límites constitucionales que se llevaran a cabo por el Congreso. Por lo demás, parece claro que en estas Convenciones no se suscitaron voces disidentes, ni de condena de la *judicial review*, ni de reivindicación de la supremacía legislativa. La doctrina ha recordado(49), que en al menos siete de esas Convenciones los líderes de los delegados declararon que la Constitución autorizaba la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Por contra, en ninguna de esas Convenciones negó nadie que los tribunales pudieran rehusar hacer cumplir las leyes federales inconstitucionales. Ni nadie admitió en ellas en ningún momento que desconociera o ignorara el mecanismo de la revisión judicial.

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

(49) PRAKASH, Saikrishna B., and YOO, John C. (2003): 956.

Particular relevancia iban a tener los posicionamientos vertidos sobre esta facultad de revisión judicial en las Convenciones de Virginia y Nueva York, y ello por razones muy diversas, que van desde el enorme peso específico de esos Estados en la Unión, hasta el hecho de vital trascendencia que se presuponía había de tener su posición sobre la Constitución en el éxito final del proceso de ratificación⁽⁵⁰⁾, pasando por la enorme relevancia intelectual y jurídica de varios de los delegados intervinientes en el debate desencadenado por la cuestión que nos ocupa en el seno de esas dos Convenciones. La propia trascendencia de la controversia que al respecto se suscitó en el Estado de Nueva York nos conduce a dedicarle un epígrafe específico, centrándonos ahora en Virginia y en algunas otras Convenciones estatales en las que la cuestión tampoco pasó ni mucho menos desapercibida.

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

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

“¿Tiene el gobierno de los Estados Unidos ---se interrogaba John Marshall--- un poder para hacer leyes sobre cualquier materia? ¿Puede hacer leyes que afecten al modo de transferir la propiedad, a los contratos, a las demandas entre ciudadanos del mismo Estado? ¿Puede ir más allá

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

de los poderes delegados? Si ellos hicieran una ley no autorizada por ninguna de las competencias enumeradas, tendría que ser considerada por los jueces como una infracción de la Constitución (“an infringement of the Constitution”) que ellos han de guardar. Ellos (en referencia ahora a los jueces) no considerarían que tal ley entrara en su jurisdicción. La declararían nula (“They would declare it void”)(51).

Madison confirmaría ante los delegados a la Convención de Virginia, que la Constitución autorizaba la *judicial review*. Ni siquiera los anti-Federalistas más furibundos negaron la existencia de la facultad de revisión judicial de la legislación federal. Su ataque provino justamente de la consideración de que este instrumento, que no cuestionaban, era ineficaz para combatir los posibles abusos del Congreso. Y así, Patrick Henry, su líder, esgrimió que el *federal judiciary* carecía de fuerza (“fortitude”) para ignorar las leyes inconstitucionales, pues no era lo suficientemente independiente del Congreso; éste, además, podía acusar (“to impeach”) a los jueces o, de modo alternativo, aumentarles sus salarios a fin de hacerlos más dóciles. Frente a la debilidad del poder judicial federal, Henry contraponía la fortaleza del *state judiciary*. “I take it ---diría Henry--- as the highest encomium of this country (Virginia), that the acts of the Legislature, if unconstitutional, are liable to be opposed by the Judiciary”(52). Como se puede ver, el líder de los anti-Federalistas llevaba a cabo en la Convención de su Estado una defensa encendida de la virtualidad de la *judicial review*, y si algo recriminaba al *federal judiciary* iba a ser justamente el no ver en él la fortaleza suficiente para ser capaz de, como hacían los tribunales virginianos, oponerse eficazmente a las leyes federales inconstitucionales. Nadie pareció cuestionar en la Convención de Virginia la conveniencia de la *judicial review*.

II. La controvertida cuestión, como antes dijimos, no iba a pasar desapercibida en otras Convenciones estatales. En la *Connecticut Ratifying Convention*, el 7 de enero de 1788, Oliver Ellsworth, que ocuparía la *Chief Justiceship* inmediatamente antes de Marshall, y a quien se atribuye de modo generalizado la paternidad de la *Judiciary*

(51) BEARD, Charles B. (1912): 25.

(52) *Apud* PRAKASH, Saikrishna, and YOO, John C. (2003): 962.

Act de 1789, en relación a la Constitución objeto de ratificación y al rol judicial frente a los posibles excesos que el legislador federal pudiera llevar a cabo, iba a mantener lo que sigue:

“Esta Constitución define la extensión de los poderes del gobierno general. Si la legislatura general, en alguna ocasión, pasara por alto sus límites, el departamento judicial haría un control constitucional (“a constitutional check”). Si los Estados Unidos van más allá de su competencia y hacen una ley que la Constitución no autoriza, es nula (“it is void”), y el poder judicial, los jueces nacionales, que, para asegurar su independencia, han de ser hechos independientes, la declararán nula. De otro lado, si los Estados van más allá de sus límites, si hacen una ley que es una usurpación respecto del gobierno federal, la ley es nula, y jueces rectos e independientes la declararán así...”(53).

La visión del *federal judiciary* como garante de la Constitución a través de la revisión judicial es inequívoca por parte de este gran jurista, que estaba llamado a presidir el Tribunal Supremo unos pocos años después.

En la Convención de Pennsylvania, los opuestos a la ratificación no dudaban acerca de que la Constitución autorizaba la *judicial review* de las leyes federales, cuestionando tan solo (como acontecería con John Smilie y Robert Whitehill), al igual que sucediera en Virginia por parte de algunos anti-Federalistas, la eficacia de tal mecanismo judicial. Frente a tales dudas, James Wilson, de modo harto convincente, iba a incluir la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes entre los diversos “checks on the federal government”. Sus argumentos iban a ser enteramente convincentes:

“I say, under this Constitution, the legislature may be restrained, and kept within its prescribed bounds, by the interposition of the judicial department (...). (I)t is possible that the legislature, when acting in that capacity, may transgress the bounds assigned to it, and an act may pass, in the usual mode, notwithstanding that transgression; but when it comes to be discussed before the judges – when they consider its principles and

(53) *Apud* KURLAND, Philip B., and LERNER, Ralph (1987): Vol. IV, 232.

find it to be incompatible with the superior power of the Constitution, it is their duty to pronounce it void. And judges, independent and not obliged to look to every session for a continuance of their salaries will behave with intrepidity and refuse to the act the sanction of judicial authority”(54).

Tampoco en la Convención de Maryland faltaron alusiones en relación a la función de garantía y salvaguarda de la Constitución que el *federal judiciary* estaba llamado a cumplir. En tal sentido, Luther Martin se manifestaba con toda claridad, como muestran estas reflexiones: “Whether, therefore, any laws or regulations of the Congress or any act of its president or the officers are contrary to, or not warranted by, the Constitution, rests only with the judges who are appointed by Congress to determine; by whose determinations every state must be bound”(55).

III. De los datos expuestos sería, desde luego, por entero exagerado extraer la conclusión de que el control judicial de constitucionalidad de las leyes fue objeto en las Convenciones de un detenido tratamiento y de una específica y generalizada aceptación. Que en buen número de ellas la cuestión salió a relucir, es evidente; que no fue objetada e incluso se aceptó por los anti-Federalistas, que vieron en la *judicial review* un instrumento de control de las posibles actuaciones inconstitucionales del Congreso, y que si algo objetaron frente a ella fue su convencimiento de que el *federal judiciary* no tendría la independencia suficiente para llevar hasta sus últimas consecuencias este mecanismo de fiscalización, también nos parece sustentable. Bien es verdad que, a modo de contrapartida, la *judicial review* de las leyes estatales llevada a cabo por el poder judicial federal no dejó de suscitar los más serios temores. En todo caso, lo que parece indiscutible es que el instituto de la *judicial review* fue planteado, debatido y, no sin ciertos matices, admitido en algunas de estas Convenciones.

Las Convenciones estatales de ratificación proyectaron el debate hacia los medios de comunicación. Fueron muchos los comentarios publicados en los periódicos y en diversos folletos acerca del signi-

(54) *Apud* PRAKASH, Saikrishna B., and YOO, John C. (2003): 956.

(55) *Apud* BEARD, Charles A. (1912): 26.

ficado de las previsiones constitucionales (innecesario es decir que *The Federalist Papers* vinieron a suponer el ejemplo paradigmático), lo que no cabe duda de que constituiría una fuente adicional de conocimiento del mayor interés, entre otras razones, por la personalidad y relieve de muchos de los participantes en ese debate público. Existe un amplio acuerdo entre la doctrina acerca de que tanto los escritores Federalistas como los anti-Federalistas convergieron en asumir que la Constitución autorizaba la *judicial review*, discrepando básicamente acerca de la operatividad de ese instrumento puesto a disposición de los jueces. Mientras los primeros se esforzaron por demostrar que la *judicial review* era un mecanismo de control de gran utilidad frente a los posibles excesos en que pudieran incurrir las dos grandes *branches* del gobierno federal, los segundos minimizaban su importancia por la supuesta falta de independencia del poder judicial federal. Vale la pena recordar las reflexiones publicadas en la edición del 21 de enero de 1788 del *Daily Advertiser* de Nueva York por John Stevens, Jr., bajo el seudónimo de “Americanus”, a modo de réplica frente a las objeciones a la Constitución hechas públicas por Edmund Randolph: “Constitution itself ---escribía quien suscribía como “Americanus”--- is a supreme law of the land, unrepealable by any subsequent law: every law that is not made in conformity to that, is in itself nugatory, and the Judges, who by their oath, are bound to support the Constitution as the supreme law of the land must determine accordingly”(56).

En este contexto, en Nueva York, el debate público desencadenado por la ratificación iba a alcanzar su más altas cumbres. De ahí que le dediquemos un epígrafe específico.

2. *La Convención de Nueva York y el enfrentamiento doctrinal que desencadenó en los medios de comunicación. “Publius vs. Brutus”.*

I. Entre el 17 de junio y el 28 de julio de 1778 iba a tener lugar en la pequeña ciudad de Poughkeepsie, ubicada junto al río Hudson, la Convención de Nueva York. Su importancia era crucial para el devenir de la Constitución. Se preveía un duro enfrentamiento entre partidarios y adversarios de la Carta constitucional, y la realidad de

(56) *Apud* PRAKASH, Saikrishna B., and YOO, John C. (2003): 966.

los acontecimientos no desmintió las previsiones, pues la Convención, que ha sido caracterizada como “an exercise in high drama”(57), propició un memorable enfrentamiento entre el brillante, mercúrico y versátil Alexander Hamilton(58) y el decidido líder estatal de los anti-Federalistas, el Gobernador del Estado George Clinton. La Convención se prolongó durante más tiempo que ninguna otra, y posiblemente ofreció los más brillantes ejercicios dialécticos. Sin embargo, lo que hizo imborrable para la memoria la enconada lucha para la ratificación del código constitucional federal que tuvo lugar en esta Convención no fueron tanto los “enconados tortazos” (“slugfest”) —dialécticos, claro está— que según Goldstone(59) se dieron en la

(57) GOLDSTONE, Lawrence (2008): 55.

(58) La personalidad de Alexander Hamilton, nacido en las Antillas en 1757, y que bien puede ser considerado uno de los más cultivados juristas norteamericanos de la época, es digna de que le dediquemos una cierta atención. Comencemos señalando que Hamilton no sólo fue un agudo escritor, sino también, y en perfecta armonía con lo anterior, un lector omnívoro. Beloff recuerda, que incluso durante su servicio como capitán de artillería, en la primera parte de la guerra revolucionaria que condujo a la Independencia, Hamilton encontró tiempo para leer obras que, entre los antiguos, incluían a Cicerón, Demóstenes y Plutarco. Entre los modernos, leyó en aquella época los “Ensayos” de Bacon, el “Emilio” de Rousseau, los “Diálogos” de Hobbes, el “Carlos V” de Robertson, la “Historia de Francia” de Millot, la “Historia de Nueva York” de Smith y el “Diccionario de Industria y Comercio” de Ralt. Antes de que hiciera del Derecho su profesión, Hamilton había leído, entre otros autores, a Blackstone, Grocio y Pufendorf. (BELOFF, Max (1948): LVII).

Hamilton, que se convertiría con el paso del tiempo en el líder de los llamados *High Federalists*, rama del partido Federalista que terminaría enfrentándose a los *Federalists* del Presidente John Adams, según un sector de la doctrina, adoptó una posición favorable a una aristocracia adinerada y a una sociedad jerarquizada (ADAIR, Douglass (1944): 107), por lo que no debe en absoluto extrañar el dato, asimismo destacado por la doctrina, de que en la Convención Constitucional de Filadelfia Hamilton se mostrara mucho más preocupado por la seguridad de los derechos de propiedad que por la protección de las libertades civiles (WRIGHT, Benjamin F. (1967): 25). También Boudin ha destacado que tanto Hamilton como John Adams, desde el primer momento, estuvieron más interesados por la propiedad que por la democracia (BOUDIN, Louis B. (1944): 2). Pero lo cierto será que, no obstante el contrastado conservadurismo de Hamilton, a éste autor corresponderá el mérito de sentar la primera gran construcción dogmática de un instituto de tanta trascendencia para el constitucionalismo futuro como estará llamada a ser la *judicial review*. Y desde luego, la construcción de Hamilton influirá extraordinariamente en la doctrina establecida al efecto por el *Chief Justice* John Marshall en su celeberrimo caso *Marbury vs. Madison*, hasta el extremo de poder sostenerse que Marshall seguirá muy de cerca la argumentación de Hamilton.

(59) GOLDSTONE, Lawrence (2008): 55-56.

Convención, sino más bien el etéreo debate público que desde meses antes venía teniendo lugar en la ciudad.

La batalla literaria en relación a la ratificación constitucional se iniciaba el 27 de septiembre de 1787, muy pocos días después por tanto de que se pusiese punto final a la Convención de Filadelfia. La iniciaba el Gobernador del Estado de Nueva York, Clinton, en un artículo publicado bajo el seudónimo de “Cato”. Cinco días después, le replicaba Hamilton en una carta pública firmada como “Caesar”, término que no debe extrañar, pues es bien conocida la pasión de Hamilton por el mundo de la Antigüedad clásica, particularmente por el pensamiento romano y por el personaje del Cónsul *Caius Iulius Caesar*. En su artículo, Hamilton señalaba que había ciudadanos que para conseguir sus propios fines privados inflamaban las mentes bienintencionadas de los sectores menos inteligentes y formados de la comunidad. Tras otras dos cartas de similar cariz, Hamilton debió pensar que era necesario otro tipo de réplicas a los artículos de “Cato”, y ahí sin duda comenzó a fraguarse *El Federalista*.

El 18 de octubre, tres semanas después del primer artículo de “Cato”, el *New York Journal* publicaba un artículo firmado, como era muy habitual en la época, por otro seudónimo, esta vez “Brutus”, y dirigido “a los ciudadanos del Estado de Nueva York”. Sería el primero de un conjunto de 18 ensayos enmarcados asimismo en la polémica desencadenada por la ratificación de la Constitución federal, en una línea ideológica inequívocamente anti-Federalista, cuya publicación finalizó el 10 de abril de 1788. Aunque todavía hoy no se tiene absoluta certeza de la identidad de “Brutus”, la doctrina cree de modo generalizado que corresponde a Robert Yates(60), quien, recor-

(60) Robert Yates parece que eligió su seudónimo de “Brutus” con mucho cuidado. Aunque ese nombre se asocia ahora popularmente casi en exclusiva al hombre que, en nombre de la supuesta salvación de la República frente a la tiranía, dirigió la conjura que culminó en el asesinato a puñaladas de Julio César el 15 de marzo del año 44 a. J. C. (Idus de marzo), cabe recordar que, hacia fines del siglo XVIII, los conocedores del mundo romano estaban también al corriente de la existencia de un personaje de nombre *Lucius Junius Brutus*, quien en el siglo VI a. J. C. encabezó con éxito una revuelta contra el último rey romano, Tarquinio el Soberbio, convirtiéndose de esta forma en uno de los fundadores de la República Romana. En cualquier caso, no cabe echar en el olvido la profunda admiración, a la que ya hemos aludido, que Hamilton sentía hacia Julio César. A este respecto, se ha

démoslo, fue uno de los delegados de Nueva York en la Convención de Filadelfia. Yates se negaría a firmar el texto de la Constitución, lo que ya es bien significativo de su posición.

II. Nueve días después de la publicación del primer ensayo de “Brutus”, en un periódico rival, el *New York Independent Journal*, se publicaba otro ensayo suscrito bajo el seudónimo de “Publius”(61), que vino a constituir, tal y como la doctrina admite generalizadamente, una respuesta a “Brutus”. Era el primero de los 85 artículos que, a cortos intervalos de tiempo, entre el 27 de octubre de 1787 y el 16 de agosto de 1788, habrían de publicar Hamilton, Madison y Jay en la ciudad de Nueva York(62). En un primer momento (justamente hasta el 4 de abril de 1788) se publicaron un total de 77, a los que se habrían de añadir otros 8 que aparecieron tras un pequeño lapso de tiempo. En marzo de 1788, cuando aún estaban apareciendo estos comentarios del texto de la Constitución que se pretendía ratificar, los primeros 36 artículos se publicaron de modo conjunto.

escrito, que Hamilton “admired Caesar above all men who had ever lived”, para añadirse, que en su ambición de situarse en la más alta cima de su país fue “the one major leader among our Founding Fathers who had the desire, the will, and the capacity to attempt a policy of Caesarism in which he was the destined Caesar” (WILLIAM and MARY NOTE (1955): 291 y 295). Esta consideración no deja de contrastar con una específica afirmación que en su día hizo Alexander Hamilton, refiriéndose a su gran enemigo, Aaron Burr, que sería finalmente quien lo asesinara en un duelo artero, recurriendo al efecto a la figura justamente de Julio César: “If we have an embryo-Caesar in the United States ---declaró Hamilton--- this Burr”. *Apud* GOVAN, Thomas P. (1975): 477.

(61) El seudónimo utilizado tiene que ver con *Publius Valerius*, un eminente estadista de la República Romana, cuya fama y poder se encumbraron después de que *Lucius Junus Brutus* muriera en la batalla contra el anteriormente mencionado Rey Tarquinio, intentando evitar que éste recuperara el Trono. Tan popular llegó a ser *Publius Valerius* entre la ciudadanía de Roma, que le fue concedido el tratamiento honorífico de *Publicola*, que según Plutarco significaba, en su versión inglesa “people-cherisher”, esto es, “el más querido por el pueblo”. Cfr. al efecto GOLDSTONE, Lawrence (2008): 57-58.

(62) A partir del ensayo aparecido el 27 de octubre, los sucesivos artículos fueron publicándose no sólo en el *New York Independent Journal*, sino también en otros periódicos, a intervalos por lo general de tres días, apareciendo por lo común dos ensayos al mismo tiempo. La publicación se interrumpió el 4 de abril de 1788 con el N° 77, reanudándose el 17 de junio y quedando definitivamente concluida el 16 de agosto, ya finalizada pues la Convención.

Como “Brutus”, “Publius” no reveló su identidad, y el anonimato se mantuvo durante la década final del siglo y los primerísimos años del XIX, no obstante la enorme difusión de la obra no sólo en los Estados Unidos, sino también en gran parte de Europa. Finalmente, en julio de 1804, como su mortal duelo con Aaron Burr se revelaba muy cercano, Alexander Hamilton, quizá con la premonición de la muerte, tratando de poner sus asuntos en orden, tan sólo dos días antes del fatal duelo, hizo una corta visita a la oficina legal de su amigo Egbert Benson y, según los historiadores, ocultó ostentadamente en el libro de casos de su amigo un pequeño documento escrito de su propia mano, que revelaba que los ensayos del *Federalist* habían sido escritos a iniciativa suya y que “Publius” era de hecho un triunvirato, procediendo a identificar a los tres autores por los números de los diversos ensayos del *Federalista*. Aunque la precisa autoría de este casi centenar de artículos ha sido discutida⁽⁶³⁾, hoy parece admitirse de modo bastante generalizado, que del total de 85 ensayos, John Jay, primer presidente de la *Supreme Court*, escribió 5, Madison, con certeza, 14 y Hamilton, con toda seguridad, 51. Otros tres fueron escritos de modo conjunto por Hamilton y Madison, resultando muy controvertida la paternidad de los doce restantes. Como puede apreciarse con estos datos, Hamilton no sólo fue quien tuvo la feliz iniciativa, sino que a él correspondió el protagonismo indiscutible de este texto que hoy creemos que puede considerarse uno de los libros señeros de la ciencia política de todos los tiempos.

Tras su aparición, la totalidad de los artículos se publicaron en dos volúmenes bajo el título de *The Federalist*, siendo de reseñar que los ensayos fueron poco después traducidos al francés, justamente a tiempo de que se hallaran en París en los frenéticos momentos de la Revolución.

Los ensayos del *Federalista* se concibieron con la presión propia de una gran crisis en los acontecimientos del momento, escribiéndose con una prisa que a menudo bordeaba lo frenético, y publicándose como si se trataran de las noticias más efímeras del momento. Autores norteamericanos de tanta relevancia como Bryce y Beard, tiempo atrás,

(63) Cfr. al respecto, ADAIR, Douglass (1944): 102.

o Rossiter, más recientemente, han valorado extraordinariamente esta imperecedera obra. En su célebre libro *The American Commonwealth*, Bryce consideraba al *Federalist* como “el comentario clásico de la Constitución”, y en su no menos notable obra *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Beard calificaría el *Federalista* de “un ejemplo maravilloso de argumentación”(64), mientras que Rossiter consideraría estos ensayos “the most important work in political science that has ever been written, or is likely ever be written, in the United States”(65), no obstante lo cual el propio autor admitiría que *The Federalist* iba a ofrecer pocos signos de inmortalidad a su nacimiento, apareciendo de hecho como uno de los cientos de salvos (“one of several hundred salvos”) en la ruidosa guerra de palabras que acompañó a la prolongada lucha desencadenada en torno a la ratificación de la Constitución, bien que Washington, con una visión trascendente, escribiría a Hamilton, indicándole que la obra seguiría mereciendo la atención de la posteridad una vez finalizadas las peculiares circunstancias a las que su publicación respondió. El propio Tocqueville consideraría al *Federalist* como “un valioso libro que, aunque se refiere especialmente a Norteamérica, debería ser familiar a los hombres de Estado de todos los países”(66).

Los artículos de los *Federalist Papers* se escribieron con un propósito fundamentalmente práctico, siendo su redacción clara y con pocas ambigüedades. Son de modo primario un comentario a la Constitución de los Estados Unidos, que adquiere un enorme valor a la vista del significativo dato de que sus dos autores principales participaron activamente en la *Constitutional Convention*. Muy posiblemente, este especial protagonismo alcanzado por Hamilton y Madison en el proceso constituyente ha llevado a Furtwangler a visualizar los textos del *Federalist* como “seminal writings of the Founders, ranking just after the Declaration of Independence and the Constitution itself as explanations of the shape of American politics and institutions”(67). Pero como se admite generalizadamente, y algunas de las referencias

(64) *Apud* VELASCO, Gustavo R. (1974): XI.

(65) ROSSITER, Clinton (1961): VII-VIII.

(66) TOCQUEVILLE, Alexis (1989): Vol. 1, p. 398, nota 8.

(67) FURTWANGLER, Albert (1984): 17.

de los autores precedentemente citados ya dejan claro, el *Federalista* es bastante más que un autorizado y valioso comentario constitucional. Propios y extraños, recuerda Velasco(68), reconocieron desde un principio que, además de esta utilidad especial *El Federalista* posee un interés y un valor generales. Tomados uno a uno muchos de los artículos invitan a un estudio detenido por el tratamiento que llevan a cabo de temas tales como el federalismo, el gobierno representativo, el sistema de *checks and balances*, la *judicial review* o las garantías de los derechos.

The Federalist, en su momento, ejerció tan solo una pequeña influencia en el curso de los acontecimientos que se sucedieron al hilo del enfrentamiento en pro y en contra de la ratificación de la Constitución. “Publius” se dirigió de modo primigenio a una selecta audiencia de hombres cultos, razonables y bien situados socialmente, que en su gran mayoría ya estaban convencidos de la necesidad de un cambio en el sistema de gobierno. Hamilton y Madison ofrecieron sus propias respuestas a algunas de las más antiguas cuestiones planteadas por la teoría política, y como de nuevo señala Rossiter(69), puede decirse con absoluta seguridad, que ninguna respuesta más elocuente, más sumamente cuidada e instructiva se ha dado nunca por una pluma americana a tales problemas. Como adicionalmente escribe Furtwangler(70), “Hamilton and Madison have here set down their leading ideas about government in America. Even if they were not heeded when the first appeared, these essays contain the considered views of two of the architects of the Constitution, who soon became its leading interpreters. This idea has persisted for two centuries and still holds sway”. No ha de extrañar que haya sido así, y no solo por la relevante participación de los dos principales autores en el proceso constituyente, sino también, refiriéndonos ahora de modo específico al inspirador de estos comentarios y al principal autor de los mismos, porque Hamilton era un retórico natural, en el mejor sentido de la palabra, esto es, escribía para persuadir, no para hacer un mero

(68) VELASCO, Gustavo R. (1974): XI.

(69) ROSSITER, Clinton (1961): XIV.

(70) FURTWANGLER, Albert (1984): 23.

alarde de su frondoso conocimiento, y además, como se ha dicho(71), dominaba con singular maestría esa habilidad indispensable en todo autor popular: el conocer cómo clarificar cuestiones complicadas sin caer en simplificaciones deformadoras.

3. *La construcción dogmática desarrollada por Hamilton en el número LXXVIII de los Federalist Papers acerca de la judicial review.*

A) Proemio: las prevenciones de Madison en el número XLVIII frente al peligro de *an elective despotism*.

La obra que estamos comentando presenta para nosotros el interés básico de ofrecernos en uno de los comentarios escrito por Hamilton, el artículo LXXVIII(72), primero de los dedicados al *federal judiciary*, esto es, al departamento judicial, una imponente construcción dogmática fundamentadora de la doctrina de la *judicial review*. En ese artículo, Hamilton sentará las bases de la facultad de revisión judicial de las leyes y actos contrarios a la Constitución, proporcionando, como escribe Treanor(73), “a rich source of evidence on what one major thinker believed the scope of judicial review should be”.

Antes de centrarnos en la impecable construcción dogmática que de la *judicial review* iba a hacer Hamilton en el núm. LXXVIII del *Federalista*, conviene que nos detengamos mínimamente en algunas de las ideas expuestas por James Madison en el artículo XLVIII(74) de la misma obra, reveladoras de la seria inquietud existente en torno a la necesidad de controlar la actuación del poder legislativo. El gran político virginiano contrapone el gobierno propio de una monarquía hereditaria con el de una república representativa. Mientras en el primero es el departamento ejecutivo el que debe considerarse justamente como la fuente de peligro (“the executive department is

(71) APPLEBY, Joyce O. (2008): IX.

(72) El artículo LXXVIII, en su versión original, puede verse en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John (1948): 395-402. En su versión en español, en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John (1974): 330-336.

(73) TREANOR, William Michael (2005-2006): 472.

(74) El artículo XLVIII, en su versión original, puede verse en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John (1948): 252-256. En su versión española, en HAMILTON, Alexander, MADISON, James, y JAY, John (1974): 210-213.

very justly regarded as the source of danger”), en el segundo, donde una multitud de individuos ejercen personalmente las funciones legislativas, hallándose continuamente expuestos por su incapacidad para deliberar regularmente y para adoptar medidas concertadas, a las ambiciosas intrigas de sus magistrados ejecutivos, se puede temer que la tiranía prenda en cualquier situación favorable (“tyranny may well be apprehended on some favourable emergency”). Madison no duda de la superioridad constitucional del departamento legislativo, que responde no sólo a lo que se acaba de decir, sino a otras diversas circunstancias:

“The legislative department —escribe— derives a superiority in our governments from other circumstances. Its constitutional powers being at once more extensive, and less susceptible of precise limits, it can, with the greater facility, mask, under complicated and indirect measures, the encroachments which it makes on the co-ordinate departments. It is not infrequently a question of real nicety in legislative bodies, whether the operation of a particular measure will, or will not extend beyond the legislative sphere”.

A modo de constatación de estas frecuentes usurpaciones por el legislativo de facultades propias de los otros departamentos, Madison, siempre en el número XLVIII, trae en su apoyo, de un lado, una famosa reflexión hecha por Jefferson en su conocida obra *Notes on the State of Virginia*, escrita entre 1781 y 1782, que comenzó a circular en París en 1785, hallándose Jefferson allí en funciones diplomáticas en representación de la Confederación, y de otro, a modo de verificación empírica, trae a la memoria lo expuesto en el Estado de Pennsylvania por el *Council of Censors*, reunido entre 1783 y 1784. Son célebres las palabras que Jefferson escribe en la obra citada, alertando frente a la tiranía del legislativo:

“All the powers of government, legislative, executive, and judiciary, result to the legislative body. The concentrating these in the same hands, is precisely the definition of despotic government. It will be no alleviation that these powers will be exercised by a plurality of hands, and not by a single one. One hundred and seventy-three despots would surely be as oppressive as one. Let those who doubt it, turn their eyes on the republic

of Venice. As little will it avail us, that they are chosen by ourselves. An *elective despotism* was not the government we fought for...". ("Todos los poderes del gobierno —legislativo, ejecutivo y judicial— recaen finalmente en el cuerpo legislativo. Concentrarlos en las mismas manos es precisamente la definición del gobierno despótico. No lo mitigará el hecho de que tales poderes sean ejercidos por una pluralidad de manos, en vez de serlo por una solamente. Ciento setenta y tres déspotas serán sin duda tan opresivos como uno solo. Que quienes dudan de ello vuelvan sus ojos hacia la república de Venecia. De poco nos servirá que los elijamos nosotros mismos. No hemos luchado por un *despotismo electivo*, sino por un gobierno no sólo basado sobre principios libres, sino donde los poderes del gobierno se encuentren tan divididos y equilibrados por diversos cuerpos de magistratura que nadie pueda trascender sus límites legales sin verse efectivamente detectado y contenido por los otros")(75).

Poco después, Madison recuerda que, reunido en Pennsylvania en 1783-1784 el *Council of Censors*, al que la Constitución de ese Estado encomendaba averiguar si la Constitución se había conservado sin ser vulnerada en ninguna de sus partes, y si las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno habían cumplido con su deber como protectores del pueblo, el *Council* constataba, "that the constitution had been flagrantly violated by the legislature in a variety of important instances".

La conclusión a la que Madison llegaba era inequívoca: "la sola determinación en un pergamino de los límites constitucionales de los diversos departamentos no es suficiente salvaguardia frente a las usurpaciones que conducen a la concentración tiránica de todos los poderes gubernamentales en las mismas manos". Es cierto que la ya señalada volatilidad del pensamiento de Madison en torno a la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes le condujo a no aceptarla plenamente, pero como ha señalado Hobson(76), quien habría de ser el cuarto Presidente de los Estados Unidos iba a aceptar un rol ampliado ("an enlarged role") para el *judiciary*, a fin de ayudar a asegurar que el gobierno popular, o lo que es igual, el gobierno democrático, también fuera estable y justo

(75) JEFFERSON, Thomas (1987): 240-241.

(76) HOBSON, Charles F. (1999): 815.

(“stable and just”). En definitiva, la preocupación por establecer frenos frente a los posibles abusos de poder por parte del legislativo no iba a ser ni mucho menos exclusiva de Hamilton. Jefferson y Madison, por poner dos bien señeros ejemplos, no obstante situarse en las antípodas ideológicas de Hamilton, habían manifestado la misma preocupación.

B) La visión hamiltoniana del *judiciary* como *the least dangerous branch*.

Centrando ya nuestra atención en Hamilton, hemos de comenzar recordando que, inmediatamente antes de centrarse en el núcleo central de su construcción dogmática sobre la *judicial review*, nuestro autor iba a proceder a una caracterización general de los tres departamentos del gobierno federal. En ella, el que fuera brillante Secretario del Tesoro (1789-1795) en el gobierno del Presidente Washington, iba a delinear una brillante y certera caracterización del *Judiciary*, departamento al que considerará siempre “el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución” (“the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them”). Esta caracterización, como se ve, la fundamenta Hamilton en la naturaleza de las funciones que está llamado a cumplir el poder judicial, que connota, en primer término, desde una óptica comparativa negativa, esto es, en atención a los roles que incumben al legislativo y al ejecutivo, de los que, por el contrario, carece el judicial; y en segundo lugar, positivamente, en atención a lo que es realmente peculiar en la actuación del judicial.

Desde una óptica negativa, Madison comienza destacando que el ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad (“holds the sword of the community”); por su parte, el legislativo no solo dispone de la bolsa (“commands the purse”), sino que prescribe las normas que han de regular los derechos y deberes de todos los ciudadanos. Frente a ellos, el poder judicial carece de influencia sobre las armas y sobre la bolsa; no dirige ni la fuerza ni la riqueza de la sociedad, y no puede adoptar ninguna resolución activa (“and can take no active resolution whatever”). A partir de esta caracterización, Madison identifica en términos positivos lo que

considera realmente como el rasgo más identitario del poder judicial, un rasgo además en el que creemos que se ha de ver la última clave de la legitimidad del ejercicio por este poder de su función de revisión de las leyes: “It may truly be said —escribe Madison en obvia referencia al *judiciary*— to have neither *force* nor *will*(77), but merely *judgment*; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm for the efficacious exercise even of this faculty”. Prescindiendo de la última alusión, absolutamente indiscutible, de que el cumplimiento de las decisiones del judicial requiere de la ayuda del ejecutivo, lo que demuestra la debilidad en que se encuentra el primero respecto del segundo, es patente que el núcleo vital de la caracterización del *judiciary* reside en esos tres rasgos clave que identifican ese triunvirato de términos: *force*, *will* y *judgment*. El poder judicial carece de los dos primeros rasgos, esto es, de la fuerza y de la voluntad. Justamente porque carece de fuerza, requiere de la ayuda del ejecutivo para la eficacia de sus decisiones. Y carece de voluntad, que es tanto como decir de arbitrariedad, por cuanto sus decisiones se han de ajustar al texto de la ley. Y justamente a tal fin responde el único rasgo que en positivo va a identificar al poder judicial, *judgment*, esto es, juicio, apreciación, discernimiento; dicho de otro modo, empleo de las facultades intelectivas aplicadas al razonamiento jurídico para discernir e interpretar el Derecho aplicable en un *case* del que el juez o tribunal esté conociendo. Y es en base a esta clarividente caracterización en lo creemos que se podrá vislumbrar la legitimidad última de la función de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Hamilton llega a la conclusión final de que el departamento judicial es, sin comparación, “the weakest of the three departments of power”, y que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, pero justamente por ello considera necesario establecer una serie de precauciones para posibilitarle que pueda defenderse frente a los hipotéticos ataques de los dos departamentos más poderosos. Asimismo, Hamilton entiende que, de resultas de la caracterización del poder judicial,

(77) En el texto inglés que manejamos los términos *force* y *will* se subrayan especialmente al transcribirlos en letras mayúsculas; por nuestra parte los destacamos con las letras cursivas, que hacemos extensivas asimismo al término *judgment*, aunque en la versión inglesa no aparezca especialmente destacado.

éste en absoluto puede verse como una amenaza frente a la libertad. Admite nuestro autor que, en ocasiones, los tribunales de justicia han oprimido al pueblo, pero de inmediato precisa que éste no ha de temer ahora amenazas a su libertad provenientes de dicho poder: “the general liberty of the people can never be endangered from that quarter: I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and executive”. Como se ve, Hamilton pone el acento de modo muy especial en la separación del judicial de los otros dos poderes, y a tal efecto muestra su conformidad con la famosa consideración de Montesquieu: “De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo nulo”(78), y en sintonía con ello muestra su acuerdo asimismo en que “there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers”.

Se ha dicho(79), que con esta caracterización del *federal judiciary*, Hamilton estaba tratando de tranquilizar al pueblo del Estado de Nueva York, al que este artículo, como los restantes del *Federalista*, iba dirigido, y que con ello se situaba en una posición bien distinta de la mantenida por Marshall en la Convención de Virginia acerca del propio *judiciary*. En cualquier caso, esa supuesta debilidad del poder judicial federal no equivalía a su impotencia. Es a partir de esta visión general del *judiciary* como puede comprenderse en plenitud la doctrina hamiltoniana sobre el llamado *voiding power*; esto es, sobre el poder, que también es deber, de los jueces de declarar nulas las leyes que interpreten contrarias a la Constitución, verdadero núcleo central del número LXXVIII, que en cierto modo podría hacerse equivalente a lo que hoy llamamos *judicial review*, en el bien entendido de que establecer sin mayores precisiones esa equivalencia no dejaría de ser un tanto erróneo, sin que podamos entrar ahora en mayores detalles acerca de la cuestión. Tan sólo traeremos a colación la opinión de un estudioso del tema, Griffin, quien, frente a la fácil tentación de establecer una sencilla equivalencia entre el *voiding power* y la *judicial review*, escribe: “The critical point that is missed is that Hamilton’s idea of the voiding power might have certain limiting conditions

(78) MONTESQUIEU (1993): 110.

(79) GOLDSTONE, Lawrence (2008): 61.

attached to its exercise that would make it quite remote from the contemporary institutions of judicial review”(80).

C) La doctrina de Hamilton acerca del *voiding power* del poder judicial.

I. En su construcción sobre esta facultad del judicial, Hamilton toma como punto de partida la existencia de una “Constitución limitada”; tal es la traducción literal de su expresión, aunque a la vista de su significado, sería más lógico hablar de una Constitución que limita, que establece límites para los poderes constituidos, y de modo muy particular para el poder legislativo. En tal sentido, escribe nuestro autor:

“The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited constitution. By a limited constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex post facto* laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing”.

La independencia judicial, que se ha considerado como un verdadero tópico general de Hamilton(81), se conecta con el ejercicio vitalicio del cargo, y en ella está la base del adecuado ejercicio del *voiding power*. Cierto es que este planteamiento no ha dejado de suscitar críticas, como aquella que considera que, con el mismo, no sólo se convierten los tribunales en los guardianes del “tenor manifiesto de la Constitución”, o lo que es similar, en los portavoces de las intenciones del pueblo, sino que, a la par, el Presidente y el Congreso son reducidos a la posición de potenciales enemigos de la Constitución y de los derechos del pueblo(82). Cierto es, sin embargo,

(80) GRIFFIN, Stephen M. (2002): 63.

(81) “Hamilton’s general topic —ha escrito Griffin— is judicial independence”. GRIFFIN, Stephen M. (2002): 63.

(82) Así, entre otros autores, WRIGHT, Benjamin F. (1967): 25.

que el llamado principio de *legislative deference*, que se vincula estrechamente con la denominada *doubtful case rule* o regla del caso dudoso, vendrá a operar como una suerte de contrapeso frente al peligro de esta distorsionada visión.

Trata a continuación Hamilton de argumentar la razón por la que el reconocimiento a los tribunales de este derecho, y a la par deber del *judiciary*, de declarar la nulidad de aquellos actos de la legislatura que se hallen en contradicción con la Constitución, frente a lo que sustentan ciertas doctrinas a su juicio erróneas, no implica la superioridad del poder judicial respecto del legislativo. A tal fin, nuestro autor hace entrar en juego la idea de la Constitución como ley fundamental o suprema, a la que se une la doctrina de la soberanía popular. Hamilton razona al efecto con una claridad y contundencia meridiana:

“There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the constitution, can be valid. To deny this would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men, acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid”.

El cuerpo legislativo, añade nuestro autor, no puede ser constitucionalmente por sí solo juez de sus propios derechos, salvo que ello se colija de específicas previsiones constitucionales. Una presunción de tal tipo conduciría de inmediato a suponer que la Constitución ha habilitado a los representantes del pueblo a reemplazar la voluntad de los electores por la suya propia. Frente a ello, Hamilton considera que “it is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority”. Y a partir de esta visión del *judiciary*, nuestro autor va a sentar los cimientos de su construcción, que en buena medida tratan de dar respuesta al interrogante de por qué debe atribuirse al poder judicial esta facultad, sustrayéndola, frente a lo que postulaban los defensores de la teoría tripartita, Jefferson entre ellos, al legislativo y

al ejecutivo. Al margen ya de que, como ya se ha indicado, Hamilton no cree admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para que su voluntad sustituya a la de sus electores, esto es, a la del pueblo soberano, la auténtica fundamentación hamiltoniana se asienta en una doble premisa: 1) De un lado, la interpretación de las leyes es una competencia propia y peculiar de los tribunales (“the interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts”). 2) Y de otro, la Constitución es de hecho una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces (“a constitution is, in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law”). Pero a esos dos argumentos creemos que habría que añadir un tercero, al que ya nos hemos referido, y que de modo implícito al menos maneja Hamilton. Su opción por el *judiciary*, en detrimento del legislativo y del ejecutivo, no puede dejar de lado el hecho de que sólo aquél carece de fuerza y de voluntad, lo que es tanto como decir de arbitrariedad, disponiendo tan solo de razonamiento, de capacidad de discernimiento.

De resultas de lo anterior, es a esos mismos jueces a quienes corresponde determinar su significado (“to ascertain its meaning”), así como el de cualquier ley que provenga del legislativo. Y llegados aquí, nuestro autor se plantea la hipótesis de que entre una y otra pueda existir contradicción. ¿Qué hacer en tal caso? Su respuesta no deja lugar a dudas:

“If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents”. (Si ocurriera que entre las dos hay una discordancia inconciliable, debe, desde luego, preferirse aquélla que tiene una superior obligatoriedad y validez; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley, la intención del pueblo a la de sus representantes).

En coherencia con lo anterior, cualquier acto legislativo contrario a la Constitución debe ser inaplicado. Y de ello no debe en absoluto inferirse la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, por cuanto el único significado que de ello se puede extraer es que el poder

del pueblo es superior tanto al del legislativo como al del ejecutivo, por lo que allí donde la voluntad del legislativo contradice la del pueblo, reflejada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta antes que por aquélla.

Decía Corwin, que el más débil eslabón del silogismo hamiltoniano era la propuesta de que la Constitución era ley, ley fundamental. Si la Constitución fuera ley, lo sería así en virtud de haber sido promulgada por un poder legislativo, pero ante ello, Corwin se interrogaba, ¿qué poder legislativo? Berger, con evidente razón, respondía por Hamilton a Corwin, señalando que aquél se había manifestado en términos inequívocos: “the Constitution was an act of popular legislation”(83). Era el propio pueblo “the supreme legislator”, mientras que los legisladores ordinarios operaban como “mere agents of the people”. Por lo demás, es reseñable que Hamilton no menciona en su argumentación la *supremacy clause*, quizá porque, como señalara Wechsler(84), lo que parece propugnar es que tal supremacía se halla implícita en el propio concepto de una Constitución escrita.

Como acabamos de decir, Hamilton descarta en su argumentación que la facultad de revisión judicial coloque al *judiciary* por encima del legislativo, pero conviene recapitular sobre una importante precisión que hace quien posiblemente fuera el más brillante intelectual de la nueva República, y en todo caso uno de los cuatro “genios” de la “American nation-building”(85): los tribunales tan sólo podrán

(83) BERGER, Raoul (1974): 170.

(84) WECHSLER, Herbert (1959-1960): 5.

(85) “The four geniuses of American nation-building —Jefferson, Hamilton, Madison, and Marshall— found their way unerringly to their métiers. Madison, the constitution writer; Jefferson, the creator of a democratic polity; Marshall, the architect of liberal jurisprudence; and Hamilton, the fiscal wizard. All had interesting relationships with George Washington, whose great virtues were more personal and moral than intellectual”. En tales términos se manifiesta Appleby. APPLEBY, Joyce O. (2008): X.

No han faltado, desde luego, las comparaciones entre esos constructores de la nación americana, hechas con bastante animadversión crítica frente a Alexander Hamilton, como es la realizada por Dumas Malone (en su libro *Jefferson and His Time*), quien para comparar a Jefferson y Hamilton escribe: “No other American statesman has personified national power and the rule of the favored few so well as Hamilton, and no other has glorified self-government and the freedom of the individual to such a degree as Jefferson”. Cit por GOVAN,

declarar la nulidad de las leyes contrarias “al sentido evidente de la Constitución”, cuando exista una irreconciliable discordancia, discrepancia. Esta precisión se halla lejos de ser fugaz o irrelevante, por cuanto en el artículo LXXXI del propio *Federalist*, escrito también por Hamilton, la idea reaparece. Tras reconocer nuestro autor que no existe una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución (“to construe the laws according to the spirit of the constitution”), precisa “I admit, however, that the constitution ought to be the standards of construction for the laws, and that whatever there is an evident opposition, the laws ought to give place to the constitution”(86). Esta doctrina, según nuestro autor, no se deduce de ninguna circunstancia peculiar del plan establecido por la Convención Constituyente, sino de la teoría general de una Constitución limitada (“from the general theory of a limited constitution”). Quiere todo ello decir, que Hamilton deja meridianamente claro que la *judicial review* no puede entenderse como la facultad de que disponen los jueces para elegir entre diversas interpretaciones razonables de la Constitución, imponiendo de esta forma su punto de vista sobre el poder legislativo, sino como la facultad de derribar las leyes que, clara e inequívocamente, se opongan al sentido del texto constitucional. De esta forma, el que será conocido como principio de *legislative deference* —“deferring to legislative opinions of constitutionality in doubtful cases”(87)— se hallará ya implícito en las formulaciones sobre el *judiciary* y su facultad de revisión judicial efectuadas por Hamilton. Ciertamente, podría suceder que los tribunales, en vez de declarar el significado de la ley, estuviesen dispuestos a ejercitar su voluntad, su deseo (will), en vez de su razonamiento, su discernimiento (judgment); la consecuencia de ello, como es obvio, sería la misma que la de sustituir la voluntad del cuerpo legislativo por la suya propia. Pero, como con enorme perspicacia aduce Hamilton, a fin de neutralizar esta fácil crítica frente

Thomas P. (1975): 475. Para dejar las cosas en su justo lugar, creemos que sería necesario hacer algunas precisiones sobre ciertas actitudes de Jefferson y recordar el que ha sido considerado como su lado oscuro, algo de lo que nos hemos ocupado en otro lugar, pero ello escapa al objeto y la necesaria limitada extensión de este artículo.

(86) HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John (1948): 412.

(87) Así lo visualizará Wolfe. WOLFE, Christopher (1986): 77.

a la facultad de revisión judicial, si algo probara esta observación sería que no debería de haber jueces independientes del cuerpo legislativo.

No debe razonablemente ponerse en duda, que Hamilton se esforzó en relación al punto aquí abordado, al igual que en otras cuestiones, en tratar de reproducir las que a su entender eran las conclusiones maduras por la propia Convención Federal. Y como apostilla Corwin(88), no parece menos cierto que Hamilton trataba de esta forma de comunicar a aquellos a quienes se había remitido la Constitución para su ratificación, los fundamentos sobre los que sus autores y partidarios basaron la defensa de la *judicial review*(89), que en último término, como creemos que queda claro en la argumentación de Hamilton, éste visualiza implícita en la Constitución. Podríamos pues concluir diciendo, que la doctrina de la *judicial review* o, quizá con más rigor, la tesis del *voiding power*, surge inevitablemente de la propia naturaleza de una Constitución escrita (precisión con la que parece obvio que Hamilton trata de separarse del modelo constitucional inglés), que contempla específicas limitaciones sobre los poderes de gobierno. Hamilton anticipa de esta forma algunos de los elementos vertebradores de la argumentación con la que Marshall construirá su *Marbury opinion*. Y de resultas de todo ello, Hamilton avanza la prueba concluyente de que los *Founding Fathers* habían hecho suya, aunque fuera de modo implícito, esta doctrina.

II. Hemos tenido oportunidad anteriormente de hacernos eco de los comentarios de “Brutus”, el equivalente anti-Federalista a los incluidos en *The Federalist*. Robert Yates, a quien como también indicamos con anterioridad se atribuyen los comentarios firmados con el seudónimo de “Brutus”, abordó en sus artículos XI al XVI (que se publicaron entre el 31 de enero y el 10 de abril de 1788) el tema del *federal judiciary*, y no parece haber mucha duda de que los artículos

(88) CORWIN, Edward S. (1913-1914): 561.

(89) No faltan entre la doctrina norteamericana quienes se hallan lejos de compartir tales ideas. El caso más significado es el de Crosskey, que, como recuerda Dewey, caracterizó *The Federalist* por su sofistería (“sophistry”), insinuación (“innuendo”) y casi falsedad (“near-falsehood”), todo ello muy especialmente en relación a los artículos de Madison, aunque sin excluir de tan radicales juicios a los de Hamilton. DEWEY, Donald O. (1984-1985): 437.

equivalentes del *Federalista* suscritos por Hamilton constituyeron una respuesta a los un poco anteriores de “Brutus”(90). Pero lo que ahora resulta de interés para nuestro trabajo es el dato, harto significativo, de que no obstante las notables divergencias entre uno y otro documento, y la posición notablemente crítica de Yates en relación al poder judicial diseñado por la Constitución, este anti-Federalista no duda de que el texto constitucional posibilita la *judicial review*.

En el undécimo de sus ensayos, “Brutus” introducía la discusión sobre el *federal judiciary* diseñado por la Constitución, recomendando una mirada precisa a esa rama del gobierno federal que, a juicio del ensayista, era colocada en una situación completamente sin precedente en un país libre (“in a situation altogether unprecedented in a free country”), juicio que parecía venir motivado por la apreciación de que el *judiciary* se hallaba facultado para interpretar la Constitución de acuerdo con su espíritu (“according to its spirit”), no quedando limitado a sus palabras, lo que llevaría a “Brutus” a la conclusión de que el poder judicial federal tenía un derecho “independent of the legislature, to give a construction to the constitution and every part of it, and there is no power provided in this system to correct their construction or do it away”(91). Quizá por ello, se ha podido considerar que “Brutus” percibió mejor que ningún otro pensador del siglo XVIII el enorme poder potencial que residía en el constitucionalmente diseñado *federal judiciary*(92).

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

(90) En tal sentido, entre otros autores, DIAMOND, Ann Stuart (1976): 269.

(91) DIAMOND, Ann Stuart (1976): 270.

(92) DIONISOPOULOS, P. Allan, and PETERSON, Paul (1984-1985): 60-61.

anti-Federalista, la *judicial review* no era más que una usurpación de facultades pertenecientes a otras ramas del gobierno.

En su ensayo decimocuarto “Brutus” iba a explicitar su conclusión final sobre el departamento judicial, que no era otra sino la de que la Constitución diseñaba un poder que quedaba más allá del alcance de cualquier otro poder en el gobierno de la comunidad. “In short, —concluye Yates en alusión a los jueces— they are independent of the people, of the legislature, and of every power under heaven”(93).

Esta visión tan crítica hacia el *judiciary* no era directamente deudora de la función de la *judicial review*. “Brutus” conocía la existencia de tal potestad y se hallaba de acuerdo con los Federalistas acerca de su origen y su función. Su crítica de la regulación constitucional dada a este poder tenía básicamente que ver, como se infiere de sus palabras, con la supremacía judicial que a su juicio se consagraba, no tanto con la facultad de revisión judicial, aunque, claro está, es indudable que esa supremacía podía ser entendida como la resultante del ejercicio por el *judiciary* de esa facultad de revisión judicial. En todo caso, y por lo que ahora más interesa, la doctrina reconoce por lo general(94), que “Brutus unequivocally confirmed that the Constitution would establish such judicial review”(95).

En definitiva, los dos grandes comentarios que en aquel momento inaugural se iban a publicar acerca de la Constitución, no obstante sus antagónicas posiciones ideológicas y su dispar visión del *federal judiciary*, iban a converger en la consideración de que el texto constitucional habilitaba al poder judicial el ejercicio de la función de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

(93) *Apud* DIAMOND, Ann Stuart (1976): 275.

(94) Así, entre otros muchos, PRAKASH, Saikrishna B., and YOO, John C. (2003): 970.

(95) “Even the critic of judicial review, the Anti-Federalist writer <Brutus>, assumed that the practice would continue under the Constitution”. En tales términos se pronuncia Bilder. BILDER, Mary Sarah (2006): 553.

III. EL *FIRST CONGRESS*, LA *JUDICIARY ACT* DE 1789 Y LA *JUDICIAL REVIEW*.

Ocho meses después de la ratificación de la Constitución por New Hampshire (el 21 de junio de 1788), el decisivo noveno Estado que exigía el Art. VII del texto para que pudiera entrar en vigor en esos mismos Estados, se reunía en Nueva York (el 4 de marzo de 1789) el primer Congreso, que algún autor⁽⁹⁶⁾ ha caracterizado como una especie de continuador de la Convención Constitucional, y ello no sólo porque en él se hallaran presentes personalidades que habían tenido un rol relevante en el diseño constitucional, como sería el caso de James Madison, Elbridge Gerry, Rufus King, Oliver Ellsworth o William Paterson, los dos últimos, con posterioridad, miembros de la Corte Suprema, el primero de ellos, Ellsworth, *Chief Justice*, y el segundo, Paterson, *Associate Justice*, sino por la trascendencia de algunas de las leyes que iba a aprobar el *First Congress*.

Particular trascendencia, en lo que ahora interesa, iba a tener la aprobación por ese Primer Congreso de la *Judiciary Act*, el 24 de septiembre de 1789. La ley sobreviviría más de un siglo, hasta 1891, aunque tal hecho haya sido considerado por algún autor⁽⁹⁷⁾ como un accidente histórico y político, antes que como la prueba de los propios méritos del texto legal, juicio que creemos excesivamente carente de objetividad. Y ello por cuanto esta ley tradujo un loable compromiso del *First Congress* respecto a la creación de un *national judiciary*, que aunque no sin limitaciones (recordemos que la ley creaba tan solo dos tipos de jueces, los jueces de la Corte Suprema y los jueces de distrito, implicando a ambas categorías de magistrados en la integración de los *Circuit courts* o tribunales federales de circuito, que eran los que asumían la más amplia jurisdicción otorgada por la ley), era encargado de salvaguardar el interés nacional a través del aseguramiento del Derecho federal y de su uniforme interpretación⁽⁹⁸⁾.

(96) "In a very real sense —ha escrito Currie— the First Congress was a sort of continuing constitutional convention". CURRIE, David P. (1994): 777.

(97) DEWEY, Donald O. (1970): 49.

(98) "The passage of the Judiciary Act in September 1789 —escribe al respecto Marcus— constitutes the earliest evidence we have of a general agreement that, to safeguard national interests, federal courts must review state court decisions to insure that the states interpret federal law uniformly and uphold federal rights". MARCUS, Maeva (1995): 26.

No es exagerado señalar, que esta ley iba a constituir un paso más en el proceso encaminado a la definitiva e inequívoca recepción de la facultad de revisión judicial de la legislación por el *federal judiciary*. La importantísima Sección 25 del texto legal no sólo iba a suponer “one of the most important nationalizing influences in the formative period of the Republic”(99), sino que en ella se iba a considerar, con plena razón a nuestro entender, que se hallaba latente, por lo menos de modo implícito, la *judicial review*.

La Sección 25 contemplaba la jurisdicción de apelación de la *Supreme Court*, otorgándole, a través del llamado *writ of error*, competencia para conocer de las sentencias de los tribunales superiores de los Estados y, por lo mismo, para revocarlas o confirmarlas, cuando hubieren invalidado una ley federal o un tratado, o rechazado demandas en las que se cuestionase la validez de una ley estatal o de cualquier acto adoptado en ejercicio de la autoridad estatal, con fundamento en su contradicción con la Constitución federal, con los tratados suscritos por los Estados Unidos o con las leyes federales. Ello entrañaba hacer de la *Supreme Court* el tribunal último de apelación en los casos federales, que hasta ese momento podían ser enjuiciados en primera instancia por los tribunales estatales. La maquinaria judicial federal quedaba de esta forma habilitada para deshacerse de aquellas leyes estatales que violasen la autoridad federal. Innecesario es decir, que sin el reconocimiento de tal competencia de la Corte Suprema, cada Estado habría permanecido como juez último en cuanto al significado de la Norma suprema, que era justamente lo que unos años después (en 1798) reivindicarían las *Virginia and Kentucky Resolutions*.

Cuestión subyacente a la interpretación de la Sección iba a ser la de si en ella se podía entender recepcionada la *judicial review* de la legislación federal. La doctrina ha debatido este punto desde antaño. Para autor tan relevante como Corwin, la cuestión no admitía la más mínima duda: que la *Judiciary Act* —escribió hace un siglo(100)— contemplaba en el pensamiento de su autor, Oliver Ellsworth, el ejercicio de un poder de revisión por los tribunales nacionales de

(99) FRANKFURTER, Felix, and LANDIS, James M. (1924-1925): 1008.

(100) CORWIN, Edward S. (1910-1911): 283.

las leyes del Congreso es algo que apenas puede ponerse en tela de juicio, pero hasta qué punto otros aceptaron este punto de vista de la cuestión, es algo imposible de conjeturar, y ello porque así de silenciosas sobre el tema son las actas del debate en el Congreso de la ley. Por las mismas fechas, Beard se pronunciaba en términos aún más rotundos. A su juicio(101), lo que la Sección 25 venía a decir era que la Corte Suprema podía revisar o reafirmar una decisión de un tribunal estatal considerando inconstitucional una ley federal. Siendo así, no era irrazonable sostener que quienes habían establecido esa norma pensaban que la propia *Supreme Court* podía declarar inconstitucionales las del Congreso, independientemente de las decisiones de los tribunales estatales. Parecería absurdo entender que una ley del Congreso podía ser anulada por un tribunal estatal con la aprobación de la *Supreme Court*, pero no por ésta directamente. Ello además daba pie a Beard para reafirmarse en su idea (ya antes comentada) de que la mayoría de los miembros de la Convención Federal se habían mostrado proclives a la *judicial review*, pues varios de ellos estuvieron en el Primer Congreso detrás de la aprobación de la Sección 25 de la *Judiciary Act*. En fin, hace casi tres cuartos de siglo, Boudin, atinadamente, señalaba(102), que la Sección 25 establecía las bases técnicas para el posterior desarrollo de la doctrina.

En fechas más próximas, aún no pudiéndose considerar un tema absolutamente pacífico entre la doctrina, un amplio sector de la misma ha venido a entender, que la Sección 25 plasma con toda evidencia que los miembros del Primer Congreso asumieron, que tanto los tribunales estatales como los federales ejercerían “the power to review statutes on the grounds of constitutionality”(103). Ciertamente es que no han faltado pronunciamientos contrarios a ese entendimiento, como ha sido el caso de un prestigioso autor, el Juez Learned Hand(104), para quien la cláusula de la Sección 25 se dirigía contra los Estados al solo efecto de impedir su intrusión en los poderes que habían delegado o de evitar que dejaran de obedecer las limitaciones sobre sus propios poderes

(101) BEARD, Charles A. (1912): 15.

(102) BOUDIN, Louis B. (1944): 6.

(103) WRIGHT, Benjamin F. (1967): 27.

(104) HAND, Learned (1958): 5-6.

que ellos mismos habían aceptado. Siendo ello así, tal cláusula no podía ser extendida hasta el punto de convertirse en una autoridad general para pronunciarse sobre cualesquiera otros casos de conflicto legislativo con la Constitución; antes al contrario, Hand recurre a la máxima *expressio unius, exclusio alterius*, concluyendo que tal cláusula lo que indicaría es justamente la inexistencia de esa autoridad.

El devenir histórico de la Sección 25 no dejó de atravesar momentos delicados, impugnándose su constitucionalidad ante la Corte Suprema e intentándose en el Congreso su abrogación. Warren, el más relevante historiador de la Corte, los ha estudiado con todo detalle⁽¹⁰⁵⁾, y sin poder entrar ahora en ellos, sí queremos recordar que el propio *Chief Justice* Marshall se mostró en ciertos momentos muy preocupado por el futuro de esta Sección, objeto periódico de duros ataques por los partidarios a ultranza de los derechos de los Estados. Y así, en una carta escrita a su amigo Joseph Story, fechada el 15 de octubre de 1830, Marshall profetizaba la abrogación de la Sección o, en su caso, la revocación de la sentencia dictada por la propia Corte en el importante caso *Craig v. Missouri*, decidido el 12 de marzo de 1830 por una votación de 4 votos frente a 3, en la que Marshall, expresando la opinión mayoritaria, reafirmó la constitucionalidad de la Sección 25, que había sido cuestionada⁽¹⁰⁶⁾. Que los temores del *Chief Justice* se hallaban justificados lo demostraba el hecho de que en diciembre de 1830, en la siguiente sesión del Congreso, era presentado un proyecto de ley para abrogar tal Sección, finalmente derrotado, en gran medida por el rotundo informe presentado por el presidente (*Chairman*) de la Cámara de Representantes, James Buchanan, que rechazaba la abrogación de la controvertida Sección con sólidos fundamentos constitucionales⁽¹⁰⁷⁾.

(105) Cfr. al respecto, WARREN, Charles (1913): Part I, 1 y ss.; Part II, 161 y ss.

(106) Ya en el caso *Martin v. Hunter's Lessee*, decidido por unanimidad (ausente John Marshall) el 20 de marzo de 1816, expresando la opinión de la Corte el *Justice* Joseph Story, la *Supreme Court* confirmó la constitucionalidad de la Sección 25. La relevancia de las sentencias relativas a la constitucionalidad de esta cuestionada Sección ha sido generalmente destacada por la doctrina. Por poner un ejemplo, a juicio de Newmyer, "the Court's decisions justifying judicial review under Section 25 deserve a place in the Pantheon right next to *Marbury*". NEWMYER, R. Kent (1999): 847.

(107) Cfr. al respecto, WARREN, Charles (1913): Part II, 163-164.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

- ADAIR, Douglass (1944): "The Authorship of the Disputed Federalist Papers" (Part I), en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 1, No. 2, April, pp. 97 y ss.
- APPLEBY, Joyce O. (2008): "Foreword", en *The Revolutionary Writings of Alexander Hamilton*, edited by Richard B. Vernier, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, pp. VII y ss.
- BEARD, Charles A. (1962): *The Supreme Court and the Constitution*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice-Hall, Inc.
- BEARD, Charles A. (1912): "The Supreme Court – Usurper or Grantee?", en *Political Science Quarterly (Pol. Sci. Q.)*, Vol. 27, No. 1, March, pp. 1 y ss.
- BELOFF, Max (1948): "Introduction", en Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Oxford, Basil Blackwell, pp. VII-LXVIII.
- BERGER, Raoul (1974): *Congress v. the Supreme Court*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2nd printing.
- BILDER, Mary Sarah (2006): "The Corporate Origins of Judicial Review", en *The Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 116, Number 3, December, pp. 502 y ss.
- BOUDIN, Louis B. (1944): "Majority Rule and Constitutional Limitations", en *Lawyers Guild Review (Law. Guild Rev.)*, Vol. 4, pp. 1 y ss.
- CLINTON, Robert Lowry (1899): *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas.
- CORWIN, Edward S. (1905-1906): "The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress", en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. IV, pp. 616 y ss.
- CORWIN, Edward S. (1910-1911): "The Establishment of Judicial Review (II)", en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. IX, pp. 283 y ss.
- CORWIN, Edward S. (1913-1914): "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review", en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. XII, pp. 538 y ss.
- CROSSKEY, William Winslow (1953): *Politics and the Constitution in the History of the United States*, 2 Vols., Chicago, The University of Chicago Press.
- CURRIE, David P. (1985): *The Constitution in the Supreme Court (The First Hundred Years. 1789-1888)*, Chicago & London, University of Chicago Press.
- CURRIE, David P. (1994): "The Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789-1791", en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Vol. 61, pp. 775 y ss.
- DEWEY, Donald O. (1970): *Marshall Versus Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison*, New York, Alfred A. Knopf.

- DEWEY, Donald O. (1984-1985): "Crosskey versus Madison: James Madison and the United States Constitution" (Book Review), en *University of Richmond Law Review (U. Rich. L. Rev.)*, Vol. 19, pp. 435 y ss.
- DIAMOND, Ann Stuart (1976): "The Anti-Federalist <Brutus>", en *Political Science Reviewer*, Vol. 6, Fall 1976, pp. 249 y ss.
- DIONISOPOULOS, P. Allan, and PETERSON, Paul (1984-1985): "Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars", en *John Marshall Law Review (J. Marshall L. Rev.)*, Vol. 18, pp. 49 y ss.
- ELLIOTT, Charles B. (1890): "The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional", en *Political Science Quarterly (Pol. Sci. Q.)*, Vol. 5, No. 2, June, pp. 224 y ss.
- FRANKFURTER, Felix, and LANDIS, James M. (1924-1925): "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, pp. 1005 y ss.
- FRIEDRICH, Carl J., and MCCLOSKEY, Robert G. (1954): "The Roots of American Constitutionalism", en *From the Declaration of Independence to the Constitution*, edited by Carl J. Friedrich and Robert G. McCloskey, Indianapolis/New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., pp. VII y ss.
- FURTWANGLER, Albert (1984): *The Authority of Publius (A Reading of the Federalist Papers)*, Ithaca (New York) and London, Cornell University Press, reprinted. (First published by Wesleyan University Press in 1961).
- GOLDSTONE, Lawrence (2008): *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York, Walker & Company.
- GOVAN, Thomas P. (1975): "Alexander Hamilton and Julius Caesar: A Note on the Use of Historical Evidence", en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 32, No. 3, July, pp. 475 y ss.
- GRIFFIN, Stephen M. (2002): "The Idea of Judicial Review in the Marshall Era", en *Marbury v. Madison. Documents and Commentary*, edited by Mark A. Graber and Michael Perhac, Washington D.C., CQ Press (A Division of Congressional Quarterly, Inc.), pp. 61 y ss.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, and JAY, John (1948): *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Oxford (Great Britain), Basil Blackwell
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John (1974): *El Federalista*, prólogo y versión directa de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpr. de la 2ª ed. en español.
- HAND, Learned (1958): *The Bill of Rights (The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1958)*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.

- HART, Jr., Henry M. (1953-1954): "Professor Crosskey and Judicial Review", en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 67, pp. 1456 y ss.
- HOBSON, Charles F. (1999): "The Origins of Judicial Review: A Historian's Explanation", en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), Vol. 56, pp. 811 y ss.
- HUGHES, Charles Evans (1928): *The Supreme Court of the United States (Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation)*, New York, Columbia University Press.
- JEFFERSON, Thomas: "Notas sobre el Estado de Virginia", en Thomas Jefferson, *Autobiografía y otros escritos*, edición de Adrienne Koch y William Peden, Madrid, Editorial Tecnos, 1987; pp. 185-297.
- KAHN, Paul W. (1997): *The Reign of Law (Marbury v. Madison and the Construction of America)*, New Haven and London, Yale University Press.
- KETCHAM, Ralph L. (1956-1957): "James Madison and Judicial Review", en *Syracuse Law Review* (*Syracuse L. Rev.*), Vol. 8, pp. 158 y ss.
- KURLAND, Philip B., and LERNER, Ralph (edited by) (1987): *The Founders' Constitution*, 5 Vols., Chicago & London, The University of Chicago Press.
- MARCUS, Maeva (1995): "The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* – and so what?", en *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, edited by Eivind Smith, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, pp. 23 y ss.
- MONTESQUIEU (1993): *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 2ª ed.
- NEWMYER, R. Kent (1999): "Chief Justice Marshall in the Context of His Time", en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), Vol. 56, pp. 841 y ss.
- PRAKASH, Saikrishna B., and YOO, John C. (2003): "The Origins of Judicial Review", en *University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), Vol. 70, pp. 887 y ss.
- ROSSITER, Clinton (1961): "Introduction", en Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, New York/Scarborough (Ontario), The New American Library, Inc., pp. VII-VIII.
- SCOTT, Austin (1899): "Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent", en *The American Historical Review*, Vol. 4, No. 3, April, pp. 456 y ss.
- SCHWARTZ, Bernard (1989): *Algunos artifices del Derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Editorial Civitas.
- THAYER, James Bradley (1893-1894): "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", en *Harvard Law Review* (*Harv L. Rev.*), Vol. VII, pp. 129 y ss.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1989): *La democracia en América*, 2 Vols., Madrid, Alianza Editorial, 2ª reimpr. en "El Libro de Bolsillo".

- TREANOR, William Michael (2005-2006): "Judicial Review Before *Marbury*", en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Vol. 58, pp. 455 y ss.
- TRICKETT, W. (1907): "Judicial Nullification of Acts of Congress", en *North American Review*, Vol. 185, May/August, pp. 848 y ss.
- VATTEL, Emmerich de (1964): *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, (translation of the edition of 1758 by Charles G. Fenwick), New York/London, Oceana Publications Inc./Wildy & Sons Ltd., reprinted.
- VELASCO, Gustavo R. (1974): "Prólogo", en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpr. de la 2ª edición española, pp. VII-XXIV.
- WARREN, Charles (1968): *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, New York and London, Johnson Reprint Corporation. (First published in 1925 by Little, Brown and Company).
- WARREN, Charles (1913): "Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States – A History of the Twenty-fifth Section of the Judiciary Act", en *American Law Review* (*Am. L. Rev.*), Vol. 47, January/February 1913, pp. 1 y ss. (Part I), y March/April, 1913, pp. 161 y ss. (Part II).
- WECHSLER, Herbert (1959-1960): "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 73, pp. 1 y ss.
- WESTIN, Alan F. (1962): "Introduction. Charles Beard and the American Debate Over Judicial Review, 1790-1961", en Charles A. Beard, *The Supreme Court and the Constitution*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice-Hall, Inc., pp. 1 y ss.
- WHITE, G. Edward (1988): *The American Judicial Tradition* (Profiles of Leading American Judges), New York/Oxford, Oxford University Press, new expanded edition.
- WILLIAM and MARY – NOTE (1955): "A Note on Certain of Hamilton Pseudonyms", en *The William and Mary Quarterly* (*Wm. & Mary Q.*), Third Series, Vol. XII, No. 2, April, pp. 282 y ss.
- WOLFE, Christopher (1986): *The Rise of Modern Judicial Review* (From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law), New York, Basic Book Inc., Publishers. En versión castellana, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- WOOD, Gordon S. (1988): "The Origins of Judicial Review", en *Suffolk University Law Review* (*Suffolk U. L. Rev.*), (Suffolk University Law School. Boston), Vol. XXII, pp. 1293 y ss.
- WRIGHT, Benjamin F. (1967): *The Growth of American Constitutional Law*, Chicago & London, Phoenix Books, University of Chicago Press, reprinted.