

EL ROL DE ABOGADOS Y JUECES EN EL SURGIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS

Manuel José García-Mansilla

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

Recibido: 13/10/2022

Aceptado: 02/11/2022

Resumen

Este trabajo propone la necesidad de revisar el rol que cumplieron abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos durante la década de 1780, varios años antes que el *Chief Justice* John Marshall redactara su célebre decisión en el fallo *Marbury v. Madison*.

Palabras clave: control judicial de constitucionalidad, constitución, *Marbury v. Madison*, jueces, función judicial, deber judicial, separación de poderes.

The Role of Lawyers and Judges in the Rise of Judicial Review in the United States

Abstract

This article proposes the need to review the role played by lawyers and judges in the rise of judicial review in the United States during the 1780s, several years before Chief Justice John Marshall wrote his famous decision in *Marbury v. Madison*.

Key words: judicial review, constitution, *Marbury v. Madison*, judges, judicial function, judicial duty, separation of powers.

1. Introducción

La guerra revolucionaria entre el reino de Gran Bretaña y las trece colonias que conformarían los nuevos Estados Unidos de Norteamérica se extendió entre

el 19 de abril de 1775 y la firma del tratado de paz en París el 3 de septiembre de 1783. Como no podía ser de otra manera, la guerra generó numerosos conflictos jurídicos de diversa índole. Muchos tuvieron que dirimirse a través de reclamos judiciales en los tribunales de los nuevos estados que surgieron a partir de la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776. Una parte de esos reclamos fue consecuencia directa de la inevitable crisis económica derivada de la guerra. Pero otra parte, no menor, se dio a raíz de la aplicación de varias leyes dictadas por las nuevas legislaturas estatales en materia de traición, confiscación de bienes de personas que ayudaran de cualquier forma a Gran Bretaña, regulación de reclamos por daños y perjuicios por la utilización de inmuebles forzosamente abandonados durante la guerra luego de la ocupación de esas tierras por las tropas británicas, etc.

La mayoría de estas leyes fueron sancionadas por las legislaturas locales al calor del conflicto bélico o de la urgencia de la crisis económica inmediatamente posterior. En ese marco, los tribunales estatales se vieron obligados a decidir casos concretos en los que se planteaba la contradicción entre esas leyes y las flamantes constituciones de cada estado. Sorpresivamente, fueron los abogados en muchos de esos juicios los que les plantearon a los jueces la inconstitucionalidad de esas leyes. En algunos casos, con argumentos muy elaborados.

Nombres como William Willcocks, Andrew Roland, St. George Tucker, Samuel Sheburne o James Iredell tal vez no digan nada. De hecho, no son conocidos por el público en general. Sin embargo, cuando se analizan en detalle algunos de los primeros casos en los que los jueces controlaron efectivamente la constitucionalidad de leyes locales en los Estados Unidos, la importancia del accionar de estos abogados surge de forma evidente. Ellos fueron los que hicieron los primeros planteos de inconstitucionalidad e intentaron convencer a los jueces de que las leyes que cuestionaban fueran dejadas sin efecto por contradecir la constitución de sus estados.

Cabe destacar que ninguna de las constituciones estatales escritas que los abogados invocaron como ley fundamental en cada uno de estos juicios establecía formalmente el control judicial de constitucionalidad de las leyes. En ese marco, ¿cómo es que hicieron esos planteos si, como se suele enseñar, la idea del control judicial de constitucionalidad nació muchos años después en el caso *Marbury v. Madison*?¹ ¿Cómo puede ser que ignotos abogados de distintos orígenes les pidieran a los jueces que declararan la inconstitucionalidad de leyes que contradecían

1 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). En un trabajo anterior expuse las razones por las que considero que esas enseñanzas son parte de lo que denominé “el mito de *Marbury*” (ver García-Mansilla, 2020).

la constitución de sus respectivos estados si la *judicial review* nacería recién en 1803 y como una creación pretoriana en medio de un conflicto político? ¿Cuál es la razón por la que, en muchos casos, los jueces hicieron lugar a esos planteos de inconstitucionalidad? ¿Qué es lo que explica esta verdadera anomalía que contradice frontalmente la historia que, hasta ahora, se contaba acerca del origen del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos?

En este trabajo intentaré dar respuesta a estos interrogantes. Para contextualizar el accionar de estos abogados y jueces, así como la importancia de los casos que voy a exponer y analizar, en la primera parte del trabajo voy a explicar la amalgama de ideas que se generó en los Estados Unidos entre la tradición jurídica heredada del mundo anglosajón y las innovaciones radicales en materia institucional que aparecieron junto con la Revolución norteamericana. Esa amalgama es la que permitió racionalizar el ejercicio de una atribución tan importante y novedosa como la *judicial review*. A pesar de no haber sido contemplado expresamente, el control judicial de constitucionalidad surgió como una derivación lógica y natural de esa conjunción de ideas viejas y nuevas. En la segunda parte, analizaré algunos de los casos en los que esas ideas fueron puestas en práctica por primera vez por abogados y jueces. Allí expondré algunos de los casos en los que, frente a los planteos presentados por diversos abogados, los jueces ejercieron efectivamente el control judicial de constitucionalidad en estados como Nueva Jersey, Virginia, New Hampshire y Carolina del Norte, entre 1780 y 1787, antes de la sanción de la Constitución federal en Filadelfia. En esta parte, daré también a conocer un importante documento que es prácticamente desconocido. Me refiero a la primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad, que data del 31 de octubre de 1782 y que se publica por primera vez traducido al castellano. Finalmente, daré mis conclusiones.

2. El surgimiento de la *judicial review* en los Estados Unidos

El control judicial de constitucionalidad surgió en los Estados Unidos como consecuencia de una combinación entre tradición e innovación en materia institucional. Los cambios y continuidades que se sucedieron gradualmente en el mundo jurídico norteamericano a partir de 1776 derivaron en una amalgama entre el tradicional deber que tenían los jueces del mundo anglosajón de resolver casos y controversias aplicando el derecho vigente y las novedades institucionales que la Revolución norteamericana trajo al derecho constitucional. De esa amalgama entre lo viejo y lo nuevo es que surgió la *judicial review*.

2.1. Las novedades institucionales

Para entender el proceso en el que surgió el control judicial de constitucionalidad es necesario tener en cuenta la conciencia que tenían los revolucionarios norteamericanos acerca de las novedades que estaban introduciendo en el mundo de las instituciones. En primer lugar, al reconocer el carácter de norma jurídica fundamental a una constitución escrita. En segundo lugar, al concebir al Poder Legislativo como un órgano esencialmente limitado. En tercer lugar, al modificar el principio de separación de poderes a través de la separación nítida entre la función legislativa y la función judicial, apartándose de la tradición británica en la que ambas funciones no estaban claramente delimitadas, ya que el Parlamento era la máxima autoridad judicial (Hamburger, 2008, p. 610).

Esas novedades se combinan con la tradicional función judicial que ejercían los jueces en el mundo anglosajón. Así es que, en todas las justificaciones al control judicial de constitucionalidad, tanto a nivel estatal primero como a nivel federal después, se expone el deber (no el poder) de los jueces de aplicar la constitución escrita como norma jurídica fundamental, jerárquicamente superior a cualquier ley que sancionara el Poder Legislativo, a la hora de resolver casos concretos. Y también que ese carácter jurídico superior de la constitución tiene que ver con la idea de imponer límites a todo el Gobierno, especialmente al legislador. La constitución se convierte así en “la ley que gobierna a aquellos que gobiernan” (Barnett, 2016, p. 23).

Esa nueva concepción de constitución, además, trae otra novedad fundamental en cuanto a quién tiene el poder de sancionarla y modificarla. A través de un proceso complejo y gradual, las primeras constituciones de los Estados Unidos terminan mostrando que no son producto de la soberanía del Poder Legislativo, sino de la soberanía del pueblo. Esta idea de una constitución como expresión soberana del pueblo implicaba un apartamiento radical del ejemplo inglés, en el que el Parlamento era el soberano y no tenía límites para modificar la Constitución. Este alejamiento de la concepción de la soberanía imperante en Gran Bretaña no solo complementa esa idea radicalmente nueva de constitución, sino que implica un traslado de la soberanía que pasa del Poder Legislativo al pueblo. De ahí que la Constitución, sancionada a través de un procedimiento especial, intensamente participativo para los estándares de la época, se considere como una expresión de esa soberanía del pueblo.

2.1.1. La constitución escrita como norma fundamental

Hasta la Revolución norteamericana, el mundo anglosajón se movía dentro del paradigma de la omnipotencia del Poder Legislativo. Ese paradigma fue expuesto con elocuencia en las famosas reflexiones de William Blackstone en su influyente *Commentaries on the Laws of England*. Allí, sostuvo que el Parlamento es el lugar en donde reside la soberanía del reino y que se trata de un poder absoluto e incontrolable. Bajo ese paradigma, se consideraba que el Parlamento podía hacer cualquier cosa que no fuera naturalmente imposible y que no había autoridad en la Tierra que pudiera deshacer sus decisiones. El Parlamento podía no solo modificar la Constitución del reino, sino también crear una nueva de cero. Tanto era el poder soberano del Parlamento que incluso podía modificar la religión oficial y las normas de sucesión del reino.²

De ahí que no escapaba a los revolucionarios norteamericanos la novedad radical que implicaba considerar a la constitución como norma jurídica fundamental y, a su vez, límite al poder del Gobierno, en general, y al Poder Legislativo, en particular. Por el contrario, esa novedad era constantemente remarcada en los Estados Unidos, en especial para contrastarla con el ejemplo de la Constitución de Gran Bretaña. Madison lo expresa muy bien en *El Federalista* N° 53 en relación con la Constitución federal:

La importante distinción, tan bien comprendida en América, entre una Constitución establecida por el pueblo e inalterable por el gobierno y una ley establecida y alterable por el gobierno, parece haber sido mal comprendida y menos observada en cualquier otro país. Dondequiera que haya residido el supremo poder de legislar, se ha supuesto que también residía una potestad plena para

2 La frase completa de Blackstone es: “The power and jurisdiction of parliament, says sir Edward Coke’, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. And of this high court he adds, it may be truly said «*si antiquitatem spectes, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima; si jurisdictionem, est capacissima.*» It hath sovereign and uncontrollable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. All mischiefs and grievances, operations and remedies, that transcend the ordinary course of the laws, are within the reach of this extraordinary tribunal. It can regulate or new model the succession to the crown; as was done in the reign of Henry VIII and William III. It can alter the established religion of the land; as was done in a variety of instances, in the reigns of king Henry VIII and his three children. It can change and create afresh even the constitution of the kingdom and of parliaments themselves; as was done by the act of union, and the several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do every thing that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call it’s power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what the parliament doth, no authority upon earth can undo” (Blackstone, 1770, pp. 160-161).

cambiar la forma de gobierno. Inclusive en Gran Bretaña, donde los principios de la libertad política y civil han sido más discutidos y donde más se habla de los derechos de la Constitución, se sostiene que la autoridad del Parlamento es suprema e incontrolable, tanto con respecto a la Constitución, como a los objetos ordinarios sobre los que dispone el legislador. De acuerdo con esto, y en distintas ocasiones, han cambiado por medio de actos legislativos algunos de los artículos más fundamentales del gobierno. [...] *Donde no existiese, ni pudiera existir una Constitución superior al gobierno, no habría modo de buscar una garantía constitucional semejante a la establecida en los Estados Unidos.*³ (Madison, “The Federalist N° 53”, Hamilton et al., 1818, pp. 335-336)

Algo similar ocurría con las diferencias entre esta nueva concepción de la constitución y la que existía hasta entonces en Inglaterra, que también eran expuestas con frecuencia. En el Capítulo XI de sus *Lectures on Law*, por ejemplo, James Wilson explicaba que:

En Gran Bretaña no se conoce nada parecido a una constitución propiamente dicha. Lo que se sabe, en ese reino, bajo ese nombre [...] es la criatura y el dependiente del poder legislativo [...]. La autoridad omnipotente del parlamento es el último recurso. [...] El orden de las cosas en Gran Bretaña es exactamente el reverso del orden de las cosas en los Estados Unidos. Aquí, el pueblo es el amo del gobierno; allí, el gobierno es el amo del pueblo. (Hall y Hall, 2007, pp. 718-719)

En similar sentido, en el voto del Justice William Paterson en el caso *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance* de 1795 se advierte que:

Es difícil decir qué es la constitución de Inglaterra; dado que no se reduce a la certeza y precisión escritas, queda totalmente a merced del Parlamento. [...] [N]o hay una constitución escrita, *ninguna ley fundamental*, nada visible, nada real, nada cierto, por el cual una ley pueda ser evaluada.⁴

Ese concepto novedoso de constitución se impone primero a nivel estatal, cuando aparecen las primeras constituciones escritas, y luego a nivel federal. En ese mismo momento, esa novedad es reconocida como “una revolución en el lenguaje” por un joven John Quincy Adams en su libro de respuesta y crítica al célebre *Rights of Man* de Thomas Paine:

3 Énfasis agregado.

4 *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. (2 Dall.) 304, p. 308 (1795). Énfasis agregado.

“Una Constitución”, dice el Sr. Paine, “no es una cosa sólo de nombre, sino en hecho. No tiene una existencia ideal, sino real; y siempre que no pueda ser producida en una forma visible, no existe.” El Sr. Paine debería haber ido más allá, y decirnos, si como en una escritura pública, esa constitución debe ser escrita en papel o en pergamino; o si tiene una latitud mayor, y puede ser grabada en piedra, o tallada en madera. Por el tenor de su argumento, parece que sólo tenía en mente a las Constituciones americanas; porque a excepción de éstas, creo que no encontrará en toda la historia, un gobierno que encaje dentro de su definición; y por supuesto, nunca hubo un pueblo que tuviera una Constitución antes del año 1776. Pero la palabra [constitución], con una idea adherida a ella, había estado en uso, y comúnmente entendida, durante siglos antes de ese período; y, en consecuencia, el Sr. Paine, para cumplir con su propósito, debe alterar sus acepciones, y, al calor de su celo por las revoluciones, esforzarse por traer también [a Inglaterra] una revolución en el lenguaje.⁵ (Publicola, 1792, pp. 14-15)

Esta concepción radicalmente nueva de “constitución” no solo implicaba una “revolución en el lenguaje”. Implicaba, fundamentalmente, la adopción de un nuevo modelo de constitución, con sus características de ser escrita, rígida, es decir que solo puede modificarse por un mecanismo especial, y a la que se considera como norma jurídica fundamental, a la que todo el ordenamiento jurídico se debe subordinar.⁶ Tal como explico más adelante, esta novedad institucional se combinó a su vez con la tradicional función judicial propia del mundo anglosajón, que se traducía en el deber de los jueces de decidir casos y controversias de acuerdo con las leyes del reino. Esa combinación entre las novedades institucionales y la tradicional función judicial, así como una ingeniosa vuelta de tuerca al principio de la separación de los poderes expuesto por Montesquieu, fueron las que permitieron racionalizar el control judicial de constitucionalidad y lograr superar las polémicas que se generaron cada vez que se lo puso en práctica entre 1780 y 1790.

2.1.2. La constitución como límite al Poder Legislativo

Ese concepto nuevo de “constitución”, como norma escrita de máxima jerarquía del orden jurídico, no es la única novedad que se introduce a partir de

5 John Quincy Adams publicó este ensayo bajo el seudónimo de “Publicola” en una serie de cartas publicadas en el periódico *Columbian Sentinel* de Boston. Si bien en la época se le atribuyó este escrito a su padre, John Adams, lo cierto es que posteriormente se demostró su autoría.

6 Cabe aclarar que no todos los estados adoptaron de entrada ese modelo nuevo de constitución, sino que en algunos se fue imponiendo gradualmente. Para esa evolución, ver Steinfeld (2021, pp. 33-121).

la Revolución norteamericana y que influye en la formación y aceptación del control judicial de constitucionalidad. Algo similar ocurrió con el carácter de límite que este concepto específico y nuevo de “constitución” tenía para el Poder Legislativo de los estados, primero, y para todo el Gobierno federal, después, en especial para el Congreso. Ese límite al Poder Legislativo, al que se consideraba una criatura de la constitución a la cual debía su autoridad para legislar, significó otro cambio radical para la época.

En este punto, los revolucionarios norteamericanos pusieron en práctica las enseñanzas de Emer de Vattel, que había anticipado esta postura ya en 1760.⁷ En su influyente *The Law of Nations*, luego de preguntarse si la autoridad de los titulares del Poder Legislativo se extendía tanto como para modificar la constitución de un estado, Vattel (1760) respondió que:

la autoridad de esos legisladores no se extiende tan lejos y ellos deben considerar esas leyes fundamentales como sagradas, salvo que la nación les haya dado en términos muy expresos el poder para cambiarlas. Porque la constitución debe tener estabilidad [...] y es de la constitución que esos legisladores derivan su poder: ¿cómo pueden cambiarla sin destruir la base de su propia autoridad? (Libro I, Capítulo 3, §34, p. 18)

Las ideas de Vattel en este punto son aplicadas después en el contexto de conflictos entre las colonias y el imperio británico. Esta idea de una constitución “estable” o “fija”, que no puede ser modificada por las decisiones del Poder Legislativo, implicaba otro cambio radical para el mundo anglosajón que, hasta entonces, estaba acostumbrado a la omnipotencia del Parlamento británico. La consecuencia lógica de esa concepción de una “constitución fija”, que no puede modificarse unilateralmente por decisiones del Parlamento, se expone con claridad antes de la Revolución norteamericana. Así ocurrió, por ejemplo, durante el conflicto por las llamadas Townshend Acts, sancionadas en 1767 por el Parlamento británico para, entre otras cosas, aumentar la recaudación de impuestos en las colonias. Durante ese conflicto, que derivó posteriormente en la ocupación militar de Boston por parte del ejército británico, la Cámara de Representantes de Massachusetts le envió una carta el 15 de enero de 1768 al Conde de Shelburne. En esa carta, redactada por Samuel Adams y James Otis, le advierten que: “la Constitución es fija; de allí es de donde la legislatura

7 Acerca de la influencia de Vattel, ver Fenwick (1913, p. 395). Aclaro que el nombre correcto de Vattel es “Emer” y no el alemán “Emerich” con el que se lo conoce modernamente.

deriva su autoridad. En consecuencia, no puede cambiar la constitución sin destruir las bases de su propio poder” (Wells, 1865, p. 159).⁸

Las referencias a las opiniones de Vattel acerca de la constitución y del rol subordinado del Poder Legislativo eran moneda corriente en el período anterior y posterior a la Revolución norteamericana (Haines, 1914, p. 37). Por eso no sorprende que haya sido citado en casos como *Trevett v. Weeden* en 1786⁹ o por los jueces Spencer Roane y St. George Tucker en la sentencia de la Corte General de Virginia en el caso *Kamper v. Hawkins* en 1793,¹⁰ dos casos estatales relacionados con el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

2.1.3. La constitución como expresión de la soberanía del pueblo

Las primeras constituciones sancionadas en Estados Unidos en 1776 fueron el producto de decisiones de legislaturas estatales cuyos integrantes eran elegidos periódicamente, en muchos casos, anualmente. Ese control del pueblo a través de una elección anual fue el que se impuso al principio en algunos estados. La mayoría de esas constituciones no tenían todavía el carácter de norma jurídica

8 La frase completa es: “There are, my Lord, fundamental rules of the Constitution, which, it is humbly presumed, neither the supreme legislative nor the Supreme executive can alter. In all free states the constitution is fixed; it is from thence that the legislative derives its authority; therefore it cannot change the constitution without destroying its own foundation. If, then, the Constitution of Great Britain is the common right of all British subjects, it is humbly referred to your Lordship’s judgment, whether the supreme legislative of the empire may rightly leap the bounds of it, in the exercise of power over the subjects in America, any more than over those in Britain”.

9 Ver Varnum (1787, pp. 23-25).

10 *Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21 (1793). En el voto del juez Roane aparece la siguiente referencia a Vattel: “The celebrated Vattel in a passage of his, which I will not fatigue this audience by quoting, denies to the ordinary legislature the power of changing the fundamental laws, «for, (says he,) it is necessary that the Constitution of the state be fixed.» But if the legislature may infringe this Constitution, it is no longer fixed; it is not this year what it was the last; and the liberties of the people are wholly at the mercy of the legislature” (*Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21, pp. 37-38). Algo similar ocurre en el voto del juez St. George Tucker: “Vattel, in treating of the fundamental laws of a state, observes, «that a nation may entrust the exercise of the legislative power to the prince, or to an assembly, or to that assembly and the prince, jointly; who have then a right of making new, and of abrogating old laws. It is here demanded, whether if their power extends as far as the fundamental laws, they may change the constitution of the state? To this he answers, we may decide with certainty, that the authority of these legislators does not extend so far, and that they ought to consider the fundamental laws as sacred, if the nation has not in express terms given them power to change them. For the constitution of the state ought to be fixed; and since that was first established by the nation, which afterwards trusted certain persons with the legislative powers, the fundamental laws are excepted from their commission. In short, these legislators derive their power from the constitution: how then can they change it, without destroying the foundation of their authority?» Vattel, p. 31” (*Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21, pp. 75-76).

fundamental que adoptarían después. Por el contrario, en algunos estados, su carácter era más bien político y podían ser modificadas por las mismas legislaturas (Steinfeld, 2021, p. 102). Sin embargo, ya de entrada empezaron a aparecer excepciones como la Constitución de Georgia de 1777, que preveía que la Constitución solo podía alterarse a través de una convención especial. Esa convención, a su vez, debía ser convocada a tal efecto por la Asamblea a pedido de la mayoría de los condados. La Asamblea era la encargada de especificar las alteraciones que la convención tenía que hacer.¹¹

Esta situación se modificó drásticamente a partir de 1780, año en el que se inició una ola de reformas de varias constituciones locales. Esas modificaciones no se harían a través de las legislaturas, sino a través de un cuerpo nuevo: las convenciones constituyentes. Esas convenciones, a su vez, se disolverían apenas terminada su función de sancionar una constitución. En la mayoría de los estados, esas constituciones serían posteriormente ratificadas por el pueblo.

Como observa Gordon Wood (1969), la concepción de la constitución como ley fundamental (*higher law*) y la de las convenciones del pueblo como órganos existentes por fuera de las legislaturas son dos ideas que están unidas de forma inescindible y que se desarrollan en tándem. Para poder mantener inmune a la constitución de posibles alteraciones por parte del Poder Legislativo es que se llegó a la conclusión de que las constituciones debían ser sancionadas por un poder superior y distinto a las legislaturas (Wood, 1969, p. 306). Esa idea de la existencia de un órgano separado de la legislatura que pudiera sancionar una ley fundamental que quedaba fuera del alcance del Poder Legislativo fue otra innovación radical que trajo la Revolución norteamericana (p. 309).

Las convenciones constituyentes se convirtieron así en un órgano extraordinario que pasó a considerarse como distinto y superior a la legislatura. Las convenciones, además, se volvieron instituciones permanentes del sistema político norteamericano (Wood, 1969, pp. 318-319). Y así es que, gradualmente, se llega a la convicción de que las convenciones son los únicos órganos a los que les corresponde sancionar constituciones y que las legislaturas son órganos subordinados, apropiados solamente para sancionar leyes que estén en conformidad con esa constitución (p. 338).

11 “Art. LXIII. No alteration shall be made in this constitution without petitions from a majority of the counties, and the petitions from each county to be signed by a majority of voters in each county within this State; at which time the assembly shall order a convention to be called for that purpose, specifying the alterations to be made, according to the petitions preferred to the assembly by the majority of the counties as aforesaid” (Perley Poore, 1877, p. 383).

Esa novedad se impuso en algunos estados y su impacto quedó reflejado en un debate en la Convención de Filadelfia. En la sesión del 23 de julio de 1787 se discutió la forma de ratificación de la Constitución federal. Allí quedó claro que la postura dominante era que las legislaturas ya no tenían poder para revisar las constituciones. Oliver Ellsworth propuso que la Constitución fuera enviada a las legislaturas estatales para su revisión y ratificación. Esa propuesta fue rechazada por George Mason, quien sostuvo que “las legislaturas no tienen poder para ratificarla. Son meras criaturas de las constituciones estatales y no pueden ser más grandes que sus creadoras” (Farrand, 1937, Tomo II, p. 88). Entonces, si ya no es a las legislaturas, ¿a quién le corresponde el poder de ratificar la Constitución? Según Mason, al pueblo, que es “en quien reside todo el poder que no ha sido renunciado en la Constitución derivada de ellos” (Farrand, 1937, Tomo II, p. 88). Sin embargo, Ellsworth rechaza la propuesta y observa, de forma crítica, que “un nuevo conjunto de ideas se ha ido arrastrando desde la sanción de los Artículos de Confederación. No se pensaba entonces en Convenciones del pueblo, o con poderes derivados expresamente del pueblo. Las legislaturas eran consideradas como competentes” (Farrand, 1937, Tomo II, p. 91). En respuesta a esos planteos, Madison los rechaza y sostiene que “sería una doctrina nueva y peligrosa que una Legislatura pudiera cambiar la constitución a la cual debía su existencia. [...] necesariamente se debe obtener una ratificación por parte del pueblo” (Farrand, 1937, Tomo II, pp. 92-93).

El contrapunto entre Ellsworth y Madison muestra que, a partir de la Revolución, se impuso gradualmente en los Estados Unidos la idea acerca del rol normativo y jurídicamente superior que tenía la constitución escrita sancionada y ratificada por el pueblo en convenciones especiales, cuya única función era sancionar la constitución y luego disolverse. Asimismo, que esa constitución iba a ser la vara para medir las leyes sancionadas por el Poder Legislativo. Tal como explica Casto (1995), en los Estados Unidos

las constituciones escritas se adoptaron como limitaciones expresas a la teoría y práctica inglesa de la omnipotencia legislativa. Esta distinción entre constituciones escritas y no escritas no era simplemente una cuestión de forma. En el caso de una constitución no escrita, la aprobación del pueblo tenía que inferirse de una larga costumbre y aceptación. Por el contrario, el proceso de reducir una propuesta constitucional por escrito y obtener su aprobación positiva por parte de los representantes del pueblo al ratificar las convenciones estableció claramente la legitimidad de una constitución. A diferencia de las inferencias extraídas de la costumbre, las limitaciones expresas de una constitución escrita tenían una procedencia soberana directa y obvia. (pp. 333-334)

A partir de esa clara y novedosa premisa constitucional es que, diferenciándose de Gran Bretaña, la soberanía fue trasladada desde el Poder Legislativo al pueblo. La constitución, a su vez, se convierte en expresión de esa soberanía del pueblo y, por ende, limita al Poder Legislativo. Así lo explica, por ejemplo, St. George Tucker (1803), quien, como veremos más adelante, tuvo un rol destacado en la justificación del control judicial de constitucionalidad:

la revolución estadounidense ha formado una nueva época en la historia de las instituciones civiles, al reducir a la práctica lo que, antes, se suponía que existía solo en las especulaciones visionarias de los escritores teóricos. [...] El mundo, por primera vez desde que comenzaron los anales de sus habitantes, vio un pacto original escrito, formado por las voces libres y deliberadas de individuos dispuestos a unirse en los mismos lazos sociales; exhibiendo así un fenómeno político desconocido en épocas anteriores. [...] Este precedente memorable fue seguido pronto por un número mucho mayor de estados en la unión, y abrió el camino hacia ese instrumento, por el cual la unión de los estados confederados se ha completado desde entonces, y en el que, como intentaremos mostrar en lo sucesivo, la soberanía del pueblo y la responsabilidad de sus servidores son principios establecidos de manera fundamental e inequívoca; en el que se definen los poderes de las diversas ramas del gobierno, y el exceso de ellos, tanto en la *legislatura*, como en las *otras* ramas, encuentra límites, que no pueden transgredirse sin ofender a ese poder mayor de quien toda autoridad se deriva entre nosotros; a saber, el PUEBLO. (p. 4)

¿Qué ocurre si el legislador transgrede esos límites? El propio Tucker (1803) lo explica:

Si el Congreso intenta sancionar una ley contraria a la Constitución de los Estados Unidos, o si una legislatura estatal intenta algo similar en contra de ella o en contra de su constitución estatal, esas normas, aunque en sus formas luzcan con todo el ropaje legal, no serán ley, ni podrán derogar de forma alguna aquello que ha sido establecido por una autoridad superior, a saber, el pueblo. (p. 89, nota al pie 18)

Así es que, durante la Revolución norteamericana, se introdujo este concepto totalmente nuevo de “constitución” con sus características peculiares de: (i) ser expresión de la soberanía del pueblo a través de una convención constituyente; (ii) ser escrita; (iii) tener el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía; (iv) ser estable en el sentido de que no puede ser modificada por el Poder Legislativo, el que, a diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña, lejos

de ser omnipotente es considerado una “creatura de la constitución”; y (v) imponerle límites precisos al Gobierno, especialmente al Poder Legislativo.¹² Esta novedad, a su vez, alteró inevitablemente la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.¹³

Ese reconocimiento de un nuevo tipo de constitución, con sus características de ser escrita y ser la norma de máxima jerarquía (*higher law*) en el ordenamiento jurídico, implicó una enorme transformación en la lógica constitucional de la época. Esa innovación fue la que les permitió a los abogados argumentar ante los jueces de los diversos estados su utilización para resolver casos concretos y, de esta forma, ayudar a establecer, diseminar y normalizar el control judicial de constitucionalidad entre las décadas de 1780 y 1790 (Steinfeld, 2021, pp. 4-5).

A su vez, ese concepto nuevo y original de “constitución” como expresión de la soberanía del pueblo, sumado a los límites que tenía el Poder Legislativo,

12 Esas novedades institucionales fueron directamente ignoradas por James Bradley Thayer (1893, p. 129) en su famoso artículo sobre los orígenes y alcances del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. En el que, tal vez, sea uno de los trabajos académicos más influyentes en la historia norteamericana, Thayer (1893) se centra solamente en el carácter escrito de la Constitución para analizar si de ahí se deriva o no la *judicial review*, y concluye que no: “Resulta insuficiente fundamentar esta notable facultad [de la *judicial review*] en el mero hecho de que una constitución sea escrita o en que los jueces hayan jurado defenderla. Ni la forma escrita ni el juramento de los jueces implica necesariamente el derecho de revocar o rechazar un acto emanado del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo que estos poderes están autorizados a emitir conforme a la Constitución, ni la afirmación por parte de estos poderes de que están autorizados para así obrar. Para confirmar esta aserción, basta con referirse al hecho de que otros países, como Francia, Alemania y Suiza, tienen constituciones escritas y esta facultad no se reconoce en ellas” (p. 130). Este peculiar análisis del derecho comparado es otro aspecto problemático y poco analizado del artículo de Thayer. El error en el que incurre ya desde el inicio de su argumentación es evidente, ya que pretende asimilar a los Estados Unidos con países europeos como Francia, Alemania y Suiza por el solo hecho de que todos tenían constituciones escritas. En ese análisis, se olvida de la enorme diferencia que había, precisamente, en relación con el valor de la Constitución como norma jurídica en uno y otro lado del Atlántico, así como la idea de límite jurídico concreto que esta tenía sobre todos los poderes, especialmente el Legislativo. Varios países europeos descubren el carácter de norma jurídica fundamental de la Constitución y su carácter de límite (y no de orientación o programa) recién muchos años después, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial. Aunque suele pasar desapercibido, este error evidente de Thayer oscurece, en parte, el desarrollo posterior del análisis que hace en su influyente artículo.

13 “The transition from British, Lockean, Whig constitutional theory, locating sovereignty in the legislature, to American constitutional theory, locating sovereignty in the people, impelled a shift in the relations between legislative and judicial power. The central implication for the courts was that they could no longer hide behind legislative authority; the legislature was no longer sovereign and could neither immunize nor coerce the judges, except as authorized by the people themselves. The judiciary now had to ensure its own authority to act—protect its own «rights»—by reference to the people’s constitutions. It had to intervene, as necessary, to protect the people’s rights against legislative overreaching, lest it act illegally itself. And there was nothing in such a theory to suggest deference to the legislature, a doubtful case rule” (Leonard, 2006, p. 881).

se combinó con el *judicial duty* anglosajón: el deber que tenían los jueces bajo el *common law* de decidir los casos y controversias correspondientes a su jurisdicción de acuerdo con el derecho vigente.¹⁴ Ese rol de los jueces fue reforzado luego con otra novedad que los revolucionarios norteamericanos introdujeron al considerar el principio de la separación de los poderes.

2.1.4. La separación de poderes

En la separación de poderes se puede advertir también otra de las claras novedades institucionales que se introducen gradualmente en los Estados Unidos, primero en las constituciones locales y luego en la Constitución federal. El que mejor explica esas ideas en este punto es, sin lugar a dudas, James Madison. Si bien esas novedades no están pensadas estrictamente como una justificación concreta para el control judicial de constitucionalidad, la peculiar concepción de la separación de poderes defendida por Madison y adoptada por la Constitución de 1787 aportaría un elemento más para racionalizar y justificar la *judicial review*.

La *judicial review* encaja perfectamente en la noción madisoniana de la “separación de poderes”, como parte de los frenos y contrapesos entre los distintos poderes. Esta diferente concepción de un principio expuesto previamente por otros autores, especialmente Montesquieu, es la que explica la interpretación de la separación de poderes en los Estados Unidos y la creación de todos los frenos y contrapesos entre los distintos poderes. En similar sentido, explica también la introducción del federalismo y la vigencia de la Constitución como norma jurídica inmediatamente invocable por los particulares en juicio, así como su necesaria consecuencia: el control judicial de constitucionalidad.

Madison comprendió que no era suficiente con establecer facultades limitadas de los poderes públicos a través de una Constitución escrita. Era necesario también crear incentivos para que cada poder se opusiera a las usurpaciones de los otros órganos de gobierno. Es decir que resultaba imprescindible establecer un sistema de controles recíprocos, de manera tal que cada poder de gobierno necesitara el concurso de los otros para poder llevar adelante su tarea. Madison defendió un sistema en el que se establecía una división parcial de funciones, a través de la cual cada poder de gobierno compartía atribuciones que eran, en sentido estricto, ajenas a sus competencias esenciales. Además, el personal

14 Sobre este último punto, es de consulta obligada el libro de Hamburger (2008).

de cada poder se mantenía estrictamente separado. Así, el Poder Ejecutivo recibía atribuciones esencialmente legislativas, como el veto. A su vez, el Poder Legislativo ejercía atribuciones ejecutivas, como el acuerdo del Senado para las designaciones de funcionarios designados por el presidente. Y ambos ejercían atribuciones judiciales, como el indulto y la amnistía. Por su parte, el Poder Judicial controlaba a los otros dos poderes. ¿De qué forma? Invalidando en cada caso concreto una acción de otro poder dictada en contradicción con el texto de la Constitución.

En *El Federalista* se explican en detalle los fundamentos de esta doctrina esencial del constitucionalismo estadounidense. En primer lugar, lo hace Madison en *El Federalista* N° 47. Allí contestó las críticas de aquellos que se oponían a la ratificación de la Constitución federal y que planteaban que la Constitución violaba la máxima de la separación de poderes a través de una lectura errónea de Montesquieu (Madison, “The Federalist N° 47”, Hamilton et al., 1818, pp. 301 y ss.). En segundo lugar, en *El Federalista* N° 48 explicó que el principio de separación de poderes “no requiere que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial deban estar totalmente desconectados entre sí” (Madison, “The Federalist N° 48”, Hamilton et al., 1818, pp. 309-310). En opinión de Madison, “salvo que esos departamentos estén tan conectados y mezclados como para dar a cada uno de ellos un control constitucional sobre los otros, el grado de separación que el principio requiere como esencial para un gobierno libre, no podrá ser nunca debidamente mantenido en la práctica” (Madison, “The Federalist N° 48”, Hamilton et al., 1818, p. 310).

Madison advierte que

luego de discriminar, para ello, en teoría, las diferentes clases de poder que sean en su naturaleza legislativos, ejecutivos o judiciales, la siguiente y más difícil tarea es establecer alguna garantía práctica a favor de cada uno, contra la invasión de los otros. Determinar cuál habrá de ser esa garantía es el gran problema a ser resuelto. (Madison, “The Federalist N° 48”, Hamilton et al., 1818, p. 310)

Para Madison no es suficiente establecer con precisión los límites de los departamentos de gobierno en la Constitución escrita ni confiar en que esos límites actuarán por sí solos como barrera a los avances y eventuales desbordes del poder. La experiencia demuestra que esos límites son ineficaces para detener esos avances y que es necesario encontrar un mecanismo más efectivo, especialmente contra las usurpaciones del Legislativo que en todas partes intenta extender y absorber el poder de los demás (Madison, “The Federalist N° 48”,

Hamilton et al., 1818, pp. 310-311). Por ello es que debe “diseñarse la estructura interna del gobierno, de tal manera que sus diferentes partes constitutivas, por sus relaciones mutuas, sean el medio de mantener a las otras en su lugar adecuado” (Madison, “The Federalist N° 51”, Hamilton et al., 1818, p. 323).

Esta concepción madisoniana es la que complementó la separación de poderes de Montesquieu con los célebres *checks and balances*, característicos del constitucionalismo estadounidense. A ello se sumó la exposición hamiltoniana de la función judicial expuesta magistralmente en *El Federalista* N° 78. Allí se advierte, nuevamente, acerca de la posibilidad de desbordes del Poder Legislativo. Para Hamilton, esto justifica, en primer lugar, la designación de jueces con carácter permanente, es decir, mientras dure su buena conducta (Hamilton, “The Federalist N° 78”, Hamilton et al., 1818, p. 483). Además, Hamilton observa que el Poder Judicial no tiene forma de interferir en la separación de poderes que se pretende establecer siguiendo, en teoría, a Montesquieu, que vuelve a ser citado. Esto es así debido a que el Judicial es el más débil de los tres poderes (p. 484). Por el contrario, la defensa de la independencia del Poder Judicial resulta necesaria para el adecuado control de los otros poderes, especialmente del Legislativo. Hamilton destaca que esa independencia es indispensable para garantizar el respeto a una constitución limitada, es decir, una constitución que establezca ciertas prohibiciones y límites a los demás órganos de gobierno (pp. 484-485). Apartándose de Montesquieu en este punto, concluye que la única forma de asegurarse el respeto a esos límites impuestos por la Constitución es a través de los tribunales de justicia “cuyo deber tiene que ser anular las leyes contrarias al tenor manifiesto de la Constitución” (p. 485).

Así es que, en la teoría expuesta por Madison y Hamilton en *El Federalista*, el control judicial de constitucionalidad pasaría a ser uno de los frenos y contrapesos del sistema constitucional adoptado en la Constitución de Filadelfia en 1787.

2.1.5. La función judicial

Desde esta doble perspectiva, primero a nivel local y luego a nivel federal, la aplicación de la constitución como norma de máxima jerarquía del orden jurídico pasó a ser un aspecto más del deber general que tenían que cumplir los jueces a la hora de decidir casos y controversias concretos. A su vez, la invalidación de normas dictadas por los otros poderes cuando se apartaran de la Constitución se convirtió en parte del ejercicio práctico del principio de la separación de los

poderes. Así, la combinación de ambas novedades institucionales, sumado al ejercicio de la tradicional función judicial del mundo anglosajón, derivó en el rol ordinario y habitual para todos los jueces que se encontraran frente a una ley que contradijera la constitución –sea local o federal– de dejar de aplicarlas en el caso concreto debido a su inconstitucionalidad (Althouse, 2010, p. 1123). Por eso es que, tal como explica Schwartz (1963), al momento de sancionar la Constitución de Filadelfia en 1787 no hubo necesidad de mencionar específicamente ese rol de los jueces. El motivo es sencillo: el control judicial de constitucionalidad ya era considerado y aceptado por la tradición jurídica de la época en los Estados Unidos como una parte esencial del derecho vigente.¹⁵ De hecho, se lo consideraba incluido dentro de las atribuciones propias de la función judicial.¹⁶ En ello tuvo mucho que ver el accionar de abogados y jueces de los tribunales estatales, especialmente en la década de 1780.

Algo similar podría decirse en relación con el principio de la separación de los poderes que, a diferencia de lo que ocurría con varias constituciones estatales que lo contemplaban expresamente,¹⁷ no fue mencionado como tal en la Constitución federal a pesar de haber sido enfáticamente defendido por Madison. Sin embargo, resulta indiscutible que ese principio se encuentra reflejado en la propia organización de los distintos órganos del gobierno federal. Es exactamente lo mismo que pasó con la función judicial: no hacía falta explicar en qué consistía. Todos sabían que esa función judicial, que la Constitución atribuye específicamente a los jueces federales en el texto del Artículo III de la Constitución de Estados Unidos, consistía en el deber de los jueces de resolver causas y controversias aplicando el derecho vigente. Esa concepción de la función judicial llevaba ya siglos de aplicación en el mundo anglosajón (Ham-burger, 2008, pp. 101 y ss.). La gran diferencia en este caso es que ese derecho

15 Cfr. Schwartz (1963, p. 17).

16 Así lo confirma también Farrand: “Not a word in all this of that great power exercised by the federal courts to declare laws null and void if they are in contravention to the constitution. This power has been the subject of much dispute, and many have looked in vain in the proceedings of the convention for the authority to exercise any such power. The difficulty is easily solved. The question did not come up in connection with the discussion of the jurisdiction of the federal courts. At different times in the sessions of the convention, however, it was proposed to associate the federal judges with the executive in a council of revision or in the exercise of the veto power. At those times it was asserted over and over again, and by such men as Wilson, Madison, Gouverneur Morris, King, Gerry, Mason and Luther Martin that the federal judiciary would declare null and void laws that were inconsistent with the constitution. In other words, it was generally assumed by the leading men in the convention that this power existed” (Farrand, 1913, pp. 156-157).

17 Ver, por ejemplo, la Sección 1ª de la Constitución de Virginia de 1776, el artículo XXX de la Constitución de Massachussets de 1780 y la Sección XXXVII de la Constitución de New Hampshire de 1784.

vigente, como no podía ser de otra forma, incluía a la Constitución como norma de máxima jerarquía. Esto, además de ser obvio, obligaba lógicamente a los jueces a la hora de “decir el derecho”, es decir, de ejercer la jurisdicción, a dejar de lado las normas sancionadas por los otros dos poderes que contradijeran la ley fundamental. Esas normas se tenían como no escritas para resolver el caso. Así lo habían hecho ya los jueces estatales en numerosas ocasiones, algunas de las cuales expondré seguidamente.¹⁸

2.2. Los primeros precedentes de la *judicial review* en los Estados Unidos

2.2.1. *Holmes & Ketcham v. Walton* (1780)

La primera declaración de inconstitucionalidad de una ley en los Estados Unidos parece haber sido dispuesta por la Suprema Corte de Nueva Jersey en 1780.¹⁹ Si bien uno de los críticos más feroces de la *judicial review* puso en duda el alcance de este caso en 1929 (Boudin, 1929, p. 173), lo cierto es que la evidencia recolectada en estudios posteriores, especialmente los de Moore en 1990 (p. 41), Hamburger en 2007 (pp. 407-422) y la compilación efectuada por Paul Axel-Lute en 2009 –que transcribe todas las actuaciones del caso, incluidos los escritos presentados por los abogados–, demuestran que, efectivamente, la Suprema Corte del estado de Nueva Jersey dejó de aplicar una ley estatal de 1780 debido a que contradecía la Constitución de 1776. Y lo hizo en medio de la guerra revolucionaria.

El 8 de octubre de 1778, la legislatura de Nueva Jersey sancionó una ley para prevenir el intercambio de bienes entre los ciudadanos del nuevo estado y las tropas inglesas asentadas en la vecina ciudad de Nueva York.²⁰ Ese inter-

18 Para Treanor (2005, p. 458), uno de los principales estudiosos de la materia, fueron por lo menos 38 casos y no los escasos 6 o 7 que la doctrina solía citar. En realidad, podría haber aún más casos. En un estudio posterior, Gerber (2011) demuestra la existencia de numerosos precedentes a nivel estadual. Algunos son anteriores a la declaración de independencia de 1776. Así ocurre, por ejemplo, en Carolina del Sur. Gerber cita, entre otros, el caso *Dymes v. Ness* de 1724, en el que la Corte General de “Charles Town”, el tribunal más alto en ese momento, se negó a aplicar una ley que les permitía a personas que alegaban vivir fuera de la jurisdicción de un tribunal que los consideraba sujetos a su órbita el poder cuestionar ese criterio judicial sin seguir un procedimiento técnico específico. La Asamblea legislativa criticó la decisión del tribunal y afirmó que violaba la ley. El tribunal, a su vez, respondió que tenía el poder de anular legislación que contradijera el derecho inglés o las instrucciones reales (Gerber, 2011, pp. 222 y ss.).

19 Cfr. Hamburger (2008, p. 407).

20 La ley en cuestión se denominaba “An Act to prevent the Subjects of this State from going into, or coming out of, the Enemy’s Lines, without Permissions or Passports, and for other Purposes therein mentioned” (Wilson, 1784, Appendix, p. 8).

cambio era considerado altamente peligroso para la seguridad pública. Entre otras cosas, la ley le permitía a cualquier persona poder confiscar provisiones, bienes y mercaderías que se intentaran trasladar a o desde territorios vecinos con campamentos o en posesión de las fuerzas británicas. Tanto los bienes como las personas involucradas debían ser llevados ante un juez de paz en el condado respectivo.²¹ La ley requería que, a pedido de cualquiera de las partes, el conflicto se decidiera en una única instancia ante los jueces de paz y por un jurado de seis miembros de acuerdo con una ley sancionada en 1775, anterior a la Revolución.²² En caso de prevalecer en el juicio, el denunciante podía quedarse con lo producido de la venta de los bienes confiscados.²³

La cuestión constitucional se generó debido a que, tradicionalmente, la jurisdicción de los jueces de paz en el marco del *common law* inglés se limitaba a reclamos de menor cuantía. La ley estatal de 1778, en cambio, no distinguía valor alguno para la aplicación del mecanismo de resolución de conflictos ante los jueces de paz. En Inglaterra, desde el año 997, cualquier reclamo patrimonial por encima de los 40 chelines salía de la jurisdicción de los jueces de paz y

-
- 21 “That it shall and may be lawful to and for any Detachment or Guard of the regular Forces of the United States, or of the Militia of this State, and to and for any Person or Persons whomsoever, to seize and secure any Provisions, Goods, Wares or Merchandize, attempted to be carried or conveyed into, or brought from within the Lines of Encampments, or any Place in the Possession of the Subjects or Troops of the King of Great-Britain, otherwise than is herein allowed, together with the Boats, Carriages, Teams or Horses so carrying or conveying the same, and also the Person or Persons in whole Possession they may be, and him, her or them to take before any Justice of the Peace of the County wherein he, she or they may be apprehended; which Justice is hereby directed and required to hear the Allegations and Defences of the Parties, with the Evidence produced in Support thereof, and to give Judgment accordingly; and if Judgment shall go against Defendant or Defendants, the Goods or Effects so as aforesaid found in his, her or their Possession, shall be forfeited to and for the Use of the Person or Persons who seized the same; but if Judgment shall go against Plaintiff, the said Goods or Effects shall be restored to the Owner, or Person from whom they were taken, and the Costs shall be paid by the Plaintiff” (“An Act to prevent the Subjects...”, Sección 6, Wilson, 1784, Appendix, pp. 10-11).
- 22 “Provided always, that it shall and may be lawful for either of the Parties to the Trial to demand a Jury; and upon such Demand the said Justice is hereby required to grant the same, and to proceed in all other Respects as in the like Case in the Act, intituled An Act to erect and establish Courts in Several Counties in this Colony for the Trial of Small Causes, and to repeal the former Act for that Purpose, passed the eleventh Day of February, One Thousand Seven Hundred and Seventy-five, is directed; and on the Verdict of the Jury being taken, shall give Judgment agreeably thereto” (“An Act to prevent the Subjects...”, Sección 6, Wilson, 1784, Appendix, p. 11).
- 23 “And be it further enacted by the Authority aforesaid, that all Good and Effects so seized and forfeited, shall be disposed of at publick sale, and after deducting the Costs in every Instance, the Residue shall be divided among the Persons so seizing the same, in Proportion to their Pay, if on military Duty, and if not, then to each an equal Share” (“An Act to prevent the Subjects...”, Sección 7, Wilson, 1784, Appendix, p. 11).

debía ser normalmente resuelto por un jurado de doce miembros y ante un tribunal civil. Luego de la Revolución, muchos estados mantuvieron ese derecho a ser juzgado en un juicio ante doce jurados por considerarlo como sagrado o, como en el caso de la sección 22 de la Constitución de Nueva Jersey de 1776, “inestimable” e “inderogable”.²⁴ El problema para muchos estados, incluyendo Nueva Jersey, era ajustar ese derecho a la inflación que se produjo por los desbarajustes económicos derivados de llevar adelante la guerra revolucionaria (Hamburger, 2008, p. 410). Como veremos más adelante, este inconveniente se replicaría en otros estados, incluyendo New Hampshire, y daría lugar a otros problemas similares de indole constitucional.

¿Cómo se originó el conflicto constitucional en este caso? Elisha Walton, integrante de una milicia de Nueva Jersey, había confiscado una importante cantidad de mercaderías de propiedad de los comerciantes John Holmes y Solomon Ketcham. Walton los acusó de haber conseguido esas mercaderías por medio de transacciones con los enemigos británicos (Scott, 1899, p. 457). Esa era la segunda vez que Walton intentaba una maniobra similar contra Holmes y Ketcham. El valor de los bienes confiscados en esa segunda oportunidad era muy importante para la época: superaba las 29 mil libras esterlinas (Hamburger, 2008, p. 412).

Walton detuvo a los supuestos contrabandistas en su propia casa y logró llevar el reclamo ante un juez de paz del condado de Monmouth en apenas 48 horas. El 24 de mayo de 1779, a través de un rápido juicio llevado ante un jurado de solo seis miembros, ese juez de paz le dio la razón. Según se denunciaría después en el recurso de apelación, Walton les había suministrado grandes cantidades de alcohol a los miembros del jurado antes de que dieran su veredicto.²⁵

Holmes y Ketcham recurrieron a los servicios de William Willcocks, un brillante abogado y experto litigante egresado de la Universidad de Princeton, que se había visto forzado a mudarse desde Nueva York a Nueva Jersey debido a la guerra.²⁶ Willcocks se encargó del proceso de apelación de la sentencia del juez

24 “XXII. That the common law of England, as well as so much of the statute law, as have been heretofore practiced in this Colony, shall still remain in force, until they shall be altered by a future law of the Legislature; such parts only excepted, as are repugnant to the rights and privileges contained in this Charter; and that the inestimable right of trial by jury shall remain confirmed as a part of the law of this Colony, without repeal, forever” (Perley Poore, 1878, p. 1313).

25 En el punto 6 del escrito “Reasons & C.”, presentado como parte de la apelación, se lee: “6. Because the said Elisha Walton did at his own expence, and without the Consent of the said John [Holmes] and Solomon [Ketcham] treat with strong Liquor the Jury sworn to try this cause after they were impannelled and appeared, and before they gave their verdict in the said cause” (Axel-Lute, 2009).

26 Terminada la guerra, Willcocks volvió a Nueva York. Allí tuvo oportunidad de intervenir, enfrentando a Alexander Hamilton, en otro caso resonante que involucró el control judicial de constitu-

de paz y lo primero que hizo fue conseguir una medida cautelar para impedir que Walton obtuviera dinero alguno por la venta de las mercaderías confiscadas (Hamburger, 2008, p. 413).

Luego de apelada la sentencia del juez de paz, el 11 de noviembre de 1779, en defensa de los comerciantes cuyos bienes habían sido confiscados, Willcocks presentó sus argumentos a la Suprema Corte estatal (Scott, 1899, p. 457). Entre las razones que expuso para que se revocara la decisión del jurado de seis miembros ante el juez de paz, Willcocks planteó expresamente que la sentencia apelada era contraria a la Constitución de Nueva Jersey, que reconocía el derecho a ser juzgado a través de un juicio por un jurado de doce miembros.²⁷ Tal como expliqué, la sección XXII de la Constitución estatal de 1776 reconocía expresamente el “inestimable” derecho al juicio por jurados para siempre, en las mismas condiciones que en Inglaterra. Allí regía la regla que exigía los juicios por jurados de doce miembros para reclamos superiores a los 40 chelines, es decir, a partir de una cifra notoriamente inferior al valor de los bienes confiscados en este caso.

La Suprema Corte de Nueva Jersey no resolvió el planteo de inmediato, sino que se tomó casi un año para decidir (Hamburger, 2008, p. 416). Durante ese lapso, le propuso a la legislatura estatal que se modificara el régimen cuestionado por Willcocks.²⁸ Aunque no se conservan registros de los argumentos expuestos en forma oral por los abogados de las partes en las audiencias ni del contenido de las opiniones de los jueces,²⁹ lo cierto es que sí consta en las minutas del tribunal que, el 7 de septiembre de 1780, la Suprema Corte de Nueva Jersey revocó la sentencia del juez de paz y ordenó la devolución de todos los bienes confiscados.³⁰

cionalidad: *Rutgers v. Waddington* decidido en 1784 (cfr. Hamburger, 2008, p. 413, nota al pie 37).

- 27 En el escrito “Additional reasons why the Judgment of the Justice given in this Cause or plaint should be reversed &”, presentado por Willcocks en noviembre de 1779, se lee: “For that the Jury who tried the said plaint before the said Justice consisted of six men only contrary to law. For that the Jury who tried the said plaint before the said Justice consisted of six men only contrary to the constitution of New Jersey. For that the proceedings and trial in the said plaint in the Court below and the Judgment thereon given were had and given contrary to the Constitution, Practices and Laws of the Land” (Axel-Lute, 2009).
- 28 Al respecto, ver Steinfeld (2021, pp. 161-169).
- 29 A esa fecha, las sentencias no se publicaban. Hoy damos por sentado que todas las sentencias se publican, sin embargo, tanto a nivel estatal como a nivel federal, los tribunales tardarían varios años en publicar regularmente sus sentencias.
- 30 En la minuta de la Suprema Corte de Nueva Jersey en la que se da cuenta de la resolución del caso se lee: “This Cause having been argued several Terms past and the Court having taken Time to consider of the same and being now ready to deliver their Opinions gave the same for the plaintiffs in certiorari seriatim. And on Motion of Boudinot for the sd Ptfes Judgment is order’d for the Plffs and

A las pocas semanas, sesenta habitantes del condado de Monmouth presentaron una queja formal ante la legislatura estatal en la que denunciaban que los jueces de la Suprema Corte de Nueva Jersey “habían invalidado alguna de las leyes debido a su inconstitucionalidad y hecho nulo el procedimiento de los magistrados, a pesar de estar estrictamente de acuerdo con esas leyes” (Scott, 1899, p. 459).

El 22 de diciembre de 1780, la legislatura estatal sancionó una nueva ley por considerar que las leyes anteriores, la de 1778 y sus reformas, eran “insuficientes”.³¹ La sección 13 de esta nueva ley estableció que las disputas que se generaran por el régimen de confiscación de bienes serían decididas por un jurado de doce miembros conforme lo previsto en la Constitución estatal, tal como había reclamado Willcocks en defensa de sus clientes.³²

A pesar de haber perdido el juicio, Walton no se quedó de brazos cruzados e inició un nuevo reclamo contra Holmes y Ketcham al año siguiente. Willcocks planteó de forma inmediata que, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por la Suprema Corte de Nueva Jersey el 7 de septiembre de 1780, no había ley que autorizara el juicio, ya que la nueva ley de diciembre de 1780 no contenía una cláusula que ordenara su aplicación retroactiva.³³ Sin embargo, esta vez los esfuerzos de Willcocks fueron en vano: el 23 de julio de 1781, en un nuevo juicio ante un juez de paz y con un jurado de doce miembros, Holmes y Ketcham serían nuevamente condenados.³⁴ Apelada la decisión, el 5 de abril de 1783, la Suprema Corte estatal terminó confirmando la condena.³⁵

La decisión de la Suprema Corte de Nueva Jersey de 1780 no pasó desapercibida. Un par de años después, en 1785, en una publicación dirigida a la

that the Judgment of the Justice in the Court below be revers'd and the said Plaintiffs be restored to all Things” (Axel-Lute, 2009).

31 “An Act more effectually to prevent the Inhabitants of this State from trading with the Enemy, or going within their Lines, and for other Purposes therein mentioned” (Wilson, 1784 p. 16).

32 “An Act more effectually...”, Wilson, 1784, p. 18.

33 “That the Present Cause being commenced and undetermined at the time of the late law authorizing a trial by twelve men[,] it is not comprehended by the said Law[,] it not having in it any retrospective clause —and as trial by six men is unconstitutional, there is no law existing by which this cause could be tried” (Axel-Lute, 2009).

34 Ver minuta de la sentencia del juez de paz de condado Monmouth en Axel-Lute (2009).

35 “On Cert. to John Anderson Esq. of Monmouth, the Court having heard the State of Facts taken in this Cause and the Reasons in Error assigned, [read] and the Arguments of Counsel thereon, and duly considered the same, do order, on motion of Mr. Bloomfield Attorney for Defendant that the Judgment given by the said John Anderson Esq be in all Things confirmed with Costs” (Axel-Lute, 2009).

Asamblea de Pensilvania en la que criticaba un proyecto para abolir el Bank of North America, Gouverneur Morris, futuro convencional constituyente en Filadelfia, fulminó la omnipotencia legislativa y se refirió a la declaración de inconstitucionalidad de los jueces de Nueva Jersey. En la llamada “Address to the Assembly of Pennsylvania, On the Abolition of the Bank of North America”, Morris sostuvo que:

La alardeada omnipotencia de la autoridad legislativa no es más que un juego de palabras. En el sentido literal es impía. Y sea cual sea la interpretación que puedan darle los abogados, los hombres libres deben sentirla absurda e inconstitucional. Absurda, porque las leyes no pueden alterar la naturaleza de las cosas; inconstitucional, porque la Constitución dejaría de existir si puede ser cambiada por la Legislatura. Una vez se aprobó una ley en Nueva Jersey, que los jueces declararon inconstitucional y, por lo tanto, nula. Seguramente ningún buen ciudadano puede desear que este punto se decida en los tribunales de Pensilvania. Tal poder en los jueces es peligroso; pero a menos que exista en alguna parte, el tiempo empleado en redactar una declaración de derechos y una forma de gobierno se habría simplemente desperdiciado. (Sparks, 1832, p. 438)³⁶

Haines (1914, p. 80) sostiene que los jueces de la Suprema Corte de Nueva Jersey fueron pioneros en ejercer el control judicial sobre la legislación. Steinfeld (2021, pp. 17-174), en cambio, sostiene que se trata de un caso de transición en el que todavía el accionar de los tribunales en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad aparece como rudimentario. Como sea, lo que no deja de llamar la atención es la postura adoptada por el abogado de los demandados. En efecto, fue a instancias de William Willcocks que, en medio de la guerra revolucionaria, se dejaron sin efecto las leyes que restringían el derecho constitucional que sus clientes tenían a ser juzgados mediante un jurado de doce ciudadanos. Ello, pese a que las acciones por las que sus clientes fueron perseguidos eran consideradas directamente como traición, incluso sujetas a pena de muerte en otros estados. Su planteo de inconstitucionalidad obligó a los jueces a dejar sin efecto una condena que se basaba en leyes vigentes y a que

36 “[T]he boasted omnipotence of legislative authority is but a jingle of words. In the literal meaning it is impious. And whatever interpretation lawyers may give, freemen must feel it to be absurd and unconstitutional. Absurd, because laws cannot alter the nature of things; unconstitutional, because the Constitution is no more, if it can be changed by the Legislature. A law was once passed in New Jersey, which the judges pronounced to be unconstitutional, and therefore void. Surely no good citizen can wish to see this point decided in the tribunals of Pennsylvania. Such power in judges is dangerous; but unless it somewhere exists, the time employed in framing a bill of rights and form of government was merely thrown away”.

la legislatura estatal se viera obligada a modificar el régimen legal para ajustarlo a la Constitución.

Como explico en el caso siguiente, una situación similar generó un conflicto constitucional que los jueces fueron llamados a resolver en medio de un escándalo público en el estado de Virginia. En ese marco es que aparecería la primera defensa escrita y extensa sobre el control judicial de constitucionalidad. Esa defensa, que se publica por primera vez en castellano en este trabajo, es una muestra clara y concreta de la amalgama de ideas, viejas y nuevas, que expuse y que fue la que dio origen al control judicial de constitucionalidad.

2.2.2. *Commonwealth v. Caton (1782)*

La Corte de Apelaciones de Virginia decidió en 1782 el conocido caso *Commonwealth v. Caton*.³⁷ En el llamado *Caso de los Prisioneros*,³⁸ se cuestionó la validez de una ley estatal en el marco de tres condenas a muerte por el delito de traición contra ciudadanos del estado de Virginia que habían colaborado con las tropas británicas durante la guerra revolucionaria. Las condenas a muerte habían sido dictadas por la Corte General de Virginia el 15 de junio de 1782 en contra de John Caton, James Lamb y Joshua Hopkins.

La ley cuestionada para impedir la ejecución de esas condenas a muerte era la llamada Treason Act de 1776.³⁹ El artículo 3 de la ley disponía que las condenas por el delito de traición solo podían perdonarse con el consentimiento de ambas cámaras de la legislatura estatal.⁴⁰ El 18 de junio de 1782, Caton, Lamb y Hopkins recibieron el perdón de la Cámara de Delegados, a condición de que los tres fueran desterrados. El Senado, en cambio, votó en contra y rechazó inmediatamente el pedido de perdón (Treanor, 1994, p. 501). Aunque el texto de la escueta Constitución estatal de 1776 no era claro en este punto, parecía haber delegado el poder de perdonar solamente a la Cámara de Delegados.⁴¹

37 8 Va. (4 Call.) 5 (1782).

38 Para ver los pormenores de este caso y su importancia como antecedente de la *judicial review*, es de consulta obligada el exhaustivo trabajo de Treanor (1994, pp. 491 y ss.).

39 “An act declaring what shall be treason” (1776) (Hening, 1821, p. 168).

40 “And it is farther enacted, by the authority aforesaid, That the governour, or in case of his death, inability, or necessary absence, the counsellor who acts as president, shall in no wise have or exercise a right of granting pardon to any person or persons convicted in manner aforesaid, but may suspend the execution until the meeting of the general assembly, who shall determine whether such person or persons are proper objects of mercy or not, and order accordingly” (Hening, 1821, p. 168).

41 La Constitución de Virginia, sancionada el 29 de junio de 1776, en la parte referida al gobernador

El día de la ejecución, los condenados intentaron una maniobra desesperada: convencer al *sheriff* de Richmond de que el perdón otorgado por la Cámara de Delegados estatal era suficiente desde el punto de vista constitucional. Para ello, omitieron toda referencia al rechazo del Senado. Ante la duda, el *sheriff* suspendió la ejecución de los prisioneros a la espera de instrucciones concretas de parte de la Corte General de Virginia (Treanor, 1994, p. 501).

El 18 de julio de 1782, el entonces *Attorney General* del estado de Virginia, Edmund Randolph, le envió una carta a James Madison, futuro “padre” de la Constitución de los Estados Unidos, en la que le advertía que “es probable que un reciente incidente ponga a prueba la fortaleza de nuestro poder judicial que será llamado a decir si una ley contraria a la constitución es obligatoria”.⁴²

Randolph se presentó ante la Corte General de Virginia para que confirmara la condena a muerte y emitiera una nueva orden para hacer efectivas las ejecuciones previamente dispuestas. Si bien reconocería que toda ley contraria a la Constitución podía ser declarada inválida por los jueces (Treanor, 1994, p. 512),⁴³ Randolph planteó que la Treason Act era compatible con la Constitución estatal. Uno de sus principales argumentos fue que la ley cuestionada y la constitución estatal se podían “reconciliar” a través de la interpretación y que lo que la Constitución exigía era que no se excluyera a la Cámara de Delegados en decisiones relacionadas con el otorgamiento de un perdón.⁴⁴ Andrew Roland, el abogado de Caton, Lamb y Hopkins, en cambio, se opuso argumentando que, bajo el texto de la Constitución de Virginia de 1776, el perdón emitido por la Cámara de Delegados era válido y suficiente. Además, entre otros argumentos, planteó expresamente que la Treason Act era contraria a la letra de la Constitución estatal y, por ende, nula.⁴⁵

del estado establecía que: “But he shall, with the advice of the Council of State, have the power of granting reprieves or pardons, except where the prosecution shall have been carried on by the House of Delegates, or the law shall otherwise particularly direct; in which cases, no reprieve or pardon shall be granted, but by resolve of the House of Delegates” (Perley Poore, 1878, p. 502).

42 Carta de Edmund Randolph a James Madison, 18 de julio de 1782, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence (1723-1859), https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0642_0643/?sp=1 (última visita, 10/10/2022).

43 Ver, sin embargo, Steinfeld (2021, p. 187).

44 Para un análisis detallado de los argumentos de Randolph, ver Steinfeld, (2021, pp. 184-190).

45 “For the prisoners, it was contended, that the language of the constitution embraced both sets of cases [...] and, in both, that the direction was express that the power of pardoning belonged to the house of delegates. That the words of the constitution, and not conjectures drawn from the supposed meaning the framers of it, should give the rule. That the act of the assembly was contrary to the plain declaration of the constitution; and therefore void” (8 Va. (4 Call.), p. 7). Para ampliar el

Los jueces de la Corte General dudaban de si correspondía fallar en favor de los prisioneros. De hecho, el 26 de octubre de 1782, el propio Randolph le envió otra carta a James Madison en la que le dijo que: “Estoy firmemente persuadido que, de haber tenido que decidir el caso, la Corte General hubiera dispuesto la nulidad de la ley debido a que era contraria a la Constitución”.⁴⁶ ¿Qué hizo finalmente la Corte General? Frente a las dudas de sus jueces y la repercusión pública del caso, se lo reenviaron a la Corte de Apelaciones de Virginia, que en ese momento era el máximo tribunal estatal, para que decidiera el planteo constitucional de Roland.

Los jueces de la Corte de Apelaciones, a su vez, invitaron a que los abogados del foro que tuvieran interés dieran su opinión. El 31 de octubre de 1782, St. George Tucker, un joven abogado de 30 años oriundo de la isla de Bermuda, en el Caribe,⁴⁷ se presentó e hizo una elaborada defensa escrita del control judicial de constitucionalidad de las leyes, tal vez la más antigua del período revolucionario anterior a la sanción de la Constitución de Filadelfia (Treanor, 1994, pp. 522-529).

Vale la pena detenerse en los argumentos de Tucker, que años después se convertiría en uno de los juristas más importantes de la época (a punto tal que llegó a ser llamado “el Blackstone Americano”) (Treanor, 1994, p. 521). En el Anexo 1 de este trabajo se reproducen esos argumentos completos en inglés y traducidos al castellano.⁴⁸ Quien los repase podrá comprobar que, 20 años antes de que Marshall comenzara a redactar la sentencia de *Marbury v. Madison*, Tucker anticipó prácticamente todos los razonamientos expuestos por el célebre *Chief Justice*. En efecto, en lo que sería la primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos, el joven abogado sostuvo que:

- i. Los poderes de gobierno estaban separados, especialmente el Legislativo y el Judicial.
- ii. Les corresponde exclusivamente a los jueces explicar e interpretar las leyes del estado en su aplicación a casos concretos.

punto, ver Treanor (1994, p. 519).

46 Carta de Randolph a Madison, 26 de octubre de 1782, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence (1723-1859), https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0774_0776/?sp=2 (última visita, 10/10/2022).

47 Para mayor información sobre su vida, ver Tucker (1896, pp. 789 y ss., 1999, pp. vii y ss.).

48 Este documento fue descubierto por William Michael Treanor en 1994 (p. 494), quien lo menciona, pero no lo reproduce en su totalidad.

- iii. La Constitución de Virginia, siguiendo el principio de separación de poderes de Montesquieu, impide que la legislatura interprete una ley en su aplicación a personas o casos concretos.
- iv. Dado que les corresponde a los jueces el poder de interpretar las leyes en casos concretos, se sigue que les corresponde exclusivamente a los jueces decidir acerca de la validez o nulidad de leyes diferentes que se contradicen entre sí.
- v. En Gran Bretaña se aplica la regla que dispone que la ley posterior deroga la ley anterior y que la misma regla aplica en Virginia. Sin embargo, hay una gran diferencia con el caso de una ley de la legislatura que altera o deroga la Constitución, que es el baluarte de las libertades de los ciudadanos del estado.
- vi. La Constitución no puede ser alterada por la legislatura estatal sin destruir las bases mismas del gobierno.
- vii. Cualquier ley de la legislatura estatal que contradiga o sea repugnante a la Constitución es absolutamente nula y sin efecto y, en consecuencia, los jueces no están obligados a considerarla como ley.
- viii. Si bien es cierto que los jueces juran decidir todos los casos de acuerdo con las leyes del estado, la Constitución es la primera de esas leyes a la que están obligados por ese juramento y cualquier decisión que tomen contraria a ella es una subversión del Gobierno.
- ix. No se puede trazar un paralelo entre la Constitución de Gran Bretaña y la del estado de Virginia. En Gran Bretaña, a través de una ficción legal, el Parlamento puede explicar y modificar a su voluntad una constitución que no es expresa. La Constitución del estado de Virginia, en cambio, es escrita y pública para evitar que sea malinterpretada.
- x. La función judicial es la de ser el guardián de la Constitución y esa es la piedra de toque contra la que toda ley de la legislatura debe ser juzgada. Y si cualquier ley es encontrada absoluta e irreconciliablemente contradictoria con la Constitución, no puede haber dudas de que esa ley es absolutamente nula y sin efecto.
- xi. Consecuentemente, toda ley repugnante con la Constitución es nula *ab initio*, dado que, de lo contrario, la legislatura tendría el poder de alterar, anular o derogar la Constitución.⁴⁹

49 “To W.N.”, Tucker-Coleman Papers, Legal Papers, Papers of St. George Tucker, Manuscripts Department, Earl Gregg Swem Library, College of William and Mary, Williamsburg, Virginia, Caja

Los argumentos de Tucker en su elaborada defensa del control judicial de constitucionalidad muestran cómo se conjugaron natural y lógicamente la función judicial tradicional en el mundo anglosajón con las novedades institucionales que trajo la Revolución norteamericana, que expliqué en el punto anterior. A la concepción radicalmente nueva de “constitución”, con todas sus características de ser escrita, rígida y norma superior a todo el ordenamiento jurídico, por un lado, así como a la separación de poderes, especialmente entre el Legislativo y el Judicial, y además a la concepción limitada del Poder Legislativo en relación con la constitución, por el otro, se le suma la tradicional función judicial de resolver casos y controversias aplicando el derecho vigente. La lógica del argumento es contundente y difícil de cuestionar. Tal como sostiene Steinfeld (2021), tal vez por primera vez en los Estados Unidos, Tucker armó y presentó un poderoso argumento a favor del control judicial de constitucionalidad “a partir de proposiciones relativamente indiscutibles acerca de las constituciones y la función de los jueces [...]. Ese argumento, una vez desarrollado, parecía obvio, casi auto evidente, y rápidamente transformó el paisaje constitucional” (p. 183).

El escrito que Tucker presentó como amigo del tribunal se expone completo en el Anexo 1. Creo que su importancia es más que evidente, y hasta donde he podido averiguar, nunca fue siquiera mencionado en publicaciones en castellano.

¿Cómo fue resuelto finalmente el caso? Si bien los jueces de la Corte de Apelaciones de Virginia decidieron por mayoría que la Treason Act era válida,⁵⁰ varios de ellos se manifestaron explícitamente en favor de la *judicial review*. A la hora de resolver el caso, el 2 de noviembre de 1782, más de 20 años antes que *Marbury v. Madison*, el juez George Wythe explicó que:

si toda la legislatura, un evento que debe ser desaprobado, intentara sobrepasar los límites prescritos por el pueblo, Yo, al administrar la justicia pública del país, asumiré los poderes unidos en mi sede en este tribunal; y, señalando a la constitución, les diré a ellos, aquí está el límite de su autoridad; y hasta aquí podrán ir, pero no más allá.⁵¹

17, Mss. 40 T79. Obtuve una copia completa del manuscrito original de Tucker a través del profesor Jerónimo Lau Alberdi, doctorando en la Universidad de Virginia. Agradezco su ayuda inestimable para poder conseguir el documento en cuestión, cuya nueva ubicación, luego de un procesamiento de esta colección de manuscritos, fue confirmada por Anne Johnson, asistente de la Special Collections en la Earl Gregg Swem Library a través de un correo electrónico en poder del autor de fecha 4 de octubre de 2022.

50 El juez James Mercer sostuvo que la Treason Act era inconstitucional y que, por ende, el perdón era válido (Treanor, 1994, p. 530).

51 8 Va. (4 Call.), p. 8 (voto del Chancellor George Wythe).

Además de juez, Wythe fue profesor de Derecho en el College of William and Mary entre 1779 y 1789. Allí enseñó a varios futuros abogados que defendieron luego el deber de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes. Entre sus alumnos más destacados estuvieron el mencionado St. George Tucker,⁵² James Madison, Spencer Roane y el propio John Marshall.⁵³

Los famosos prisioneros tuvieron que insistir para que la legislatura estatal les perdonara sus vidas, cosa hicieron de forma conjunta el 15 de noviembre de 1782.⁵⁴ Esta vez, el 7 de diciembre de 1782, ambas cámaras acordaron otorgarles el perdón: en dos casos, con el destierro como condición,⁵⁵ y en el caso de Caton, bajo la obligación de incorporarse al ejército revolucionario junto con otros condenados hasta que terminara la guerra contra Inglaterra.⁵⁶

En ese juicio, además, participó otro juez que integró la Suprema Corte estadounidense antes que Marshall: John Blair.⁵⁷ En relación con la actuación de Blair, al final del reporte oficial del caso se advierte que:

52 Cfr. Tucker (1999, p. vii).

53 Cfr. Treanor (1994, p. 497).

54 “A petition of James Lamb, Joshua Hopkins and John Caton, was presented to the House, and read; setting forth, that the resolution of pardon granted them by this House, for the crime of treason, has been adjudged invalid by the Court of Appeals, that it would highly aggravate the pains of death to themselves, and add misery to their unfortunate families, to know that they suffered at a time, when the said resolution of pardon by the House of Delegates, remained of record, and upon the validity of which, great contrariety of opinion had arisen among the best and wisest men of their country, even of some of those judges individually, whose collective voice has declared its invalidity; and praying that they may now receive the pardon of the General Assembly” (*Journal of the House of Delegates...*, 1828, pp. 18-19).

55 “An act granting a conditional pardon to certain offenders. [...] That James Lamb and Joshua Hopkins, who severally stand convicted of treason, by judgment of the general court, at their session in June last, shall be, and each of them are hereby declared to be pardoned and exonerated from the penalties of the said judgment, upon condition that they, and each of them, do within two months depart this commonwealth, and not return into the same during the present war” (Hening, 1823, p. 129).

56 “That the keeper of the public prison, be directed to deliver John Caton, Levi Moore, Albridgton Holland and Henry Norfleet, who stand severally pardoned, upon condition they and each of them serve in the Virginia line on continental establishment during the war” (*Journal of the House of Delegates...*, 1828, p. 58).

57 Nacido en Williamsburg, Virginia, en 1732, estudió en el College of William and Mary, donde se graduó con honores en 1754. Viajó luego a Londres para estudiar leyes entre 1755 y 1757. Después de ocupar cargos públicos locales de diversa índole, Blair tuvo una larga carrera judicial que comenzó a nivel estatal cuando fue elegido para integrar la Corte de Apelaciones en 1777. Posteriormente, fue electo como miembro de la Convención de Filadelfia por el estado de Virginia e inmediatamente después participó de la Convención estadual que ratificó la Constitución en 1788. En 1789 fue designado como juez de la Suprema Corte de Apelaciones del Estado de Virginia, cargo en el que estaría apenas unos meses, ya que el presidente Washington lo designó como *Justice* de la Suprema Corte el 24 de septiembre de 1789 (Marcus y Perry, 1985, p. 56). Renunció seis años después, el 25 de octubre de 1795, por cuestiones de salud (Holt, 1998, pp. 155 y ss.).

El Chancellor Blair y el resto de los jueces eran de la opinión que el tribunal tenía el poder de declarar cualquier resolución o ley de la legislatura, o de cualquiera de sus ramas, como inconstitucional y sin efecto.⁵⁸

Si bien la personalidad de Blair era más bien apocada, participó también junto con James Wilson de la decisión de la Corte de Circuito de Pensilvania que declaró inconstitucional por primera vez una ley del Congreso federal el 11 de abril de 1792. (Holt, 1998, p. 168)

2.2.3. New Hampshire y la Ten Pound Act (1786)

El caso más llamativo, y tal vez el menos conocido, de ejercicio de la *judicial review* previo a la sanción de la Constitución de Filadelfia sucedió en el estado de New Hampshire entre 1786 y 1787. Aunque se trata de un episodio en general poco estudiado, lo cierto es que la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham en New Hampshire declaró inconstitucional en reiteradas oportunidades una ley de 1785.⁵⁹ Tal como explicaré a continuación, los jueces dejaron sin efecto esa ley estatal por ser contraria a la Constitución en por lo menos seis casos distintos, aun bajo presiones de diversa índole y la amenaza de ser removidos a través de un *impeachment* (Lambert, 2002, p. 37).

New Hampshire no solo fue el primer estado de la Unión en adoptar una constitución escrita en 1776 y probablemente el primero en el mundo en llamar a una convención constituyente para reformar su constitución en 1784 (Gerber, 2011, pp. 109-115), sino que también aportó un notorio ejemplo del ejercicio del control de constitucionalidad con anterioridad a la sanción de la Constitución federal.

El conflicto se originó luego de la sanción de la llamada Ten Pound Act.⁶⁰ Esta ley permitía que los jueces de paz pudieran decidir de forma rápida ciertos casos civiles de un valor de hasta 10 libras. A su vez, podían resolver los casos sin condenar a la parte vencida a pagar los costos del reclamo (Gerber, 2011, pp. 117-118). Se trataba de una de varias normas sancionadas para favorecer a ciudadanos afectados por deudas como consecuencia de la depresión económi-

58 8 Va. (4 Call.), p. 20.

59 Al igual que ocurría a nivel federal, a pesar de que la Suprema Corte estatal dictó sus primeros fallos en 1784, recién en 1816 fue que se empezaron a publicar sus sentencias en reportes periódicos oficiales. Las primeras sentencias nunca fueron publicadas (cfr. Van Loan, 2002, p. 35).

60 La ley denominada “An Act for the recovery of Small debts, in an expeditious way and manner” fue sancionada el 9 de noviembre de 1785 (Batchellor, 1891, pp. 408 y 448).

ca que siguió a la guerra revolucionaria (Lambert, 2002, p. 38). La ley pretendía abaratar los costos en casos de reclamos de dinero que, hasta ese momento, debían ser resueltos por medio del juicio por jurados, que era un proceso más largo y caro, especialmente para la parte vencida en juicio. La ley fue aprobada prácticamente por unanimidad, con la solitaria protesta del representante William Plumer, quien advirtió que la ley era inconstitucional.⁶¹

Plumer tenía razón. El problema se planteó a los pocos meses de sancionada la ley debido a que el artículo XX del Bill of Rights de la Constitución de New Hampshire de 1784 establecía claramente que ese tipo de reclamos debía resolverse no directamente por un juez de paz, sino a través del juicio por jurados, al que se consideraba como un derecho sagrado.⁶² Hasta la sanción de la Ten Pound Act, los jueces de paz solo tenían jurisdicción para resolver casos de menor importancia, hasta un valor de apenas 40 chelines conforme una ley sancionada en 1692 (Gerber, 2011, p. 118). Los reclamos patrimoniales por encima de ese monto exiguo se resolvían tradicionalmente a través del juicio por jurados y en las Inferior Courts of Common Pleas de cada condado.

Apenas seis meses después de sancionada, la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham dejó sin efecto la Ten Pound Act. El caso en cuestión es *Tarlton v. Wallace*, en el que William Wallace, Jr. le reclamó a Richard Tarlton el pago de 9 libras por trabajos que había hecho en su propiedad. La declaración de inconstitucionalidad se dio a instancias de Samuel Sheburne, un abogado local que cuestionó la sentencia de un juez de paz que condenaba a su cliente a pagar. El argumento de Sheburne era que la Ten Pound Act de 1785 contravenía la “expresa letra y el espíritu de la Constitución” estatal de 1784 (Hamburger, 2008, p. 426), en particular el artículo XX del Bill of Rights, al violar el derecho de su cliente a que el reclamo fuera resuelto por el juicio por jurados y no por una mera sentencia de un juez de paz.

De acuerdo con la Ten Pound Act, las apelaciones de las decisiones de los jueces de paz debían ser resueltas por las Inferior Courts of Common Pleas de cada condado. Presentada la apelación ante el tribunal del condado de Rockin-

61 “At the second session, I entered my protest, singly and alone, against the bill for the recovery of small debts in an expeditious way and manner; principally on the ground that it was unconstitutional” (Plumer, 1856, p. 59).

62 “In all controversies concerning property, and in all suits between two or more persons, except in cases in which it has been heretofore otherwise used and practiced, the parties have a right to a trial by jury; and this method of procedure shall be held sacred, unless in causes arising on the high seas, and such as relate to mariners wages, the legislature shall think it necessary hereafter to alter it” (Perley Poore, 1878, p. 1282).

gham, sus cuatro jueces aceptaron el planteo constitucional y repitieron al pie de la letra ese argumento de Sheburne a la hora de declarar la inconstitucionalidad de la ley (Lambert, 2002, p. 41).

Sheburne logró rápidamente otra declaración de inconstitucionalidad de la Ten Pound Act en *Cate v. Treferrin*, otro caso de menor cuantía. Esta vez, su argumento sería un poco más elaborado y constaría de cinco puntos:

- i. que la Constitución del estado de New Hampshire era la fuente de la que derivaba el Poder Legislativo;
- ii. que la legislatura estatal no podía ejercer un poder que no se derivara de la Constitución;
- iii. que cada intento de la legislatura de ejercer un poder no derivado de la Constitución no era una ley, sino una usurpación tiránica de autoridad nunca delegada a ella y una violación de la libertad del pueblo, así como una conspiración y traición contra la Constitución;
- iv. que la Constitución no le había otorgado a la legislatura el poder de autorizar a los jueces de paz a resolver causas por un valor mayor a 40 chelines y que, en consecuencia, esa ley era arbitraria y una usurpación que no podía tener fuerza de ley; y
- v. que cualquier muestra de tiranía debía ser debidamente inspeccionada por los tribunales del estado, que son barreras constitucionales entre el poder de la legislatura y la libertad del pueblo (Lambert, 2002, p. 44).

Aunque de forma más rudimentaria, al igual que St. George Tucker en Virginia, Sheburne expuso en este caso la amalgama de ideas viejas y nuevas a las que ya hice referencia. Tal como explica Steinfeld (2021),

el deber constitucional del poder judicial era interpretar y aplicar la ley a casos individuales. En este punto, no implicó un gran salto decir que ese deber se extendía a interpretar y aplicar la Constitución a esos casos. Cuando al interpretar las leyes los jueces encontraban que una ley de la legislatura estaba en conflicto con la Constitución, era su deber aplicar la ley superior del pueblo, y declarar sin efecto las leyes que la legislatura no tenía poder para sancionar. De esta forma, podía decirse de forma razonable, como dijo Sheburne, y por más improbable que sonara a algunos, que los tribunales servían como barrera constitucional entre el pueblo y su propia legislatura (p. 273).

A partir de argumentos similares a los de Sheburne, los jueces Nathaniel Folsom, Timothy Walker, Jr., Abiel Foster y John Calfe, de la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham, resolvieron que la Ten Pound

Act era manifiestamente contraria a la constitución del estado (Hamburger, 2008, pp. 428-429). Así lo hicieron tanto en *Tarlton v. Wallace* como en otros casos de menor cuantía: *Furber v. Macgregore*, *French v. Bartlet*, *Mason v. Furber* y el referido *Cate v. Treferrin*. En todos los casos, fueron los abogados de las partes condenadas por los jueces de paz los que le hicieron los planteos constitucionales al tribunal.⁶³

Las decisiones de los jueces del condado de Rockingham no pasaron desapercibidas. El 15 de junio de 1786, la Cámara de Representantes⁶⁴ rechazó una moción para derogar la Ten Pound Act por una mayoría contundente de 64 votos a 16 (Batchellor, 1891, pp. 634-635). Una semana más tarde, el 22 de junio de 1786, se analizó una queja presentada por James Macgregore, en la que manifestó haber sido perjudicado por la sentencia dictada en favor de Joshua Furber en el caso *Furber v. Macgregore*. A raíz de esa presentación, la Cámara de Representantes estatal aprobó dos resoluciones: en la primera, sostuvo que la Ten Pound Act era constitucional;⁶⁵ en la segunda, declaró que la sentencia del Tribunal del condado de Rockingham en ese caso era nula.⁶⁶ No solo las partes perjudicadas por sus decisiones, sino también uno de los jueces de paz indignado por las decisiones de ese tribunal, presentaron fuertes quejas en am-

63 Todos los casos fueron documentados por primera vez en 2002 a partir de archivos oficiales por Richard Lambert, quien da cuenta de la posible existencia de por lo menos cinco casos más, no solo en el condado de Rockingham, sino también en el de Strafford (Lambert, 2002 p. 432, notas al pie 97 y 98).

64 Al igual que en Virginia, la legislatura estatal de New Hampshire estaba dividida en una Cámara Baja y un Senado.

65 “Whereas James Macgregore, of Londonderry, hath petitioned the General Court, setting forth, that he commenced an action or plea of debt, against Joshua Furber, of Northwood, before a justice of the peace, for sundry breaches of law, and hereby demanding of the said Furber, ten pounds damages, as accruing on said breaches of law: at the hearing of which action, the said Furber plead that a justice of the peace had no right to take cognizance of any cause where the damages alleged amount to more than forty shillings; notwithstanding which, said justice overruled said plea, and gave judgment in the said Macgregore’s favor, for ten pounds damage and cost of suit: from which judgment the said Furber appealed to the Inferior Court of Common Pleas, holden at Portsmouth, in and for the county of Rockingham, on the last Tuesday of May last; which said Inferior Court adjudged that the said Furber’s plea was good, and that a justice of the peace ought not to take cognizance of any action, wherein the damage alleged, (or the sums demanded) exceeds the sum of forty shillings. Whereupon judgment was entered up against him the said MacGregore, for the said Furber’s cost; notwithstanding a late act of this state, passed the ninth day of November last, intitled, “An act for the recovery of small debts in an expeditious way and manner”; whereby the said Macgregore conceived himself to be greatly injured, and prayed for direction and redress in the premises. Therefore, Resolved, That said act is a constitutional law of this state, and ought to be observed as such” (Batchellor, 1891, pp. 652-653).

66 “And be it further Resolved, that the judgment of the Inferior Court aforesaid be and hereby is rendered null and void, and that the said Macgregore shall have liberty, and he is hereby impowered

bas cámaras de la legislatura estatal. En algunos casos, pidieron directamente la remoción de los jueces a través de un *impeachment* (Gerber, 2011, p. 120).

En medio de ese conflicto, en noviembre de 1786, el tribunal declaró inconstitucional la Ten Pound Act en un sexto caso: *Young v. Davis* (Hamburger, 2008, p. 432). La reacción no se hizo esperar: el 25 de diciembre de 1786, la Cámara Baja de la legislatura volvió a reafirmar la constitucionalidad de la Ten Pound Act en contra de lo decidido por el tribunal del condado de Rockingham (Batchellor, 1891, p. 759). A los dos días, se aprobó una moción para solicitar copia de todas las actuaciones de la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham en causas que excedieran los 40 chelines.⁶⁷ Posteriormente, se decidió analizar la apertura de un proceso de remoción de todos los jueces y se constituyó un comité para estudiar el caso y analizar todas esas causas. Finalmente, ese comité se reunió el 27 de junio de 1787 y presentó un reporte en el que afirmaba que la conducta de los jueces se encontraba justificada bajo la Constitución del estado y que, por ende, no podían ser removidos por la causal de mal desempeño (*mal-administration*).⁶⁸ Al día siguiente, la Cámara Baja aprobó una votación para derogar la Ten Pound Act.⁶⁹ Esa moción fue apoyada inmediatamente por el Senado estatal.⁷⁰

to enter his said action at the Superior Court of Judicature, to be holden at Exeter, in and for said county of Rockingham, on the third Tuesday of September next, and that said Macgregore be empowered to prosecute, and the Justices of said Superior Court to sustain, hear and determine said action, in the same manner as though the same action had been appealed from said Inferior Court of Common Pleas, to said Superior Court of Judicature in usual form, any law, usage or custom, and the judgment aforesaid notwithstanding” (Batchellor, 1891 p. 653).

67 “Voted, That the Clerk of this House write to the Clerk of the Inferior Court of Common Pleas, for the county of Rockingham, and request of him, a copy of the proceedings of [the] said [Inferior] Court in each action brought before them by appeals from (the) Justices of the Peace, in cases which exceed forty shillings” (Batchellor, 1891, p. 762).

68 “The Committee appointed to take into consideration the papers purporting an Impeachment of the Justices of the Court of Common pleas for the County of Rockingham beg leave to report as their Opinion that the said Justices are not Impeachable for Mal administration as their conduct is justified by the constitution of this State” (Batchellor, 1892, p. 79). Luego de aprobado el reporte, la Cámara de Representantes aprobó también una moción para constituir “a Committee to draught a Bill for repealing an Act of this State intituled an Act for the recovery of Small debts in an expeditious way & manner passed Nov 9, 1785” (Batchellor, 1892, p. 79). Es decir, un comité para redactar una ley para derogar la Ten Pound Act.

69 “An Act to repeal an Act passed the ninth day of November Anno Domini 1785 entitled an Act for the recovery of Small debts in an expeditious way and manner, was read a third time & motion was made that it pass to be Enacted” (Diario de sesiones de la Cámara de Representantes, sesión del 28 de junio de 1787, Batchellor, 1892, p. 83).

70 “An Act to repeal an act passed the ninth day of November Anno Domini 1785, entitled an Act for the recovery of small debts in an expeditious [sic] way and manner, having been read a third

Tal como sostiene Hamburger (2008), en los *Ten Pound Cases* los jueces de tribunales inferiores “declararon inconstitucional de forma repetida una ley y esto es revelador. Sugiere que lejos de ejercer lo que consideraban un poder sobre la legislación, [esos jueces] simplemente entendieron que estaban cumpliendo con su deber” (p. 435).

Por lo menos cuatro periódicos de gran circulación en el estado de Pensilvania en 1787 le dieron una cobertura importante al conflicto desatado entre los jueces y la legislatura de New Hampshire, y lo hicieron en plenas reuniones de la Convención de Filadelfia (Gerber, 2011, p. 122).

2.2.4. Bayard v. Singleton (1787)

El último caso que voy a analizar ocurrió en el estado de Carolina del Norte. En 1786, uno de los futuros jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos defendió como abogado a Elizabeth Cornell Bayard en un conocido caso ante la Suprema Corte estatal. Allí, James Iredell planteó la inconstitucionalidad de una ley local de 1785 que ordenaba desechar sumariamente los reclamos judiciales para intentar recobrar la propiedad en casos de confiscación bajo las Confiscation Acts de 1777 y 1779. Ambas leyes le permitían al Gobierno local quitarles todos los bienes a personas consideradas como leales al Imperio británico y venderlas a un tercero como método para solventar los costos de la guerra de independencia. Sin embargo, la Constitución de Carolina del Norte establecía concretamente que toda controversia legal relacionada con la propiedad debía ser decidida mediante el juicio por jurados, al que se consideraba sagrado e inviolable.⁷¹

Samuel Cornell, el padre de la reclamante, sabiendo las consecuencias de la ley debido a su lealtad a Gran Bretaña, les había legado a sus hijas todo su patrimonio antes de huir del estado de Carolina del Norte. A pesar de ello, las autoridades locales le confiscaron todos los bienes legados a una de sus hijas, Elizabeth, y se los vendieron a Spyres Singleton, un conocido político local. Con la ayuda de Iredell, Cornell Bayard inició una demanda para recuperar los

time, voted the same be enacted” (Diario de sesiones del Senado, sesión del 28 de junio de 1787, Batchellor, 1892, p. 31).

71 La sección XIV de la Declaración de Derechos de la Constitución de Carolina del Norte del 17 de diciembre de 1776 establecía: “That in all controversies at law, respecting property, the ancient mode of trial by jury is one of the best securities of the rights of the people, and ought to remain sacred and inviolable” (*The Constitution of North Carolina...*, 1835, p. 4).

bienes confiscados. Pero la ley estatal de 1785, contradiciendo directamente la Constitución local, impedía que el reclamo fuera decidido a través del juicio por jurados. Los jueces se enfrentaban así a un obstáculo legislativo, teóricamente insalvable, para considerar el caso.

La Suprema Corte estatal decidió demorar el estudio del planteo de inconstitucionalidad, previendo la posibilidad de que la legislatura revisara la ley. Iredell aprovechó esa demora y publicó un artículo en los periódicos locales en el que explicaba que la ley era inconstitucional porque violaba la Constitución de Carolina del Norte de 1776. El artículo en cuestión, titulado “To the public” (McRee, 1858, pp. 145 y ss.), fue publicado el 17 de agosto de 1786. Allí, Iredell hizo una extensa defensa pública del control judicial de constitucionalidad y, entre otras cosas, sostuvo:

No he vivido tan poco tiempo en el Estado, ni con tan poco interés sobre sus preocupaciones, como para olvidar la ansiedad extrema que nos agitaba a todos al formar la constitución, una constitución que considerábamos como la base fundamental de nuestro gobierno, inalterable, salvo por el mismo alto poder que la estableció, y que por lo tanto debíamos deliberar sobre ella con la mayor precaución, porque si contenía algún principio malvado, el gobierno formado bajo ella debía ser aniquilado antes de que el mal pudiera ser corregido. Por supuesto, había que considerar cómo imponer restricciones a la legislatura, que aunque la dejaran libre para todos los propósitos útiles, fueran al mismo tiempo una salvaguarda contra el abuso del poder ilimitado, en el que no se podía confiar, sin el peligro más inminente, para cualquier hombre o cuerpo de hombres en la tierra. (McRee, 1858, pp. 145-146)

Iredell recordó que los revolucionarios estadounidenses aborrecían la omnipotencia legislativa del Parlamento británico y explicó que:

el poder de la Asamblea está limitado y definido por la constitución. Es una *criatura* de la constitución. [...] El pueblo ha elegido ser gobernado bajo tales y tales principios. No ha elegido ser gobernado, ni prometió someterse a ningún otro; y la Asamblea no tiene más derecho a ser obedecida en otros términos, que el que podría tener cualquier otro poder en la tierra a gobernarnos; porque hemos acordado tanto ser gobernados por el Diván Turco como por nuestra propia Asamblea General, únicamente bajo unos términos expresamente prescriptos. Hay consecuencias que parecen tan naturales, y de hecho tan irresistibles, que no observo que hayan sido mayormente cuestionadas. El gran argumento es que, aunque la Asamblea no tiene *derecho* a violar la constitución, si lo hace *de hecho*, el único remedio es, o una humilde petición para que se derogue la ley, o una resistencia universal del pueblo. Pero mientras tanto, su norma, sea cual fuere,

debe ser obedecida como una ley; porque el poder judicial no debe atreverse a cuestionar el poder de una norma de la Asamblea.⁷² (McRee, 1858, pp. 146-147)

Luego de rechazar ambas posiciones, Iredell planteó:

queda por averiguar si el poder judicial tiene alguna autoridad para interferir en tal supuesto. Entiendo que el deber de ese órgano en todos los casos es decidir de acuerdo con las *leyes del Estado*. Supongo que no se negará que la constitución es una *ley del Estado*, que es la *ley fundamental*, y que es inalterable por la legislatura, que deriva todo su poder de ella. Una ley de la Asamblea puede derogar otra ley de la Asamblea. Por esta razón, la ley posterior debe ser obedecida, y no la anterior. Una ley de la Asamblea no puede derogar la constitución, ni parte alguna de ella. Por esa razón, una ley de la Asamblea, inconsistente con la constitución, es nula y no puede ser obedecida, sin desobedecer a la ley superior a la que estábamos previa e irrevocablemente obligados. Los jueces, por lo tanto, deben tener el cuidado de que cada ley de la Asamblea que pretendan imponer esté autorizada por la constitución ya que, de lo contrario, corren el riesgo de actuar sin autoridad legal. Este no es un poder usurpado o discrecional, sino uno que inevitablemente resulta de la naturaleza de su cargo, ya que son jueces *en beneficio de todo el pueblo, no meros servidores de la Asamblea*.⁷³ (McRee, 1858, p. 148)

Como se puede observar, los argumentos de Iredell son muy similares a los expuestos por St. George Tucker en Virginia y los más escuetos de Samuel Sheburne en New Hampshire. Aquí tenemos otra muestra de la amalgama de ideas que dieron origen y sustento posterior al control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos.

A instancias de Iredell, en el caso *Bayard v. Singleton*,⁷⁴ en mayo de 1787 la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró inconstitucional la ley de 1785 y ordenó que el juicio prosiguiera y fuera decidido mediante un juicio por jurados conforme lo previsto en la Constitución estatal de 1776. Luego de resaltar la importancia de las obligaciones derivadas del juramento al asumir el cargo de juez, así como los deberes inherentes a la función judicial, el máximo tribunal estatal expuso lo siguiente:

Que, según la Constitución, cada ciudadano tenía indudablemente el derecho a una decisión sobre su propiedad mediante un juicio por jurados. Por eso, si

72 Énfasis en el original.

73 Énfasis en el original.

74 *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

la Legislatura pudiera quitarle este derecho y exigirle que enfrente una condena sobre su propiedad sin un juicio, podría con la misma autoridad requerir que le quiten la vida sin un juicio por jurados, y que deba ser condenado a morir, sin la formalidad de ningún juicio en absoluto: que si los miembros de la Asamblea General pudieran hacer esto, podrían con la misma autoridad, no solo convertirse en los Legisladores del Estado de por vida, sin más elecciones del pueblo, sino a partir de allí transmitir la dignidad y autoridad de la legislación a sus herederos varones para siempre. Pero que estaba claro que ninguna ley que pudieran aprobar podría derogar o alterar la Constitución de manera alguna, porque si pudieran hacerlo, al mismo tiempo destruirían su propia existencia como Legislatura y disolverían el gobierno allí establecido. En consecuencia, la Constitución (que el poder judicial estaba obligado a tener en cuenta como correspondía con cualquier otra ley), estando en plena vigencia como la ley fundamental del estado, a pesar de la norma de la legislatura en la que se fundaba la moción actual, esa misma norma, por supuesto, debe quedar anulada y sin ningún efecto en esta ocasión.⁷⁵

Bayard v. Singleton fue el primer caso en el que la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró inconstitucional una ley estatal. Apenas conocida la decisión, Richard Dobbs Spaight, representante de Carolina del Norte en la Convención de Filadelfia, le escribió a Iredell una crítica a la decisión de los jueces.⁷⁶ Nuevamente, Iredell defendió ese rol de los jueces en una carta privada a Dobbs Spaight, fechada el 26 de agosto de 1787. Allí, expuso nuevamente casi todos los argumentos que John Marshall desarrollaría 15 años después en *Marbury v. Madison*:

En relación con la última decisión de [la Suprema Corte de Carolina del Norte] en Newbern, confieso que siempre ha sido mi opinión, que una ley incompa-

75 1 N.C. 5, pp. 6-7.

76 “The late determination of our judges at Newbern, must, in my opinion, produce the most serious reflections in the breast of every thinking man, and of every well-wisher to his country. It cannot be denied, but that the Assembly have passed laws unjust in themselves, and militating in their principles against the Constitution, in more instances than one, and in my opinion of a more alarming and destructive nature than the one which the judges, by their own authority, thought proper to set aside and declare void. [...] I do not pretend to vindicate the law, which has been the subject of controversy: it is immaterial what law they have declared void; it is their usurpation of the authority to do it, that I complain of, as I do most positively deny that they have any such power; nor can they find any thing in the Constitution, either directly or impliedly, that will support them, or give them any color of right to exercise that authority. Besides, it would have been absurd, and contrary to the practice of all the world, had the Constitution vested such powers in them, as they would have operated as an absolute negative on the proceedings of the Legislature, which no judiciary ought ever to possess” (ver carta de Richard Dobbs Spaight a James Iredell del 12 de agosto de 1787, en McRee, 1858, p. 169). Llamativamente, tal como explica Berger (1969, p. 335), Spaight no hizo pública su crítica a la *judicial review* y no hizo saber su oposición en la Convención de Filadelfia.

tible con la Constitución era nula; y que los jueces, consistentemente con sus deberes, no podrían darle efecto. Me parece que la Constitución es una ley fundamental, que limita los poderes de la Legislatura, y que cada ejercicio de esos poderes debe, necesariamente, ser comparado con ella. [...] En un Gobierno republicano (tal como lo concibo), la libertad individual es una cuestión de suma importancia y, si no hay un control sobre las pasiones públicas, corre el mayor peligro. Al tener el poder en sus propias manos, la mayoría puede cuidarse a sí misma; pero, ¿en qué condición están las minorías, si el poder del otro es ilimitado? Supongo que estas consideraciones, u otras similares, ocasionaron esas disposiciones expresas para la libertad personal de cada ciudadano, que los ciudadanos, cuando formaron la Constitución, eligieron reservar como un derecho inalienable, y no dejarlo a merced de ninguna Asamblea que sea. Esa restricción podría ser atendida con inconvenientes; pero decidieron arriesgarse a esas molestias, por el bien de la ventaja; y en cada transacción debemos actuar de la misma manera: debemos elegir entre males de uno u otro tipo: la imperfección del hombre nunca puede mantenerse completamente al margen de todo. Por lo tanto, siendo la Constitución una *ley fundamental*, y una *ley por escrito* de la naturaleza solemne que he mencionado [...], el poder judicial, en el ejercicio de su autoridad, debe tomar nota de ella como la base de su autoridad, así como de toda otra autoridad; y como ningún artículo de la Constitución puede ser derogado por una Legislatura, que deriva todo su poder de ella, se sigue que la *ley fundamental e irrevocable* debe ser obedecida, a través del rechazo de un acto injustificado e incompatible con ella, o usted debe obedecer un acto fundado en una autoridad que no fue otorgada por el pueblo, y a la cual, entonces, el pueblo no le debe obediencia. No es que los jueces hayan sido nombrados árbitros para determinar, como si lo fueran, en cualquier instancia, si la Asamblea ha violado o no la Constitución; pero cuando una ley se presenta necesariamente ante ellos al momento de resolver un caso, deben, inevitablemente, determinarlo de una forma u otra. [...] Realmente me parece que el ejercicio de ese poder es inevitable, dado que la Constitución no es un objeto meramente imaginario, sobre el cual se pueden formar diez mil opiniones diferentes, sino un documento escrito al que todos pueden recurrir, y al que, en consecuencia, los jueces no pueden ignorar deliberadamente. (McRee, 1858, pp. 172-175)

Años después, en 1793, ahora desde su cargo de *Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Iredell ratificaría que los jueces tienen el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes que contradigan la Constitución, aun las dictadas por el Congreso federal. Así lo haría en su conocida disidencia en el caso *Chisholm v. Georgia*, en la que sostuvo que una ley inconsistente con la Constitución debía ser anulada por los tribunales.⁷⁷

77 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793). Allí, Iredell sostuvo que: “Upon this authority, there is, that I know, but

Los argumentos que Iredell expuso en 1786, 1787 y 1793 son muy similares a los que otros abogados y hombres públicos esgrimirían para defender el control judicial de constitucionalidad durante fines del siglo XVIII.⁷⁸ Tanto el carácter de “ley fundamental” que se le reconoce a la constitución escrita⁷⁹ como los límites del Poder Legislativo en cuanto a la imposibilidad de sancionar leyes que contradigan esa norma jurídica considerada de rango superior, sancionada por el pueblo y alterable solamente por él, y fundamentalmente el deber de los jueces de invalidar las leyes que violen la constitución, están presentes en todas esas argumentaciones. Lo mismo ocurre con la idea acerca del carácter subordinado que tenía el Poder Legislativo, cuya autoridad deriva de la constitución. Detrás de muchas de esas posturas hay también un profundo escepticismo y temor a eventuales abusos de poder por parte del Poder Legislativo.⁸⁰ El deber de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes no se considera como un conflicto entre el Poder Judicial y el legislador, sino uno entre el legislador y la voluntad del pueblo expresada en la constitución.⁸¹

3. Conclusión

Los ejemplos de William Willcocks, Andrew Roland, St. George Tucker, Samuel Sheburne y James Iredell, así como los casos de Nueva Jersey, Virginia, New Hampshire y Carolina del Norte de 1780, 1782, 1786 y 1787, respectivamente, son apenas una muestra de una verdad histórica irrefutable: varios años antes de que John Marshall se sentara a escribir su sentencia en *Marbury v. Madison*, la idea del control judicial de constitucionalidad ya era familiar y conocida. No solo eso: esta idea había sido analizada, discutida y aceptada como un deber inherente a la función judicial a la hora de resolver los casos concretos aplicando la Constitución como norma de máxima jerarquía e imponiendo así límites

one limit; that is, «that they shall not exceed their authority.» If they do, I have no hesitation to say, that any act to that effect would be utterly void, because it would be inconsistent with the Constitution, which is a fundamental law, paramount to all others, which we are not only bound to consult, but sworn to observe; and, therefore, where there is an interference, being superior in obligation to the other, we must unquestionably obey that in preference” (2 U.S. (2 Dall.) p. 433).

78 Según Casto (2009, p. 398), el análisis y justificación del control de judicial de constitucionalidad escrito por Iredell fue el más exhaustivo de todos los intentados por un juez de la Suprema Corte en su historia.

79 Sobre el concepto de *fundamental law* y sus alcances, ver Hamburger (1989).

80 Para profundizar el punto, ver Berger (1969, pp. 8-16 y 34-36).

81 Cfr. Casto (1995, pp. 329 y ss.).

claros al accionar del Gobierno, especialmente al Poder Legislativo. Además, había sido practicada en varios casos a nivel estatal en los Estados Unidos aun antes de la sanción de la Constitución de Filadelfia en 1787.

Así es que la *judicial review*, entendida como el deber de los jueces de invalidar las leyes que contradijeran a la constitución como norma jurídica de jerarquía superior en el marco de un caso litigioso, se concretó primero a nivel estatal y de ahí pasó a la Constitución federal. En ese tránsito es que se la admite como parte necesaria de la función judicial y se la racionaliza como uno de los frenos y contrapesos propios del principio de la separación de los poderes.

Cabe recordar que, a diferencia de lo que ocurría con el principio de la separación de los poderes que fue contemplado expresamente en varias constituciones estatales, ninguno de los trece estados originales incluyó una atribución específica para que los jueces pudieran invalidar leyes de las legislaturas que contradijeran la constitución de cada estado.⁸² Sin embargo, lo que hoy conocemos como el “control judicial de constitucionalidad” termina siendo considerado como parte de los deberes correspondientes al ejercicio de su función judicial. Así es que los jueces estatales lo pusieron en práctica en numerosas ocasiones, algunas de las cuales ya expuse en este trabajo. Pero esos jueces no lo hicieron de *motu proprio*, autoatribuyéndose una función que no tenían. En la gran mayoría de los casos, fueron los propios abogados de las partes los que pidieron esas declaraciones de inconstitucionalidad, y lo hicieron por considerar que esas declaraciones eran una derivación lógica del ejercicio de la función judicial en el marco de los cambios institucionales que impuso la Revolución norteamericana.

Esta sorprendente realidad sugiere el grado de aceptación generalizada que tenía esa forma de concebir la función judicial aun antes de la sanción de la Constitución federal en 1787. Pero también obliga a concluir que la novedad no pasaba por ahí. Por el contrario, el cambio más importante se dio en la adopción de un nuevo concepto de “constitución”. Esta nueva noción es la que, al ser concebida y aceptada como una norma jurídica escrita, de máxima jerarquía, que al ser expresión de la soberanía del pueblo solo puede ser modificada por un órgano o un mecanismo especial y que, además, resulta directamente invocable por los particulares en juicio, impuso como corolario lógico la *judicial review*. Máxime cuando, a diferencia de Gran Bretaña, esa “constitución” se concibe también como un límite concreto al Gobierno, especialmente al

82 Cfr. Van Loan (2002, p. 34).

Poder Legislativo. De otra forma, es imposible explicar cómo es que, en medio de la guerra revolucionaria, abogados de diferentes estados y en casos diversos convencieron a los jueces de ejercer una atribución que no tenían y que nadie hasta entonces había contemplado.

Bibliografía

- Althouse, A. (2010). The Historical Ordinarity of Judicial Review. *The George Washington Law Review*, 78(6), 1123-1128.
- Axel-Lute, P. (2009). *Holmes v. Walton: Case File Transcriptions and Other Materials*. New Jersey Digital Legal Library, Rutgers Law School, <https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/>.
- Barnett, R. E. (2016). *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*. Broadside Books.
- Berger, R. (1969). *Congress v. the Supreme Court*. Harvard University Press.
- Blackstone, W. (1770). *Commentaries on the Laws of England. In Four Books* (4^a ed.). Clarendon Press.
- Boudin, L. B. (1929). Precedents for the Judicial Power: *Holmes v. Walton* and *Brattle v. Hinkley*. *St. John's Law Review*, 3, 173-215.
- Casto, W. R. (1995). James Iredell and the American Origins of Judicial Review. *Connecticut Law Review*, 27(2), 329-364.
- Casto, W. R. (1996). Oliver Ellsworth. *Journal of Supreme Court History*, 1996(2), 73-91.
- Casto, W. R. (2009). There Were Great Men Before Agamemnon. *Vanderbilt Law Review*, 62, 371-406.
- Connor, H. G. (1912). James Iredell: Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799. *University of Pennsylvania Law Review*, 60(4), 225-253.
- Farrand, M. (1913). *The Framing of the Constitution of the United States*. Yale University Press.
- Farrand, M. (1937). *The Records of the Federal Convention of 1787* (Tomos I y II). Yale University Press.
- Fenwick, C. G. (1913). The Authority of Vattel. *The American Political Science Review*, 7(3), 395-410.
- García-Mansilla, M. J. (2020). *Marbury v. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad. *Revista Jurídica Austral*, 1(1), 9-89. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.gar>.
- Gerber, S. D. (1998). *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*. New York University Press.
- Gerber, S. D. (2011). *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-178*. Oxford University Press.
- Gerber, S. D. (2018). The Supreme Court Before John Marshall. *University of St. Thomas Law Journal*, 14(1), 27-55.
- Haines, C. G. (1914). *The American Doctrine of Judicial Supremacy*. The Macmillan Company.
- Hall, K. L. y Hall, M. D. (Eds.). (2007). *Collected Works of James Wilson* (Tomo I). Liberty Fund.

- Hamburger, P. A. (1989). The Constitution's Accommodation of Social Change. *Michigan Law Review*, 88, 239-327.
- Hamburger, P. A. (2008). *Law and Judicial Duty*. Harvard University Press.
- Hamburger, P. A. (2010). A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty. *The George Washington Law Review*, 78, 1162-1177.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1818). *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*. Jacob Gideon.
- Higginbotham, D. (Ed.). (1976). *The Papers of James Iredell* (Tomo II 1778-1783). North Carolina Division of Archives and History.
- Holt, E. (1998). John Blair. "A Safe and Conscientious Judge". En Gerber, S. D. (Ed.), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall* (pp. 155-197). New York University Press.
- Lambert, R. M. (2002). The 'Ten Pound Act' Cases and the Origins of Judicial Review in New Hampshire. *New Hampshire Bar Journal*, 43, 37-55.
- Lawrie, T. A. (1995). Interpretation and Authority: Separation of Powers and the Judiciary's Battle for Independence in New Hampshire, 1786-1818. *The American Journal of Legal History*, 39(3), 310-336.
- Leonard, G. (2006). Iredell Reclaimed: Farewell to Snowiss's History of Judicial Review. *Chicago-Kent Law Review*, 81, 867-882.
- Marcus, M. y Perry, J. R. (Eds.). (1985). *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800* (Tomo I - Parte I - Appointments and Proceedings. Columbia University Press.
- McRee, G. J. (1858). *Life and Correspondence of James Iredell, one of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States* (Tomo II). D. Appleton & Company.
- Moore, W. D. (1990). Written and Unwritten Constitutional Law in the Founding Period: The Early New Jersey Cases. *Constitutional Commentary*, 7(2), 341-360.
- Perley Poore, B. (Comp.). (1877). *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States* (Tomo I). Government Printing Office.
- Perley Poore, B. (Comp.). (1878). *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States* (2ª ed., Tomo II). Government Printing Office.
- Plumer, Jr., W. (1856). *Life of William Plumer*. Phillips, Sampson & Co.
- Publicola. (1792). *Observations on Paine's Right of Man, in a series of letter* (3ª ed.). Dickson y Fairbarn.
- Schwartz, B. (1963). *A Commentary on the Constitution of the United States* (Tomo I). The Macmillan Co.
- Scott, A. (1899). Holmes v. Walton: The New Jersey Precedent. A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation. *The American Historical Review*, 4(3), 456-469.
- Sparks, J. (1832). *The Life of Gouverneur Morris with selections from his correspondence and miscellaneous papers. Detailing events in the American Revolution, the French Revolution, and in the political history of the United States* (Tomo III). Gray & Bowen.
- Steinfeld, R. (2021). "To Save The People From Themselves". *The Emergence of American Judicial Review and the Transformation of Constitutions*. Cambridge University Press.
- Thayer, J. B. (1893). The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156.
- Treanor, W. M. (1994). The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review. *University of Pennsylvania Law Review*, 143(2), 491-570.
- Treanor, W. M. (2005). Judicial Review before *Marbury*. *Stanford Law Review*, 58(2), 455-562.

- Tucker, R. J. (1896). The Judges Tucker of the Court of Appeals of Virginia. *The Virginia Law Register*, 1(11), 789-812.
- Tucker, St. G. (1803). Appendix to Volume First. Part First of Blackstone's Commentaries. En *Blackstone's Commentaries: with note of reference, to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States, and the Commonwealth of Virginia* (Tomo I). William Young Birch & Abraham Small.
- Tucker, St. G. (1999). *View of the Constitution of the United State. With Selected Writings*. Liberty Fund.
- Van Loan, E. M. (III). (2002). Ten Pound Acts: An Introduction to Original Research on the Origins of Judicial Review. *New Hampshire Bar Journal*, 43(1), 34-36.
- Varnum, J. M. (1787). *The Case, Trevett Against Weeden: On Information and Complaint, for refusing Paper Bills in Payment for Butcher's Meat, in Market, at Par with Specie: Tried before the Honourable Superior Court, in the County of Newport, September Term, 1786*. Impreso por John Carter.
- Vattel, E. de. (1760). *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (Tomo I). Impreso por J. Newbery, J. Richardson, S. Crowder, T. Caslon, T. Longman, B. Law, J. Fuller, J. Coote y G. Kearsly.
- Wells, W. V. (1865). *The life and public services of Samuel Adams being a narrative of his acts and opinions, and of his agency in producing and forwarding the American Revolution with extracts from his correspondence, state papers and political essays* (Tomo I). Little, Brown & Co.
- Wood, G. S. (1969). *The Creation of the American Republic. 1776-1787*. W. W. Norton & Co.

Fuentes inéditas

- Carta de Edmund Randolph a James Madison. (18 de julio de 1782). Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence, 1723-1859. https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0642_0643/?sp=1 (última visita 10/10/2022).
- Carta de Edmund Randolph a James Madison. (26 de octubre de 1782). Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence, 1723-1859. https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0774_0776/?sp=2 (última visita 10/10/2022).
- "To W.N.", Tucker-Coleman Papers, Legal Papers, Papers of St. George Tucker, Manuscripts Department, Earl Gregg Swem Library, College of William and Mary, Williamsburg, Virginia, Caja 17, Mss. 40 T79.

Fuentes publicadas

- Arguments and Judgment of the Major's Court of the City of New York, in a cause between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington*. (1784). Samuel Loudon.
- Batchellor, A. S. (Ed.). (1891). *Early States Papers of New Hampshire, Including the Constitution of 1784, Journals of the Senate and House of Representatives, and Records of the President and Council, from June, 1784 to June, 1787*, (Tomo XX). John B. Clarke Public Printers.
- Batchellor, A. S. (Ed.). (1892). *Early States Papers of New Hampshire, Including the Journals of the Senate and House of Representatives and Records of the President and Council, from June, 1787 to June, 1790* (Tomo XXI). Ira C. Evans Public Printers.
- Hening, W. W. (Ed.). (1821). *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619* (Tomo IX). J. & G. Cochran.

- Hening, W. W. (Ed.). (1822). *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619* (Tomo X). J. & G. Cochran.
- Hening, W. W. (Ed.). (1823). *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619* (Tomo XI). George Cochran.
- Journal of the House of Delegates of the Commonwealth of Virginia; Begun and Held in the City of Richmond, in the County of Henrico.* (1828). Thomas W. White.
- Letters and other writings of James Madison.* (1865). (Vol. I 1769-1793). J. B. Lippincott & Co.
- The Constitution of North Carolina, adopted December 17, 1776; and the amendments thereto, submitted to the people by the convention which assembled at Raleigh, June 4, 1835; together with an ordinance for carrying the same into effect.* (1835). J. Gales & Son.
- Wilson, P. (Comp.). (1784). *Acts of the Council and General Assembly of the State of New-Jersey from the Establishment of the present Government, and Declaration of Independence, to the End of the first sitting of the eight session, on 24th day of December, 1783; with the Constitution prefixed.* Isaac Collins.

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Virginia

Commonwealth v. Caton, 8 Va. (4 Call.) 5 (1782).

Major's Court de la Ciudad de New York

Rutgers v. Waddington (1784).

Honorable Corte Superior del Condado de Newport, Rhode Island

Trevett v. Weeden (1786).

Inferior Court of Common Pleas del Condado Rockingham

Tarlton v. Wallace (1786).

Cate v. Treferrin (1786).

Furber v. Macgregore (1786).

French v. Bartlet (1786).

Mason v. Furber (1786).

Young v. Davis (1786).

Suprema Corte de Carolina del Norte

Bayard v. Singleton, 1 N.C. 5 (1787).

Corte General de Virginia

Kamper v. Hawkins, 1 Va. Cases 21 (1793).

Suprema Corte de los Estados Unidos

Vanhome's Lessee v. Dorrance, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Anexo 1

La primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad

Texto original en inglés:

Argument in the case of the prisoners
Commonwealth v. Caton
Court of Appeals, October 31, 1782⁸³

Marginal note: “Memo. This Letter was addressed to my friend Wm. Nelson who proposed to appear in behalf of the prisoners; but he having prepared an Argument for the Occasion, advised me to deliver it at the Bar of the Ct. of Appeals: which I did -it was digested & committed to paper in a great hurry, being begun the night before it was delivered & completed before going to Bed.”

To W.N. Esqr.

The first Question arising on the Grand Constitutional Question adjourned by the Judges of the G.C. [General Court] to the C. of A. [Court of Appeals] is, whether the latter can take cognizance of it?

With submission to the General Court, I should have conceived that the most eligible mode which they could have adopted would have been to remand the prisoners to Goal, untill a certain Day in the next Term, then to be brought before the Court to receive Judgement.

And altho' it is impossible without Reference to the Law constituting the Court of Appeals (a Circumstance which is not in my power having never seen that Act) to decide whether the C. of A. [Court of Appeals] can take Cognizance of any criminal Matter, yet I hold it to be an uncontrovertible Point that the Judges of the G. C. [General Court] have a Right to consult those of the C. of A. [Court of Appeals] in any Cases wherein Difficulties may arise, altho' they may not be absolutely bound to adhere to their Opinion -and as this is a grand constitutional Question I should presume that it could not be debated either with too much solemnity or notoriety- for which reason the propriety of discussing it in open Court, rather than in the Judges Chambers privately and perhaps separately, is evident to me.

Thus I conceive, that the Judges of the C. of A. [Court of Appeals] may with the utmost Propriety deliver their Opinions on the Question to be referred to them, even tho' from a deliberate & mature Consideration of the Act of Assembly it should appear, that no criminal process can be submitted to their Decision by bringing the Record thereof into the Court.

83 El original se encuentra en la colección Tucker-Coleman Papers, Legal Papers, Papers of St. George Tucker, Manuscripts Department, Earl Gregg Swem Library, College of William and Mary, Williamsburg, Virginia, Caja 17, Mss. 40 T79. Copia en poder del autor. En la traducción al castellano se incluyen las anotaciones al margen.

It being admitted that the Judges of the C. [Court] of Appeals may deliver their Opinions on a point thus referred to them by those of the G. [General] Court, the next Question which arises is,

Whether the Judges have a right to decide on the validity or nullity of a positive Act of Assembly passed with all the Formalities used in framing or enacting Laws?

Our Bill of Rights, says “the Executive and Legislative powers of the state should be separate and distinct from the Judiciary” -Our Constitution repeats, that the Legislative, executive and Judiciary Departments shall be separate and distinct, so that neither exercise the powers properly belonging to the other.

Now I hold to be uncontrovertible that the power properly belonging to the Judiciary Department, is, to explain the Laws of the Land as they apply to particular Cases, consequently, that where such Cases arise, the Interpretation of the Laws of the Land is in the Judiciary alone- Yet if the Legislative shall find that Mischiefs have, or may arise from such interpretation it is undoubtedly their province to explain their own Acts, so that no further Doubts may occur in the future Construction of them in such particular Cases as shall be brought before the Judiciary for their Explanation or Interpretation.

Thus it is the undoubted province of the Judiciary to interpret all Laws whatsoever; altho’ the Legislative may by a future Act explain any point not sufficiently clear in a former Act. For every Interpretation of a Law by the G. A. [General Assembly] in reality amounts to enacting a new Law, which is their undoubted province.

This I conceive agreeable to the principle laid down by Baron Montesquieu, that the same Man or body of Men should not enact Laws, & afterwards carry them into Execution, for in this Case he observes arbitrary Laws may first be made & then tyrannically executed, or interpreted -and this is also the Spirit of our Constitution, which will not permit the Legislative to expound or interpret a Law as applying to particular Persons or Cases, altho’ they have undoubtedly the right to explain their General Pollicy.

For if the Legislative have a right to determine or explain the Laws judicially, that is to decide in *particular Cases* the Judiciary, who are by the Constitution appointed as a counterpoise to it, is entirely annulled, & one of the Pillars on which our Government is established is totally destroyed.

But as this right of Interpretation does not exist in the Legislative, not yet in the Executive, it is consequently vested in the Judiciary alone, for neither according to the Constitution *shall exercise the powers properly belonging to the other.*

It being presumed as admitted that the power of interpreting all the Laws of this Commonwealth in particular Cases, is vested in the Judiciary alone, it follows that they alone (If any of the Departments of Government can do it) can decide what is or is not Law, and consequently (I should presume) on the validity or nullity of different Laws contradicting each other.

In Britain I have generally understood that it is a rule in the Construction of Statutes to consider a later Statute, which contradicts a former (so essentially as that they can not be construed so as to stand together) as repealing the former Statute.

The same Rule may with equal propriety I presume be adopted in construing all acts of the General A [Assembly]: of this Commonwealth.

But, I conceive there is a very wide Distinction between an Act of Assembly which may at any time be altered, or repealed, and that Bulwark of the Liberties of the Citizens of this Commonwealth, the Constitution, as framed agreeable to their Bill of Rights which is declared to be the *Basis and Foundation of Government*.

Under this idea I conceive the Constitution not liable to any alteration whatsoever by the Legislative, without destroying that Basis and Foundation of Government.

Therefore I hold, that any Act of the Legislative, absolutely contradictory, or repugnant to the Constitution, to be absolutely null and void -& consequently that the Judges are not bound to consider such Act as a Law.

For altho' it be true that the Judges are sworn to decide in all matters brought before them agreeably to the Laws of the Land, yet is the Constitution the first Law by which they are bound, and any Decision contrary thereto is absolutely subversive of that Government of which it is undoubtedly the Basis and Foundation.

But it may be urged -Magna Charta[,] the Habeas Corpus Act, & the British Bill of Rights tho' constitutional Acts, may, nay, have been altered by the British Parliament, more than once.

To this I reply that no parallel can possibly be drawn between the Constitution of G. B. [Great Britain] & this Country. The Acts above referred to are by some of the ablest Politicians of that nation considered only as Acts explanatory of that Constitution, which has existed to use their own phrase from time beyond the memory of Man; and that all the Rights and Privileges therein set forth were the inherent and indefeasible Rights of Englishmen equally as if those Acts explaining them had never been made. Therefore the Constitution of G. B. [Great Britain] partakes of the nature of their common Law, which can only be collected from immemorial Usages, or such Statutes as have from time to time been made to explain it; or amend it.

Now the Parliament of G. B. [Great Britain] having power not only to explain the Common Law, but also the Constitution, it follows that they may by a subsequent Act explain certain points of the Constitution differently from what they were explained in a former Act, which different explanation while it amounts to a repeal of a former Act, is only considered as placing what really was the Constitution in it's proper light.

Thus by this Fiction in Law, (for it seems to deserve that name) the British Constitution may be modelled agreeably to the Will of Parliament, whose omnipotence in this Instance seems generally admitted.

But the case is otherwise with our Constitution -the British is constructive- Ours is express -the British is traditional; and different points of it have been explained at different Times, & by different Parliaments, and in different Modes. Ours on the contrary was framed with all the solemnity of an original Compact between Citizens about to establish a Government most agreeable to themselves. That it might not be liable to be infringed it is founded on a Bill of Rights which is declared to form the Basis & Foundation of Government; and that it might not be misinterpreted it was committed to writing and made public to all the Citizens who became parties thereto.

Here then are explained those Fundamental Principles of our Government which the Judi-

ciary Department is constituted the Guardian. And this is the touchstone by which every Act of the Legislative is to be tried. If any Act thereof shall be found absolutely & irreconcilably contradictory to the Constitution, it can not admit of a Doubt that such act is absolutely null & void.

For the Constitution being the Act of the political Legislature, and in nature of an original Compact between the Citizens of the Commonwealth, the civil Legislature (as was I conceive in a very masterly manner argued by an honourable Gentleman of the G. C. [General Court]) being and inferior or subordinate Institution can not have power to annul or avoid any part of the Constitution so established.

But if every Act of the General Assembly, tho diametrically opposed to the Constitution, be valid as a Law, it follows that the G: A: [General Assembly] may at any time alter, repeal, or annul any part or the whole Body of the Constitution.

Yet there is no proposition in nature more generally admitted, than the Opinion is received in this Commonwealth, that no General Assembly can alter, repeal or annul a single iota of the Constitution.

Consequently all Laws repugnant thereto are ab Initio void. For if they are not void the Assembly have a right of altering[,] repealing, or annulling the Constitution. Now this Right being by universal concurrence of Opinion in the Citizens of the Commonwealth denied to exist in any General Assembly convened for the purposes of civil Legislation only, it follows that any Attempt to exercise such a Right is subversive of the Basis and Foundation of Government, & consequently is, & ought to be deemed absolutely void.

But still the important Question remains,

Whether the Treason Law be consistent with, or repugnant to the Constitution?

Here my Embarrassment is excessive on many Accounts -I have never seen the Treason Law. Nor am I competent to decide so nice a point as that which this Question includes. Yet the reasons offered, as I am informed, by an honourable member of the G. C. [General Court] that is what the Intention of the Constitution to leave as few Obstacles as possible in the way to mercy -& some other parts of the Constitution by which it appears that particular exclusive Priviledges have been reserved to the house of Delegates, have induced me to incline to the Opinion that the Spirit of our Constitution declares that the power of Pardoning in all Cases where it is not given to the Executive, is vested in the House of Delegates *alone*.

Upon these principles I should incline to think that the Treason Law can not be considered merely as an explanatory, but as an Act creative of powers in a set of Men to whom the Constitution has denied them.

It not only gives powers where the Constitution had tacitly denied them, but renders that incompleat & inadequate which the Constitution had declared fully sufficient.

For by the Constitution a pardon by Resolve of the H. [House] of Delegates in all Cases where the power of pardoning is taken from the Executive is compleat.

But by the Law that pardon in not compleat, unless the Senate shall concur in that resolve, with the H. [House] of Delegates.

Here then I apprehend we may draw an absolute Contradiction -For the Law declares that to be insufficient, which the Constitution had before declared to be fully sufficient, competent and compleat.

If this reasoning be admitted the Inference is plain -viz. that the prisoners are fully & compleately pardoned.

[Tucker's Revision, December 1793]

By the Act for establishing a Court of Appeals, Octr. 1778 The Jurisdiction of such Court is clearly confined no matters of Controversy, for the words *suits, Controversies and Causes* are the only words therein, descriptive, of the subjects to be submitted to the Decision of the Court.

By the same Act no *suits, controversies, or Causes* can be brought before that Court from any other, but by petn: appeal or Writ of Error, after a *final judgement*, or by Adjournment *before decision* on Acct. of Difficulty.

Now the Judgement of the General Court having being *final and Execution* awarded accordingly, it follows that *under* this Act the present Case could not have been properly submitted to the Decision of the Court of appeals.

And as the Law makes mention of no other subjects for the Decision of the Court but *suits, controversies, and Causes*, which I conceive to be mere Terms of *Litigation*, it seems equally to follow that *under* this Act the Court of Appeals can have no right to determine in criminal Cases.

But the act for constituting the Court of Appeals sets the matter in a different Light.

The first Clause demonstrates that it is an enlarging Statute (at least of compared with the former), for it expressly gives the Court an original Jurisdiction, altho' it does not define in what Cases suits shall be instituted therein.

A succeeding Clause is in these words. "This Court shall have Jurisdiction, *not only in Suits* originating there, and adjourned thither for Trials by Virtue of any Statute, which Trials shall be by Juries according to the Course of Law, but also in such as shall be brought before them by *Appeals & Writs of Error* to reverse Decrees of the H. C. of C. Judgements of the G. C. & Sentences of the Court of Admiralty, after those Decisions shall be *final there*, if the Matter of controversy be equal in value, exclusive of Costs to fifty pounds, or be a Freehold or Franchise; and *also in such Cases* as shall be removed before them by Adjournment from the other Courts before mentioned, when *Questions* in their Opinion, new & difficult occur.

This Clause distinguishes this act in several points from the Act for *establishing* the Court of Appeals.

First it declares the Court of Appeals to be capable of original Jurisdiction.

In the succeeding part of the Clause it points out the mode by which suits may be brought before this Court of Decision.

And in the latter part it declares the Court to have "Jurisdiction also in all such Cases as shall be removed before them by adjournment from the other Courts before mentioned, when Questions in their opinion new and difficult occur."

In this last Sentence the word Cases is clearly a word of much largers & more extensive Import than the words Suits, Controversies and Causes, which are the words of the former Statute and to which the first part of the Clause has reference. The latter as before observ'd seem to indicate matters merely of Litigation. The former applies equally to criminal as to civil Cases, & is indeed the most comprehensive word that could have been made use of in defining the power & Jurisdiction of the Court.

The word Questions in the same Sentence is likewise a word of comprehensive Sense & may apply to all subjects, civil, criminal or political, as arising in a Judiciary process.

Thus the succeeding Statute clearly gives the Jurisdiction in all Cases, removed to them by adjournment from any other Court.

An Objection may perhaps be made that where the Question is adjourned on account of Difficulty, from any other court, it must be done before Decision, and the Judgement of the General Court having been final, such adjournment can not be made.

The reply is ready -The first Statute, by which the Jurisdiction of the Court is confined to suits, Controversies and Causes, requires that the Adjournment be made before Decision- But the subsequent Statute, by which the powers & Jurisdiction of the Court are evidently enlarged makes no mention of the time when the adjournment should be made, and of course leaves the court open at any time to hear & determine Judgement in the nature final, altho' the peculiarity of the Circumstances attending it have rendered it otherwise.

Thus the Jurisdiction of the court is clearly established not only in criminal Cases, but I conceive in all cases which can possibly occur, whether civil, criminal, or political.

The last clause renders it's decision a rule for the Decision of the Court from whence the Question was adjourned.

Traducción al castellano

Alegato para el *Caso de los prisioneros*

(*Estado de Virginia c. Caton*)

Cámara de Apelaciones, 31 de octubre de 1782⁸⁴

Nota al margen de Tucker: “Memo. Esta nota fue dirigida a mi amigo Wm. Nelson, que propuso comparecer en nombre de los prisioneros, pero habiendo él preparado un alegato para la ocasión, me aconsejó que lo presentara ante la Cámara de Apelaciones, lo que hice. Quedó plasmado en papel con mucho apuro: lo comencé la noche en que lo di y lo terminé antes de irme a la cama”.

Para el abogado W. N.:⁸⁵

El primer punto que surge en relación con la importante cuestión constitucional remitida

84 Traducción del inglés al español de Mariano Vitetta, revisada por el autor.

85 Tucker escribió este alegato en tres hojas plegadas compuestas por doce páginas numeradas.

por los jueces de la Corte General a la Cámara de Apelaciones es ¿si la Cámara de Apelaciones puede entender en el caso?⁸⁶

Con la presentación ante la Corte General, habría pensado que la mejor manera que ellos hubieran podido adoptar hubiera sido enviar a los detenidos a prisión hasta una fecha determinada dentro del próximo período de sesiones y luego llevarlos ante la Cámara para que se dicte sentencia.

Y aunque es imposible sin referencia a la ley mediante la que se constituye la Cámara de Apelaciones (algo que me resulta imposible, ya que nunca vi esa ley) decidir si la Cámara puede entender en cualquier asunto penal, sostengo que es incontrovertible que los jueces de la Corte General tienen derecho a consultar a los de la Cámara de Apelaciones en los casos en que surjan dificultades, aunque no estén obligados de manera absoluta a seguir esa opinión. Como se trata de una cuestión constitucional de mucha relevancia, entiendo que no puede debatirse con mucha solemnidad ni notoriedad. Por ende, me resulta evidente que lo que corresponde es debatir el tema abiertamente en la Cámara y no en los despachos de los jueces en privado y por separado.

Por ende, entiendo que los jueces de la Cámara de Apelaciones tienen total competencia para expedirse sobre la cuestión que se les presenta, aunque a partir de un análisis profundo y considerado de la ley de la legislatura⁸⁷ pueda entenderse que no se puede someter a su decisión un proceso penal llevando el expediente a la Cámara.

Admitida entonces la posibilidad de que los jueces de la Cámara de Apelaciones se expidan sobre puntos remitidos a ellos por la Corte General, la pregunta que sigue es esta:

¿Tienen los jueces el derecho a decidir sobre la validez o la nulidad de una ley positiva de la Legislatura aprobada con todas las formalidades legales?

Nuestro Bill of Rights establece: “los Poderes Ejecutivo y Legislativo del estado estarán separados del Poder Judicial”. Nuestra Constitución repite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial estarán separados, *de modo tal que ninguno de ellos ejerza los poderes que les corresponden a los demás*.⁸⁸

Creo que no hay lugar a dudas para sostener que la facultad que compete al Poder Judicial es la de explicar las leyes de la nación tal como se aplican a los casos particulares. En consecuencia, cuando surgen tales casos, la interpretación de las leyes del país le *corresponde al Poder Judicial de manera exclusiva*.⁸⁹ Sin embargo, si el Poder Legislativo considera que se han cometido o que pueden cometerse errores a partir de tal interpretación, no hay dudas de que le corresponde explicar sus propias leyes, de modo tal que ya no surjan dudas en el futuro a la hora de interpretarlas en casos particulares que se planteen ante los tribunales para su explicación o interpretación.

En consecuencia, no hay dudas de que es competencia del Poder Judicial interpretar todas

86 Tucker tachó el pasaje en *itálica* al revisar sus notas en 1793, presumiblemente al momento de decidir el caso *Kemper v. Hawkins* como juez, en el que declaró inconstitucional una ley estatal (véase más abajo).

87 N. de T.: se refiere al Poder Legislativo local del estado de Virginia.

88 Énfasis en el original.

89 Énfasis en el original.

las leyes, aunque el Poder Legislativo pueda explicar en una ley posterior algún punto que no sea lo suficientemente claro en una ley anterior. Toda interpretación de una ley por parte de la Legislatura General en realidad es equivalente a la aprobación de una ley nueva, que sin dudas es de su competencia.

Entiendo que este criterio es compatible con el principio enunciado por el Barón de Montesquieu de que no puede ser que el mismo hombre o conjunto de hombres aprueben las leyes y luego las ejecuten. Según él, si así fuera, podrían dictarse leyes arbitrarias que luego se ejecutarían o interpretarían de manera tiránica. Este es el espíritu de nuestra Constitución, que no permite que el Poder Legislativo explique ni interprete la aplicación de una ley a personas o casos *específicos*, aunque no hay dudas de que tiene el derecho de explicar su *política general*.⁹⁰

Si el Poder Legislativo tiene derecho a determinar o explicar las leyes judicialmente, es decir, a decidir *casos en particular*,⁹¹ el Poder Judicial, que está diseñado en la Constitución como contrapeso, quedaría totalmente anulado. De tal modo, quedaría destruido por completo uno de los pilares en los que se basa nuestro Gobierno.⁹²

Pero como este derecho de interpretación no le corresponde al Poder Legislativo, ni siquiera al Poder Ejecutivo, por ende, queda conferido solo al Poder Judicial, ya que conforme a la Constitución *ningún poder puede ejercer las facultades que les corresponden a los otros poderes*.⁹³

Presumiendo que se admita que la facultad de interpretar las leyes de este estado en casos particulares esté conferida de manera exclusiva al Poder Judicial, se deduce que solo el Poder Judicial (si es que algún poder del Estado puede hacerlo) puede decidir qué es y qué no es derecho, y en consecuencia (presumiría) puede expedirse sobre la validez o la nulidad de leyes diferentes que se contradigan entre sí.

Tengo entendido que en Gran Bretaña existe una regla de interpretación legislativa por la cual una ley posterior que se contradiga con una ley anterior (de modo tan esencial que no puedan interpretarse para que ambas tengan vigencia) deroga la ley anterior.

Con igual corrección puede aplicarse, presumo, la misma regla para interpretar todas las leyes de la Legislatura General de este estado.

Sin embargo, entiendo que hay una distinción muy marcada entre una ley de la Legislatura que puede modificarse o derogarse en cualquier momento y ese baluarte de las libertades de los ciudadanos de este estado que es la Constitución, diseñada conforme al Bill of Rights que se considera *la base y el fundamento del Gobierno*.⁹⁴

Conforme a esta concepción, entiendo que la Constitución no puede ser modificada de ningún modo por parte del Poder Legislativo sin destruir esa base y fundamento del Gobierno.

90 Énfasis en el original.

91 Énfasis en el original.

92 Tucker intercaló la frase “para determinar o explicar las leyes judicialmente, es decir”. Entre este párrafo y el siguiente intercaló las frases “Nuestra Const. [ilegible] a la *maison des Phi*. No es una cuestión de privilegio, sino de la Const.”; “No consult. con [ilegible]”.

93 Énfasis en el original.

94 Énfasis en el original.

Por ende, sostengo que toda ley del Poder Legislativo que sea absolutamente contradictoria o repugnante en relación con la Constitución es absolutamente nula y sin efecto; en consecuencia, los jueces no están obligados a considerar que tal ley es derecho.

Aunque sea verdad que los jueces asumen sus cargos bajo juramento para decidir en todos los casos planteados ante ellos de conformidad con las leyes de la nación, la Constitución es la primera ley a la que están sometidos, y toda decisión contraria a ella es absolutamente contraria al Gobierno del cual es, sin lugar a dudas, su base y fundamento.

Pero puede sostenerse que la Magna Carta, la Ley de Habeas Corpus y el Bill of Rights británico, aunque son leyes constitucionales, pueden haber sido modificados y, en efecto, han sido modificados por el Parlamento británico en más de una oportunidad.

A esto respondo que no hay posibilidad de trazar una comparación entre la Constitución de Gran Bretaña y este país. Las leyes mencionadas más arriba son, para los políticos más destacados de aquella nación, meras leyes explicativas de esa Constitución que existe, para usar su frase, desde tiempos inmemoriales. También entienden que todos los derechos y privilegios que aparecen allí eran los derechos inherentes e inalienables de los ingleses que tenían vigencia de todos modos aun si las leyes que los explicaban nunca se hubieran promulgado. Así, la Constitución de Gran Bretaña participa en la naturaleza de su *common law*, que solo puede recogerse de usos inmemoriales o de las leyes que se hayan aprobado oportunamente para explicar o modificar ese derecho.

Pues bien, como el Parlamento de Gran Bretaña tiene facultades no solo para explicar el *common law*, sino también la Constitución, se sigue que puede, mediante una ley posterior, explicar ciertos puntos de la Constitución de un modo diferente al que se habían explicado en una ley anterior. Tal explicación diferente, si bien equivale a una derogación de la ley anterior, es solo considerada como que fija lo que en realidad era la Constitución correctamente interpretada.

Entonces, mediante esta ficción jurídica (parece merecer este nombre) la Constitución británica puede moldearse según la voluntad del Parlamento, cuya omnipotencia en esta instancia ya está admitida de manera general.

Sin embargo, la situación es diferente con nuestra Constitución: la británica es tácita; la nuestra, expresa. La británica es tradicional, y diferentes cuestiones suyas han sido explicadas en diferentes épocas y por diferentes parlamentos y según modalidades diferentes. Por el contrario, la nuestra estaba moldeada con todas las solemnidades de un pacto original entre ciudadanos para crear un Gobierno que los satisficiera en mayor medida. Para que no pueda incumplirse, se funda en un Bill of Rights que se declara base y fundamento del Gobierno. Y para que no sea malinterpretada se plasmó por escrito y se hizo pública para todos los Ciudadanos que se convirtieron en partes de ella.

Aquí entonces se explican los Principios Fundamentales de nuestro Gobierno, respecto de los cuales el Poder Judicial se erige como Guardián. Y esta es la piedra angular según la cual debe analizarse toda ley del Poder Legislativo. En caso de que alguna de sus leyes fuera considerada absoluta e irreconciliablemente contradictoria con la Constitución, no puede admitirse duda alguna de que esa ley es absolutamente nula y sin efecto.

Como la Constitución es la ley del Poder Legislativo político, y en su naturaleza es un pacto original entre los ciudadanos del estado, el Poder Legislativo civil (como creo que argumentó con mucha solidez un caballero de la Corte General)⁹⁵ al ser una institución inferior o subordinada no puede tener facultades para anular o dejar sin efecto parte alguna de la Constitución así establecida.⁹⁶

Pero si todas las leyes de la Legislatura General son válidas como derecho aun siendo diametralmente opuestas a la Constitución, se sigue que la Legislatura General en cualquier momento puede modificar, derogar o anular una parte o la totalidad de la Constitución.

No obstante, no hay proposición en la naturaleza que sea admitida de manera más generalizada en este estado que la de que ninguna Legislatura General puede alterar, derogar o anular siquiera una coma de la Constitución.

En consecuencia, todas las leyes que sean contrarias a la Constitución son nulas *ab initio*. Si no lo fueran, la Legislatura tendría el derecho de modificar, derogar o anular la Constitución. Ahora bien, dado que la existencia de ese derecho es denegada por la opinión universal de los ciudadanos del estado a toda Legislatura General convocada a los efectos de sancionar legislación civil únicamente, se sigue que todo intento de ejercer tal derecho es contrario a las Bases y al Fundamento del Gobierno, por lo que, en consecuencia, es y debe considerarse absolutamente nulo.

Pero sigue sin responderse la pregunta importante: la Ley de Traición ¿es adecuada a la Constitución o contraria a ella?

En este punto, reconozco que estoy avergonzado por varias cuestiones. Para empezar, nunca vi la Ley de Traición. Tampoco estoy capacitado para decidir el punto tan detallado que incluye esta pregunta. Sin embargo, las razones ofrecidas, según me informan, por un honorable miembro de la Corte General, en el sentido de que era intención de la Constitución dejar la menor cantidad posible de obstáculos para la misericordia y otras partes de la Constitución en las que parece que se han reservado privilegios exclusivos para la Cámara de Delegados, me inducen a inclinarme en el sentido de que el espíritu de nuestra Constitución declara que la facultad de indultar en todos los casos no asignados al Poder Ejecutivo quedan asignados *solamente* a la Cámara de Delegados.⁹⁷

Sobre la base de estos principios, me inclinaría a pensar que la Ley de Traición no puede ser considerada como meramente explicativa, sino que es una ley creadora de facultades para un grupo de hombres a quienes la Constitución se las ha denegado.

No solo otorga facultades en casos en que la Constitución las había denegado tácitamente, sino que torna incompleto e inadecuado lo que la Constitución había declarado completamente suficiente.

Ello es así porque, conforme a la Constitución, el indulto resuelto por la Honorable Cá-

95 Es evidente que Tucker se refiere a un abogado que ejercía ante la Corte General.

96 En el margen izquierdo, Tucker escribió: “La Constitución es la barrera que no puede transgredir el Poder Judicial”.

97 Énfasis en el original.

mara de Delegados es completo en todos los casos en los que la facultad de indultar es sacada al Poder Ejecutivo.

Pero conforme a la ley, ese indulto no está completo, a menos que el Senado preste su conformidad junto con la aprobación de la Cámara de Delegados.

En este punto, entiendo que podemos encontrar una contradicción absoluta: la ley declara que es insuficiente lo que la Constitución había declarado totalmente suficiente, competente y completo.⁹⁸

Si se admite este razonamiento, se colige con claridad que los prisioneros han sido indultados de manera completa y total.

[Revisión de Tucker, diciembre 1793]⁹⁹

Conforme a la ley de creación de la Cámara de Apelaciones de octubre de 1778, la competencia de ese Tribunal queda restringida a asuntos controvertidos, ya que las palabras *demandas*, *controversias* y *causas*¹⁰⁰ son las únicas palabras que describen las materias que pueden ser objeto de decisión de la Cámara.¹⁰¹

Conforme a la misma ley, no se pueden iniciar *demandas*, *controversias* ni *causas* ante la Cámara a partir de otro órgano jurisdiccional, sino mediante petición, ya sea por apelación o recurso de revisión, después de dictada una *sentencia definitiva* o por remisión *antes de que se dicte sentencia* en virtud de la dificultad.¹⁰²

Ahora que la sentencia de la Corte General es definitiva y se ha ordenado su ejecución, se sigue que *conforme a esta ley* el presente caso no se podría haber presentado adecuadamente para la decisión de la Cámara de Apelaciones.¹⁰³

Y como la ley no menciona otros objetos para la decisión de la Cámara que no sean las *demandas*, *controversias* y *causas*, que entiendo son meros sinónimos de *litigios*, parece de igual modo que puede derivarse que la Cámara de Apelaciones no puede tener derecho a decidir en *casos penales* conforme a esta ley.¹⁰⁴

98 Tucker insertó: “La Cámara de Delegados no puede renunciar a un privilegio constitucional”.

99 La revisión posterior de Tucker se ocupó solo de la cuestión de la competencia, que no trató acabadamente en su memorial original porque no había tenido acceso a la ley mediante la que se constituyó la Cámara de Apelaciones en 1779. Escribió estas notas adicionales (presentadas junto con el memorial original) en una hoja única doblada en dos, con esta anotación: “Cuestión constitucional. Este alegato en un principio quiso ser una nota para el Sr. Nelson, pero por su sugerencia fue pronunciado ante la Cámara de Apelaciones en noviembre o diciembre de 1782. Después de revisarlo con la distancia de los once años que pasaron, concluyo que no cambié mi opinión, aun si la prisa con que redacté el documento en su momento dio lugar a ciertas imprecisiones que quizás hoy habría evitado. 8 de diciembre de 1793”.

100 En el original en inglés “*suits, Controversies & Causes*”.

101 Hening (1821, pp. 522-525).

102 Énfasis en el original.

103 Énfasis en el original.

104 Énfasis en el original.

Sin embargo, la ley mediante la que se constituye la Cámara de Apelaciones adopta otra postura.¹⁰⁵

La primera cláusula indica que se trata de una ley extensiva (al menos si se la compara con la anterior), en tanto otorga a la Cámara una competencia original, aunque no define en qué casos se podrán presentar demandas allí.

Le sigue esta cláusula: “Esta Cámara tendrá competencia no solo en los casos que se originen en ella y en los aplazados para juicio en virtud de una ley, que deberán ser por jurados conforme al derecho, sino también en los casos que se susciten por apelación y recurso de revisión para revocar resoluciones de la *High Court of Chancery*, decisiones de la Corte General y sentencias del Tribunal Marítimo, una vez que tales resoluciones sean consideradas finales en los respectivos tribunales, en tanto el asunto en controversia sea igual en valor, con exclusión de costos, a cincuenta libras o que implique la propiedad absoluta o una franquicia; y también en los casos que lleguen por remisión de los tribunales antes mencionados, cuando se produzcan cuestiones que a su opinión sean nuevas y difíciles”.¹⁰⁶

Esta cláusula distingue a esta ley en puntos diferentes de la ley por la que se constituye la Cámara de Apelaciones.

En primer lugar, declara que la Cámara de Apelaciones puede tener competencia original.

En la parte siguiente de la cláusula indica de qué manera pueden presentarse acciones ante esta Cámara para su decisión.

Y en la última parte establece que la Cámara tiene “competencia también en todos los casos que se presenten ante ella por remisión de los otros tribunales mencionados, cuando se produzcan cuestiones que en su opinión sean nuevas y difíciles”.¹⁰⁷

En la última oración, la palabra *casos* claramente es mucho más amplia y extendida que las palabras *demandas*, *controversias* y *causas*, que son las de la ley anterior y a la que hace referencia la primera parte de la cláusula. Como se observó antes, la última pareciera indicar solo asuntos *litigiosos*. Lo anterior se aplica tanto a los casos *penales* como *civiles*, y también es, de hecho, la palabra más abarcadora que se podría haber usado para definir las facultades y la competencia de la Cámara.¹⁰⁸

La palabra *cuestiones* en la misma oración es igualmente una palabra de sentido abarcador y puede aplicarse a todas las materias, *civiles*, *penales* o *políticas* que surjan en un proceso judicial.¹⁰⁹

Así, la ley posterior claramente asigna competencia en todos los *casos* que les lleguen por remisión de otro tribunal.¹¹⁰

105 En el margen, Tucker escribió “Const.”. La ley de constitución de la Cámara de Apelaciones de 1779 puede consultarse en Hening (1822, pp. 89-92).

106 En el margen izquierdo, Tucker escribió: “a saber, demandas”.

107 Énfasis en el original.

108 Énfasis en el original. En el margen izquierdo, Tucker escribió: “Casos”.

109 Énfasis en el original. En el margen izquierdo, Tucker escribió: “Cuestiones”.

110 Énfasis en el original.

Quizás pueda objetarse que, en caso de que se transfiera la cuestión en razón de su dificultad, a partir de otro tribunal, debe hacerse *antes de la sentencia*, y cuando la sentencia de la Corte General sea definitiva, no podrá hacerse tal remisión.¹¹¹

La respuesta es clara: la primera ley, por la que la competencia de la Cámara está limitada a las demandas, controversias y causas, exige que la remisión sea anterior a la sentencia, pero la ley posterior, por medio de la cual claramente se agrandan las facultades y la competencia de la Cámara, no menciona el momento en el que puede hacerse la remisión, y por supuesto deja abierto a la Cámara la posibilidad de que entienda en esas *cuestiones nuevas y difíciles* y las decida, como este caso, que claramente surgió a raíz de una sentencia definitiva, aunque la peculiaridad de las circunstancias en torno a ellas le haya dado otro tinte.¹¹²

De este modo, la competencia del tribunal queda claramente establecida no solo en los casos penales, sino en todos los casos que pudieran surgir, ya sean civiles, penales o políticos.

La última cláusula hace que la decisión sea una regla para la decisión del Tribunal desde el que se remitió la cuestión.

111 Énfasis en el original.

112 Énfasis en el original.