

MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA

**EL ORIGEN HISTÓRICO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS
ESTADOS UNIDOS Y EL MITO DE MARBURY V. MADISON**

Tesis doctoral presentada ante la Facultad de Derecho de la Universidad Austral para
optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Alfonso Santiago (h)

Buenos Aires, 2023

**EL ORIGEN HISTÓRICO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS
ESTADOS UNIDOS Y EL MITO DE MARBURY V. MADISON**

Índice General

Agradecimientos	7
Introducción	9
¿Quién inventó el control judicial de constitucionalidad?	9
1. Planteo General.....	9
2. El origen histórico del control judicial de constitucionalidad y el mito de <i>Marbury</i>	16
Primera Parte	29
Antes de <i>Marbury</i>	29
Capítulo I	29
El control judicial en la opinión de los principales hombres públicos	29
Planteamiento:	29
1. John Marshall no inventó la <i>judicial review</i>	30
(i) James Iredell	30
(ii) James Wilson	41
(iii) Alexander Hamilton.....	47
(iv) James Madison.....	51
(v) Oliver Ellsworth.....	60
(vi) William Paterson.....	63
(vii) William Cushing	66
(viii) Las convenciones estatales de ratificación	69
2. Los Antifederalistas y la <i>judicial review</i>	73
(i) “Brutus”	74
(ii) “Centinel”	79
3. El debate legislativo de 1789	81
Recapitulación:	84
Capítulo II	87
El control judicial en los tribunales de los estados	87
Planteamiento:	87
1. Período prerrevolucionario	87
2. Después de la Revolución.....	90
(i) <i>Holmes & Ketcham v. Walton</i> (1780).....	90
(ii) <i>Commonwealth v. Caton</i> (1782)	97
(iii) New Hampshire y la <i>Ten Pound Act</i> (1786)	104
(iv) <i>The Case of the Judges</i> (1788).....	111

(v) <i>Gilman v. McClary</i> (1791).....	115
(vi) <i>Peter Kamper v. Mary Hawkins</i> (1793).....	117
Recapitulación:	130
Capítulo III	135
El control judicial en la Suprema Corte federal previo a <i>Marbury</i>	135
Planteamiento:	135
1. Los primeros casos de control judicial de leyes federales	136
(i) La <i>Invalid Pensions Act</i> y el caso <i>Hayburn</i> (1792)	138
(ii) <i>John Chandler v. Secretary of War</i> y <i>United States v. Yale Todd</i> (1794)	146
(iii) <i>Hylton v. United States</i> (1796).....	153
(iv) La duda de Chase.....	156
(v) <i>Hollingsworth v. Virginia</i> , <i>Brailsford v. Georgia</i> y <i>Moultrie v. Georgia</i> (1798)...	159
(vi) El caso <i>Mossman</i> (1800).....	162
(vii) <i>Marbury</i> no fue el primero	163
Recapitulación:	164
Segunda Parte	169
Durante <i>Marbury</i>	169
Capítulo IV	169
El debate sobre el control judicial en el Congreso en 1802	169
Planteamiento:	169
1. El debate en el Senado.....	171
2. El debate en la Cámara de Representantes	186
Recapitulación:	209
Capítulo V	211
El control judicial en <i>Marbury</i> y la lucha por la independencia del poder judicial	211
Planteamiento:	211
1. El conflicto entre Republicanos y Federalistas.....	211
2. ¿Cuán novedosos fueron los argumentos de <i>Marbury v. Madison</i> ?	214
3. ¿Qué repercusión tuvo el caso en la época?	220
4. El <i>impeachment</i> al <i>Justice Chase</i>	227
(i) Preludio: El <i>impeachment</i> al juez Pickering.....	227
(ii) El proceso de remoción contra Chase.....	231
(iii) El fracaso de Jefferson y su impacto en la <i>judicial review</i>	242
Recapitulación:	244
Tercera Parte	245
Después de <i>Marbury</i>	245
Capítulo VI	245
El control judicial no es una creación pretoriana a partir de <i>Marbury</i>	245

Planteamiento:	245
1. Las novedades institucionales.....	246
(i) La constitución escrita como norma fundamental	247
(ii) Las declaraciones de derechos	252
(iii) La constitución como límite al poder legislativo.....	259
(iv) La constitución como expresión de la soberanía del pueblo.....	262
(v) La separación de poderes	269
2. La tradición: La función judicial y el rol de los abogados.....	273
Recapitulación:	280
Capítulo VII	283
La construcción, revisión y corrección del mito de <i>Marbury</i>	283
Planteamiento:	283
1. ¿Historia o mito oficial?	283
2. La revisión del mito oficial	292
3. ¿Por qué es importante corregir el mito de <i>Marbury</i> ?	297
(i) Las razones en general	297
(ii) Las razones particulares en el caso de la República Argentina	305
Recapitulación:	315
Conclusiones	317
Anexo 1	331
La primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad	331
Bibliografía	347

Agradecimientos

Quiero agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que me brindó el ambiente y la tranquilidad necesarios para poder hacer las investigaciones para escribir, revisar y completar esta tesis doctoral.

También quiero agradecer a mis padres, por su ejemplo y apoyo permanente.

Finalmente, quiero hacer un agradecimiento especial a Dolores, mi mujer, mi compañera de aventuras, con quien comparto todos los avatares de la vida desde hace más de 25 años. A su manera, ella me alentó y convenció para que esta tesis llegue a donde tenía que llegar.

Don Torcuato, mayo de 2023.

Introducción

¿Quién inventó el control judicial de constitucionalidad?

“A page of history is worth a volume of logic”

Oliver Wendell Holmes¹

1. Planteo General

El 17 de enero de 2023, utilicé el novedoso (y asombroso) ChatGPT para ver qué me podía decir la inteligencia artificial (AI) acerca de los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad². Para mi sorpresa, las respuestas que me dio la AI fueron más bien estándar y, en algunos casos, incorrectas. A la pregunta acerca de quién inventó el control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, la respuesta fue escueta y un tanto evasiva (aunque dentro de lo que constituye la historia oficial desde hace varias décadas):

- ¿Quién inventó el control judicial de constitucionalidad?
- Se le atribuye al *Chief Justice* John Marshall de la Suprema Corte de los Estados Unidos la invención del concepto del control judicial de constitucionalidad en el histórico caso *Marbury v. Madison*³ en 1803.

A la pregunta acerca de cuál fue el primer caso en el que se aplicó el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos, la respuesta fue también la estándar y esperable bajo esa misma historia oficial:

- ¿Cuál fue el primer caso en el que se aplicó el control judicial de constitucionalidad?

¹ *New York Trust Co. v. Eisner*, 256 U.S. 345, p. 349 (1921).

² Copia del intercambio en inglés en mi poder. Salvo que indique lo contrario, la traducción es propia, al igual que todas las que se incluyen en esta tesis.

³ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

- El primer caso en el que se aplicó el control judicial de constitucionalidad fue *Marbury v. Madison* en 1803. El caso sentó el precedente de que los tribunales tienen el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes y decisiones del poder ejecutivo.

Finalmente, a la pregunta acerca de quién defendió por escrito y por primera vez el control judicial de constitucionalidad, la respuesta fue nuevamente la clásica (y sin reparar en la contradicción que existe entre esta respuesta y la primera):

- ¿Quién defendió por escrito y por primera vez el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos?
- Alexander Hamilton fue el primero en defender por escrito el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Abogó por el control judicial en su famoso ensayo *El Federalista* No. 78 en 1788.

Seguramente, todos hemos leído afirmaciones similares en innumerables libros y artículos. Yo mismo creía (y repetía) algo muy similar hasta hace unos pocos años. Sin embargo, luego de la investigación que llevé a cabo para completar esta tesis, pretendo demostrar que esta historia es falsa y plantear que la debe ser corregida. Esto, que puede sorprender al lector, es lo que pretendo explicar y demostrar en los capítulos que siguen⁴.

Para poder entender cabalmente el planteo que voy a hacer en esta tesis, hay que pensar, por un lado, el contexto en que se dio la Revolución Norteamericana. Por el otro, hay que tener en cuenta que ese proceso revolucionario obligó a los nuevos estados a decidir por sí solos qué forma de gobierno y organización iban a adoptar a partir de su separación de Gran Bretaña y definir para ello cuánto del andamiaje institucional heredado se mantenía o se modificaba. En ese contexto tan peculiar es que se producen

⁴ No pretendo culpar a la AI de las respuestas que me dio. Debido a sus características, es muy probable que en un futuro muy cercano todas las herramientas de AI (sea ChatGPT o cualquier otra) den respuestas mucho más precisas y sofisticadas que las que recibí en sus comienzos. Es más, me animo a decir que, al igual que ocurrió con la supercomputadora Deep Blue y el ajedrecista Garry Kasparov, esas respuestas serán mejores que las que pueda dar cualquier persona por sí sola.

una serie de novedades de enorme magnitud, cuyo impacto no siempre es debidamente considerado. Además, la guerra revolucionaria entre el reino de Gran Bretaña y las trece colonias que conformarían los nuevos Estados Unidos de Norteamérica se extendió por más de 8 años, más precisamente, 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, esta guerra generó numerosos conflictos jurídicos de diversa índole. Muchos de esos conflictos tuvieron que dirimirse a través de reclamos judiciales en los tribunales de los nuevos estados creados después de la Declaración de Independencia, el 4 de julio de 1776.

Una parte importante de estos casos judiciales 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 al calor de la guerra revolucionaria. Esas leyes regulaban diversas cuestiones en materia de traición, confiscación de bienes de personas que ayudaran de cualquier forma a Gran Bretaña en su lucha contra los colonos revolucionarios, la utilización de inmuebles forzosamente abandonados durante la guerra debido a la ocupación de tierras por las tropas británicas, etc. Varias de esas leyes fueron sancionadas por las legislaturas locales en medio del conflicto bélico o de la urgencia de la crisis económica posterior. En ese marco, los tribunales estatales se vieron obligados a decidir casos en los que se planteaba la contradicción entre esas leyes locales y las flamantes constituciones que la mayoría de los estados había sancionado a partir de la Declaración de Independencia. Sorpresivamente, fueron los abogados los que plantearon a los jueces la inconstitucionalidad de esas leyes en muchos de estos juicios. A partir de esa realidad y como parte de la investigación que hice para esta tesis, me propuse responder a los siguientes interrogantes: ¿Cómo fue que se les ocurrió a estos abogados hacer semejante planteo? ¿Cuál fue la respuesta de los jueces?

La revisión de esos antecedentes es importante. ¿Quién escuchó hablar alguna vez de William Willcocks? Seguramente, muy pocas personas. Sin embargo, Willcocks intervino como abogado en el que tal vez sea el primero de los casos de declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley en los Estados Unidos. Me refiero al caso

Holmes & Ketcham v. Walton decidido por la Suprema Corte de Nueva Jersey el 7 de septiembre de 1780⁵.

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 Nueva York. Esa ley permitía que cualquier persona pudiera confiscar provisiones, bienes y mercaderías que se intentaran trasladar desde el estado a territorios vecinos con campamentos o en posesión de las fuerzas británicas. Tanto los bienes confiscados como las personas involucradas debían ser llevadas ante un juez de paz en el condado respectivo. La ley requería, además, que, a pedido de cualquiera de las partes, el conflicto derivado de la aplicación de la ley se decidiera en una única instancia por un jurado de 6 miembros de acuerdo con una ley anterior sancionada en 1775. En caso de prevalecer, el reclamante confiscador podía quedarse con el producido de la venta de todos los bienes confiscados.

Elisha Walton, integrante de una milicia de Nueva Jersey, confiscó una importante cantidad de mercaderías de propiedad de los comerciantes John Holmes y Solomon Ketcham. Para ello, alegó que esa mercadería iba a ser vendida en beneficio de las tropas británicas. El valor de los bienes confiscados superaba las 29.000 libras esterlinas. El 24 de mayo de 1779, a través de un juicio llevado adelante con un jurado de 6 miembros, un juez de paz dio la razón a Walton.

El 11 de noviembre de 1779, luego de apelada la sentencia del juez de paz, Willcocks presentó sus argumentos a la Suprema Corte estatal en defensa de sus clientes, los comerciantes cuyos bienes habían sido confiscados. Willcocks, que era un avezado abogado litigante, planteó que tanto la ley de 1778, como la sentencia apelada eran contrarias a la Constitución de Nueva Jersey. La base de su planteo era clara y concreta: que la Constitución local reconocía el derecho a ser juzgado a través de un juicio por un jurado no de 6 personas como fijaba la ley, sino de 12 miembros. En realidad, el artículo XXII de la Constitución de Nueva Jersey reconocía expresamente el “inestimable” derecho al juicio por jurados para siempre, en las mismas condiciones que en Inglaterra. Allí regía la regla de los juicios por jurados de 12 miembros para

⁵ Dado que más adelante trataré éste y otros casos a los que me refiero en esta Introducción, no incluiré las citas correspondientes para facilitar así su lectura de corrido.

reclamos superiores a los 40 chelines, es decir, a partir de una cifra notoriamente inferior al valor de los bienes confiscados.

Tal como explicaré más adelante, a instancias de Willcocks, la Suprema Corte de Nueva Jersey declaró la inconstitucionalidad no de una, sino de dos leyes estatales: las mismas leyes que restringían el derecho que sus clientes, John Holmes y Solomon Ketcham, tenían a ser juzgados mediante un jurado de 12 ciudadanos.

¿Quién escuchó hablar alguna vez de Andrew Roland? Seguramente, muy pocas personas. Sin embargo, Roland fue abogado de un grupo de presos condenados a muerte en un caso muy conocido, célebre en su época. Me refiero a *Commonwealth v. Caton* del año 1782 en el estado de Virginia.

En el llamado “Caso de los Prisioneros”, tres condenados a muerte cuestionaron la validez de una ley del estado de Virginia sancionada en 1776. Las condenas se habían dictado por el delito de traición en contra de tres ciudadanos que habían colaborado con las tropas británicas durante la guerra revolucionaria. Esas condenas a muerte habían sido dispuestas por la Corte General de Virginia el 15 de junio de 1782 en contra de John Caton, James Lamb y Joshua Hopkins.

El cuestionamiento a la ley estatal fue un intento de impedir la ejecución de esas condenas. La ley disponía que las condenas judiciales por el delito de traición solo podían perdonarse con el consentimiento de ambas cámaras de la legislatura estatal. Caton, Lamb y Hopkins habían recibido el perdón de la Cámara de Representantes. El Senado estatal, en cambio, lo había rechazado. Aunque el texto de la Constitución de Virginia de 1776 generaba dudas en este punto, parecía haber delegado el poder de perdonar solamente a la Cámara de Representantes.

Camino al cadalso para morir ahorcados, los tres plantearon que la ejecución no podía llevarse a cabo porque habían obtenido un perdón válido desde el punto de vista constitucional. La ejecución se suspendió y se desató un escándalo público. En ese contexto, el 18 de julio de 1782, el entonces *Attorney General* del estado de Virginia, Edmund Randolph, envió una carta a James Madison, futuro “padre” de la Constitución norteamericana, 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”.

Randolph se presentó ante la Corte General para pedir que se ordenara ejecutar las condenas a muerte. Si bien reconoció expresamente ante el tribunal que toda ley contraria a la Constitución podía ser declarada inválida por los jueces, Randolph argumentó que la ley cuestionada era compatible con la Constitución estatal.

Andrew Roland, en cambio, como abogado de los tres acusados, se opuso argumentando que, bajo la Constitución estatal, el perdón emitido por la Cámara de Representantes era válido y suficiente. Además, planteó expresamente que la ley cuestionada era contraria a la letra de la Constitución y, por ende, nula.

El caso llegó finalmente al máximo tribunal estatal: la Corte de Apelaciones de Virginia. Dada la repercusión del juicio, los jueces de la Corte de Apelaciones invitaron a los abogados del foro que tuvieran interés a que dieran su opinión acerca de la cuestión discutida en el caso. ¿Quién escuchó hablar alguna vez de St. George Tucker? Seguramente, más de una persona. De hecho, St. George Tucker se convertiría años más tarde en uno de los juristas más importantes de la época. Lo que no se conoce es que, el 31 de octubre de 1782, Tucker se presentó ante la Corte de Apelaciones e hizo una elaborada defensa escrita del control judicial de constitucionalidad de las leyes. La primera vez que la leí completa, no podía salir de mi asombro por el nivel de los argumentos desplegados en esta defensa de la *judicial review*. Entre muchos otros argumentos que expondré después, Tucker planteó que la legislatura estatal no podía alterar la Constitución sin destruir las bases mismas del gobierno. Además, sostuvo que la función judicial consistía en decidir los casos concretos aplicando la Constitución como la primera de las leyes y dejando de lado todas las que fueran contrarias a ella. Y también que cualquier ley contradictoria o repugnante a la Constitución era nula y que, por ende, no podía ser considerada por los jueces como derecho vigente a la hora de resolver los casos. ¿Cómo es que a Tucker se le ocurrió hacer esos argumentos en 1782, más de 20 años antes de la célebre sentencia del juez Marshall?

Si bien la Corte de Apelaciones de Virginia decidió por mayoría que la ley cuestionada era válida, varios jueces 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 del fallo *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 estado, 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”.

¿Quién escuchó hablar alguna vez de Samuel Sheburne? Seguramente, muy pocas personas. Sin embargo, como explicaré en detalle más adelante, Sheburne sería protagonista como abogado de uno de los ejemplos más llamativos del ejercicio del control judicial de constitucionalidad anteriores a 1787. Aunque se trata de un episodio poco conocido y menos estudiado, lo cierto es que, a instancias de Sheburne, la *Inferior Court of Common Pleas* del condado de Rockingham en New Hampshire declaró inconstitucional una ley estatal de 1785 no una, sino varias veces. Esa ley también afectaba el derecho a un juicio por jurados de los clientes de Sheburne en el contexto de reclamos patrimoniales de menor cuantía. La ley cuestionada pretendía favorecer a los deudores al establecer un mecanismo para bajar los costos de condena en juicios de contenido patrimonial. Esos reclamos judiciales habían aumentado en cantidad debido a la crisis económica provocada por la guerra. El problema de la ley era que desconocía directamente a la Constitución estatal al ordenar que estos casos fueran resueltos por jueces de paz y no a través del juicio por jurados como correspondía.

Llama la atención que, en todos estos casos judiciales (y en otros que expondré en los capítulos que siguen), hayan sido los abogados de las partes los que hicieron los planteos de inconstitucionalidad e intentaran que las leyes que cuestionaban fueran dejadas sin efecto por los tribunales. Ninguna de las constituciones estatales escritas que invocaron como ley fundamental en cada uno de estos juicios establecía formalmente el control judicial de constitucionalidad de las leyes. A partir de ese contexto, se me ocurrieron varios interrogantes adicionales: ¿Cómo es que estos ignotos abogados hicieron esos planteos si, como nos enseñaron seguramente a todos, la *judicial review* nació muchos años después en el caso *Marbury v. Madison*, a instancias del genio del célebre *Chief Justice* John Marshall? ¿Cómo puede ser que abogados de

distintos orígenes y formación pidieron a los jueces que declararan la inconstitucionalidad de leyes que contradecían la constitución de sus respectivos estados si la *judicial review* nacería recién en 1803 producto de una creación pretoriana de la Suprema Corte estadounidense? ¿Cuál es la razón que explica que varios de esos abogados tuvieron éxito en estos casos anteriores a *Marbury* y pudieron convencer a los jueces de ejercer una atribución que no tenían? ¿Cuál es la razón que explica 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 se suele contar acerca del origen del control judicial de constitucionalidad? ¿Se trata de ejemplos aislados o, por el contrario, obedecen a un patrón que obliga a modificar lo que hasta ahora creíamos saber acerca de los orígenes de la *judicial review*?

El intento de dar respuesta a esos interrogantes me llevó a estudiar a fondo la discusión que existe acerca de los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Después de esa investigación, que expondré en los capítulos que siguen, queda claro que los ejemplos de William Willcocks, Andrew Roland, St. George Tucker y Samuel Sheburne, así como los casos de Nueva Jersey, Virginia y New Hampshire de 1780, 1782 y 1786 que mencioné, 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: tal como demostraré en esta tesis, esa 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 en el sistema. Además, había sido practicada en varios casos a nivel estatal y también a nivel federal en los Estados Unidos.

2. El origen histórico del control judicial de constitucionalidad y el mito de *Marbury*

¿John Marshall inventó el control judicial de constitucionalidad? ¿1803 fue el año en que por primera vez un tribunal ejerció el control de constitucionalidad de una ley, sea estatal o federal, en los Estados Unidos? ¿La Suprema Corte estadounidense se “autoasignó” (o, peor aún, “usurpó”) esa facultad en el caso *Marbury v. Madison*? ¿La *judicial review* es un ejemplo de “creación” pretoriana de sus jueces? ¿La Suprema Corte esperó más de 50 años para volver a declarar inconstitucional una ley del

Congreso en el también famoso caso *Dred Scott v. Sanford*⁶? Con algún matiz, es probable que gran parte de la comunidad jurídica internacional fuera de los Estados Unidos responda rápidamente que sí a todos estos interrogantes. De hecho, esto es lo que, con mayor o menor énfasis, se suele enseñar año tras año en muchas Facultades de Derecho. No solo en la Argentina, sino en varios países del mundo, especialmente en América Latina. Sin embargo, tal como pretendo demostrar en esta tesis, la respuesta debería ser un resonante “no” en cada caso. De hecho, la historia que venimos repitiendo hace décadas alrededor de los orígenes de la llamada *judicial review* es, sencillamente, un mito.

La revisión crítica del origen histórico del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos obliga a replantearse varias cuestiones de raíz. Esa revisión es necesaria para corregir un conjunto de errores históricos alrededor de la figura de Marshall y del caso *Marbury v. Madison*. También es indispensable para evitar que, a través de un proceso mecánico de repetición, esos errores renueven el estatus de verdades indiscutibles que todavía tienen en gran parte de la comunidad jurídica fuera de los Estados Unidos en relación con los orígenes del control judicial de constitucionalidad en el constitucionalismo moderno.

La fuerza de lo que, en conjunto, denominaré en esta tesis como “el mito de *Marbury*” es evidente, aún con sus diversas variantes o modulaciones. En un interesante artículo que analiza algunas de las múltiples relaciones que existen entre los mitos y la historia, incluida la de la interdependencia, se explica que:

“En su uso común, las dos palabras ‘mito’ e ‘historia’ se usan como si denotaran contradicciones. Una historia es [...] o verdadera o falsa. Si es verdadera, es historia; si es falsa, es un mito. Los historiadores se inclinan a llamar mito a la versión de un hecho que consideran falsa”⁷.

Esto es exactamente lo que quiero advertir en esta tesis: la historia que repetimos constantemente acerca de los orígenes del control judicial de constitucionalidad es falsa. Por eso, utilizo el término “mito” para describirla de forma genérica y para contrastarla

⁶ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

⁷ MUNZ, Peter, “History and Myth”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 6, No. 22, p. 1 (1956).

con la historia basada en documentos. No pretendo hacerlo en un sentido técnico específico y mucho menos religioso.

Si bien creo que el mito de *Marbury* no requiere mayor elaboración, ya que se viene repitiendo desde hace varias décadas, vale la pena hacer un breve ejercicio para recrearlo. Sin pretensión alguna de agotar las citas y ejemplos que podrían darse, cualquiera que repase diversas obras jurídicas publicadas en castellano, sean tanto clásicas como modernas, podrá encontrar frases como éstas:

- “«Marbury v. Madison» es la decisión más importante del derecho constitucional americano y sin duda un fallo que ha influido en nuestro derecho constitucional y en todo el sistema de control de constitucionalidad. Establece la autoridad para el Poder Judicial de revisar la constitucionalidad de los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo. A pesar de que la Constitución guarda silencio sobre si los tribunales federales tienen esta autoridad, esta competencia ha existido prácticamente sin disputa desde que el *Chief Justice* Marshall diera su opinión en el caso «Marbury» en 1803”⁸.

- “[L]a competencia judicial para comprobar la constitucionalidad de la legislación emitida por el Congreso apareció en la joven República [estadounidense] durante el primer cuarto del siglo XIX, y fue una consecuencia de los esfuerzos del *Chief Justice* John Marshall para extender la jurisdicción federal. Los jueces se convirtieron de esta manera en un verdadero tercer poder; fenómeno éste sin precedente histórico...”⁹. Ese “derecho de los tribunales” fue “asumido, usurpado o implícitamente otorgado”¹⁰.

- “Desde entonces, desde esa capital sentencia de 1803, la *judicial review*, entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema [...]. ¿Cómo explicar la sorprendente aceptación general de una institución cuya posición central está basada enteramente en

⁸ SOLA, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 187.

⁹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 310.

¹⁰ LOEWENSTEIN, *Teoría...*, p. 308.

una competencia, la de *judicial review*, que no ha sido atribuida expresamente por la Constitución, sino propiamente ‘usurpada’, o al menos, *autoatribuida*?”¹¹.

- “El leading case «Marbury c/ Madison», del año 1803, ha sido el antecedente inmediato en Estados Unidos de la doctrina de la supremacía y del control constitucionales, y con su ejemplaridad suscitó el seguimiento o imitación dentro y fuera de Estados Unidos. De allí se trasplantó a nuestro derecho”¹². Así fue que el control judicial de constitucionalidad habría cobrado “vigencia sociológica” a través de “fuente judicial”¹³.

- “Luego de *arrogarse* la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejercitó con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de *Dred Scott v. Sanford...*”¹⁴.

- “Montesquieu —a todo evento, el ideólogo de la división de poderes— decía en *El espíritu de las leyes* (LIV, XI, Cap. VI) que los jueces eran *la bouche qui prononce [sic] les paroles de la loi*: “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza de ésta ni su rigor”. Marshall, en cambio, da vuelta el paradigma, *inventa* lo que hoy conocemos como ‘activismo’ judicial y afirma enfáticamente que son los jueces los que deben decir qué cosa es la ley”¹⁵.

- “La situación no se presentaba fácil para Marshall, quien, sin embargo, y como hábil político, supo resolver la misma con elegante maestría. Antes que nada, Marshall sabía que Jefferson, recién llegado al poder y con amplio respaldo popular, iba a desobedecer sus instrucciones de nombrar juez a Marbury. De ahí que Marshall optara por rechazar

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Thomson Cívitas, Madrid, 2006, p. 135. Énfasis agregado.

¹² BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 336.

¹³ BIDART CAMPOS, *Manual...*, Tomo I, p. 337.

¹⁴ BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 127. Énfasis agregado.

¹⁵ ARBALLO, Gustavo, “El Bicentenario del Control de Constitucionalidad. - John Marshall y la trastienda de ‘Marbury vs. Madison’”, *E.D.*, t. 201-844, p. 848 (2003). ARBALLO advierte que “tanta insistencia en el poder de la Corte (que ésta, en verdad, se *autoarrogaba*) era en realidad una advertencia a los otros poderes que trascendía el asunto que se estaba decidiendo” (ob. cit., p. 849). Énfasis agregado.

la petición de *mandamus* (con lo cual se aseguraba el respaldo de Jefferson a la sentencia), pero a través de una fundamentación política mucho más incisiva y conveniente: en ella iba a quedar asentado el derecho de los jueces a negar la validez a las leyes nacionales que se interpretasen contrarias a la Constitución”¹⁶.

- “Lo realmente notable de este fallo desde el punto de vista político es cómo la Corte renunció a ejercer un posible poder en un caso concreto -en una situación en la que el mismo Marshall estaba involucrado [puesto que él había emitido las comisiones [de designación de jueces de paz] como Secretario de Estado de Adams!-, dado que de lo contrario hubiera generado un conflicto de poderes del que seguramente habría salido debilitada, pero a través de un argumento que implicaba *autoasignarse* un poder mucho más general, permanente y profundo”¹⁷.

- “«Marbury v. Madison» es -sin lugar a duda- el caso más famoso del constitucionalismo moderno, y todos los profesores de derecho constitucional nos referimos a él para explicar el *nacimiento* del control judicial de constitucionalidad sobre los actos de los poderes políticos del Estado”¹⁸.

La potencia del mito de *Marbury* no sólo se advierte en la doctrina. Algo similar ocurre con la jurisprudencia. A modo de ejemplo, basta citar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de abril de 2020 en el que se afirma que:

“la formulación de la herramienta central que desarrolló el constitucionalismo moderno para garantizar el equilibrio del poder, el control de constitucionalidad por parte de los jueces, *se instituye en 1803* a partir de la decisión de dar una respuesta excepcional a circunstancias que, a juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, también lo eran. Como es bien sabido, *en ‘Marbury vs Madison’ el juez Marshall deja establecido el poder de los jueces para revisar*

¹⁶ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 46/47.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 663/664. Énfasis agregado.

¹⁸ AMAYA, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 5ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 2017, p. X. Énfasis agregado. AMAYA aclara, sin embargo, que sería incorrecto sostener que la *judicial review* nació “a partir del genio de Marshall” (ob. cit., p. 1).

*la constitucionalidad de las leyes federales [...] Tan excepcional es la creación del control de constitucionalidad como la circunstancia de que el juez Marshall consideró conveniente hacerlo en una causa en la que no solamente se declaró incompetente, sino que ya se había vuelto abstracta, dado que al momento de dictarse la sentencia el mandato de William Marbury como juez de paz del distrito de Columbia ya había terminado*¹⁹.

Los ejemplos con citas similares podrían multiplicarse (probablemente, por cientos). Y es que la leyenda alrededor del caso *Marbury v. Madison*, que muchos consideran como “historia oficial”, es francamente seductora, de ribetes míticos. Mucho más si se considera el contexto histórico en que se dictó esta célebre sentencia.

Recordemos que los primeros años de la vida política norteamericana estuvieron signados por la lucha política desatada entre Republicanos y Federalistas²⁰. Los “Republicanos”, liderados por Thomas Jefferson, eran admiradores de la Revolución Francesa y eran llamados “Republicanos-Demócratas”, “Republicanos”, “Demócratas” o el “Partido Francés”. Recién durante la presidencia de Andrew Jackson (1829-1837), este movimiento político se consolidó en lo que hoy se conoce como el partido “Demócrata”. El partido opositor era llamado “Federalista”, “Republicano-Nacional” o “Whig”. Recién durante la presidencia de James Buchanan (1857-1861) se convirtió en lo que modernamente conocemos como el partido “Republicano”. Para sus oponentes, los seguidores de Jefferson eran, en realidad, anarquistas disfrazados que habían aplaudido el Terror desatado en Francia entre septiembre de 1793 y julio de 1794. Como contrapartida, los seguidores de Washington eran considerados por sus adversarios como monarquistas que favorecían un gobierno central de características opresivas y aristocráticas²¹.

Jefferson, tercer presidente de los Estados Unidos, era considerado por los Federalistas como un radical, que traería los males de una “democracia excesiva”, a

¹⁹ CSJN, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ Acción declarativa de certeza”, *Fallos* 343:195, Cons. 5), p. 223 (2020). Énfasis agregado.

²⁰ REHNQUIST, William H., “The impeachment clause: A wild card in the Constitution”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 85, pp. 904/905 (1991).

²¹ GOLDSTONE, Lawrence, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison and the Myth of Judicial Review*, Walker & Co., Nueva York, 2008, p. 117. Aclaro al lector que no comparto todas las tesis que Goldstone expone en su interesante libro.

imitación de los jacobinos Marat y Robespierre en la Francia revolucionaria²². Jefferson comenzó su presidencia con una herencia institucional complicada ya que se vio obligado a convivir con un poder judicial configurado íntegramente por el partido opositor durante las presidencias de George Washington y John Adams, los dos primeros presidentes de los Estados Unidos. Incluso la propia designación de John Marshall como *Chief Justice* de la Suprema Corte se dispuso apenas un mes antes de su asunción en el cargo²³. Si bien Jefferson había sido vicepresidente de Adams, consideraba que los integrantes de ese poder judicial federal habían sido designados en su totalidad por el partido Federalista. De hecho, en opinión de algunos autores, el poder judicial se había convertido en un brazo armado de ese partido²⁴. Esa suerte de “monopolio” judicial, sumado al abuso que algunos jueces Federalistas hicieron de ciertas leyes sancionadas al calor de un potencial conflicto bélico con Francia, especialmente las llamadas *Alien Act* y *Sedition Act*, generaron una gran tensión en el clima político de la época.

Esa preeminencia judicial de los Federalistas se vio reforzada con dos leyes que el Congreso dictó en los últimos días del gobierno de Adams. Me refiero, por un lado, a la llamada *Judiciary Act* de 1801, aprobada el 13 de febrero de 1801²⁵, y, por el otro, a una ley referida al Distrito de Columbia, aprobada el 27 de febrero de 1801²⁶. La primera ley disponía, entre otras cosas, la reducción del número de integrantes de la

²² BEVERIDGE, Albert J., *The Life of John Marshall*, Tomo III – Conflict and Construction. 1800-1815, Houghton Mifflin Company, New York, 1919, p. 11.

²³ John Marshall juró como *Chief Justice* de la Suprema Corte estadounidense a las 11 hs. del 4 de febrero de 1801. Sin embargo, mantuvo su puesto como Secretario de Estado de Adams hasta el 3 de marzo de 1801, un día antes del comienzo del nuevo mandato presidencial.

²⁴ BERGER, Raoul, *Impeachment: The constitutional problems*, 2da. ed., Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 101; BUSHNELL, Eleanore, *Crimes, Follies and Misfortunes. The Federal Impeachment Trials*, University of Illinois Press, Chicago, 1992, p. 44, etc. El propio Jefferson expuso una idea similar en una carta a John Dickinson: “My great anxiety at present is to avail ourselves of our ascendancy to establish good principles, and good practices; to fortify republicanism behind as many barriers as possible; that the outworks may give time to rally & save the citadel should that be again in danger. On their part they have retired into the Judiciary as a strong hold. There the remains of federalism are to be preserved & fed from the treasury, and from that battery all the works of republicanism are to be beaten down & erased. By a fraudulent use of the constitution which has made judges irremovable, they have multiplied useless judges merely to strengthen their phalanx” (Carta de Thomas Jefferson a John Dickinson, 19 de diciembre de 1801, Biblioteca del Congreso, <https://www.loc.gov/item/mtjbib010844/>, última visita, 01/03/2023).

²⁵ United States Statutes at Large, Vol. 2, 6th. Congress, 2nd. Session, Ch. 4, p. 89 (1801) (“An Act to provide for a more convenient organization of the Courts of the United States”).

²⁶ United States Statutes at Large, Vol. 2, 6th. Congress, 2nd. Session, Ch. 15, p. 103 (1801) (“An Act concerning the District of Columbia”).

Suprema Corte de 6 a 5, una reorganización de las Cortes de Circuito existentes y la creación de nuevos tribunales federales en Nueva Jersey, Maryland, Virginia y Carolina del Norte²⁷. La segunda ley creaba dos condados en el Distrito de Columbia, Washington y Alexandria, una nueva corte federal de distrito y numerosos juzgados de paz en los que el presidente podía designar jueces para atender cuestiones civiles y penales. Esos jueces durarían en el cargo un plazo limitado de 5 años.

Ambas leyes fueron aprobadas pocos días antes de la asunción de Jefferson, especialmente la que creaba los juzgados de paz en el Distrito de Columbia, que entró en vigencia apenas tres días hábiles antes. Insólitamente, Adams decidió designar nada menos que 42 jueces de paz en la capital federal, 23 para el condado de Washington y 19 para el de Alexandria²⁸. Teniendo en cuenta que se acercaba el cambio de gobierno, muchos de estos jueces fueron designados a último momento, horas antes del final de la presidencia de Adams. Por ello, fueron llamados “jueces de medianoche” (*midnight judges*)²⁹. Así fue que cuando Thomas Jefferson asumió su mandato presidencial, el 4 de marzo de 1801, el trámite de notificación de la designación de varios jueces todavía estaba pendiente. El encargado de esas notificaciones era nada menos que John Marshall, hasta entonces, Secretario de Estado de Adams.

Apenas asumió como presidente de los Estados Unidos, Jefferson ordenó inmediatamente la suspensión de la notificación de esas designaciones y pidió al Congreso que dictara una ley para derogar inmediatamente la *Judiciary Act* de 1801. En ese marco, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper, que habían sido designados jueces de paz por el presidente Adams durante los últimos días de su mandato, demandaron a James Madison directamente ante la Suprema Corte. Los reclamantes pretendían que la Corte obligara a Madison para que, como Secretario de Estado del nuevo gobierno, les hiciera llegar a cada uno la notificación de su designación oficial como jueces de paz en el Distrito de Columbia.

²⁷ FARRAND afirma que la reorganización de las Cortes de Circuito era una vieja propuesta de Adams y que no implicaba la designación de nuevos jueces, sino la reasignación de tareas de jueces ya designados. Tan es así que ni Adams ni Jefferson designaron jueces para ocupar esos cargos (FARRAND, Max, “The Judiciary Act of 1801”, *The American Historical Review*, Vol. 5, No. 4, p. 683/684 [1900]).

²⁸ GOLDSTONE, *The Activist...*, p. 163.

²⁹ TURNER, Kathryn, “The Midnight Judges”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 109, No. 4, p. 494 (1961).

De este conflicto nació la célebre decisión del flamante *Chief Justice* Marshall en *Marbury v. Madison*³⁰.

Y aquí viene el mito: la Constitución de los Estados Unidos, se afirma, no contemplaba la *judicial review*. Frente a este conflicto por la designación de los llamados “jueces de la medianoche”, que dejaba a la Suprema Corte estadounidense en una difícil encrucijada política, el *Chief Justice* Marshall inventó la *judicial review*. Y lo hizo, ¡a pesar de no ser abogado! Con esa jugada política y jurídica magistral, Marshall permitió al tribunal salir airoso de la encerrona a la que había sido sometida por el presidente Jefferson. El nuevo presidente había dado señales de que no iba a acatar la eventual decisión de la Corte de emitir una orden (*writ of mandamus*) para que su gobierno entregue las designaciones formales como jueces de paz de William Marbury y de los otros reclamantes que lo acompañaron. Las notificaciones de esas designaciones habían sido firmadas por John Adams, el presidente saliente del partido opositor, horas antes de abandonar el cargo. En ese marco, mucho más importante que eludir la segura negativa del presidente Jefferson a cumplir con la decisión de la Corte, fue que su sentencia permitió que los jueces federales se autoasignaran una facultad constitucional decisiva: la *judicial review*. Esa facultad, se insiste, no estaba expresamente reconocida en la Constitución de 1787 pero, sin embargo, terminaría siendo la clave de bóveda del sistema constitucional de cuño estadounidense³¹. Tan radical habría sido la contribución de Marshall a través de la creación de la *judicial review* en ese contexto complejo en 1803 que, por prudencia, la Corte tuvo que esperar más de medio siglo para poder volver a ejercer su función más importante. Y, cuando lo hizo, ayudó a desatar la Guerra Civil norteamericana con la sentencia dictada en 1857 en el infame caso *Dred Scott*.

La repetición de esta verdadera fábula histórica, especialmente por gran parte de la doctrina en el ámbito hispano parlante³², tiene varias explicaciones. Me limitaré a

³⁰ Para un análisis exhaustivo de los pormenores del caso, ver HOBSON, Charles F., *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996, pp. 47/58.

³¹ Por todos, ver SOLA, *Control Judicial...*, pp. 189/192.

³² Entre las excepciones, destaco a Linares Quintana y a Bianchi. Linares Quintana recopila antecedentes estatales y federales sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos y advierte ya en 1978 que “muchos comentaristas han señalado la falta de originalidad del pronunciamiento judicial recaído en el caso *Marbury v. Madison*” (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo III, 2da. ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 381). De forma similar, Bianchi advertía años después que la sentencia de Marshall no era original

exponer las dos que creo pueden ser las más importantes. Por un lado, se trata de una postura que durante casi todo el siglo XX, si bien con diversos matices, adquirió el carácter de historia oficial y ortodoxa en los Estados Unidos. La mayoría de los estudios clásicos en la materia repetían una explicación que parecía indiscutible en el mundo anglosajón³³. Más allá de la duda que podía asaltar, por ejemplo, a cualquiera que hubiera leído *El Federalista* No. 78 de Alexander Hamilton publicado en 1788, lo cierto es que la doctrina estadounidense sostuvo durante gran parte del siglo XX esta historia prácticamente sin excepciones³⁴. Por el otro, los numerosos estudios académicos que fueron cuestionando y corrigiendo estos errores históricos que forman parte del mito de *Marbury*, especialmente los publicados durante los últimos veinte años en los Estados Unidos, además de no ser de fácil acceso en algunos casos, tampoco han tenido la necesaria difusión y atención en los países de habla hispana³⁵.

En los capítulos que siguen intentaré salvar esa omisión y exponer estos cuestionamientos doctrinarios al mito de *Marbury*, así como analizar su impacto en el ámbito jurídico estadounidense. Intentaré también explicar de qué forma es que efectivamente surgió el control judicial de constitucionalidad y porqué es importante revisar esta historia y dejar de lado de una vez el origen mítico que se le pretende asignar. El plan de la tesis es el siguiente:

(BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, p. 62: “Si bien no caben dudas que la decisión de Marshall en ‘Marbury’, marca un hito decisivo en la historia del control judicial de constitucionalidad, no menos cierto es, también, que no se trata de una elaboración enteramente original”).

³³ Ver, por ejemplo, BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da. ed., Yale University Press, New Haven, 1962, p. 1 (“[T]he institution of the judiciary needed to be summoned up out of the constitutional vapors, shaped and maintained; the Great Chief Justice, John Marshall was there to do it and did. If any social process can be said to have been ‘done’ at a given time and by a given act, it is Marshall’s achievement. The time was 1803; the act was the decision in the case of *Marbury v. Madison*”).

³⁴ Ver, por ejemplo, SUNSTEIN, Cass R., “*Dred Scott v. Sanford* and Its Legacy”, en GEORGE, Robert P. (Editor), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2000, p. 65 (“*Dred Scott* was the first Supreme Court case since *Marbury v. Madison* invalidating a federal law. Since *Marbury* created judicial review in the context of a denial of jurisdiction, *Dred Scott* might plausibly be said to be the first real exercise of the power of judicial review”). Tal como explicaré en este trabajo, todas estas afirmaciones de Sunstein son errores históricos comprobables. Esos desaciertos históricos son lo que constituyen el núcleo de lo que llamo el “mito de *Marbury*”.

³⁵ Entre las excepciones en cuanto a la difusión y análisis de esos trabajos académicos modernos, entre otros, ver AHUMADA RUIZ, Mariana Ángeles, “*Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después”, *Fundamentos*, No. 4, p. 109 (2006), FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Judicial review en la pre-Marshall Court”, *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 28, p. 133 (2011), y LAPLACETTE, Carlos José, *Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016.

En el Capítulo I haré una extensa revisión de las opiniones expuestas acerca del control judicial de constitucionalidad por parte de los principales constituyentes de los Estados Unidos, en algunos casos en su actuación como abogados, así como de los primeros jueces de su Suprema Corte. Analizaré también las opiniones de algunos de los Antifederalistas más importantes y de diputados y senadores del primer Congreso federal. En conjunto, esas opiniones forman parte de la evidencia histórica que permite cuestionar de raíz el mito de *Marbury*.

En el Capítulo II analizaré algunos de los primeros precedentes del ejercicio del control judicial de constitucionalidad a nivel local, cuál fue el rol de los abogados y jueces en esos casos y las dudas y discusiones que generaron. En este capítulo expondré en detalle la primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad que, llamativamente, data de fines de 1782.

En el Capítulo III reconstruiré los casos más importantes en los que se ejerció efectivamente el control judicial pero ahora sobre leyes federales y antes de la llegada del propio Marshall a la Suprema Corte de los Estados Unidos. Veremos ahí que la *judicial review* sobre leyes federales estuvo lejos de haber empezado con *Marbury*.

En el Capítulo IV haré un repaso de la importante discusión que se dio en el Congreso federal al momento de derogar las dos leyes que conformaron lo que se conoce como la *Judiciary Act* de 1801. Allí se esgrimieron numerosos y detallados argumentos a favor y en contra del control judicial de constitucionalidad. A pesar de su importancia, por tratarse del debate previo al dictado de la célebre sentencia en *Marbury*, se trata de un debate que suele ser ignorado en los estudios sobre el origen del control judicial de constitucionalidad.

En el Capítulo V haré una revisión de los argumentos que Marshall expuso en *Marbury v. Madison* para contrastarlos con los que ya habían sido desarrollados en diversos ámbitos y en reiteradas oportunidades antes de 1803. También analizaré qué repercusión tuvo el caso en su momento. Del mismo modo, contrastaré ese impacto de la sentencia de Marshall con otro incidente histórico trascendente que tuvo lugar en la misma época. En mi opinión, ese episodio tuvo una importancia crucial para el afianzamiento de la independencia del poder judicial federal en los Estados Unidos,

condición indispensable para el ejercicio de la *judicial review*. Me refiero, obviamente, al célebre *impeachment* al *Justice* Samuel Chase en 1804.

En el Capítulo VI explicaré que el origen el control judicial de constitucionalidad no fue un invento de los jueces estadounidenses, sino que es producto del impacto de las novedades institucionales que se generaron luego de la Revolución Norteamericana y su combinación con la tradicional función judicial en el mundo anglosajón. Tal como explicaré en este capítulo, es a partir de esa amalgama de ideas nuevas y tradición que surge gradualmente el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Esa combinación se tradujo después en diversos casos concretos de control judicial de leyes en algunos estados de la Unión muchos años antes de que Marshall escribiera los primeros párrafos de su famosa sentencia.

En el Capítulo VII explicaré en qué contexto es que nacieron la leyenda y los relatos ficticios alrededor de *Marbury v. Madison* en las primeras décadas del siglo XX. También haré una referencia a las revisiones y críticas que se hicieron al mito desde distintas ópticas en los Estados Unidos, en especial durante los últimos 20 años. Por último, expondré las razones por las que creo que es importante corregir la historia oficial que nutre el mito de *Marbury* en cuanto a los orígenes del control judicial de constitucionalidad en el constitucionalismo moderno. Incluiré un punto específico relacionado con el control judicial en la República Argentina que, según lo entiendo, podría ser eventualmente aplicado a cualquier país que haya tomado el sistema constitucional estadounidense como modelo.

Finalmente, haré una recapitulación de las conclusiones y reflexiones generales de cada capítulo, y destacaré la importancia de revisar los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad, así como de cuestionar de raíz el mito de *Marbury*, en sus distintas variables y modulaciones, y de cuál es la real relevancia del caso *Marbury v. Madison* en ese contexto.

La revisión crítica que me propongo hacer en esta tesis es necesaria para aclarar los mitos y errores alrededor de los supuestos orígenes del control judicial de constitucionalidad como creación pretoriana, usurpación o autoatribución de facultades, a partir del caso *Marbury v. Madison*. Ese repaso es un punto de partida indispensable

para corregir las distorsiones acerca de los verdaderos orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Mucho más importante, ese examen es vital para poder reflexionar adecuadamente, entre otras cosas, sobre cuáles son los deberes, atribuciones y límites que tienen los jueces federales en aquellos sistemas que, como el de la República Argentina, tomaron a la Constitución estadounidense como modelo, en especial en lo que hace al diseño del poder judicial federal. Y, fundamentalmente, para recordar cuál es el rol que corresponde a los jueces bajo este tipo de sistemas constitucionales. Tal como advierte Hamburger en un magnífico libro, la historia de cómo los jueces desarrollaron el control judicial de constitucionalidad tiene consecuencias para la función judicial, en especial, en cuanto a su alcance y ejercicio³⁶.

Lo que denomino en esta tesis como “el mito de *Marbury*” contradice directamente la evidencia histórica y distorsiona innecesariamente ese análisis. Por eso, deberíamos revisarlo y aceptar que ya es hora de superarlo.

³⁶ HAMBURGER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, p. 9 (“The history of how judges developed ‘judicial review’ has consequences for judicial power. By shifting the constitutional authority for judicial review from the Constitution to the judges, the history appears to imply that the judges enjoy control over the scope and exercise of judicial review -thus leaving them power over their own role in enforcing the Constitution”).

Primera Parte

Antes de *Marbury*

Capítulo I

El control judicial en la opinión de los principales hombres públicos

Planteamiento:

El primer objetivo de este capítulo es poder corroborar la hipótesis de que ni John Marshall, ni *Marbury v. Madison*³⁷ inventaron el control judicial de constitucionalidad. Para poder comprobarlo es necesario exponer y revisar la opinión y la actuación de varios constituyentes y jueces de la Suprema Corte designados con anterioridad a la llegada de Marshall a ese tribunal. También la de algunos de los opositores a la Constitución de Filadelfia de 1787 y la de los primeros diputados y senadores del Congreso federal.

El segundo objetivo es poder demostrar que algunos de esos hombres públicos defendieron el control judicial de constitucionalidad en su calidad de abogados y jueces en casos de renombre, que fueron célebres en su momento. Y también exponer con qué argumentos lo hicieron para poder, más adelante, contrastarlos con los del propio Marshall.

Como objetivo más general, la exposición de estas opiniones me permitirá demostrar cuáles fueron las ideas que se expusieron en defensa del control judicial de constitucionalidad y, a partir de ahí, reconstruir una explicación concreta acerca de los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad.

³⁷ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

La metodología que pondré en práctica es analizar la actuación pública de abogados, jueces, defensores y opositores a la Constitución de Filadelfia, así como de convencionales y de los primeros legisladores del Congreso federal en diversos contextos. En la medida de lo posible, usaré fuentes originales o recopilaciones de esas fuentes originales.

1. John Marshall no inventó la *judicial review*

A pesar de la pretendida autoría de Marshall, que muchos autores proponen en el marco del mito de *Marbury*, las referencias anteriores a 1803 acerca del deber de los jueces federales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso que contradigan la Constitución, lejos de ser escasas, son abrumadoras. Esas referencias muestran una verdad indiscutible: muchos años antes de que el célebre *Chief Justice* se sentara a escribir su sentencia en *Marbury v. Madison*, los principales hombres públicos más influyentes en los Estados Unidos, en especial convencionales constituyentes, jueces y abogados, así como diputados y senadores del Congreso federal, ya habían defendido ese rol por parte del poder judicial en numerosas oportunidades, tanto de forma pública como privada. Y lo hicieron con argumentos tan o más elaborados que los del propio Marshall. Sin pretensión de exhaustividad, destaco las siguientes:

(i) James Iredell

Emigró en 1768 a los Estados Unidos desde Bristol, Inglaterra. Tenía 17 años y era hijo de un mercader poco exitoso que había tenido que retirarse debido a un derrame cerebral. A través de contactos familiares en el gobierno británico, Iredell conseguiría un trabajo como controlador en la aduana del puerto de Roanoke en Edenton, Carolina del Norte. Con ese trabajo en los Estados Unidos mantendría a sus padres y hermanos en Inglaterra. Luego de estudiar derecho de forma privada, tuvo una destacada actuación en el estado de Carolina del Norte, en donde no solo ejerció la profesión, sino que ocupó diversos cargos públicos, incluidos los de juez en la Corte Superior estatal, *Attorney General*, y compilador y revisor de las leyes del estado de Carolina del Norte. A pesar de su juventud y de ser extranjero, Iredell se convertiría en uno de los líderes

intelectuales de la revolución en Carolina del Norte³⁸. Con el paso de los años pasaría a ser considerado como un abogado de renombre en los Estados Unidos.

Iredell tuvo una activa participación en la Convención de Carolina del Norte que intentó ratificar la Constitución federal en 1788³⁹. Posteriormente, coronaría su larga foja de servicios públicos con su llegada a la Suprema Corte federal, luego de su nombramiento como *Justice* firmado por el presidente George Washington el 8 de febrero de 1790⁴⁰. Tenía entonces 38 años y era el más joven de los jueces designados por Washington en la Corte. Ejerció ese cargo hasta su temprana muerte el 20 de octubre de 1799.

Iredell tuvo contacto directo con una de las primeras expresiones de la *judicial review* en Carolina del Norte. El 25 de julio de 1781, el entonces gobernador Thomas Burke, al que Iredell asesoraba en todos los temas legales desde su cargo de *Attorney General*, objetó una ley de la legislatura estatal que permitía conformar tribunales especiales ad-hoc para perseguir los delitos de traición en el marco de la guerra revolucionaria. La ley disponía que los jueces de esos tribunales especiales duraban en sus cargos mientras el gobernador o la Asamblea General no decidieran removerlos. Burke sostuvo que esa ley violaba la garantía de independencia judicial contenida en la Constitución estatal de 1776⁴¹. En una nota dirigida a la Asamblea General, el gobernador Burke no solo defendió la independencia del poder judicial, sino que se refirió concretamente al rol de los jueces como guardianes de los ciudadanos y su capacidad para frenar la operación de leyes inconstitucionales:

³⁸ Esa participación temprana en la revolución le costaría el reproche de uno de sus tíos ingleses que, primero amenazó con dejarlo sin herencia alguna, y luego cumplió con su palabra y, antes de morir, desheredó efectivamente a Iredell (HICKOX, III, Charles F. y LAVIANO, Andrew C., “James Iredell and the English Origins of American Judicial Review”, *Anglo-American Law Review*, Vol. 23, pp. 105/106 y 112 [1999]).

³⁹ CONNOR, Henry Groves, “James Iredell: Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, No. 4, p. 236 (1912). Carolina del Norte terminaría ratificando la Constitución federal en una segunda Convención reunida en Fayetteville en 1789.

⁴⁰ Iredell fue designado luego de la renuncia del *Justice* Robert H. Harrison. Sobre su designación y antecedentes ver MARCUS, Maeva y PERRY, James R. (editores), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo I – Parte I (Appointments and Proceedings), Columbia University Press, Nueva York, 1985, pp. 60/68.

⁴¹ GERBER, Scott D., “Unburied Treasure: Governor Thomas Burke and the Origins of Judicial Review”, *Historically Speaking*, Vol. 8, No. 6, p. 29 (2007).

“Si esta Ley se ejecutara en toda su extensión, se establecerá un poder Judicial integrado por personas seleccionadas a Voluntad y Placer del Gobernador y totalmente dependientes de él y de la Asamblea General. Ese Poder Judicial tendrá el poder supremo sobre la vida y la muerte y las consecuencias de la muerte civil, y será un precedente para la erección de tribunales de justicia, cuyos Jueces dependerán enteramente de la Legislatura, y podrán ser instrumentos para ejecutar leyes tiránicas, si alguna vez la Legislatura llegara a ser tan corrupta y perversa como para promulgarlas, y así la libertad civil se verá privada de sus defensas más seguras contra las usurpaciones más peligrosas, esto es la independencia del poder Judicial y su capacidad de proteger a los individuos de la operación de Leyes inconstitucionales y tiránicas”⁴².

Esa visión acerca de los límites que tenía el poder legislativo y de la importancia de la independencia del poder judicial para hacerlos efectivos fue expuesta luego por el propio Iredell en septiembre de 1783. Allí, definiría a la república como una forma de gobierno en la que “la Ley es superior a cualquiera o a todos los individuos, y la Constitución es superior incluso a la Legislatura, y de la cual los jueces son los guardianes y protectores”⁴³.

Un par de años después, Iredell tendría la oportunidad de participar de forma directa en un caso judicial que tramitó ante la Corte Superior estatal y que se convirtió en uno de los primeros precedentes concretos del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos: *Bayard v. Singleton*⁴⁴. Como no podía ser de otra forma, al igual

⁴² “The first Act of the General Assembly is ‘An Act for the more speedy trial of all persons charged with Treason or misprision of Treason.’ If this Act shall be executed in its full extent, a Judiciary power will be enacted, composed of persons chosen at the Will and Pleasure of the Governor and altogether dependent on him and the General Assembly. This Judicatory will have the Supreme power of life and death and the consequences of attainder, and will be a precedent for erecting courts of justice, the Judges of which must be entirely dependent on the Legislature, and may be made the instrument for executing tyrannical laws if ever the Legislature should become so corrupt and wicked as to enact them, and thus civil liberty would be deprived of its surest defences against the most dangerous usurpations, that is the independency of the Judiciary power and its capacity of protecting Individuals from the operation of Laws unconstitutional and tyrannical” (GERBER, “Unburied...”, p. 30).

⁴³ IREDELL, James, “Instructions to Chowan County Representatives” (1783), HIGGINBOTHAM, Don (Editor), *The Papers of James Iredell*, Tomo II (1778-1783), North Carolina Division of Archives and History, Raleigh, 1976, pp. 446/451. La definición de la forma republicana de gobierno y el rol de los jueces está en la página 449, adonde también defiende la permanencia en el cargo y la protección del salario de los jueces como mecanismos para garantizar su independencia.

⁴⁴ *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

que el episodio del gobernador Burke en 1781, el asunto se originó en el marco de la aplicación de leyes sancionadas durante la guerra revolucionaria.

Iredell colaboró con la defensa de Elizabeth Cornell Bayard. Allí, en su carácter de abogado de parte, Iredell opinó sobre un planteo de inconstitucionalidad de una ley local de 1785 que ordenaba desechar sumariamente los reclamos judiciales para intentar recobrar la propiedad de bienes confiscados en el marco de una larga y compleja serie de leyes locales, incluidas las *Confiscation Acts* de 1777 y 1779. Esas leyes habían permitido al gobierno de Carolina del Norte quitar todos los bienes a personas consideradas como leales al imperio británico y venderlas a terceros como método para solventar los costos de la guerra de independencia⁴⁵.

Elizabeth era hija de Samuel Cornell quien, advertido de las consecuencias que sufriría por apoyar a Gran Bretaña en la guerra, había huido del estado de Carolina del Norte en 1775. Dos años después, Cornell intentó volver a su estado y transmitir todo su patrimonio a sus descendientes. Enterados de la maniobra, las autoridades locales confiscaron todos los bienes que Cornell había intentado legar a sus hijas. En el caso de Elizabeth, los bienes que le correspondían por ese legado de su padre fueron vendidos a Spyres Singleton, un conocido hombre de negocios local que, a su vez, le había alquilado previamente esos bienes⁴⁶.

Con la ayuda de varios abogados, Cornell Bayard y sus hermanas iniciaron en la Corte Superior de New Bern decenas de juicios para recuperar los bienes confiscados. De hecho, la ley estatal de 1785 se sancionó como reacción a esas acciones judiciales⁴⁷. La cuestión constitucional se suscitó debido a que, contradiciendo directamente la constitución local, la ley cuestionada impedía que esos reclamos iniciados por Cornell Bayard y sus hermanas fueran decididos a través del juicio por jurados. Los jueces se enfrentaban así a un obstáculo legislativo, teóricamente insalvable, para considerar el caso planteado por Cornell Bayard y sus hermanas: la aplicación de esa ley estatal obligaba a rechazar el planteo que hacían. Sin embargo, la constitución de Carolina del

⁴⁵ Para un análisis exhaustivo del contexto en que se dio este caso, ver STEINFELD, Robert, *“To Save The People From Themselves”*. *The Emergence of American Judicial Review and the Transformation of Constitutions*, Cambridge University Press, Nueva York, 2021, pp. 336/354.

⁴⁶ STEINFELD, *“To Save...”,* p. 345.

⁴⁷ STEINFELD, *“To Save...”,* p. 350.

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 inviolable⁴⁸.

La Corte Superior convocó a una audiencia oral en mayo de 1786. Allí, Samuel Johnston y William Davie, dos de los abogados de Cornell Bayard, plantearon que la ley de 1785 era inconstitucional y, por ende, inaplicable⁴⁹. Debido a esos planteos, el más enfático de ellos (Davie) fue denunciado para que se analice si su conducta era delictiva por atentar contra “la paz y dignidad del Estado”. La denuncia fue rápidamente rechazada por el tribunal⁵⁰. En ese marco, los jueces decidieron demorar el estudio del planteo de inconstitucionalidad, previendo la posibilidad de que la legislatura local revisara la ley.

James 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”⁵¹, fue publicado el 17 de agosto de 1786. Allí Iredell intentó convencer a los jueces de que podían dejar sin efecto la ley cuestionada. Para ello hizo una notable 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

⁴⁸ 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, 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*, J. Gales & Son, Raleigh, 1835, p. 4).

⁴⁹ STEINFELD, “To Save...”, p. 359.

⁵⁰ STEINFELD, “To Save...”, pp. 360/361.

⁵¹ MCREE, Griffith J., *Life and Correspondence of James Iredell, one of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States*, Tomo II, D. Appleton and Company, Nueva York, 1858, p. 145 y sgtes.

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”⁵².

Iredell atacó directamente la existencia de una supremacía legislativa: recordó que los revolucionarios estadounidenses aborrecían la omnipotencia 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”⁵³.

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

⁵² MCREE, *Life and Correspondence of James Iredell...*, Tomo II, pp. 145/146.

⁵³ MCREE, *Life...*, Tomo II, pp. 146/147. Énfasis en el original.

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*⁵⁴.

Tal como sostiene Steinfeld, “Iredell presentó una muy elaborada teoría de la *judicial review* que se convertiría en una clásica exposición temprana de esta doctrina”⁵⁵. De hecho, fue a instancias de Iredell y de los abogados Samuel Johnston y William Davie que, en *Bayard v. Singleton*⁵⁶, en mayo de 1787, la Corte Superior de New Bern en Carolina del Norte declaró inconstitucional la ley de 1785 y ordenó que el caso prosiguiera y fuera decidido mediante un juicio por jurados conforme lo previsto en la Constitución estatal de 1776⁵⁷. En esa sentencia, después de resaltar la importancia de las obligaciones derivadas del juramento al asumir el cargo de jueces, así como los deberes inherentes a la función judicial, el tribunal 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 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

⁵⁴ MCREE, *Life...*, Tomo II, p. 148. Énfasis en el original.

⁵⁵ STEINFELD, “*To Save...*”, p. 363.

⁵⁶ *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

⁵⁷ Previamente, la Corte Superior habría rechazado un intento de la legislatura local de sancionar a los jueces por no haber rechazado directamente las demandas presentadas por Cornell Bayard y sus hermanas aplicando la ley de 1785 (STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 369/375).

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”⁵⁸.

Bayard v. Singleton fue el primer caso en que la Corte Superior de Carolina del Norte declaró inconstitucional una ley estatal. El principal argumento era no solo que la legislatura era un órgano limitado, a diferencia de lo que ocurría con el Parlamento británico, sino fundamentalmente el carácter de norma jurídica superior de la Constitución que no podía ser derogada o alterada de manera alguna por una ley.

Apenas conocida la decisión, Richard Dobbs Spaight, representante de Carolina del Norte en la Convención de Filadelfia, escribió a Iredell una crítica a la decisión de los jueces⁵⁹. Nuevamente, Iredell defendió ese rol de los jueces en una carta privada en respuesta a Dobbs Spaight, fechada el 26 de agosto de 1787. Allí, Iredell expuso

⁵⁸ 1 N.C. 5, pp. 6/7.

⁵⁹ “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” (carta de Richard Dobbs Spaight a James Iredell del 12 de agosto de 1787, en MCREE, *Life...*, Tomo II, p. 169). Llamativamente, tal como explica Berger, Spaight no hizo pública su crítica a la *judicial review* y no hizo saber a nadie de su oposición en la Convención de Filadelfia (ver BERGER, Raoul, *Congress v. the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1969, p. 335).

nuevamente casi todos los argumentos que John Marshall desarrollaría 15 años después en *Marbury*:

“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 incompatible 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”⁶⁰.

En 1791, Iredell intervino en una Corte de Circuito por el distrito de Georgia. En esa oportunidad, al momento de dirigirse al *Grand Jury* hizo una serie de consideraciones importantes sobre el rol de los jueces y el control judicial de constitucionalidad. En primer lugar, afirmó que el poder judicial federal era más importante que en la mayoría de los gobiernos del mundo debido a que:

“es establecido como un gran guardián de la propia constitución debido a que no puede aplicar ninguna ley salvo aquellas que la constitución autorice. Creo que esa restricción sobre el poder legislativo nunca existió antes de la formación de los gobiernos Americanos”⁶¹.

A renglón seguido, agregó que los Estados Unidos eran el único país en que se podía apelar a una constitución escrita como estándar de la autoridad del gobierno⁶². Finalmente, Iredell afirmó que:

“La constitución protege efectivamente a cada ciudadano en el goce de todos aquellos derechos personales esenciales necesarios para garantizar su seguridad. Todos los que se dedican a la administración de esta constitución juran solemnemente mantenerla, y, si en contra de toda probabilidad; bajo tan solemne sanción; se usa cualquier esfuerzo para violar este baluarte sagrado, los tribunales de justicia, en cualquier instancia bajo su conocimiento, están obligados a resistirlos, dado que no tienen autoridad para ejecutar ninguna ley que no sea ordenada por la constitución”⁶³.

⁶⁰ MCREE, *Life...*, Tomo II, pp. 172/175.

⁶¹ MARCUS, Maeva (editor), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo II – The Justices on Circuit, 1790-1794, Columbia University Press, Nueva York, 1988, p. 218.

⁶² Ídem.

⁶³ MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo II – The Justices on Circuit, 1790-1794, p. 219.

Dos 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, aún las dictadas por el Congreso federal. Así lo haría en su conocida disidencia en el caso *Chisholm v. Georgia*⁶⁴. Allí sostuvo que una ley inconsistente con la Constitución debía ser anulada por los tribunales debido a que se trataba de la norma de mayor jerarquía en el sistema constitucional. Además, aclaró que los jueces no solo estaban obligados a cumplir la Constitución obrando de esa manera, sino que, además, así juraban hacerlo⁶⁵.

Los argumentos que Iredell expuso en 1783, 1786, 1787, 1791 y 1793, son muy similares a los que otros abogados y hombres públicos esgrimirán para defender el control judicial de constitucionalidad durante fines del siglo XVIII⁶⁶. Tanto el carácter de “ley fundamental” que se reconoce a la constitución escrita⁶⁷, así como los límites del Poder Legislativo en cuanto a la imposibilidad de sancionar leyes que contradigan a esa norma jurídica considerada de rango superior, sancionada por el pueblo y alterable solamente por él, y, fundamentalmente, el juramento de los jueces de observar la constitución y el deber de los jueces de invalidar las leyes que violen esa 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 Legislativo⁶⁸. 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, en el que los jueces se tienen que imponer por ser más importantes unos que otros. Por el contrario, ese conflicto que el

⁶⁴ 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

⁶⁵ Allí Iredell sostuvo que: “Upon this authority, there is, that I know, but 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).

⁶⁶ Según Casto, 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 (CASTO, William R., “There Were Great Men Before Agamemnon”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, p. 398 [2009]).

⁶⁷ Sobre el concepto de “fundamental law” y sus alcances, que pueden ser fuentes de equívocos, ver HAMBURGER, Philip A., “The Constitution’s Accommodation to Social Change”, *Michigan Law Review*, Vol. 88, pp. 254/265 (1989).

⁶⁸ Para profundizar el punto, ver BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, pp. 8/16 y 34/36.

juez tiene que resolver a la hora de decidir un caso es uno entre el legislador y la voluntad del pueblo expresada en la constitución⁶⁹.

(ii) James Wilson

Nació en 1742 en Fife, Escocia y emigró a los Estados Unidos a los 23 años. De joven recibió una educación completa, que incluía el estudio del latín, el griego, matemáticas, lógica, retórica, filosofía moral y ética. Luego de obtener una beca, ingresó a la Universidad de St. Andrews a los 14 años. Sin embargo, su carrera universitaria quedaría trunca debido a la muerte de su padre y la necesidad de conseguir un trabajo para poder mantener a su familia de la que era el mayor de siete hermanos. Después de trabajar algunos años en Edimburgo en tareas contables, partió a Pensilvania. Allí estudió leyes de forma privada junto con John Dickinson y tuvo una exitosa carrera ejerciendo la profesión⁷⁰. En 1774 publicó un manuscrito en el que alegaba que el Parlamento británico no tenía autoridad legislativa sobre las colonias, una posición claramente radical para la época⁷¹. Wilson terminaría involucrándose de lleno en el proceso revolucionario y se convertiría en una de las seis personas que firmaron tanto la Declaración de Independencia en 1776 como la Constitución de Filadelfia en 1787⁷². Su influencia en la Convención Constituyente fue decisiva y estuvo casi a la par de la de James Madison⁷³. Wilson también tuvo una activa participación en el proceso de ratificación de la Constitución federal en el estado de Pensilvania, que fue el segundo estado en ratificarla el 12 de diciembre de 1787⁷⁴. El presidente Washington lo designó como *Justice* de la Suprema Corte el 24 de septiembre de 1789 y, al igual

⁶⁹ CASTO, William R., “James Iredell and the American Origins of Judicial Review”, *Connecticut Law Review*, Vol. 27, No. 2, p. 329 y sgtes. (1995).

⁷⁰ Algunos de los datos biográficos de James Wilson figuran en MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, pp. 44/49.

⁷¹ “Considerations on the Nature and Extent of the Legislative Authority of the British Parliament” en HALL, Kermit L. y HALL, Mark D. (Editores), *Collected Works of James Wilson*, Tomo I, Liberty Fund, Indianapolis, 2007, pp. 3/31.

⁷² Los otros cinco fueron: George Clymer, Benjamin Franklin, Robert Morris, George Read y Roger Sherman.

⁷³ FARRAND, Max, *The Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, New Haven, 1913, pp. 197/198.

⁷⁴ HALL, Mark D., “James Wilson. Democratic Theorist and Supreme Court Justice”, en GERBER, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998, p. 126.

que Iredell, ejerció ese cargo hasta su muerte el 21 de agosto de 1798⁷⁵. De hecho, fue el primer *Justice* de la Suprema Corte estadounidense que murió en funciones⁷⁶.

Wilson fue un firme y activo defensor de la *judicial review*⁷⁷. Propuso junto con Madison en la Convención de Filadelfia la inclusión en el gobierno federal de un Consejo de Revisión con participación de los jueces y el Poder Ejecutivo para ejercer un control estricto de las leyes previo a su ejecución. Allí, Wilson tuvo oportunidad de referirse al control judicial de constitucionalidad en más de una ocasión. En la sesión del 21 de julio de 1787, Wilson sostuvo:

“El Poder Judicial debería tener la oportunidad de protestar contra las invasiones proyectadas sobre el pueblo, así como sobre ellos mismos. Se había dicho que los jueces, como expositores de las Leyes, tendrían la oportunidad de defender sus derechos constitucionales. Había peso en esta observación; pero este poder de los Jueces no iba lo suficientemente lejos. Las leyes pueden ser injustas, pueden ser imprudentes, pueden ser peligrosas, pueden ser destructivas; y, sin embargo, pueden no ser tan inconstitucionales como para justificar a los Jueces a negarse a darles efecto. Permítaseles participar en el poder de Revisión, y tendrán la oportunidad de tomar nota de estas características de una ley y de contrarrestar, por el peso de sus opiniones, las posturas inadecuadas de la Legislatura”⁷⁸.

A pesar de las objeciones recibidas, en especial en cuanto a lo inconveniente que era inmiscuir a los jueces en cuestiones de índole política al poder revisar leyes en abstracto antes de su ejecución, un mes después, el 23 de agosto de 1787, Wilson volvió

⁷⁵ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 49.

⁷⁶ Sobre la carrera de Wilson en la Suprema Corte y los problemas que tuvo en los últimos años de su vida a consecuencia de sus deudas, que lo llevaron a ser encarcelado y huir de sus acreedores, ver MARCUS, Maeva, “Wilson as a Justice”, *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 17, p. 147 (2019). Este triste e indecoroso final para una figura tan importante para el nacimiento y desarrollo del sistema constitucional estadounidense es lo que, tal vez, explique (pero no justifique) lo poco estudiado que es Wilson en general.

⁷⁷ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 47; BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, p. 20, n. 62; etc.

⁷⁸ FARRAND, Max, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tomo II, Yale University Press, New Haven, 1937, p. 21.

a referirse al control previo de los jueces en el marco de la propuesta del Consejo de Revisión:

“La firmeza de los Jueces no es en sí mismo suficiente. Algo más es indispensable. Sería mejor prevenir la sanción de una ley indebida, que declararla nula después de sancionada”⁷⁹.

Debido al temor hacia los eventuales abusos del poder legislativo, Wilson prefería un sistema de control adicional al deber que ya tenían los jueces de declarar la invalidez de una ley que contradijera la constitución en el marco de un caso concreto. Sin embargo, una vez sancionada la Constitución de 1787, defendió ese deber de los jueces como un mecanismo de control posterior de las leyes. De hecho, en la Convención de ratificación del estado de Pensilvania, que tuvo lugar entre los meses de noviembre y diciembre de 1787, Wilson resaltó tanto la importancia de la independencia de los jueces como la del deber que tenían de declarar la invalidez de las leyes inconstitucionales que llegaran a sus estrados. Lo hizo para responder a aquellos que criticaban ese control judicial por considerarlo una herramienta que no iba a prevenir los posibles abusos del Congreso:

“bajo esta Constitución, la legislatura puede ser restringida, y mantenida dentro de los límites que se le fijaron, a través de la intervención del departamento judicial. [...] Tuve ocasión, en un día anterior, de declarar que el poder de la Constitución era superior al poder de la legislatura que actuaba bajo esa Constitución; dado que es posible que la legislatura, actuando en esa capacidad, pueda transgredir los límites asignados a ella, y una ley pueda sancionarse, en el *modo* habitual, a pesar de esa transgresión; pero cuando esa ley llegue a ser discutida ante *los jueces*, cuando consideren sus principios y encuentren que son incompatibles con el poder superior de la Constitución, su deber es declararla nula; y los jueces, independientes y no obligados a buscar en cada sesión el mantenimiento de sus salarios, se comportarán con intrepidez y rechazarán darle a esa ley la sanción de la autoridad judicial”⁸⁰.

⁷⁹ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 391.

⁸⁰ ELLIOT, Jonathan (editor), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, Tomo II, 2da. ed., Washington, 1836, pp. 445/446.

Frente a tan claro planteo, un convencional argumentó que los jueces que declararan inconstitucional una ley del Congreso en el marco de un juicio podrían ser removidos por el poder legislativo a través del *impeachment*. El planteo parecía estar fundado en una reciente serie de intentos de remover jueces tanto por parte de la Legislatura de New Hampshire en el marco de un conflicto judicial por la anulación de la llamada “Ten Pound Act”⁸¹, como de la Legislatura de Rhode Island después de que la Corte Superior dejara de aplicar una ley estatal en 1786 en el caso *Trevett v. Weeden*⁸². Todos esos intentos de remoción terminarían siendo infructuosos. La respuesta de Wilson a ese planteo fue contundente:

“La última observación concierne a los jueces. Se dice que, si llegan a decidir en contra de la ley, una cámara los acusará y la otra los condenará. Espero que los caballeros muestren cómo puede suceder esto; porque una mera suposición no debe admitirse como prueba. Los jueces deben ser enjuiciados, porque deciden que una ley es nula y sin efecto, ¡por haber sido sancionada desafiando a la Constitución! ¿Qué Cámara de Representantes se atrevería a enjuiciar, o qué Senado a juzgar, a jueces por el cumplimiento de su deber?”⁸³.

En respuesta a un planteo de otro convencional que sostuvo que así y todo podían sancionarse leyes inconsistentes con la constitución, Wilson insistió en destacar

⁸¹ Desarrollaré ese episodio en detalle en el punto 2.(iii) del Capítulo II.

⁸² Para un detalle completo de los pormenores del caso, ver WARREN, Charles, “Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts”, *Yale Law Journal*, Vol. 32, pp. 16/22 (1923). El abogado de la defensa en ese caso fue James Mitchell Varnum, un célebre general del ejército de Washington que había estudiado en Harvard y Brown. Varnum defendió a un carnicero que se había negado a recibir papel moneda debido a la inflación y que, por eso, corría el riesgo de ir a la cárcel al negarse a cumplir una ley estatal. A pedido de la población de Rhode Island, los argumentos de Varnum fueron publicados al año siguiente de decidido el caso. Como parte de su defensa, Varnum sostuvo: “Have the Judges a power to repeal, to amend, or to alter laws? -God forbid!- In that case they would become Legislators.- Have the Legislators power to direct the Judges how they shall determine upon the laws already made? -God forbid!- In that case they would become Judges.- The true distinction lies in this, that the Legislative have the incontroulable power of making laws not repugnant to the constitution: -The Judiciary have the sole power of judging of those laws, and are bound to execute them; but cannot admit any act of the Legislative as law, which is against the constitution” (VARNUM, James Mitchell, *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, Providence, 1787, p. 27).

⁸³ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 478.

el carácter jurídicamente superior de la Constitución, los límites del Congreso y el rol de los jueces:

“Si una ley fuera incompatible con los poderes conferidos al Congreso por este instrumento, los jueces, como consecuencia de su independencia y de que los poderes particulares del gobierno son definidos, declararán que esa ley es nula; porque predomina el poder de la Constitución. Por lo tanto, cualquier cosa que sea promulgada por el Congreso en contra de la misma, no tendrá fuerza de ley”⁸⁴.

En sus famosas *Lectures on Law*, cuya primera exposición fue el 15 de diciembre de 1790 con la presencia del propio Washington, su vicepresidente John Adams y todos los miembros del Congreso, el entonces *Justice* Wilson explicó que:

“El departamento legislativo, así como cualquier otra parte del gobierno, deriva su poder de la constitución: el legislativo, así como cualquier otro departamento, debe ser dirigido por la constitución; ninguna modificación de la constitución por parte de la legislatura puede ser hecha o autorizada. En nuestro sistema jurídico, estas posiciones parecen ser incontrovertibles. La constitución es la ley suprema del país: cualquier otro poder debe ser inferior y subordinado a esa ley suprema. Ahora, supongamos, que la legislatura apruebe una ley, manifiestamente repugnante con alguna parte de la constitución; y que el funcionamiento y la validez de ambas lleguen a cuestionarse regularmente ante un tribunal, que forma parte del departamento judicial. En ese departamento es que el ‘pueblo’ otorgó el ‘poder judicial de los Estados Unidos’, al ‘ordenar y establecer’ la constitución. El diseño y la función del poder judicial es administrar justicia de acuerdo con la ley del país. La justicia, conforme a la naturaleza de las cosas, no puede administrarse bajo dos reglas contradictorias. Una de ellas debe, necesariamente, ceder a la otra”⁸⁵.

⁸⁴ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 489.

⁸⁵ HALL y HALL, *Collected Works of James Wilson*, Tomo I, p. 742. Wilson dio esas lecciones entre los años 1790 y 1792 en el entonces *College of Philadelphia* (hoy la *University of Pennsylvania*). Las *Lectures on Law* fueron publicadas en 1804, seis años después de la muerte de Wilson, por impulso de su hijo Bird Wilson (HALL, Mark D., “Notes and Documents. James Wilson’s Law Lectures”, *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, Vol. 128, No. 1, p. 63 [2004]).

Acto seguido, Wilson destacó el deber que tenían los jueces de anular las leyes que contradijeran la constitución:

“Ambas, de acuerdo con nuestra suposición, aparecen de forma regular ante un tribunal, para su decisión acerca de su funcionamiento y validez. Es el derecho y es el deber del tribunal decidir sobre ellas: su decisión debe tomarse, porque la justicia debe administrarse de acuerdo con la ley del país. Cuando surge la pregunta: ¿Cuál es la ley del país? También debe decidirse esta cuestión. ¿De qué manera es que debe decidirse esta cuestión? La respuesta parece ser muy fácil. El poder supremo de los Estados Unidos ha dado una regla: un poder subordinado en los Estados Unidos ha dado una regla contradictoria: la primera es la ley del país: como consecuencia necesaria, la segunda es nula y no tiene ninguna operación. Conforme la constitución de los Estados Unidos, es el derecho y el deber de un tribunal de justicia decidir de esta forma. Este es el resultado necesario de la distribución del poder, que hizo la constitución, entre los departamentos legislativo y judicial. La misma constitución es la ley suprema para ambos. Si esa constitución es infringida por uno, no es razón para que la infracción deba ser incitada, sino que es una razón fuerte para que el otro deba desconocerla y declararla nula. Los efectos de esta saludable regulación, que resultan necesariamente de la constitución, son grandes e ilustres. Como consecuencia de ello, los límites del poder legislativo, un poder que es de lo más apto para traspasar sus límites, no solo están claramente marcados en el sistema mismo; sino que se hace una provisión efectiva y permanente para que toda transgresión de esos límites se juzgue y se haga vana e infructuosa. ¡Qué noble salvaguardia contra el despotismo legislativo!”⁸⁶.

Esta visión acerca del carácter de norma jurídica fundamental de la constitución, de los límites que impone al poder legislativo y del deber de los jueces de anular las leyes que la contradigan no implica sostener que Wilson tuviera una visión activista del poder judicial. Por el contrario, Wilson remarcaba que los jueces deben recordar que “su deber y su trabajo no es hacer la ley, sino interpretarla y aplicarla”⁸⁷.

⁸⁶ HALL, *Collected Works...*, Tomo I, pp. 742/743.

⁸⁷ HALL, *Collected Works...*, Tomo II, p. 953.

Al igual que en el caso de Iredell, los argumentos expuestos por Wilson en la Convención de Filadelfia y en la Convención de Ratificación de Pensilvania en 1787 y en sus *Lectures on Law* en 1790, son también similares a los que otros abogados y hombres públicos expondrán en los ámbitos más diversos para defender el control judicial de constitucionalidad durante fines del siglo XVIII. En el caso de Wilson, además, hay que tener en cuenta un hito extraordinario que suele ser olvidado: tal como explicaré más adelante, como juez de la Corte de Circuito de Pensilvania, Wilson tuvo un rol destacado en el caso *Hayburn*. En ese caso, decidido el 11 de abril de 1792, a instancias del liderazgo de Wilson⁸⁸, un tribunal federal declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una ley del Congreso de los Estados Unidos. Y lo hizo 11 años antes que *Marbury*.

(iii) Alexander Hamilton

Nacido en la isla de Nieves, en las Antillas, el 11 enero de 1755, Hamilton quedó huérfano a los 13 años y tuvo que educarse con un tutor. Después de lograr pagarse un viaje de estudios mediante una colecta popular, Hamilton pudo radicarse en los Estados Unidos y estudiar economía y leyes en la actual Universidad de Columbia en Nueva York. A partir de allí tendría una carrera pública meteórica que quedaría trunca a los 49 años luego de un duelo con Aaron Burr⁸⁹. Si bien no tuvo un papel destacado en la Convención de Filadelfia en 1787⁹⁰, tuvo en cambio un rol determinante en el proceso de ratificación posterior en el estado de Nueva York junto con Melancton Smith⁹¹. Durante ese proceso escribiría la mayoría de los 85 ensayos conocidos como *El Federalista*, con la colaboración inestimable de James Madison y el aporte de John Jay. A pesar de haber sido escritos de apuro y en circunstancias ciertamente peculiares, *El Federalista* se convertiría en uno de los textos de teoría política más importantes que se hayan escrito en la historia moderna⁹².

⁸⁸ HALL, “James Wilson...”, p. 137.

⁸⁹ Entre las numerosas biografías sobre Hamilton que se han publicado, recomiendo ésta: CHERNOW, Ron, *Alexander Hamilton*, The Penguin Press, Nueva York, 2004.

⁹⁰ FARRAND, *The Framing of the Constitution...*, p. 87.

⁹¹ BROOKS, Robin, “Alexander Hamilton, Melancton Smith, and the Ratification of the Constitution in New York”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 24, No. 3 p. 339 (1967).

⁹² EPSTEIN, Richard A., “The Federalist Papers: From Practical Politics to High Principle”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 16, p. 13 (1993).

Son bien conocidas las referencias de Hamilton acerca del control de constitucionalidad en *El Federalista* No. 78, publicado el 28 de mayo de 1788. Allí, entre otros argumentos, sostuvo:

“El derecho de los tribunales a declarar nulas las leyes de la legislatura, por ser contrarias a la Constitución, ha suscitado ciertas perplejidades debido a la creencia de que esa doctrina implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se arguye que la autoridad que puede declarar nulos los actos de otra, necesariamente será superior a aquella cuyos actos pueden ser anulados. Dado que esta doctrina es de gran importancia para todas las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente los fundamentos en que descansa. No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que es nulo todo acto de una autoridad delegada, que sea contrario a los términos del mandato bajo el cual se ejerce. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor está por encima de su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, y que los hombres que obran en virtud de ciertos poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que ellos prohíben”⁹³.

Y, a renglón seguido, Hamilton agregó:

“Si se dijera que el cuerpo legislativo es, por sí solo, el juez constitucional de sus propios poderes y que la interpretación que hiciera de ellos es decisiva para los otros departamentos, se puede responder que no puede ser ésta la presunción natural cuando esto no se derive de alguna disposición en particular de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su VOLUNTAD a la de sus electores. Es mucho más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la

⁹³ HAMILTON, Alexander, “The Federalist N° 78” (HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*, No. 78, Jacob Gideon, Washington, 1818, p. 485).

legislatura, a fin de, entre otras cosas, mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente una atribución de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. Por lo tanto, a ellos les corresponde determinar su significado, así como el de cualquier ley en particular que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, la Constitución debe preferirse a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus agentes. Esta conclusión no implica de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo implica que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última, en lugar de las primeras. Deberán regular sus decisiones por las leyes fundamentales, en lugar de aquellas que no lo son”⁹⁴.

No tan conocidas son las referencias del mismo Hamilton en *El Federalista* No. 16, en el que, luego de plantear la posibilidad de distinguir entre el ejercicio legal de un poder y la ilegal usurpación de una autoridad, planteó que:

“El éxito de esa usurpación requeriría no solo una mayoría facciosa en la legislatura, sino también la connivencia de los tribunales de justicia y de la masa del pueblo. Si los jueces no se embarcaran en una conspiración con la legislatura, declararían que las resoluciones de esa mayoría son contrarias a la ley suprema del país, inconstitucionales y nulas”⁹⁵.

Todas estas reflexiones de Hamilton fueron anticipadas en el marco de un conocido caso en Nueva York en 1784⁹⁶. Con apenas 29 años, Alexander Hamilton, veterano de la guerra revolucionaria, representó junto con otros abogados a Joshua Waddington, un agente de dos mercaderes británicos. Esos mercaderes habían sido

⁹⁴ HAMILTON, “The Federalist N° 78” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, pp. 485/486).

⁹⁵ HAMILTON, “The Federalist N° 16” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, p. 101).

⁹⁶ Para un detalle exhaustivo de los pormenores del caso, ver HOFFER, Peter Charles, *Rutgers v. Waddington: Alexander Hamilton, the End of the War for Independence, and the Origins of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2016.

demandados por Elizabeth Rutgers, viuda y patriota, quien les reclamaba el pago de alquileres por la ocupación de una propiedad productiva (una cervecería) que le había sido confiscada por autoridades realistas durante la guerra revolucionaria. Cabe recordar que Nueva York estuvo bajo el control de las fuerzas británicas desde 1776 hasta la firma del Tratado de Paz en 1783. Varios patriotas huyeron del estado luego de la ocupación militar británica y tuvieron que abandonar sus propiedades. En el caso de Rutgers, su negocio fue primero saqueado y luego restaurado y explotado por los mercaderes británicos representados por Waddington, quienes habían obtenido el permiso correspondiente de las autoridades civiles y militares británicas.

En *Rutgers v. Waddington*⁹⁷, Hamilton planteó como defensa la inconstitucionalidad de una ley estatal, la *Trespass Act* de 1783, que reconocía a los patriotas una acción judicial para reclamar por la ocupación de propiedad que había quedado sujeta al control del gobierno de Gran Bretaña durante la guerra de independencia. Hamilton argumentó, entre otras cosas, que la *Trespass Act* violaba la Ley de las Naciones y el Tratado de Paz con Inglaterra, normas federales de rango superior, que habían otorgado una suerte de amnistía que incluía las acciones del gobierno británico que habían favorecido a su cliente⁹⁸. Cabe recordar que, a ese momento, aun no se había sancionado la Constitución de 1787 y el país se regía por las Artículos de Confederación de 1781. El planteo judicial de Hamilton en favor de su impopular cliente fue receptado parcialmente por el tribunal en un fallo que causó gran impacto en la época⁹⁹. Como parte de esas reacciones, se llegó incluso a pedir la remoción de los jueces que habían fallado en contraposición a lo que establecía la *Trespass Act*¹⁰⁰. Ese éxito parcial de Hamilton haría que lo contraten para participar en otros 44 casos judiciales relacionados con esa ley estatal¹⁰¹.

Tal como sostiene uno de los principales estudiosos del caso, *Rutgers* se convertiría en “un punto de referencia, en una estación de paso vital en el camino a la

⁹⁷ Ver *Arguments and Judgment of the Major's Court of the City of New York, in a cause between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington*, impreso por Samuel Loudon, Nueva York, 1784, pp. 3/47.

⁹⁸ Para un análisis minucioso de los argumentos desplegados por Hamilton, ver TREATOR, William Michael, “Judicial Review before *Marbury*”, *Stanford Law Review*, Vol. 58, No. 2, pp. 480/487 (2005).

⁹⁹ CHERNOW, *Alexander Hamilton...*, p. 199.

¹⁰⁰ Para profundizar el punto, ver STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 239/255.

¹⁰¹ STEINFELD, “*To Save...*”, p. 220.

justicia independiente que reconocieron abogados y jueces en años posteriores”¹⁰². De hecho, después de la decisión del caso *Rutgers* y de la publicación de completa de la sentencia, varios tribunales estatales plantearon la cuestión del control judicial de constitucionalidad de manera explícita¹⁰³.

A su vez, los argumentos expuestos por Hamilton en *El Federalista*, que en esencia son similares a los que ya habían expuesto Iredell y Wilson, se convertirían en una de las explicaciones clásicas del control judicial de constitucionalidad. Como veremos en el punto que sigue, James Madison, el otro de los grandes redactores de *El Federalista*, también terminaría defendiendo ese importante rol por parte de los jueces.

(iv) James Madison

Nacido en Virginia en 1751, tenía solamente 36 años cuando fue designado como uno de los delegados por ese estado en la Convención de Filadelfia en 1787. Tan importante fue su trabajo que algunos autores lo señalan como el “Padre de la Constitución de los Estados Unidos”¹⁰⁴. A pesar de no haber escrito con la precisión y contundencia de Iredell, Wilson o Hamilton acerca del control judicial de constitucionalidad (recordemos que Madison no era abogado¹⁰⁵), y de haber expresado dudas en algún momento sobre el tema¹⁰⁶, existen varias referencias en documentos públicos y privados que demuestran que en más de una oportunidad consideró a ese control como uno de los frenos y contrapesos de su sistema de separación de poderes¹⁰⁷.

¹⁰² HOFFER, *Rutgers v. Waddington...*, p. X.

¹⁰³ HOFFER, *Rutgers v. Waddington...*, p. 114.

¹⁰⁴ KETCHAM, Ralph, *James Madison. A biography*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1990, p. 229.

¹⁰⁵ Al respecto, ver CORWIN, Edward S., “The Posthumous Career of James Madison as Lawyer”, *American Bar Association Journal*, Vol. 25, p. 821 (1939).

¹⁰⁶ ZUCKERT, Michael P., “Mr. Chief Justice Madison: Reflections on Judicial Duty in the Natural Rights Republic”, *Journal of Law, Philosophy and Culture*, Vol. 6, No. 1, p. 134/136 (2011). Según explica Zuckert, Madison aceptaba la *judicial review* pero rechazaba la *judicial supremacy*.

¹⁰⁷ Tal como explica Gargarella, Madison fue “el principal ideólogo del sistema de ‘frenos y contrapesos’”, al que consideraba como “el único remedio institucional adecuado frente al egoísmo y la ambición de poder que parecía inherente a la naturaleza del hombre” (GARGARELLA, Roberto, “El Contenido Igualitario del Constitucionalismo”, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I - Democracia, p. 16). Para un análisis detallado del pensamiento constitucional de Madison y su influencia en la Argentina, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “James Madison y la Constitución Nacional”, *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción*, Instituto Urquiza de Estudios Históricos, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003, p. 139 y sgtes.

Y, fundamentalmente, como una forma proteger los derechos finalmente incluidos en el *Bill of Rights*¹⁰⁸.

A pesar de sus convicciones republicanas, el punto de partida del pensamiento tanto de Madison como de la mayoría de los convencionales constituyentes norteamericanos está marcado, entre otras cosas, por una profunda desconfianza hacia el poder legislativo por su tendencia al abuso del poder. A modo de ejemplo, basta ver la contundente opinión de Edmund Randolph en la sesión del 29 de mayo de 1787. Randolph, que en ese momento era gobernador de Virginia, advirtió al momento de la apertura de la Convención de Filadelfia que:

“nuestro máximo peligro surge de las partes democráticas de nuestras constituciones. Es una máxima que considero incontrovertible, que las ramas de gobierno ejercidas por el pueblo se degluten a todos las demás. Ninguna de esas constituciones [estatales] ha previsto un control suficiente sobre la democracia”¹⁰⁹.

De forma ciertamente más sofisticada, Madison también dejó expresada en más de una oportunidad esa desconfianza que los constituyentes norteamericanos tenían no sólo respecto del poder del legislador, sino también de las facciones que operan a través del gobierno¹¹⁰. En la sesión del 21 de julio de 1787 en la Convención de Filadelfia, Madison advirtió que:

“La experiencia en todos los Estados ha evidenciado una poderosa tendencia en la Legislatura de absorber todo el poder en su vórtice. Esta fue la verdadera fuente de peligro para las Constituciones Americanas; y sugirió la necesidad de dar toda autoridad defensiva a los otros departamentos que fuera consistente con los principios republicanos”¹¹¹.

¹⁰⁸ Al respecto, ver PATTERSON, Perry C., “James Madison and Judicial Review”, *California Law Review*, Vol. 28, p. 22 (1939).

¹⁰⁹ FARRAND, *The Records...*, Tomo I, pp. 26/27.

¹¹⁰ Para ver la evolución del pensamiento de Madison al respecto, ver RAKOVE, Jack N., “James Madison and the Bill of Rights: A Broader Context”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 22, No. 4, p. 667 (1992).

¹¹¹ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 74.

Tal como expliqué previamente, la propuesta de Madison en la Convención, apoyada por Wilson, fue la de incluir un Consejo de Revisión con participación de los jueces para hacer un control anterior a la ejecución de las leyes federales. Esa moción no fue aceptada, a pesar de las cuatro veces que Madison y sus aliados intentaron aprobarla. Lo llamativo del caso es que muchos de los convencionales que se oponían a la participación del poder judicial en el Consejo era porque consideraban que los jueces ya ejercerían un rol similar, pero a través del control judicial de constitucionalidad en el marco de un caso concreto. Así, por ejemplo, se manifestaron los siguientes convencionales:

- Elbridge Thomas Gerry: según consta en las notas sobre la Convención, Gerry, futuro vicepresidente de Madison y firmante de la Declaración de Independencia en 1776, expresó sus dudas de esta forma:

“El Sr. Gerry duda si el Poder Judicial debe formar parte de él, ya que los jueces tendrán un control suficiente contra invasiones en su propio departamento a través de su interpretación de las leyes, que incluía un poder de decidir sobre su Constitucionalidad”¹¹².

- Rufus King: al igual que Gerry, King se opuso al Consejo de Revisión debido a que los jueces ya tenían el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes que fueran cuestionadas en el marco de los casos concretos que tuvieran que decidir:

“El Sr. King opinó que el Poder Judicial no debería unirse al veto de una Ley, porque los Jueces tendrán la interpretación de esas Leyes cuando se presenten ante ellos; y sin duda detendrán la operación de aquellas que parezcan repugnantes a la constitución”¹¹³.

- Luther Martin: Martin, un eximio abogado que lideraría posteriormente la oposición Antifederalista y representaría años después a Samuel Chase en su proceso de remoción y a Aaron Burr en el proceso que se le siguió por traición en 1807, rechazó la participación de los jueces en el Consejo de esta forma:

¹¹² FARRAND, *The Records...*, Tomo I, p. 97.

¹¹³ FARRAND, *The Records...*, Tomo I, p. 109.

“El Sr. L. Martin. consideraba la asociación de los Jueces con el Ejecutivo como una innovación peligrosa; así como una que no podría producir la ventaja particular que se espera de ella. No se puede suponer que el conocimiento de la humanidad y de los asuntos legislativos pertenezca en mayor grado a los Jueces que a la legislatura. Y en cuanto a la Constitucionalidad de las leyes, ese punto se presentará ante los jueces en su propio carácter oficial. En ese carácter tienen un poder negativo sobre las leyes. Si se los une con el Ejecutivo en un Consejo de Revisión tendrían un doble control negativo”¹¹⁴.

- George Mason: en respuesta a Martin, el principal redactor de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, al apoyar la propuesta de Madison para crear un Consejo de Revisión expresó:

“Se había dicho [por el Sr. L. Martin] que, si los jueces se unieran a este control de las leyes, tendrían un doble control negativo, ya que en su capacidad expositiva como jueces ya tendrían uno. Él respondería que en esta capacidad podrían impedir en un solo caso, el funcionamiento de las leyes. Podrían declarar nula una ley inconstitucional. Pero con respecto a todas las leyes, por injustas, opresivas o perniciosas que sean, que no quedaran claramente incluidas en esta descripción, estarían como Jueces bajo la necesidad de darles vía libre. El deseaba un mayor uso de la ayuda que podían dar los jueces para prevenir toda ley impropia”¹¹⁵.

Mason trazaba así una distinción entre el control de judicial de constitucionalidad ya existente y practicado en algunos estados, con sus efectos limitados al caso concreto decidido por los jueces, y la propuesta del Consejo de Revisión que no venía a reemplazar a ese control, sino que implicaba uno distinto: un control previo y más ambicioso por su mayor alcance.

Así como Madison buscaba la forma de limitar el poder del legislador, otros convencionales compartían esa preocupación y la relacionaban con el control judicial

¹¹⁴ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 76.

¹¹⁵ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 78.

de constitucionalidad. Gouverneur Morris, por ejemplo, al momento de discutir el mecanismo de ratificación de la Constitución a través de las legislaturas estatales o a través de convenciones electas por el pueblo, sostuvo que “las modificaciones legislativas que no se ajusten al pacto federal, serían claramente inválidas. Los Jueces las considerarían nulas y sin efecto”¹¹⁶.

En idéntico sentido, se expresó Madison:

“El Sr. MADISON pensaba que era claro que las legislaturas eran incompetentes para los cambios propuestos. Estos cambios harían incursiones esenciales en las Constituciones estatales, y sería una doctrina nueva y peligrosa que una Legislatura pudiera cambiar la constitución a la cual debía su existencia. De hecho, podría haber algunas Constituciones dentro de la Unión, que le habían otorgado un poder a la Legislatura para participar en las modificaciones al Pacto federal. Pero ciertamente había algunas que no; y en el caso de éstas, necesariamente se debe obtener una ratificación por parte del pueblo. El consideraba que la diferencia entre un sistema fundado solo en las Legislaturas y uno fundado en el pueblo, como la verdadera diferencia entre una liga o tratado y una Constitución. La primera en cuanto a la obligación moral podría ser tan inviolable como la segunda. En cuanto a la operación política, había dos distinciones importantes a favor de esta última. 1. Una ley que viole un tratado ratificado por una ley preexistente, podría ser respetada por los Jueces como una ley, aunque una imprudente o pérfida. Una ley que viole una constitución establecida por el propio pueblo sería considerada por los jueces como nula y sin efecto”¹¹⁷.

Si bien podría argumentarse que aquí se refiere solamente a la mejor forma de ratificación de la constitución, lo cierto es que Madison distingue a la constitución de un tratado y dice claramente que una ley que viole la ley fundamental establecida por el pueblo puede ser invalidada por los jueces.

¹¹⁶ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 92.

¹¹⁷ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, pp. 92/93.

Como sea, el rechazo del Consejo de Revisión propuesto por Madison en la Convención de Filadelfia se dio, precisamente, porque los convencionales consideraron que los jueces federales ya iban a contar con el control judicial de constitucionalidad. Tal como explica Steinfeld, luego de largos debates, “la Convención votó en contra de la propuesta de Madison. En su lugar la Convención acordó, sencillamente, confiar en la *judicial review* como el método primario de ejecutar la Constitución en contra de las legislaturas estatales [...] y el propio Congreso. Estas decisiones en la Convención garantizaron virtualmente un rol para la *judicial review* en el sistema constitucional norteamericano”¹¹⁸.

Sancionada la Constitución en 1787, esa desconfianza tanto hacia el poder legislativo como a las facciones mayoritarias que operan a través del gobierno no cesaron en el pensamiento de Madison:

“[A]llí donde quiera que resida el poder real del Gobierno, existe el riesgo de opresión. En nuestros Gobiernos el poder real reside en la mayoría de la Comunidad, y la invasión de los derechos privados es de esperarse que proceda, principalmente, no de actos de Gobierno contrarios al sentir de sus ciudadanos, sino de actos en los que el Gobierno es un mero instrumento del mayor número de ellos”¹¹⁹.

En ese marco, Madison también defendió el control judicial de constitucionalidad como forma de preservar los derechos naturales reconocidos en el *Bill of Rights*¹²⁰. Hay que recordar que, a pesar de que la Convención de Filadelfia había ideado la Constitución de 1787 como medio para estructurar y limitar el gobierno y, a través de esa regulación, garantizar la protección de los derechos naturales de las personas, había omitido una declaración de derechos¹²¹. Esa omisión generó las críticas

¹¹⁸ STEINFELD, “*To Save...*”, p. 401.

¹¹⁹ Ver carta de Madison a Thomas Jefferson, del 17 de octubre de 1788, en MADISON, James, *Writings*, The Library of America, Nueva York, 1999, p. 420.

¹²⁰ BURNS, Edward M., “Madison’s Theory of Judicial Review”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 24, No. 4, p. 416 y sgtes. (1936).

¹²¹ Sobre la idea de los derechos naturales, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., “¿Presunción de Constitucionalidad o Presunción de Libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL – 2013, Parte II, pp. 511/560 (2014).

y la oposición de los Antifederalistas a la constitución de 1787 durante el proceso de ratificación en los diferentes estados de la Unión¹²². La falta de un *Bill of Rights* tuvo que ser explicada, entonces, en las convenciones estatales en las que se discutía si se ratificaba o no la Constitución de Filadelfia. En Carolina del Sur, por ejemplo, Charles Pickney justificaba la ausencia de una declaración de derechos y explicaba que:

“como tal vez podríamos haber omitido la enumeración de algunos de nuestros derechos, entonces podría decirse que habíamos delegado en el gobierno general el poder de sacarnos aquellos de nuestros derechos que no hubiésemos enumerado”¹²³.

De forma similar, durante la convención de ratificación en Pensilvania, James Wilson argumentaba que:

“si intentamos una enumeración, todo lo que no esté enumerado se presumirá como entregado. La consecuencia es que, una imperfecta enumeración arrojará todos los poderes implícitos en manos del gobierno, y así los derechos de las personas quedarán incompletos”¹²⁴.

El trasfondo del problema es la visión expansiva que los constituyentes norteamericanos tenían respecto de los derechos naturales o “libertades” de las personas que el gobierno debía asegurar y proteger. Eso hacía prácticamente imposible su enumeración¹²⁵.

¹²² LEVY, Leonard W., *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999, p. 25 y sgtes.

¹²³ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 316.

¹²⁴ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 436.

¹²⁵ Vale la pena recordar la opinión de Iredell, futuro *Justice* de la Corte Suprema, durante la Convención de Carolina del Norte. Luego de rechazar las críticas por la falta de una declaración de derechos, Iredell sostuvo la imposibilidad de enumerarlos y la consiguiente peligrosidad de incluir una lista incompleta. Y remató su exposición del siguiente modo: “it would not only be useless, but dangerous, to enumerate a number of rights which are not intended to be given up; because it would be implying, in the strongest manner, that every right not included in the exception might be impaired by the government without usurpation; and it would be impossible to enumerate every one. Let any one make what collection or enumeration of rights he pleases, I will immediately mention twenty or thirty more rights not contained in it” (ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 167).

La solución al problema planteado por esa visión expansiva y la consiguiente imposibilidad de enumerar todos los derechos naturales fue ideada por Madison. Pese a que originalmente era escéptico acerca de la necesidad de incluir un catálogo de derechos, Madison finalmente lideró la propuesta de adopción del *Bill of Rights*¹²⁶. Para ello, propuso una reforma que permitía proteger la concepción amplia de los derechos naturales y evitar el peligro de la enumeración. Su propuesta sería finalmente reflejada en la Enmienda IX de la Constitución estadounidense: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada para denegar o menoscabar otros retenidos por el pueblo”.

Madison defendió la inclusión del *Bill of Rights* en un discurso pronunciado en la Cámara de Representantes, el 8 de junio de 1789. Allí dijo:

“Creo que la mayoría de las personas que se opusieron a ella [la Constitución], lo hicieron porque no contenía disposiciones efectivas contra las violaciones de los derechos individuales ni aquellas salvaguardias que hace tiempo se acostumbran a interponer entre ellos y el magistrado que ejerce el poder soberano”¹²⁷.

Madison consideraba a la declaración de derechos como un límite al poder del gobierno y una protección de esos derechos frente a los posibles abusos de éste. Más adelante, en el mismo discurso, Madison compara la declaración de derechos británica con la que se proponía para los Estados Unidos. Allí deja claro que la Constitución tiene el carácter de norma jurídica directamente invocable por los particulares para resistir los eventuales abusos del gobierno:

“En la declaración de derechos establecida por ese país [Gran Bretaña], la verdad es que no han hecho más que establecer una barrera contra el poder de la corona,

¹²⁶ Jefferson es quien terminaría de convencer a Madison acerca de la necesidad de incluir el *Bill of Rights*, en una carta enviada el 15 de marzo de 1789, en la que resalta la importancia del control judicial sobre las leyes: “In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which if rendered independent, and kept strictly to their own department merits great confidence for their learning and integrity” (KOCHE, Adrienne y PEDEN, William (editores), *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Random House, Nueva York, 2004, p. 426).

¹²⁷ MADISON, *Writings*, p. 441.

pero el poder de la legislatura permanece ilimitado. [...] Aunque el caso pueda ser totalmente diferente y no se haya considerado necesario establecer límites al poder legislativo en ese país, una opinión diferente prevalece en los Estados Unidos. El pueblo de los diferentes Estados ha creído necesario establecer barreras contra el poder en todas las formas y departamentos de gobierno [...]”¹²⁸.

Finalmente, luego de insistir en la importancia del *Bill of Rights* para prevenir y resistir los posibles excesos cometidos por el gobierno o la comunidad, Madison sostuvo que la incorporación de los derechos naturales a la Constitución iba a tener un efecto saludable. La protección contra esos abusos de poder estaría en mano de los jueces. En palabras de Madison:

“Tribunales de justicia independientes se considerarán a sí mismos de forma peculiar como los guardianes de esos derechos; se convertirán en un baluarte inexpugnable frente a cualquier asunción de poder por parte del legislativo o el ejecutivo; serán llevados naturalmente a resistir cualquier violación de los derechos expresamente contemplados en la Constitución a través de la declaración de derechos”¹²⁹.

Queda claro, entonces, que Madison pretendía que la declaración de derechos pudiera ser invocada por los ciudadanos ante los poderes públicos y muy especialmente en juicio. Bajo esa concepción, central para el constitucionalismo estadounidense, el propósito principal del control judicial de constitucionalidad es la protección de los derechos llamados naturales. Esos derechos no son considerados como otorgados por el gobierno o la mayoría, sino que son reconocidos como preexistentes en la constitución y operan como un límite al gobierno y a la mayoría. Y los jueces son los encargados de proteger esos derechos contra las decisiones que eventualmente los infrinjan, especialmente en el caso del Congreso, pero también del Poder Ejecutivo¹³⁰.

¹²⁸ MADISON, *Writings*, p. 445.

¹²⁹ MADISON, *Writings*, p. 449.

¹³⁰ GERBER, Scott Douglas, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, p. 342.

De esta forma, Madison aporta un importante argumento adicional para justificar el control judicial de constitucionalidad a los que ya habían expuesto Iredell, Wilson y Hamilton entre 1783 y 1790. Varios de los jueces que se sumaron a la Suprema Corte federal antes del ingreso de Marshall en 1801 sostuvieron ideas muy similares.

(v) Oliver Ellsworth

Era oriundo de Windsor, Connecticut, donde nació el 29 de abril de 1745. Si bien sus padres querían que dedicara su vida a los estudios religiosos, Ellsworth tenía otros planes. Luego de un paso fallido por la universidad de Yale (de la que sería expulsado a sus 19 años), ingresó en el *College of New Jersey* (hoy Princeton). Allí estuvo a punto de ser sancionado por usar un sombrero en violación a las reglas universitarias, pero logró defenderse poniendo en práctica su habilidad para el debate¹³¹. Posteriormente, al igual que Iredell y Wilson, comenzó a estudiar y practicar leyes de forma privada. A pesar de haber tenido un comienzo difícil durante sus primeros años como abogado, se sobrepuso y logró gradualmente tener éxito en el ejercicio de la profesión. Luego de una importante carrera pública en la que ocupó diversos cargos incluyendo los de juez de paz, diputado de la Asamblea General local, miembro del Congreso continental y juez de la Corte Superior estatal, Ellsworth fue electo miembro de la Convención de Filadelfia por el estado de Connecticut. Allí integró el *Committee of Details* encargado de redactar la versión final de la Constitución propuesta en 1787¹³². Tuvo más tarde una activa participación durante el proceso de ratificación en su estado natal, tanto a través de la publicación de trece ensayos anónimos conocidos como “Letters of a Landholder”¹³³ (que llegó en la época a ser comparado con *El Federalista*), como en la propia Convención estatal reunida en Hartford en 1788¹³⁴. Después de ser elegido Senador, colaboró activamente en el diseño y sanción de la

¹³¹ Ellsworth había formado un club de debate junto con Luther Martin y William Paterson (MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 115).

¹³² Integró ese importante comité junto con otros cuatro abogados: John Rutledge, Nathaniel Gorham, Edmund Randolph y James Wilson, (VILE, John R., “The Critical Role of Committees at the U.S. Constitutional Convention of 1787”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 48, No. 2. p. 163 [2006]).

¹³³ Ver SHEEHAN, Colleen A. y MCDOWELL, Gary L., *Friends of the Constitution. Writings of the “Other” Federalists. 1787-1788*, Liberty Fund, Indianápolis, 1998, p. 286 y sgtes.

¹³⁴ CASTO, William R., “Oliver Ellsworth”, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 1996, No. 2, p. 77 (1996).

Judiciary Act de 1789¹³⁵. Posteriormente, fue designado por Washington en el cargo de *Chief Justice* en reemplazo de John Rutledge, a quien el Senado le había negado el acuerdo después de haber sido designado en comisión en reemplazo de John Jay. Se mantuvo en ese cargo desde su designación el 3 de marzo de 1796 hasta su renuncia por enfermedad el 16 de octubre de 1800¹³⁶.

En un influyente discurso pronunciado el 7 de enero de 1788 en la Convención de Ratificación del estado de Connecticut, Ellsworth sostuvo:

“Esta Constitución define el alcance de los poderes del gobierno general. Si la legislatura general sobrepasa en algún momento sus límites, el departamento judicial es un control constitucional. Si los Estados Unidos van más allá de sus poderes, si sancionan una ley que la Constitución no autoriza, es nula; y el poder judicial, los jueces nacionales, que para garantizar su imparcialidad serán independientes, la declararán nula. Por otro lado, si los estados van más allá de sus límites, si hacen una ley que es una usurpación sobre el gobierno general, la ley es nula; y los jueces honorables e independientes declararán que es así”¹³⁷.

Los argumentos del ex convencional y futuro *Chief Justice* son similares a los expuestos por Iredell, Wilson, Hamilton, Madison y los demás convencionales y jueces que expresaron su confianza en el deber de los jueces de decidir los casos aplicando la constitución como ley suprema y fundamental y de ejercer el control constitucional para invalidar las leyes del Congreso que no la respetasen.

Al año siguiente, Ellsworth tendría un rol relevante en la redacción de la *Judiciary Act* de 1789¹³⁸. En particular, se debe a su autoría el artículo 25 de esa ley del primer Congreso federal que reconoció expresamente la posibilidad de que todos los

¹³⁵ Al respecto, ver RITZ, Wilfred J., *Rewriting the History of the Judiciary Act of 1789. Exposing Myths, Challenging Premises, and Using New Evidence*, University of Oklahoma Press, Norman, 1990.

¹³⁶ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, pp. 118/123.

¹³⁷ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 196.

¹³⁸ Ver carta de James Madison a Joseph Wood, del 27 de febrero de 1836. Wood escribió a Madison para pedirle detalles de la vida de Ellsworth para una posible biografía. Luego de referirse elogiosamente a la actuación pública de Ellsworth, Madison afirma que: “It may be taken for certain that the bill organizing the judicial department originated in his draft, and that it was not materially changed in its passage into law” (<https://founders.archives.gov/documents/Madison/99-02-02-3238>, última visita, 01/03/2023).

jueces locales invaliden una ley federal o un tratado por ser repugnante a la Constitución¹³⁹. El artículo en cuestión no otorgó esa facultad a los jueces, sino que reconoció que ya la podían ejercer en el marco de la autoridad conferida por la propia función judicial. Por eso es que, además, incluyó un mecanismo para hacer efectiva la supremacía del derecho federal a través de un último control judicial de constitucionalidad de esas sentencias de tribunales locales en cabeza de la Suprema Corte¹⁴⁰. Sin perjuicio de ello, la *Judiciary Act* de 1789 previó expresamente que la Suprema Corte podía convalidar en última instancia una sentencia que hubiera declarado la inconstitucionalidad de una ley federal. Es decir, que fue el propio Congreso el que, a fines de asegurar la supremacía del derecho federal, en especial de la Constitución como norma de máxima jerarquía, previó que la Suprema Corte pudiera tener la última palabra en materia de la constitucionalidad o no de una ley federal impugnada en tribunales de los estados. Si bien ese reconocimiento no se refería concretamente a la posibilidad de ejercer el control en el marco de casos que fueran de competencia exclusiva de los tribunales federales, lo cierto es que ayudó a normalizar la idea de la *judicial review* en los Estados Unidos. Sin lugar a dudas, esa contribución de Ellsworth en 1789 ayudó a hacer efectiva la cláusula de la supremacía prevista en el Artículo VI, cláusula 2ª de la Constitución y contribuyó directamente al desarrollo de la *judicial review* por parte de todos los jueces federales a los que el Artículo III les otorgó el “poder judicial de los Estados Unidos”¹⁴¹. Al respecto, se ha dicho con razón que:

¹³⁹ “SEC. 25. *And be it further enacted*, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error [...]”, United States Statutes at Large, Vol. 1, 1ª. Congress, 1ª. Session, Ch. 20, pp. 85/86 (1789) (“An Act to establish the Judicial Courts of the United States”).

¹⁴⁰ JAYNE, Edward, *Oliver Ellsworth. His Central Role in the Establishment of Federal Sovereignty*, Horben Books, Kalamazoo, 2013, pp. 156/157.

¹⁴¹ “*The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish*”. Dada la ambigüedad de la expresión “poder judicial”, corresponde aclarar que, en este caso, el Artículo III, Sección 1ª se refiere no a la institución en sí, sino a la función que ejercerán los jueces que integran esa institución. Por eso, en todos los casos en que use la expresión “función judicial” en esta tesis, lo hago como sinónimo de “judicial power” en los términos del Artículo III, Sección 1ª de la Constitución.

“Debido a que muchos de los convencionales constituyentes fueron elegidos para el primer Congreso, se acepta ampliamente que las promulgaciones de ese cuerpo brindan evidencia contemporánea y de gran peso acerca del significado de la Constitución. Este principio interpretativo debe aplicarse con mayor fuerza a lo concerniente al Artículo III [de la Constitución], dado que Oliver Ellsworth fue el arquitecto principal de la *Judiciary Act* de 1789, así como miembro del Comité de Detalle de la Convención Constituyente, que fue responsable de agregar la frase ‘poder judicial’ en [ese artículo de] la Constitución”¹⁴².

No fueron los jueces los que se autoasignaron o usurparon una facultad que no tenían, sino que fue el propio primer Congreso federal, integrado por muchos de los convencionales constituyentes de Filadelfia, el que reconoció que el control judicial de constitucionalidad aun sobre sus leyes era parte de la función judicial que debían ejercer todos los jueces federales en los Estados Unidos, incluso los de la Suprema Corte. Y, si bien referido estrictamente al control de las decisiones de los tribunales locales, lo hizo 14 años antes de que Marshall estampara su firma en *Marbury v. Madison*.

(vi) William Paterson

Nació el 24 de diciembre de 1745 en Irlanda. Apenas dos años después, Paterson emigró junto con su familia a los Estados Unidos. A los 13 años ingresó en el *College of New Jersey* (hoy Princeton). Se graduó en 1763 y, al igual que Iredell, Wilson y Ellsworth, estudió leyes de forma privada. Tuvo también un comienzo difícil en el ejercicio de la profesión y recién después de la Revolución es que pudo alcanzar cierto renombre como abogado. En 1787 fue electo miembro de la Convención de Filadelfia por el estado de New Jersey, estado en el que también había sido *Attorney General* entre 1776 y 1783. Luego de finalizada la Convención, fue elegido senador y allí colaboró con Oliver Ellsworth en la sanción de la *Judiciary Act* de 1789¹⁴³. Tal como expliqué en el punto anterior, esa ley reconoció expresa y concretamente el control judicial de

¹⁴² RYAN, William F., “Rush to Judgment: A Constitutional Analysis of Time Limits on Judicial Decisions”, *Boston University Law Review*, Vol. 77, p. 770 (1997).

¹⁴³ Ver, DEGNAN, Daniel A., S.J., “William Paterson. Small States’ Nationalist”, en GERBER, *Seriatim...*, pp. 238/240.

leyes federales en los Estados Unidos¹⁴⁴. Luego de la muerte del gobernador William Livingston, la Legislatura designó a Paterson para reemplazarlo en noviembre de 1790. Siendo gobernador de New Jersey, Washington lo designó para reemplazar al *Justice* Thomas Johnson que había renunciado al cargo unos meses antes¹⁴⁵. Paterson ocupó el cargo de *Justice* en la Suprema Corte de los Estados Unidos desde el 4 de marzo de 1793 hasta su muerte el 9 de septiembre de 1806.

El *Justice* Paterson dejó sentada su opinión acerca del deber de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes en una célebre exposición que hizo en 1795 ante el *Grand Jury* en el caso *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*¹⁴⁶, una decisión de la corte de circuito de Pensilvania¹⁴⁷. Cabe recordar que era una práctica aceptada desde los tiempos de la Revolución que los jueces de la Suprema Corte en su trabajo en las cortes de circuito hicieran este tipo de exposiciones, en algunos casos con contenido de índole político¹⁴⁸. En esa oportunidad, después de destacar las diferencias entre la Constitución inglesa y la de los Estados Unidos, Paterson explicó:

“¿Qué es una constitución? Es la forma de gobierno, delineada por la poderosa mano del pueblo, en la cual se establecen ciertos primeros principios de leyes fundamentales. La Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es la ley suprema del país; es superior al poder de la Legislatura, y

¹⁴⁴ Algunos autores destacan que “Judicial review was first established by the Judiciary Act of 1789” (GRABER, Mark A., “Establishing Judicial Review: *Marbury* and the Judiciary Act of 1789”, *Tulsa Law Review*, Vol. 38, p. 612 [2003]).

¹⁴⁵ Washington tuvo que designar a Paterson dos veces. La primera designación fue hecha el 27 de febrero de 1793 pero fue dejada sin efecto por el propio Washington al día siguiente. Según la explicación que hizo llegar al Senado, Washington se percató que, a pesar de que Paterson había abandonado el Senado en 1790 para hacerse cargo del gobierno de Nueva Jersey luego de la muerte del gobernador Livingston, el período para que el Paterson había sido electo Senador no había expirado. En consecuencia, Washington entendió que era su deber declarar que consideraba que la nominación era nula bajo la Constitución. Cabe recordar que el Artículo 1º, Sección 6ª, cláusula 2ª de la Constitución de los Estados Unidos dispone que: “Ningún senador o representante será nombrado, durante el plazo por el cual haya sido elegido, para ocupar cualquier empleo civil bajo la autoridad de los Estados Unidos, que haya sido creado, o cuyos emolumentos hayan sido aumentados durante ese plazo, y ninguna persona que ocupe un cargo en los Estados Unidos podrá formar parte de cualquiera de las Cámaras mientras continúe en funciones”. Washington volvió a nominar a Paterson unos días después, el 4 de marzo de 1793, una vez vencido el plazo de su cargo de Senador (MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 90).

¹⁴⁶ 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).

¹⁴⁷ Las cortes de circuito no eran tribunales de apelación, sino los principales tribunales en el sistema federal.

¹⁴⁸ Sobre el punto, ver LERNER, Ralph, “The Supreme Court as Republican Schoolmaster”, *Supreme Court Review*, Vol. 1967, p. 127 (1967).

solo puede ser revocada o alterada por la autoridad que la hizo. El principio que le da vida y el golpe que le causa la muerte deben provenir de la misma mano. ¿Qué son las legislaturas? Criaturas de la Constitución; deben su existencia a la Constitución: derivan sus poderes de la Constitución: son su comisión; y, por lo tanto, todas sus leyes deben ser conformes a ella, o de lo contrario serán nulas”¹⁴⁹.

A renglón seguido, Paterson aclaró que:

“La Constitución es el trabajo o la voluntad del pueblo mismo, en su capacidad original, soberana e ilimitada. La ley es el trabajo o la voluntad de la Legislatura en su capacidad derivada y subordinada. Una es el trabajo del Creador, y la otra de la Criatura. La Constitución fija límites al ejercicio de la autoridad legislativa y prescribe la órbita dentro de la cual debe moverse. En resumen, caballeros, la Constitución es el sol del sistema político, alrededor del cual deben girar todos los cuerpos legislativos, ejecutivos y judiciales. Cualquiera que sea el caso en otros países, sin embargo, en esto no puede haber ninguna duda: que cada ley de la Legislatura, repugnante a la Constitución, es absolutamente nula”¹⁵⁰.

Finalmente, Paterson destacó no solo el deber que tenían los jueces de declarar nulas las leyes que contradijeran la Constitución, sino también el estatus del Poder Judicial en el sistema de gobierno limitado creado en la Constitución de Filadelfia:

“Considero como una posición clara que, si un acto legislativo se opone a un principio constitucional, el primero debe ceder, y ser rechazado debido a su repugnancia. Sostengo que es una posición igualmente clara y sólida que, en tal caso, será deber del Tribunal adherirse a la Constitución, y declarar el acto legislativo nulo y sin efecto. La Constitución es la base de la autoridad legislativa; se encuentra en la base de toda ley, y es una regla y comisión bajo la cual tanto legisladores como jueces deben proceder. Es un principio importante, que nunca debe perderse de vista en la discusión de preguntas del presente tipo,

¹⁴⁹ 2 U.S. (2 Dall.), p. 308.

¹⁵⁰ Ídem.

que el poder judicial en este país no es una rama subordinada, sino coordinada del gobierno”¹⁵¹.

Tal como explica Treanor, a pesar de tratarse de un caso en que se discutía la constitucionalidad de una ley local, lo cierto es que la exposición de Paterson se convirtió en un ejemplo de la concepción fuerte del control judicial de constitucionalidad de la legislación en general¹⁵². A la misma conclusión llega Maeva Marcus¹⁵³. De hecho, fue impresa en forma de panfleto y circuló por todo el país¹⁵⁴. Y, como explicaré más adelante, fue citada varias veces en el debate legislativo que derivó en la derogación de la *Judiciary Act* de 1801. De esta forma, Paterson ayudó a popularizar una idea que, para mediados de la década de 1790, ya había sido aceptada por la mayoría de la comunidad jurídica en los Estados Unidos. No puedo dejar de mencionar, además, que Paterson fue uno de los jueces que participó de la decisión en el caso *Marbury v. Madison*.

(vii) **William Cushing**

Nació el 1º de marzo de 1732 en Scituate, Massachusetts, en el seno de una de las más familias más antiguas de la colonia. Estudió en el *Harvard College*, después en Yale y nuevamente en Harvard para doctorarse en teología, pero abandonó sus estudios a fines de 1754¹⁵⁵. Luego, estudió leyes de forma privada con un conocido abogado en Boston y fue admitido para el ejercicio de la profesión en 1758, y como litigante ante la Corte Superior en 1762. Cushing comenzó después una larga carrera en la judicatura local, primero como juez de paz, hasta llegar a la Corte Superior de Massachusetts en 1771, de la que terminaría siendo *Chief Justice* luego de la renuncia de John Adams en 1777. A los dos años, cuando todavía ocupaba la presidencia del del máximo tribunal,

¹⁵¹ 2 U.S. (2 Dall.), p. 309.

¹⁵² TREANOR, “Judicial Review...”, p. 527.

¹⁵³ “Although announced in a case concerning the constitutionality of a state statute, Paterson’s principles apply equally well to the power of federal courts to consider the constitutional validity of acts of Congress and even on the president. From a survey of perceptions prevailing among congressmen and of the actions taken by federal courts during the 1790s, it becomes evident that Paterson’s views were commonplace among government officials in that decade” (MARCUS, Maeva, “Judicial Review in the Early Republic”, en HOFFMAN, Ronald y ALBERT, Peter J., *Launching the “Extended Republic”. The Federalist Era*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1996, p. 29).

¹⁵⁴ ROSENBERG, Leonard B., “Constitutional Supremacy: An Early Advocate of Judicial Review”, *Duquesne Law Review*, Vol. 7, No. 4, p. 539 (1969).

¹⁵⁵ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 24.

Cushing fue electo para integrar la convención que sancionó la famosa Constitución de Massachusetts de 1780. Años después, también fue electo para integrar la convención de ratificación de la Constitución federal en 1788 de la que fue el presidente interino durante la mayor parte del tiempo¹⁵⁶.

Al año siguiente, Cushing fue designado como *Justice* de la Suprema Corte estadounidense por el presidente Washington el 24 de septiembre de 1789. Se mantuvo en el cargo hasta su muerte el 13 de septiembre de 1810¹⁵⁷. De las designaciones de Washington en la Suprema Corte, la de Cushing sería la más duradera. De hecho, fue el último juez de los designados por el primer presidente de los Estados Unidos en dejar el Alto Tribunal¹⁵⁸.

Tal como sostiene Gerber, Cushing contribuyó claramente en el desarrollo de la *judicial review*¹⁵⁹. De hecho, fue un partidario temprano del control judicial de constitucionalidad: apenas unas semanas antes de la Declaración de Independencia, dio una instrucción a un *Grand Jury* en Massachusetts en la que afirmó que los tribunales locales tenían la autoridad de declarar inconstitucionales las leyes del Parlamento británico¹⁶⁰, una postura claramente radical para la época. En 1781, en un célebre caso en el que para muchos se abolió la esclavitud en Massachusetts, el entonces *Chief Justice* Cushing junto con otros tres jueces declaró culpable de agresión a Nathaniel Jennison que alegaba haber lastimado al ex esclavo Quock Walker al momento de intentar recuperarlo como si fuera su propiedad. A instancias de Cushing, el tribunal razonó que, si bien la esclavitud había estado permitida en leyes anteriores y, eventualmente, en el *common law*, se trataba de una institución repugnante y claramente inconsistente con la nueva Constitución sancionada en 1780 que declaraba que todos

¹⁵⁶ Como presidente no podía emitir opinión en la convención de ratificación de la Constitución federal. Para conocer su opinión al respecto, ver O'BRIEN, William, S.J., "Justice Cushing's Undelivered Speech on the Federal Constitution", *William and Mary Quarterly*, Vol. 15, No. 1, p. 80 y sgtes. (1958).

¹⁵⁷ Durante su carrera como juez en la Suprema Corte, Cushing se apegó estrictamente al texto de la Constitución y las leyes. De hecho, Gerber caracteriza a Cushing como uno de los primeros y más consistentes exponentes de la escuela de interpretación que hoy se conoce como "textualismo" (GERBER, "Deconstructing...", pp. 106/113).

¹⁵⁸ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 26.

¹⁵⁹ GERBER, Scott Douglas, "Deconstructing William Cushing", en GERBER, *Seriatim...*, p. 114.

¹⁶⁰ GERBER, "Deconstructing...", p. 114.

los hombres eran libres e iguales¹⁶¹. Si bien no se trata estrictamente de un caso de declaración de inconstitucionalidad de una ley, la condena refleja el deber de los jueces de aplicar la Constitución de Massachusetts de 1780 a pesar de lo que establecían leyes anteriores y la eventual autoridad que la esclavitud podía tener aún bajo el *common law*¹⁶².

Luego de ser designado en la Suprema Corte federal, Cushing tendría oportunidad de ejercer el control judicial de constitucionalidad actuando como juez de circuito. El 28 de abril de 1791, en un caso no reportado oficialmente, en su carácter de juez del *Eastern Circuit* y junto con el *Chief Justice* John Jay y el juez John Lowell, Cushing participó de la primera declaración de inconstitucionalidad de una ley estatal por parte de un tribunal federal en los Estados Unidos¹⁶³. La ley en cuestión era del estado de Connecticut y permitía que los jueces ordenaran la deducción de intereses en casos de reclamos de acreedores británicos por deudas contraídas antes de la Revolución. De forma similar a lo que ocurría en el caso *Rutgers v. Waddington*, en el que intervino Hamilton, la ley impugnada contradecía el Tratado de Paz de 1783 firmado con Gran Bretaña (que protegía los derechos de ciudadanos británicos en Estados Unidos). En consecuencia, aplicando la cláusula constitucional que establece la supremacía del derecho federal sobre el derecho local, Cushing y sus colegas dejaron sin efecto la ley de Connecticut. El 11 de mayo de 1791, el diario *Columbian Centinel* de Boston, comentó la “muerte de la ley” bajo “el golpe fatal dado por la espada de dos filos de la justicia”¹⁶⁴.

A los pocos días, en el caso *Barnes v. West*¹⁶⁵, Cushing, Jay y el juez Henry Marchant declararon inconstitucional una ley del estado de Rhode Island que habilitaba

¹⁶¹ GRINNELL, Frank W., “The Anti-Slavery Decisions of 1781 and 1783 and the History of the Duty of the Court in Regard to Unconstitutional Legislation”, *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 2, No. 5, p. 437 y sgtes. (1917).

¹⁶² GRINNELL, “The Anti-Slavery...”, pp. 439/442.

¹⁶³ O'BRIEN, William, S.J., “Justice William Cushing and the Treaty-Making Power”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, pp. 360/361 (1957). O'Brien reconstruye el caso, cuyo nombre se desconoce, a partir de la publicación de periódicos de la época que dieron cuenta de los detalles de esta sentencia.

¹⁶⁴ MARCUS, Maeva (editor), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo II – The Justices on Circuit, 1790-1794, Columbia University Press, Nueva York, 1988, p. 123, n. 6.

¹⁶⁵ Se trata de otro caso no reportado. Para una reseña de los pormenores del caso, ver LARSON, Timothy W., “West v. Barnes: The First Supreme Court Decision”, *Rhode Island Bar Association*, Vol. 59. No. 1, p. 13 (2010).

la emisión de papel moneda para el pago de deudas en ese estado. Esa ley local estaba en contradicción con lo previsto en el Artículo 1º, Sección 10ª, párrafo 1º de la Constitución de 1787 que dispone que: “Ningún Estado [...] acuñará moneda, emitirá papel moneda, legalizará cualquier cosa que no sea moneda de oro y plata como medio de pago de las deudas”¹⁶⁶. Ese caso, a su vez, dio origen a la primera audiencia oral de la Suprema Corte en su historia en el caso *West v. Barnes*¹⁶⁷. Allí, el tribunal desechó por cuestiones técnicas la apelación de la parte derrotada en la Corte de Circuito. Finalmente, en el caso *Cooper v. Telfair*¹⁶⁸, Cushing dejó sentada su postura acerca de la posibilidad de declarar inconstitucional una ley federal: “soy de la opinión que esta Corte tiene el mismo poder de la Corte de Georgia de declarar una ley nula”¹⁶⁹.

Junto con James Iredell, James Wilson, Oliver Ellsworth y William Paterson, Cushing es otro de los jueces de la Suprema Corte federal que se pronunciaron en diferentes ocasiones en favor del control judicial de constitucionalidad mucho antes de que el juez Marshall escribiera su célebre sentencia en *Marbury v. Madison*. Y, tal como explicaré más adelante, la lista está lejos de agotarse en estos nombres.

(viii) Las convenciones estatales de ratificación

Un breve repaso por los debates que se dieron en las convenciones de ratificación muestra también el reconocimiento del control judicial de constitucionalidad por parte de otras figuras de renombre, tanto del bando de los Federalistas como de los Antifederalistas. Además de los mencionados previamente, entre muchos otros y sin pretensión de exhaustividad, cito los siguientes:

- Convención de Ratificación del estado de Massachusetts: En la Convención reunida en Boston en enero de 1788 para ratificar la Constitución de Filadelfia, Samuel Adams sostuvo que:

¹⁶⁶ Al respecto, ver O'BRIEN, William, S.J., “The Pre-Marshall Court and the Role of William Cushing”, *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, pp. 54/55 (1958).

¹⁶⁷ 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791). Los antecedentes del caso están registrados en detalle en MARCUS, Maeva (editor), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, Columbia University Press, Nueva York, 1998, pp. 7/26.

¹⁶⁸ 4 U.S. (4 Dall.) 14 (1800).

¹⁶⁹ 4 U.S. (4 Dall.), p. 20.

“Si alguna ley sancionada por el gobierno federal se extendiera más allá del poder otorgado por la Constitución propuesta, y fuera inconsistente con la constitución de este estado, será un error y será anulada por los tribunales de justicia”¹⁷⁰.

- Convención de Ratificación del estado de Virginia: En la Convención reunida en Richmond en junio de 1788, Patrick Henry trazó un paralelo entre la firme actuación de los jueces estatales en Virginia con la de los futuros jueces del Poder Judicial federal y, en ese marco, planteó lo siguiente:

“Sí, señor, nuestros jueces [locales] se opusieron a las leyes de la legislatura. Tenemos este hito para guiarnos. Tenían fortaleza para declarar que eran el poder judicial y se opondrían a las leyes inconstitucionales. ¿Están seguros de que su poder judicial federal actuará así? ¿Está ese poder judicial tan bien construido, y tan independiente de las otras ramas, como nuestro poder judicial estatal? ¿Dónde están sus hitos en este gobierno? Seré directo para decir que no podrán encontrar ninguno en él. Tomo como el máximo elogio para este país el que las leyes de la legislatura, si son inconstitucionales, pueden ser rechazadas por el poder judicial”¹⁷¹.

Henry se refería concretamente a la actuación de varios jueces de Virginia en un par de casos de renombre. Si bien voy a explicar esos casos en detalle en el Capítulo III, adelanto que, en uno de ellos, participó otro juez que llegaría posteriormente a la Suprema Corte federal a instancias de Washington. Me refiero al *Justice* John Blair que se retiró de la Corte en 1796, cinco años antes del ingreso de Marshall.

En esa misma convención, para contestar una pregunta retórica acerca de quién determinaría el alcance de los poderes del Congreso federal, el convencional George Nicholas respondió:

¹⁷⁰ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 131.

¹⁷¹ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 325.

“el mismo poder que, en toda comunidad bien regulada, determina el alcance de los poderes legislativos. Si se exceden esos poderes, el judicial los declarará nulos [...]”¹⁷².

El propio John Marshall afirmó en esa convención de ratificación de Virginia que los jueces declararían inconstitucional una ley del Congreso sancionada en contradicción a la Constitución federal:

“Si llegaran a sancionar una ley no autorizada por ninguno de los poderes enumerados, los jueces la considerarían como una infracción de la Constitución que deben salvaguardar. No considerarían que tal ley entrara bajo su jurisdicción. La declararían nula”¹⁷³.

Frente a los cuestionamientos de algunos delegados que afirmaban que los jueces federales serían indulgentes con las autoridades del gobierno central, Marshall respondió:

“¿A qué órgano se acudiría para protección frente a una infracción de la Constitución, si no se le diera ese poder al poder judicial? No hay otro cuerpo que pueda permitir esa protección. Pero el honorable miembro se opone, porque dice que el poder judicial federal excluirá a los funcionarios de su gobierno del castigo merecido. El sheriff federal, dice él, irá a la casa de un hombre pobre y lo golpeará, o abusará de su familia, y el tribunal federal lo protegerá. ¿Algún caballero cree esto? ¿Es necesario que los funcionarios cometan una intrusión en la propiedad o en las personas de aquellos con quienes tienen que trabajar? ¿Se permitirán tales grandes insultos a la gente de este país? Si se hiciera una ley para autorizarlos, sería nula”¹⁷⁴.

Marshall había tenido la oportunidad de plantear años antes que no debía considerarse una ley del estado de Virginia debido a que violaba la constitución local. Si bien se trata de un episodio que muy rara vez se cita en los trabajos en los que se

¹⁷² ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 443.

¹⁷³ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 553.

¹⁷⁴ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 554.

analiza la actuación de Marshall, lo cierto es que el 20 de febrero de 1783, el célebre *Chief Justice* fue parte de una de los primeros cuestionamientos de una ley estatal debido a su inconstitucionalidad. En ese momento, Marshall se desempeñaba como uno de los tres integrantes del *Council of the State*, junto con Samuel Hardy y Beverly Randolph. Luego de recibir de parte del gobernador un memorial presentado por un abogado que denunciaba a un juez de paz del condado de New Kent, Marshall y sus colegas aconsejaron desecharlo. En la queja se pretendía que el gobernador diera su opinión sobre la conducta del juez en el marco de una ley local que autorizaba al gobernador no solo a recibir este tipo de denuncias, sino a intervenir directamente y decidir las. Podía llegar, incluso, a remover de su cargo al juez acusado. De las minutas del *Council of the State* surge que sus integrantes se negaron a considerar esa queja debido a que la ley local que autorizaba al gobernador a intervenir en estos casos era repugnante por violar la constitución del estado de Virginia. Además, el *Council of the State* sugirió al gobernador que no se tomara medida alguna hasta tanto los hechos denunciados hubiesen sido probados en un tribunal de justicia¹⁷⁵.

Si bien este episodio no se refiere estrictamente a una declaración judicial de constitucionalidad, no deja de ser interesante ver cómo la idea de los límites que tenía el poder legislativo frente a una constitución, así como de la imposibilidad de ejecutar leyes repugnantes a la constitución ya había sido aceptadas muchos años antes de *Marbury*.

- Convención de Ratificación del estado de Carolina del Norte: En la primera Convención reunida en Hillsborough en julio de 1788¹⁷⁶, el convencional John Steele planteó:

“El poder judicial de ese gobierno está tan bien construido como para ser un freno. No había frenos en la antigua Confederación. Su poder era, en principio y en teoría, trascendente. Si el Congreso hace leyes incompatibles con la

¹⁷⁵ HALL, Wilmer L. (editor), *Journals of the Council of the State of Virginia*, 2da. ed., Tomo III, Virginia State Library, Richmond, 1969, pp. 221/222.

¹⁷⁶ Carolina del Norte tuvo dos convenciones de ratificación. En la primera, reunida en 1788 y dominada por los Antifederalistas, la Constitución de Filadelfia no fue ratificada. Recién al año siguiente, en una segunda convención, Carolina del Norte ratificaría la Constitución.

Constitución, los jueces independientes no las convalidarán, ni la gente las obedecerá. Se producirá una resistencia universal”¹⁷⁷.

Cabe recordar que los convencionales del estado de Carolina del Norte conocían perfectamente las discusiones públicas que se dieron antes de la sentencia dictada en el precedente sentado en *Bayard v. Singleton*, decidido apenas unos días antes de reunirse la convención.

Las citas podrían multiplicarse, pero no quiero aburrir al lector. Tal como explican Prakash y Yoo, los delegados más importantes en al menos siete de las convenciones estatales de ratificación expresaron abiertamente que la Constitución autorizaba el control judicial de constitucionalidad de las leyes del Congreso. En ninguna de esas convenciones se negó que los tribunales pudieran impedir la ejecución de una ley inconstitucional, ni se manifestó desconocimiento o falta de familiaridad con el deber de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad¹⁷⁸. No solo eso: varios de los discursos más importantes relacionados con el reconocimiento y la defensa del control judicial de constitucionalidad, incluyendo los de los futuros miembros de la Suprema Corte Wilson y Ellsworth, tuvieron amplia circulación y fueron publicados y discutidos en privado y en público en decenas de diarios a lo largo de varios estados¹⁷⁹.

2. Los Antifederalistas y la *judicial review*

El control judicial de constitucionalidad era considerado como incluido en la Constitución sancionada en Filadelfia no solo por los Federalistas, sino también por algunos de los Antifederalistas más importantes. Ese reconocimiento aparece de forma implícita en el curso de la discusión pública que se generó para ver si se ratificaba o no la Constitución federal sancionada el 17 de septiembre de 1787. Durante ese proceso, hubo un fuerte debate en los distintos estados que se tradujo en numerosas publicaciones a través de la prensa y en panfletos que tuvieron, en algunos casos, circulación por todo el país. Los escritos más importantes en favor de la ratificación de la Constitución

¹⁷⁷ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 71.

¹⁷⁸ PRAKASH, Saikrishna B. y YOO, John C., “The Origins of Judicial Review”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, p. 956 (2003).

¹⁷⁹ PRAKASH y YOO, “The Origins of Judicial Review”, pp. 965/974.

federal son, naturalmente, los de John Jay, James Madison y Alexander Hamilton conocidos luego como *El Federalista*.

Los llamados *Federalist Papers* fueron publicados entre el 27 de octubre de 1787 y el 28 de mayo de 1788. Se publicaron primero como una serie de ensayos en diarios de Nueva York y luego en una edición en dos tomos (conocida como la “edición McLean”). Los “papeles federalistas” defendían y promovían la ratificación de la nueva Constitución federal en ese estado¹⁸⁰. Debates similares se dieron en distintos estados, incluida la misma Pensilvania, estado en el que funcionaba el llamado Congreso continental.

La mayoría de los participantes utilizaban seudónimos en sus publicaciones. En el caso de Jay, Madison y Hamilton, el conocido “Publio”¹⁸¹. Los críticos opositores a la Constitución federal, conocidos como los Antifederalistas, también hicieron campaña pública, pero en contra de su ratificación. Entre los más famosos se encuentran “Brutus”¹⁸² en el estado de Nueva York y “Centinel”¹⁸³ en el estado de Pensilvania. A pesar de su férrea oposición a la Constitución federal, estos antifederalistas reconocieron en el curso de ese debate que el poder judicial tenía el poder de dejar sin efecto las leyes que dicte el Congreso en violación al texto de la Constitución federal.

(i) “Brutus”

El 18 de octubre de 1787 se publicó en el *New York Journal* la primera de las dieciséis cartas firmadas bajo el seudónimo “Brutus”¹⁸⁴. A pesar de su relevancia como parte de la resistencia Antifederalista a la ratificación de la Constitución sancionada un

¹⁸⁰ Nueva York ratificó la Constitución el 26 de junio de 1788.

¹⁸¹ El sobrenombre de “Publio” es por Publio Valerio Publícola, cónsul romano (503 AC), que era conocido como “el amigo del pueblo”, y que tuvo un rol determinante en el proceso que derivó en el final de la monarquía y el inicio de la República en el 509 AC. En la primera edición en francés de *El Federalista*, publicada en 1792, es que se dio a conocer el nombre de sus autores.

¹⁸² El sobrenombre de “Brutus” es por Marco Junio Bruto, un político y militar romano que participó de la conspiración para asesinar al entonces dictador perpetuo Julio César en el teatro de Pompeyo, el 15 de marzo del año 44 AC, y salvar así a la República.

¹⁸³ El seudónimo “Centinel”, presumiblemente, es por rol de guardián que tienen ciertos soldados en las unidades militares cuyo trabajo es mantenerse en su puesto de guardia, en actitud vigilante y de observación, para dar la señal de alerta en caso de un ataque sorpresa.

¹⁸⁴ BALL, Terence (Editor), *Hamilton, Madison, and Jay, The Federalist with Letters of “Brutus”*, Cambridge University Press, Nueva York, 2003, p. 435.

mes antes en Filadelfia, la identidad de “Brutus” sigue siendo un misterio hasta hoy¹⁸⁵. Si bien sus escritos suelen ser atribuidos a Robert Yates¹⁸⁶, quien fuera uno de los tres representantes del estado de Nueva York en la Convención de Filadelfia y luego *Chief Justice* de la Suprema Corte estatal¹⁸⁷, lo cierto es que no se sabe con seguridad nada concreto acerca de la identidad de “Brutus”¹⁸⁸.

Para apreciar la importancia que tienen las cartas de “Brutus” basta comprobar que varios ensayos de “El Federalista” fueron escritos como respuesta a sus críticas a la Constitución federal. Eso ocurre especialmente con el célebre ensayo No. 78 de Alexander Hamilton, tal vez uno de los trabajos más influyentes de la historia constitucional estadounidense. Es decir que ese importante trabajo de Hamilton podría no haberse publicado si “Brutus” no escribía previamente sobre el poder judicial. A pesar de ello, las referencias a este importante antifederalista suelen brillar por su ausencia al tratar *El Federalista*, en general, y el ensayo No. 78, en particular¹⁸⁹.

“Brutus” dedicó cinco cartas a analizar de forma crítica el poder judicial federal organizado en la Constitución sancionada en Filadelfia. En la carta número XI, publicada el 31 de enero de 1788, “Brutus” planteó que era de gran importancia examinar en detalle la naturaleza y extensión del poder judicial federal:

“porque los [jueces] que han de ser investidos de ese poder, se colocarán en una situación sin precedentes en un país libre. Deben hacerse totalmente independientes, tanto del pueblo como de la legislatura, tanto con respecto a sus cargos como a sus salarios. Ningún error que puedan cometer puede ser corregido por ningún poder por encima de ellos, si tal poder existe, ni pueden

¹⁸⁵ SLONIM, Shlomo, “Federalist No. 78 and Brutus Neglected Thesis of Judicial Supremacy”, *Constitutional Commentary*, Vol. 23, p. 10, n. 7 (2006).

¹⁸⁶ Ver, por ejemplo, FORD, Paul Leicester (Editor), *Essays on the Constitution of the United States, Published During its Discussion by the People. 1787-1788*, Historical Printing Club, Nueva York, 1892, p. 295. Yates también publicó otros ensayos bajo el seudónimo “Sydney” (ídem).

¹⁸⁷ Los otros dos representantes eran Alexander Hamilton y John Lansing. Yates y Lansing abandonarían la Convención antes de la sanción de la Constitución.

¹⁸⁸ JEFFREY, William, Jr., “The Letter of ‘Brutus’. A neglected element in the ratification campaign of 1787-88”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 40, p. 644 (1971). Jeffrey especula con que “Brutus” podría ser Melancton Smith (ob. cit., p. 645).

¹⁸⁹ SLONIM, “Federalist No. 78 and Brutus...”, p. 9.

ser removidos de su cargo por más que emitan varias decisiones equivocadas”¹⁹⁰.

“Brutus” hacía un planteo sobre el poder de los jueces que tendría respuesta definitiva recién después del fracaso del *impeachment* al *Justice* Samuel Chase en 1804 y que aseguraría a los jueces, precisamente, el no ser perseguidos y removidos por el contenido de sus decisiones judiciales.

Posteriormente, en su carta XII, publicada el 7 de febrero de 1788, “Brutus” afirmó que:

“[S]i la legislatura aprueba leyes que, a juicio del tribunal, no están autorizadas a hacerse bajo la constitución, el tribunal no las tomará en cuenta; porque no se negará que la constitución es la ley más alta o suprema. Y los tribunales están investidos del poder supremo e incontrolable, para determinar lo que significa la constitución en todos los casos que les lleguen; en consecuencia, no pueden ejecutar una ley que, a su juicio, se opone a la constitución, a menos que podamos suponer que pueden hacer que una ley superior dé paso a una inferior”¹⁹¹.

Luego de exponer esa visión moderna de la constitución como ley fundamental y de reconocer que el control judicial de constitucionalidad estaba dentro de las atribuciones del poder judicial, “Brutus” extrae una conclusión importante:

“[L]a sentencia del poder judicial, sobre la constitución, se convertirá en la regla que guiará a la legislatura en la interpretación de sus poderes [ya que] la legislatura... no sobrepasará los límites que los tribunales pueden juzgar que le son aplicables”¹⁹²

¹⁹⁰ BALL, *Hamilton, Madison...*, pp. 501.

¹⁹¹ BALL, *Hamilton, Madison...*, pp. 507/508.

¹⁹² BALL, *Hamilton, Madison...*, p. 508.

“Brutus” advirtió acerca de la importancia que tendría el poder judicial federal para el agrandamiento del gobierno central a expensas de los estados¹⁹³. La preocupación principal era que la Suprema Corte federal tuviera la última palabra en materia de interpretación de la constitución, algo que todavía se sigue discutiendo hoy en los Estados Unidos y que se conoce como “judicial supremacy”. En opinión de “Brutus”, la Corte sería libre de interpretar la constitución de acuerdo a su letra y espíritu o intención. Y que esa intención podía ser deducida del preámbulo de la Constitución. Para “Brutus”, la Constitución permitía opacar totalmente a las legislaturas estatales a través de las leyes que dictara el Congreso federal, cosa que sería convalidada por la Corte:

“[E]stos tribunales tendrán autoridad para decidir acerca de la validez de las leyes de cualquiera de los estados, en todos los casos en que hayan sido impugnadas. Cuando la constitución otorgue jurisdicción exclusiva al gobierno general, los tribunales declararán nulas *ab initio* todas las leyes dictadas por los estados. Donde la constitución les da jurisdicción concurrente, las leyes de los Estados Unidos deben prevalecer, porque son la ley suprema. En tales casos, por lo tanto, las leyes de las legislaturas estatales deben ser derogadas, restringidas o interpretadas de modo que den pleno efecto a las leyes de la unión sobre el mismo tema. [...] [A] medida que el gobierno general adquiera poder y jurisdicción, por la interpretación liberal que los jueces puedan dar a la constitución, los gobiernos de los estados perderán sus derechos, hasta que se vuelvan tan insignificantes y sin importancia, que no valga la pena tenerlos”¹⁹⁴.

Finalmente, en el número XV publicado el 20 de marzo de 1788, “Brutus” planteó un contrapunto entre los jueces ingleses y los de la Suprema Corte de los Estados Unidos:

“Los jueces en Inglaterra, es cierto, ocupan sus cargos mientras dure su buena conducta, pero allí sus determinaciones están sujetas a corrección por parte de

¹⁹³ SLONIM, “Federalist No. 78 and Brutus...”, p. 11.

¹⁹⁴ BALL, *Hamilton, Madison...*, p. 512.

la Cámara de los Lores; y su poder no es tan extenso como el que se propone para la suprema corte de la unión”¹⁹⁵.

A renglón seguido, sostuvo que:

“Los redactores de esta constitución parecen haber seguido a la de los británicos, al hacer independientes a los jueces, concediéndoles sus cargos mientras dure su buena conducta, pero sin seguir la constitución de Inglaterra, que instituye un tribunal en el que puedan corregirse sus errores; y sin advertir, que el poder judicial bajo este sistema tiene un poder que está por encima del legislativo, y que de hecho trasciende cualquier poder antes otorgado a un poder judicial por cualquier gobierno libre bajo cielo”¹⁹⁶.

Cabe recordar que la separación de funciones entre el poder legislativo y el poder judicial se dio de forma gradual en los Estados Unidos. Estados como Nueva York tenían contemplados en sus constituciones locales tribunales de última instancia que estaban integrados por jueces y legisladores¹⁹⁷. Esto implicaba un ligero apartamiento de lo que ocurría en Inglaterra en donde la Cámara de los Lores era la máxima instancia judicial. Estados como Virginia, New Hampshire o Carolina del Norte, en cambio, no adhirieron a ninguno de esos esquemas de confusión de poderes y plantearon una separación tajante de funciones ya desde 1776. Ese criterio es el que se terminaría imponiendo en la Constitución federal y es por eso que “Brutus” lo critica.

¹⁹⁵ BALL, *Hamilton, Madison...*, p. 524.

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ La Constitución de Nueva York de 1777 establecía un tribunal especial a ser creado por la Legislatura estatal, integrado por senadores y jueces de la Corte Suprema para, entre otras cosas, corregir los errores de otros tribunales inferiores: “XXXII. And this convention doth further, in the name and by the authority of the good people of this State, ordain, determine, and declare, that a court shall be instituted for the trial of impeachments, and the correction of errors, under the regulations which shall be established by the legislature; and to consist of the president of the senate, for the time being, and the senators, chancellor, and judges of the supreme court, or the major part of them; except that when an impeachment shall be prosecuted against the chancellor, or either of the judges of the supreme court, the person so impeached shall be suspended from exercising his office until his acquittal; and, in like manner, when an appeal from a decree in equity shall be heard, the chancellor shall inform the court of the reasons of his decree, but shall not have a voice in the final sentence. And if the cause to be determined shall be brought up by writ of error, on a question of law, on a judgment in the supreme court, the judges of that court shall assign the reasons of such their judgment, but shall not have a voice for its affirmance or reversal” (PERLEY POORE, Benjamin (Compilador), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, 2da. ed., Tomo II, Government Printing Office, Washington, 1878, p. 1337).

La célebre respuesta de Hamilton llegaría poco más de tres meses después con la publicación de los ensayos No. 78 y No. 81 de *El Federalista*. Más precisamente, el 28 de mayo de 1788. Allí Hamilton no solo defendió con maestría el control judicial de constitucionalidad, sino que también explicó las razones por las cuáles la Constitución federal se apartaba concretamente del modelo británico en cuanto a la separación de los poderes legislativo y judicial, a imitación de varios estados que ya se habían alejado hace tiempo del ejemplo de Inglaterra¹⁹⁸. Como explicaré más adelante, esa separación de funciones entre el poder judicial y el poder legislativo fue una de las novedades institucionales que permitió el surgimiento y aceptación gradual del control judicial de constitucionalidad, primero a nivel local y luego a nivel federal.

(ii) “Centinel”

El debate por la ratificación en el estado de Pensilvania fue liderado por un autor anónimo, cuya identidad tampoco ha podido ser determinada con precisión hasta la fecha. Me refiero a “Centinel” que publicó varias cartas cuestionando la Constitución de Filadelfia en varios puntos.

En la carta número XVI, publicada el 23 de febrero de 1788 en el *Independent Gazetteer* de Filadelfia, “Centinel” impugna la Constitución en duros términos. Allí “Centinel” afirma que la nueva constitución es como la caja de Pandora y que está repleta con todos los males¹⁹⁹. En particular, objeta la prohibición impuesta al Congreso de dictar leyes retroactivas ya que, en su opinión, impide el control de las transacciones previas a su sanción, incluyendo deudas contraídas con el gobierno creado bajo los Artículos de Confederación que quedaban canceladas de hecho. Sin embargo, a la hora de referirse al control judicial de constitucionalidad lo hace en términos descriptivos y no críticos. Allí, “Centinel” dice:

¹⁹⁸ “These considerations teach us to applaud the wisdom of those states who have committed the judicial power, in the last resort, not to a part of the legislature, but to distinct and independent bodies of men. Contrary to the supposition of those who have represented the plan of the convention, in this respect, as novel and unprecedented, it is but a copy of the constitutions of New Hampshire, Massachusetts, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia; and the preference which has been given to these models is highly to be commended” (HAMILTON, “The Federalist N° 81” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, p. 504).

¹⁹⁹ “Letters of Centinel, No. XVI”, MCMMASTER, John B. y STONE, Frederick D. (editores), *Pennsylvania and the federal Constitution. 1787-1788*, The Historical Society of Pennsylvania, Lancaster, 1888, p. 657.

“Si el Congreso estuviera dispuesto a violar los artículos fundamentales de la Constitución en aras de la justicia pública, los juramentos de sus miembros se lo impedirían; pero aun cuando esto pruebe no ser un obstáculo, si se puede suponer que cualquier conjunto de hombres cometerían perjurio por el bien público y combatirían a una multitud de enemigos en tales términos, de todas formas sería inútil, ya que hay otra barrera interpuesta entre el público y estos incumplidores de deudas, a saber: la corte suprema de la unión, entre cuyas atribuciones estaría la de determinar la constitucionalidad de cualquier ley que fuera cuestionada; y suponiendo que no se haya sobornado o influenciado de forma corrupta a los jueces del tribunal, sería su deber bajo juramento el rechazar la aplicación de las leyes hechas en contra de la letra y el espíritu de la constitución, como sería cualquier ley para obligar a la liquidación de cuentas y el pago de los dineros dependientes y adeudados bajo la antigua confederación”²⁰⁰.

“Centinel” agrega que el Artículo III de la Constitución de 1787 otorgaba a la Suprema Corte de los Estados Unidos el poder no solo de revisar cualquier ley, sino de resolver todos los casos que surjan bajo la Constitución. Además, reconocía a los jueces de la Corte el poder de

“decidir sobre la interpretación de la constitución misma en el último término. Esto es tan extraordinario, una autoridad tan sin precedentes que la intención de conferirla debe haber sido ponerla fuera del poder del Congreso”²⁰¹.

Esta breve reseña de la opinión de dos opositores acérrimos a la Constitución de Filadelfia muestra cuál era el significado público original que tenía esa constitución para un lector medianamente formado en derecho (como parece ser el caso de “Brutus” y “Centinel”). La lógica con la que se deriva el control judicial de constitucionalidad de la posición que ocupa el poder judicial federal en la Constitución es, por un lado, evidente cuando, por ejemplo, se plantea que un conflicto entre dos leyes se va a dirimir sobre la base de la distinta jerarquía entre las mismas. Esto, que no requiere mayor

²⁰⁰ “Letters of Centinel, No. XVI”, MCMMASTER y STONE, *Pennsylvania and...*, p. 659.

²⁰¹ “Letters of Centinel, No. XVI”, MCMMASTER y STONE, *Pennsylvania and...*, p. 660.

discusión, tiene como premisa ineludible la consideración de la constitución como norma jurídica fundamental, superior a todas las leyes sancionadas por el legislador. Por el otro, esas observaciones traducían el enorme impacto que tuvieron ciertas novedades institucionales cuando se combinaron con la tradicional función que tenían los jueces del mundo anglosajón de decidir los casos y controversias que llegaran a sus estrados aplicando las leyes del reino. Entre esas novedades institucionales se destaca la de reconocer a la constitución escrita el carácter de norma jurídica superior y directamente invocable por los particulares en juicio. Se trata de otra de las grandes novedades que se introducen con la Revolución Norteamericana y que tendría un rol fundamental en la gradual aceptación del control judicial de constitucionalidad.

3. El debate legislativo de 1789

Los debates legislativos no suelen ser tratados en los estudios sobre el origen del control judicial de constitucionalidad²⁰². Sin embargo, aportan evidencias indesmentibles que también permiten echar por tierra el mito de *Marbury*. En el Capítulo V haré un extenso análisis de la discusión que se dio sobre el control judicial inmediatamente antes del fallo *Marbury*, al momento en que se trató la propuesta para derogar la llamada *Judiciary Act* de 1801. Pero, como veremos a continuación, esa no fue la primera vez en que se discutió sobre la *judicial review* en el Congreso. De hecho, apenas unos meses después de instalado el primer Congreso federal ya se escucharon voces de legisladores que daban por sentada la existencia de esa atribución de los jueces en la Constitución. Y no hubo críticas indignadas que rechazaran airadamente una usurpación de atribuciones por parte de los jueces federales.

Esta primera discusión en 1789 se dio a raíz de una duda constitucional que surgió en relación con los poderes del presidente. La cuestión surgió frente al artículo de un proyecto de ley que proponía crear una secretaría de asuntos exteriores a cargo de un funcionario del gabinete que, eventualmente, podía ser removido por el presidente. El asunto que se debatía era si el presidente podía remover por sí solo a aquellos funcionarios de su gabinete que la Constitución disponía que debían ser designados con el acuerdo del Senado²⁰³. La Constitución requería el acuerdo del Senado para esa

²⁰² Por supuesto, hay excepciones. Una de las más notables es la de MARCUS, “Judicial Review...”, p. 25 y sgtes.

²⁰³ La Constitución de Filadelfia es escueta en este punto. El Artículo II, Sec. 2, cl. 2 dispone, en su parte pertinente, que: “[*The President*] shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate,

designación, pero, salvo el *impeachment*, no decía nada en relación con la remoción de esos funcionarios. Aunque no era el tema principal que se discutía, la posible anulación de leyes del Congreso por parte de los jueces federales surgió como un punto incidental del debate.

En la sesión del 16 de junio de 1789, intervino el diputado Elbridge Gerry por el estado de Massachusetts. Gerry había sido miembro de la Convención de Filadelfia, en la que afirmó que los jueces tenían la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes²⁰⁴. Sin embargo, se negó a firmar la Constitución debido a que no contenía una declaración de derechos. Ya en el Congreso, Gerry reiteró su postura en cuanto a que el poder judicial era el tribunal apropiado para resolver las dudas sobre la constitucionalidad de una ley y agregó que “los jueces son los árbitros constitucionales de esas cuestiones”²⁰⁵.

A su turno, el diputado Fisher Ames, también del estado de Massachusetts y abogado egresado de Harvard, sostuvo que había tres opiniones sobre la cuestión debatida: una que planteaba que el poder de remoción estaba directamente prohibido en la Constitución. Una segunda que afirmaba que, en realidad, estaba en cabeza del presidente solamente, y, finalmente, una tercera que sostenía que la Constitución simplemente guardaba silencio sobre el punto. Ames sostuvo que:

“En consecuencia, me parece apropiado que esta Cámara de Representantes declare cuál es el sentido de la Constitución. Si esa declaración sobre el punto es apropiada, servirá como una regla de conducta para el Poder Ejecutivo. Si esa declaración es inapropiada, el Poder Judicial revisará nuestra decisión”²⁰⁶.

to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments”.

²⁰⁴ FARRAND, *The Records...*, Tomo I, p. 97.

²⁰⁵ *Annals of the Congress of the United States. First Congress*, Tomo I, Gales and Seaton, Washington, 1834, p. 492.

²⁰⁶ *Annals of the Congress of the United States. First Congress*, p. 496.

A su turno, el diputado John Laurance por el estado de Nueva York, también abogado y futuro juez federal, afirmó que era propio del Congreso exponer su visión en aquellos puntos en los que la Constitución guardaba silencio. Y agregó que:

“Creo que los jueces nunca van a decidir que somos culpables de violar la Constitución por declarar la opinión legislativa en casos en los que la Constitución guarda silencio. Si las leyes violan la constitución, los jueces no van a dudar en decidir en contra de ellas”²⁰⁷.

A los tres días, en la sesión del 19 de junio de 1789, el diputado Abraham Baldwin de Georgia sostuvo que la Constitución había mezclado los poderes hasta donde la Convención de Filadelfia lo había considerado necesario y que, por eso, se requería el acuerdo del Senado para ciertas designaciones del presidente. Pero sostuvo que, en todo aquello que no hubiera sido expresamente dispuesto, esa mezcla de poderes debía ser evitada²⁰⁸. Baldwin, abogado egresado de Yale y, a diferencia de Gerry, uno de los convencionales que firmó la Constitución de Filadelfia en 1787, afirmó que, si todavía había dudas sobre la constitucionalidad de la remoción en manos únicamente del presidente, el poder judicial tendría oportunidad de intervenir:

“Los señores diputados dicen que corresponde al Poder Judicial el decidir esta cuestión. Que así sea. Está dentro de sus atribuciones decidir sobre nuestras leyes; y si hallaren inconstitucional este artículo [del proyecto de ley], no dudarán en declararlo así”²⁰⁹.

La observación del diputado Baldwin no fue la única favorable al control judicial de constitucionalidad. En la misma sesión, el diputado Peter Sylvester, también del estado de Nueva York y un abogado con larga experiencia profesional y judicial, sostuvo que la duda en cuanto a la constitucionalidad de la medida no podía ser óbice para la aprobación del proyecto de ley. Caso contrario, el Congreso no podría sancionar ninguna norma. Sin embargo, agregó que:

²⁰⁷ *Annals of the Congress of the United States. First Congress*, p. 505.

²⁰⁸ *Annals of the Congress of the United States. First Congress*, p. 580.

²⁰⁹ *Annals of the Congress of the United States. First Congress*, p. 582.

“es verdad que el Poder Judicial va a estar ciertamente mejor preparado para decidir la cuestión de su constitucionalidad de esta u otra forma. Si estamos equivocados, ellos pueden corregir nuestro error”²¹⁰.

La razón por la que estos legisladores se pronunciaron en favor del control judicial de constitucionalidad tal vez se relacione directamente con el hecho de que habían sancionado antes la *Judiciary Act* de 1789. Como expliqué antes, el propio Congreso dio por sentado en esa ley que todos los jueces podían declarar la invalidez de cualquier norma del derecho federal, sean leyes o tratados, en caso de ser repugnantes a la Constitución. Y, por eso, el Congreso previó un recurso especial para que la Suprema Corte federal intervenga de forma definitiva, revocando o ratificando la sentencia apelada de un tribunal local que hubiera dispuesto esa declaración de inconstitucionalidad de una ley o un tratado. Esto demuestra que el primer Congreso reunido después de sancionada la Constitución de Filadelfia consideró que el control judicial de constitucionalidad estaba incluido dentro de la función judicial que el Artículo III de la Constitución otorga a todos los jueces federales, incluidos los de la Corte. Y lo hizo aun antes de que el poder judicial federal hubiera entrado en funciones²¹¹.

Recapitulación:

El primer objetivo de este capítulo fue exponer los argumentos expuestos por varios de los hombres públicos más importantes de los Estados Unidos antes de la llegada de Marshall a la Corte. Las opiniones de jueces que integraron la Corte antes de 1803, son muy parecidas y dan cuenta de un trasfondo común. En general, giran alrededor del deber de los jueces de decidir los casos aplicando la constitución como ley suprema y fundamental y de ejercer el control constitucional para invalidar las leyes del Congreso que no la respetasen. La única voz disonante es la de James Madison que, aunque expresó dudas acerca del control judicial, se enfocó en la importancia que tenían las declaraciones de derechos para limitar el poder de las mayorías en las legislaturas. En ese marco, reconoció el rol de los jueces en el ejercicio del control judicial de las leyes dictadas por el Congreso.

²¹⁰ *Annals of the Congress of the United States. First Congress*, p. 585.

²¹¹ MARCUS, “Judicial Review...”, p. 33.

Las opiniones expresadas en las convenciones de ratificación de diversos estados y aun la de los opositores a la Constitución federal confirman que la interpretación original de la función judicial es que incluía el control judicial de constitucionalidad. Esa interpretación es confirmada también por la opinión de varios diputados del primer Congreso federal que reconocieron abiertamente en 1789 que los jueces podían a llegar a dejar sin efecto leyes federales. Eso mismo hicieron después en varias ocasiones como, por ejemplo, en 1791 al momento de discutir el Banco de los Estados Unidos²¹².

Todo esto demuestra que John Marshall no inventó el control judicial de constitucionalidad, sino que el mismo ejerció en *Marbury* una facultad que se consideraba incluida en la función judicial que el Artículo III de la Constitución de Filadelfia pone en cabeza de todos los jueces federales. De hecho, todas las opiniones que expuse previamente en este Capítulo estaban lejos de ser expresiones aisladas de ciertas figuras importantes surgidas de la Revolución Norteamericana. Como explicaré en el capítulo que sigue, esa visión de un poder judicial independiente, integrado con jueces que podían controlar las leyes del Congreso a la hora de decidir casos concretos se fue imponiendo de forma gradual en los Estados Unidos. Sin embargo, en un interesante libro, Friedman se plantea lo siguiente:

“Si a los revolucionarios de 1776 les hubieran dicho que un cuerpo legislativo asignaría pronto a los jueces, primariamente, tal vez exclusivamente, la responsabilidad de determinar el significado de la Constitución, habrían entrado en shock. Lo mismo habría pasado con sus contrapartes de Gran Bretaña. Cualquiera hubiesen sido sus diferencias, pocos en uno y otro lado del Atlántico en ese momento hubieran defendido el poder de la *judicial review* así representado. Incluso cinco años antes del debate sobre el poder de remoción [de funcionarios por parte del presidente en 1789] ese acuerdo extendido en favor de la *judicial review* hubiera sido inimaginable. ¿De qué forma, entonces, es que el poder judicial termina experimentando este ascenso notable?”²¹³.

²¹² MARCUS, “Judicial Review...”, p. 34 y sgtes.

²¹³ FRIEDMAN, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus & Giroux, Nueva York, 2009, p. 20.

En el próximo capítulo intentaré empezar a responder ese interrogante.

Capítulo II

El control judicial en los tribunales de los estados

Planteamiento:

El objetivo de este capítulo es comprobar cómo antes, durante y después de la Revolución Norteamericana hubo manifestaciones concretas sobre el control judicial de constitucionalidad en diversos estados. Muchas de ellas, especialmente varios planteos de abogados y las consiguientes decisiones judiciales que se tomaron para dar respuesta a ellos tuvieron un gran impacto en su momento y ayudaron decididamente al desarrollo y aceptación gradual del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos.

La metodología de este capítulo es exponer a partir de fuentes primarias y secundarias el detalle de varios casos en los que efectivamente se ejerció el control judicial de constitucionalidad en los estados y ver qué argumentos se expusieron en esos casos, tanto los jueces como los abogados y, en su caso, qué repercusión tuvieron.

1. Período prerrevolucionario

Una de las primeras manifestaciones acerca de la *judicial review* en las colonias norteamericanas es la argumentación presentada por James Otis en 1761 en el famoso caso *Paxton v. Gray*²¹⁴. Si bien el caso no fue reportado, se conocen sus pormenores a través de la reseña que hizo un joven John Adams²¹⁵. Según describe Adams, en el caso se discutía la validez de una orden de allanamiento general solicitada por autoridades aduaneras de la corona para poder ejercer su poder de inspección y combatir así el contrabando. Esa orden de allanamiento general chocaba directamente con la valoración que tenían los colonos norteamericanos sobre la tranquilidad de sus hogares. De hecho,

²¹⁴ GERBER, Scott Douglas, *To Secure These Rights. The Declaration of Independence and Constitutional Interpretation*, New York University Press, New York, 1995, p. 105.

²¹⁵ ADAMS, John, “Notes of the Argument of Counsel in the Cause of Writs of Assistance, and of the Speech of James Otis. 1761”, en ADAMS, Charles Francis, *The Work of John Adams, Second President of the United States: with A Life of the Author, Notes and Illustrations*, Tomo II, Little & Brown, Boston, 1865, pp. 521/525.

consideraban pocas cosas como más sagradas que su hogar, lo que se manifestaba en la expresión “la casa de un hombre es su castillo”²¹⁶.

James Otis era abogado de las autoridades aduaneras. Sin embargo, se rehusó a ejercer sus funciones y defendió, en cambio, a comerciantes locales. En el curso de su argumentación para cuestionar e impugnar la orden de allanamiento general (*writ of assistance*), Otis sostuvo que:

“En cuanto a las leyes del Parlamento. Una ley contra la Constitución es nula; es nula la ley contra la equidad natural; y si se sancionara una ley del Parlamento, en los mismos términos de esta petición, la misma sería nula. Los tribunales ejecutivos deben dejar en desuso tales leyes”²¹⁷.

Gerber explica que, cuando Otis hizo ese planteo, todavía imperaba el paradigma de la omnipotencia y la supremacía del Parlamento y que, por ende, no sorprende que haya perdido el caso²¹⁸. Sin embargo, tal como recuerda Baylin, años después y con una visión romántica de ese momento, Adams afirmaría que ahí nació la Independencia de los Estados Unidos²¹⁹.

Otro caso conocido es *Robin v. Hardaway* de 1772 de la Corte General de Virginia²²⁰. Allí se pretendió cuestionar una ley de 1682 de la legislatura local en tiempos del dominio británico que permitía a los traficantes de esclavos vender a los descendientes de los indios que habían sido traídos a los Estados Unidos entre 1682 y 1748. En el caso, un grupo de descendientes de mujeres indias pretendían hacer valer sus títulos de libertad contra varias personas que los habían agredido y maltratado. El caso fue argumentado por George Mason, futuro redactor principal del célebre *Bill of Rights* de Virginia de 1776, que sirvió luego de modelo para la Declaración de Independencia de 1776 y el *Bill of Rights* de 1791. Allí, Mason planteó que la ley de 1682 violaba los derechos naturales de esas personas y, después de preguntarse bajo

²¹⁶ GERBER, *To Secure...*, p. 105.

²¹⁷ ADAMS, “Notes...”, p. 522.

²¹⁸ GERBER, *To Secure...*, p. 106.

²¹⁹ BAYLIN, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 176.

²²⁰ *Robin, et al. v. Hardaway, et al.*, 1 Jefferson 109 (1772).

qué otros principios se podían oponer a una ley sancionada por la legislatura británica, afirmó que:

“Como todas las leyes de la legislatura aparentemente contrarias al derecho natural y a la justicia, son, en nuestro derecho, y deben ser en la naturaleza de las cosas, consideradas como nulas. Las leyes de la naturaleza son las leyes de Dios; cuya autoridad no puede ser reemplazada por ningún poder en la tierra. Una legislatura no debe obstruir nuestra obediencia a aquel de cuyos castigos no pueden protegernos. Estamos en conciencia obligados a desobedecer todas las constituciones humanas que contradicen sus leyes. Tales han sido las sentencias de nuestros tribunales de justicia”²²¹.

Lejos de hacer lugar al planteo de Mason, en lugar de declarar la invalidez de la ley cuestionada, los jueces determinaron que la misma había sido derogada en 1705²²².

Se suele hacer hincapié en que en ambos casos se citó la autoridad del caso *Bonham* del juez Edward Coke y que, por ende, estaríamos ante un antecedente directo de la *judicial review* aportado por la Inglaterra medieval. Lo cierto es que, tal como lo demuestra Hamburger, el célebre caso *Bonham* es un caso de interpretación equitativa de la ley y no de algo similar o asimilable al ejercicio del control judicial²²³. Sin embargo, lo notable en los dos casos que mencioné no esa la referencia a Coke, que no tuvo una incidencia decisiva en el desarrollo de la *judicial review*. Lo llamativo es la disposición y la práctica que tenían los abogados de las colonias de cuestionar las leyes sancionadas por el poder legislativo local apelando a una autoridad jurídica superior, en este caso, los derechos naturales (en otros, las leyes de Inglaterra). Esa disposición se mantendría después de la Declaración de Independencia²²⁴. Pero, ahora, los abogados contarían con nuevos argumentos a partir de las novedades institucionales que trae gradualmente la Revolución Norteamericana.

²²¹ 1 Jefferson, p. 114. Los demandados, representados por un tal Coronel Bland y citando a Samuel Pufendorf, contestaron que la ley cuestionada no era nula en sí misma ya que el Creador había dispuesto sociedades que no podían existir sin la subordinación de ciertas personas a otras y que la esclavitud no era contraria al derecho natural (1 Jefferson, p. 118).

²²² 1 Jefferson, p. 123.

²²³ HAMBURGER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, pp. 622/630. Baylin llega a una conclusión similar (BAYLIN, *The Ideological...*, p. 177).

²²⁴ GERBER, *To Secure...*, pp. 106/107.

2. Después de la Revolución

Además de los casos *Rutgers v. Waddington*²²⁵, de la *Mayor's Court* del estado de Nueva York (1784), *Trevett v. Weeden*²²⁶, de la *Honourable Superior Court* del Condado de Newport del estado de Rhode Island (1786), y *Bayard v. Singleton*²²⁷, decidido por la *Supreme Court* del estado de Carolina del Norte (1787), a los que me referí en el Capítulo I anterior, existen otros casos a nivel estadual que merecen ser analizados en detalle. Al igual que ocurre con los precedentes que ya mencioné, en los que los abogados Alexander Hamilton, James Mitchell Varnum, James Iredell, Samuel Johnston y William Davie hicieron directamente modernos planteos de inconstitucionalidad, veremos que ocurre exactamente lo mismo en distintos estados como New Jersey, Virginia y New Hampshire. Allí, en distintos momentos, abogados como William Willcocks, Andrew Roland, St. George Tucker, Samuel Sheburne o William Plumer, desarrollaron argumentos y cuestionamientos similares, en algunos casos tanto o más sofisticados que los anteriores en defensa del control judicial de constitucionalidad. Ello sugiere que las novedades institucionales que mencioné en el punto anterior, sumadas a las tradiciones jurídicas heredadas de Inglaterra, especialmente, la peculiar concepción de la función judicial, generaron un enorme impacto en el mundo jurídico de los Estados Unidos mucho antes que la Suprema Corte federal decidiera el caso *Marbury v. Madison*.

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

Tal como adelanté en el Prefacio, la primera declaración de inconstitucionalidad de una ley en los Estados Unidos parece haber sido dispuesta por la Suprema Corte de Nueva Jersey en 1780²²⁸. Si bien uno de los críticos más feroces de la *judicial review* puso en duda el alcance de este caso en 1929²²⁹, lo cierto es que la evidencia recolectada

²²⁵ *Arguments and Judgment of the Major's Court of the City of New York, in a cause between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington*, impreso por Samuel Loudon, Nueva York, 1784.

²²⁶ VARNUM, James Mitchell, *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, Providence, 1787.

²²⁷ *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

²²⁸ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 407.

²²⁹ BOUDIN, Louis B., "Precedents for the Judicial Power: *Holmes v. Walton* and *Brattle v. Hinckley*", *St. John's Law Review*, Vol. 3, p. 173 (1929).

en estudios posteriores, especialmente los de Moore en 1990²³⁰, Hamburger en 2007²³¹, y la compilación efectuada por Paul Axel-Lute en 2009²³², 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 Nueva York²³³. Ese intercambio era considerado altamente peligroso para la seguridad pública. Entre otras cosas, la ley 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 llevadas ante un juez de paz en el condado respectivo²³⁴. 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 6 miembros de acuerdo con una ley anterior a la revolución sancionada en

²³⁰ MOORE, Wayne D., “Written and Unwritten Constitutional Law in the Founding Period: The Early New Jersey Cases”, *Constitutional Commentary*, Vol. 7, p. 341 (1990).

²³¹ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, pp. 407/422.

²³² AXEL-LUTE, Paul (Compilador), “Holmes v. Walton: Case File Transcriptions and Other Materials”, New Jersey Digital Legal Library, Rutgers (2009) (<https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/>, última visita, 01/03/2023).

²³³ “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, Peter (Compilador), *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*, Appendix, Isaac Collins, Trenton, 1784, p. 8.

²³⁴ “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, Appendix, pp. 10/11).

1775²³⁵. En caso de prevalecer en el juicio, el denunciante podía quedarse con el producido de la venta de los bienes confiscados²³⁶.

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 de su 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 debía ser normalmente resuelto por un jurado de 12 miembros y ante un tribunal civil. Luego de la revolución, muchos estados mantuvieron ese derecho a ser juzgado en juicio ante un jurado de 12 miembros por considerarlo como sagrado o, como en el caso de la sección XXII de la Constitución de Nueva Jersey de 1776, “inestimable” e “inderogable”²³⁷. El problema para muchos estados, incluyendo Nueva Jersey, era ajustar ese derecho a la inflación que se produjo por los desbarajustes económicos derivados de la guerra revolucionaria²³⁸. Como veremos más adelante, este inconveniente se replicaría en otros estados, incluyendo New Hampshire, y daría lugar a otros problemas similares de índole 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.

²³⁵ “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, Appendix, p. 11).

²³⁶ “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, to each an equal Share” (“An Act to prevent the Subjects...”, Sección 7, Appendix, p. 11).

²³⁷ “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, Benjamin (Compilador), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, 2da. ed., Tomo II, Government Printing Office, Washington, 1878, p. 1313).

²³⁸ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 410.

Walton los acusó de haber conseguido esas mercaderías por medio de transacciones con los enemigos británicos²³⁹. Esta era la segunda vez que Walton intentaba una maniobra similar contra Holmes y Ketcham. El valor de los bienes confiscados en esta segunda oportunidad era muy importante para la época: superaba las 29.000 libras esterlinas²⁴⁰.

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 hs. El 24 de mayo de 1779, a través de un rápido juicio llevado adelante ante un jurado de solo 6 miembros, ese juez de paz le dio la razón. Según se denunciaría después en el recurso de apelación, Walton suministró grandes cantidades de alcohol a los miembros del jurado antes de que dieran su veredicto²⁴¹.

Holmes y Ketcham recurrieron a los servicios de William Willcocks, un brillante abogado y experto litigante egresado de Princeton, que se había visto forzado a mudarse desde Nueva York a Nueva Jersey debido a la guerra²⁴². Willcocks se encargaría del proceso de apelación de la sentencia del juez de paz y lo primero que haría es conseguir una medida cautelar para impedir que Walton obtuviera el dinero por la venta de las mercaderías confiscadas²⁴³.

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 estatal²⁴⁴. Entre otros argumentos expuestos para que se revocara la decisión del jurado de 6 miembros ante el juez de paz, Willcocks planteó expresamente que la sentencia apelada era contraria a la Constitución de Nueva

²³⁹ SCOTT, Austin, “Holmes v. Walton: The New Jersey Precedent. A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation”, *The American Historical Review*, Vol. 4, No. 3, p. 457 (1899).

²⁴⁰ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 412.

²⁴¹ 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, “Holmes v. Walton...”, https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/Reasons_Nov_1779.html, última visita, 01/03/2023)

²⁴² Terminada la guerra, Willcocks volvería a Nueva York. Allí tendría oportunidad de intervenir, enfrentando a Alexander Hamilton, en otro caso resonante que involucró el control judicial de constitucionalidad y que mencioné en el Capítulo I al analizar el pensamiento de Hamilton: *Rutgers v. Waddington* (HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 413, n. 37).

²⁴³ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 413.

²⁴⁴ SCOTT, “Holmes v. Walton...”, p. 457.

Jersey que reconocía el derecho a ser juzgado a través de un juicio por un jurado de 12 miembros²⁴⁵. 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 de los juicios por jurados de 12 miembros para reclamos superiores a los 40 chelines, es decir, a partir de una cifra notoriamente inferior al valor de los bienes confiscados.

La Suprema Corte de Nueva Jersey no resolvió el caso de inmediato, sino que se tomó casi un año para dictar sentencia²⁴⁶. Durante ese lapso propuso a la legislatura estatal que se modificara el régimen cuestionado por Willcocks²⁴⁷. 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 jueces²⁴⁸, 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 confiscados²⁴⁹.

A las pocas semanas, 60 habitantes del condado de Monmouth presentaron una queja formal ante la legislatura estatal denunciando que los jueces de la Suprema Corte de Nueva Jersey “habían invalidado alguna de las leyes debido a su inconstitucionalidad

²⁴⁵ En el escrito “Additional reasons why the Judgment of the Justice given in this Cause or plaint should be reversed &c” presentado por Willcocks en noviembre de 1779 se lee: “For that the Jury who tryed 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, “Holmes v. Walton...”, https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/Additional_Reasons.html, última visita, 01/03/2023).

²⁴⁶ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 416.

²⁴⁷ STEINFELD, Robert, “To Save The People From Themselves”. *The Emergence of American Judicial Review and the Transformation of Constitutions*, Cambridge University Press, Nueva York, 2021, pp. 161/169.

²⁴⁸ 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. Trataré el punto, con algún detalle adicional, en el Capítulo IV.

²⁴⁹ 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 Ptffs Judgmt is order'd for the Plffs and that the Judgment of the Justice in the Court below be revers'd and the said Plaintiffs be restored to all Things” (AXEL-LUTE, “Holmes v. Walton...”, <https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/Minutes.html>, última visita, 01/03/2023).

y hecho nulo el procedimiento de los magistrados, a pesar de estar estrictamente de acuerdo con esas leyes”²⁵⁰.

El 22 de diciembre de 1780, la Legislatura estatal sancionaría una nueva ley por considerar que las leyes anteriores, la de 1778 y sus reformas, eran “insuficientes”²⁵¹. 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 12 miembros conforme lo previsto en la Constitución estatal y tal como había reclamado Willcocks en el juicio²⁵².

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 que Walton intentaba ya que la nueva ley de diciembre de 1780 no contenía una cláusula que ordenara su aplicación retroactiva²⁵³. 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 12 miembros, Holmes y Ketcham serían nuevamente condenados²⁵⁴. Apelada la decisión, el 5 de abril de 1783, la Suprema Corte terminaría confirmando la condena, con costas²⁵⁵.

²⁵⁰ SCOTT, “Holmes v. Walton...”, p. 459.

²⁵¹ “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, *Acts of the Council...*, Appendix, p. 16.

²⁵² “An Act more effectually...”, p. 18.

²⁵³ “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, “Holmes v. Walton...”, https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/State_of_Facts.html, última visita, 01/03/2023).

²⁵⁴ Ver minuta de la sentencia del juez de paz de condado Monmouth en AXEL-LUTE, “Holmes v. Walton...”, https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/Certiorari_and_Return.html, última visita, 01/03/2023).

²⁵⁵ “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, “Holmes v. Walton...”, <https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/Minutes.html#1783>, última visita, 01/03/2023).

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

“La alardeada omnipotencia de la autoridad legislativa no es más que un juego de palabras. En el sentido literal es impío. Y sea cual sea la interpretación que puedan dar 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”²⁵⁶.

Bernard Schwartz afirma que el caso *Holmes v. Walton* fue considerado en su época como un precedente del ejercicio de la *judicial review*²⁵⁷. Algo similar ocurre con Haines quien sostiene que los jueces de la Suprema Corte de Nueva Jersey fueron pioneros en ejercer el control judicial sobre la legislación²⁵⁸. Steinfeld, en cambio, sostiene que se trata de un caso de transición en el que todavía el accionar de los

²⁵⁶ “[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” (“Address to the Assembly of Pennsylvania, On the Abolition of the Bank of North America”, SPARKS, Jared, *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, Boston, 1832, p. 438).

²⁵⁷ SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1977, p. 95.

²⁵⁸ HAINES, Charles Grove, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, The Macmillan Company, Nueva York, 1914, p. 80.

tribunales en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad aparece como rudimentario²⁵⁹. Como sea, lo que no deja de llamar la atención es el accionar del 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 12 ciudadanos. Ello pese a que las acciones por las que fueron perseguidos sus clientes 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 la legislatura estatal modificara 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 ese marco es que aparecería la primera defensa escrita y extensa sobre el control judicial de constitucionalidad.

(ii) *Commonwealth v. Caton* (1782)

La Corte de Apelaciones de Virginia decidió en 1782 el conocido caso que mencioné al comienzo del Prefacio: *Commonwealth v. Caton*²⁶⁰. En el llamado “Caso de los Prisioneros”²⁶¹, 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 1776²⁶². El art. 3 de la *Treason Act* disponía que las condenas por el delito traición solo podían perdonarse con el consentimiento de ambas cámaras

²⁵⁹ STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 173-174.

²⁶⁰ 8 Va. (4 Call.) 5 (1782).

²⁶¹ Para ver los pormenores de este caso y su importancia como antecedente de la *judicial review* es de consulta obligada el exhaustivo trabajo de TRENOR, William Michael, “The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, p. 491 (1994).

²⁶² “An act declaring what shall be treason” (1776) (HENING, William Waller (Editor), *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, Richmond, 1821, p. 168).

de la legislatura estatal²⁶³. El 18 de junio de 1782, Caton, Lamb y Hopkins, recibieron el perdón de la Cámara de Representantes, a condición de que los tres fueran desterrados. El Senado, en cambio, votó en contra y rechazó el pedido de perdón inmediatamente²⁶⁴. 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 Representantes²⁶⁵.

El día de la ejecución los condenados intentaron una maniobra desesperada: convencer al sheriff de Richmond que el perdón recibido 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 a la espera de instrucciones concretas de la Corte General de Virginia²⁶⁶.

El 18 de julio de 1782, el entonces *Attorney General* del estado de Virginia, Edmund Randolph, enviaría una carta a James Madison, futuro “padre” de la Constitución de los Estados Unidos, en la que le advierte 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”²⁶⁷.

Randolph se presentó ante la Corte General de Virginia para pedirle que confirmara la condena y emitiera una nueva orden para hacer efectivas las ejecuciones

²⁶³ El art. 3 de la *Treason Act* disponía: “*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, *The Statutes at Large...*, Tomo IX, p. 168).

²⁶⁴ TREANOR, “The Case...”, p. 501.

²⁶⁵ La Constitución de Virginia, sancionada el 29 de junio de 1776, en la parte referida al gobernador 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, Benjamin (Compilador), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, 2da. ed., Tomo II, Government Printing Office, Washington, 1878, p. 1911). Para ampliar el punto, ver TREANOR, “The Case...”, p. 502.

²⁶⁶ TREANOR, “The Case...”, p. 501.

²⁶⁷ 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, 01/03/2023).

previamente dispuestas. Si bien reconocería que toda ley contraria a la Constitución podía ser declarada inválida por los jueces²⁶⁸, 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 Representantes en decisiones relacionadas con el otorgamiento de un perdón²⁶⁹. 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 Representantes 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, nula²⁷⁰.

Los jueces de la Corte General dudaban si correspondía fallar en favor de los prisioneros. De hecho, el 26 de octubre de 1782, el propio Randolph enviaría otra carta a James Madison en la que le diría 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”²⁷¹. ¿Qué hizo, finalmente, la Corte General? Frente a las dudas de sus jueces y la repercusión del caso, se lo reenviaron a la Corte de Apelaciones de Virginia, el máximo tribunal estatal, para que decidiera el planteo constitucional.

Los jueces de la Corte de Apelaciones, a su vez, invitaron a los abogados del foro que tuvieran interés para que dieran su opinión fundada. El 31 de octubre de 1782, St. George Tucker, un joven abogado de apenas 30 años oriundo de la isla de Bermuda en el Caribe²⁷², se presentó e hizo una elaborada defensa escrita del control judicial de

²⁶⁸ TREANOR, “The Case...”, p. 512. Ver, sin embargo, STEINFELD, “*To Save...*”, p. 187.

²⁶⁹ Para un análisis detallado de los argumentos de Randolph, ver STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 184/190.

²⁷⁰ “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 punto, ver TREANOR, “The Case...”, p. 519.

²⁷¹ 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, 01/03/2023).

²⁷² Para mayor información sobre su vida, ver TUCKER, Randolph J., “The Judges Tucker of the Court of Appeals of Virginia”, *The Virginia Law Register*, Vol. 1, No. 11, p. 789 y sgtes. (1896); y TUCKER, St.

constitucionalidad de las leyes, tal vez la más antigua del período revolucionario anterior a la sanción de la Constitución de Filadelfia²⁷³.

Vale la pena detenerse en los argumentos de St. George 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”)²⁷⁴. En el Anexo 1 de esta tesis se reproducen esos argumentos en inglés completos y traducidos en castellano²⁷⁵. Quien los repase podrá comprobar que, 20 años antes de que Marshall comenzara a redactar la sentencia de *Marbury v. Madison*, Tucker anticipa prácticamente todos los razonamientos expuestos por el célebre *Chief Justice*. En efecto, en su defensa escrita del control judicial de constitucionalidad, Tucker sostuvo que:

(i) Los poderes de gobierno estaban separados, especialmente el legislativo y el judicial;

(ii) Corresponde exclusivamente a los jueces explicar e interpretar las leyes del estado en su aplicación a casos concretos;

(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 corresponde a los jueces el poder de interpretar las leyes en casos concretos, se sigue que 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;

George, *View of the Constitution of the United State. With Selected Writings*, Liberty Fund, Indianápolis, 1999, p. vii y sgtes.

²⁷³ Ver TREANOR, “The Case...”, pp. 522/529.

²⁷⁴ TREANOR, “The Case...”, p. 521.

²⁷⁵ Este documento fue descubierto por William Michael Treanor en 1994. Treanor lo menciona, pero no lo reproduce en su totalidad (TREANOR, “The Case...”, p. 494).

(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 a 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 Constitución²⁷⁶.

¿Cómo fue que un joven abogado como Tucker estructuró un argumento tan completo en favor del control judicial de constitucionalidad en 1782 y, además, lo hizo

²⁷⁶ “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. 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.

en el lapso de apenas un par de horas como explica en ese documento? A menos que creamos que Tucker era un superdotado, los argumentos en su 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. A la concepción radicalmente nueva de constitución, con todas sus características de ser escrita, rígida, norma superior a todo el ordenamiento jurídico, así como la separación de poderes, especialmente, entre el legislativo y el judicial, sumado a la concepción limitada del poder legislativo en relación con la constitución, se le suma la función judicial de resolver casos y controversias aplicando el derecho vigente. La lógica de Tucker es contundente y es difícil de cuestionar²⁷⁷. Tal como sostiene Steinfeld, tal vez por primera vez en los Estados Unidos, Tucker armó y presentó un poderoso argumento a favor del control judicial de constitucionalidad. Y lo hizo

“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”²⁷⁸.

¿Cómo fue resuelto el caso? Si bien los jueces de la Corte de Apelaciones de Virginia decidieron por mayoría que la *Treason Act* era válida²⁷⁹, varios de ellos se manifestaron explícitamente en favor de la *judicial review*. A la hora de resolver el caso,

²⁷⁷ En un libro en el que plantea que el control judicial fue prácticamente obra de una minoría que se impuso en la década de 1790 contra una tradición antigua de una suerte de constitucionalismo popular, Larry Kramer afirma que el estatus de la *judicial review* al momento en que se reunía la Convención Federal de 1787 era, como mínimo, incierto. Además, agrega que no estaba ni siquiera claro cuál era el argumento que lo sostenía (KRAMER, Larry D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 69). Esa contundente afirmación de Kramer se ve desmentida por la defensa que Tucker hace del control judicial de constitucionalidad: no sólo el argumento era muy claro, sino que, además, era relativamente sencillo. De otro modo, es imposible entender cómo es que un joven abogado puede desarrollar tan sofisticado argumento ya en 1782 y en apenas un par de horas. Kramer no analiza esta defensa de Tucker, que desmiente su rotunda afirmación. No es el único error del libro, que fue duramente criticado por ALEXANDER, Larry Alexander y SOLUM, Lawrence B. Solum, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, Vol. 118, p. 1594 (2005).

²⁷⁸ STEINFELD, “*To Save...*”, p. 183. Creo que el escrito que Tucker presenta como amigo del tribunal tiene una importancia más que evidente. Y, hasta donde he podido averiguar, se publicó por primera vez en castellano en 2022 en GARCÍA-MANSILLA, Manuel José, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 3, Núm. 2, pp. 473/530 (2022).

²⁷⁹ El juez James Mercer sostuvo que la *Treason Act* era inconstitucional y que, por ende, el perdón era válido (TRENOR, “The Case...”, p. 530).

el 2 de noviembre de 1782, más de 20 años antes de la célebre decisión del *Chief Justice* John Marshall, 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”²⁸⁰.

Además de juez, Wythe fue profesor de derecho en el *College of William and Mary* entre 1779 y 1789 y 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 Tucker²⁸¹, James Madison, Spencer Roane y el propio John Marshall²⁸².

Los famosos prisioneros tuvieron que insistir para que la Legislatura perdonara sus vidas, cosa hicieron de forma conjunta el 15 de noviembre de 1782²⁸³. Esta vez, el 7 de diciembre de 1782, ambas cámaras acordarían otorgar el perdón: en dos casos con el destierro como condición²⁸⁴ y, en el caso de Caton, bajo la obligación de incorporarse

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

²⁸¹ TUCKER, *View of the...*, p. vii.

²⁸² TREATOR, “The Case...”, p. 497.

²⁸³ “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 of the Commonwealth of Virginia; Begun and Held in the City of Richmond, in the County of Henrico*, Thomas W. White, Richmond, 1828, pp. 18-19).

²⁸⁴ “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, William Waller (Editor), *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, Richmond, 1823, p. 129).

al ejército revolucionario junto con otros condenados hasta que terminara la guerra contra Inglaterra²⁸⁵.

En ese juicio, además, participó otro juez que integró la Suprema Corte estadounidense antes que Marshall: John Blair²⁸⁶. En relación con la actuación de Blair, al final del reporte oficial del caso se advierte que:

“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”²⁸⁷.

Si bien la personalidad de Blair era más bien apocada, tal como explicaré en el Capítulo III siguiente, 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 1792²⁸⁸.

(iii) **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

²⁸⁵ “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...*, p. 58).

²⁸⁶ 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. Luego 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 sería 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 designaría como *Justice* de la Suprema Corte el 24 de septiembre de 1789 (MARCUS, Maeva y PERRY, James R. (editores), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo I – Parte I (Appointments and Proceedings), Columbia University Press, Nueva York, 1985, p. 56). Renunció seis años después por cuestiones de salud, el 25 de octubre de 1795 (HOLT, Wythe, “John Blair. ‘A Safe and Conscientious Judge’”, en GERBER, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998, p. 155 y sgtes.).

²⁸⁷ 8 Va. (4 Call.), p. 20.

²⁸⁸ HOLT, “John Blair...”, p. 168.

una ley de 1785²⁸⁹. Y, tal como explicaré a continuación, los jueces dejaron sin efecto esa ley estatal por ser contraria a la Constitución en por lo menos 6 casos distintos, aún bajo presiones de diversa índole y la amenaza de ser removidos a través de un *impeachment*²⁹⁰.

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 1784²⁹¹, 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* del 9 de noviembre de 1785²⁹². Esta ley permitía que los jueces de paz pudieran decidir de forma rápida ciertos reclamos civiles de un valor de hasta 10 libras. A su vez, los jueces de paz podían resolver los casos sin condenar a la parte vencida a pagar los costos del reclamo²⁹³. Se trataba de una de varias normas sancionadas para favorecer a ciudadanos afectados por deudas como consecuencia de la depresión económica que siguió a la guerra revolucionaria²⁹⁴. 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 inconstitucional²⁹⁵.

²⁸⁹ Al igual que ocurría a nivel federal, a pesar de que la Suprema Corte estatal dictó sus primeros fallos en 1784, recién en 1816 es que se empezaron a publicar sus sentencias en reportes periódicos oficiales. Las primeras sentencias nunca fueron publicadas (VAN LOAN, Eugene M., III, “Ten Pound Acts: An Introduction to Original Research on the Origins of Judicial Review”, *New Hampshire Bar Journal*, Vol. 43, p. 35 [2002]).

²⁹⁰ LAMBERT, Richard M., “The ‘Ten Pound Act’ Cases and the Origins of Judicial Review in New Hampshire”, *New Hampshire Bar Journal*, Vol. 43, p. 37 (2002).

²⁹¹ GERBER, Scott Douglas, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, pp. 109/115.

²⁹² “An Act for the recovery of Small debts, in an expeditious way and manner” (1785) (BATCHELLOR, Albert Stillman (Editor), *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, Manchester, 1891, p. 408 y p. 448).

²⁹³ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, pp. 117/118.

²⁹⁴ LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, p. 38.

²⁹⁵ “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,

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 sagrado²⁹⁶. 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 1692²⁹⁷. Esa ley regulaba el derecho al juicio por jurados de forma similar a como se aplicaba en Inglaterra. 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. 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* contravenía la “expresa letra y el espíritu de la Constitución” estatal de 1784²⁹⁸, 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 Rockingham, sus cuatro jueces aceptaron el planteo

Jr., William, *Life of William Plumer*, A. P. Peabody (Editor), Phillips, Sampson & Co., Boston, 1856, p. 59).

²⁹⁶ “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, Benjamin, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the United States*, 2da. ed., Tomo II, Government Printing Office, Washington, 1878, p. 1282).

²⁹⁷ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 118.

²⁹⁸ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 426.

constitucional y repitieron al pie de la letra ese argumento a la hora de declarar la inconstitucionalidad de la ley²⁹⁹.

Sheburne logró otra declaración de inconstitucionalidad de la *Ten Pound Act* en el caso *Cate v. Treferrin*, otro caso de menor cuantía. Esta vez el argumento de Sheburne 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 derivaba 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 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 pueblo³⁰⁰.

Aunque de forma más rudimentaria, al igual que Tucker en Virginia, Sheburne expone en este caso la amalgama de ideas a que ya hice referencia previamente. Tal como explica Steinfeld:

“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

²⁹⁹ LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, p. 41.

³⁰⁰ LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, p. 44.

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”³⁰¹.

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 estado³⁰². 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 hicieron los planteos constitucionales al tribunal³⁰³.

Las decisiones de los jueces del condado de Rockingham no pasaron desapercibidas. El 15 de junio de 1786, la Cámara de Representantes³⁰⁴ rechazó una moción para derogar la *Ten Pound Act* por una mayoría contundente de 64 votos a 16³⁰⁵. 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 aprobó dos resoluciones: en la primera, sostuvo que la *Ten Pound Act* era constitucional³⁰⁶. En la segunda, declaró que la sentencia del tribunal del

³⁰¹ STEINFELD, “*To Save...*”, p. 273.

³⁰² HAMBURGER, *Law and Judicial...*, pp. 428/429.

³⁰³ Ninguno de estos casos fue publicado. Todos ellos fueron documentados por primera vez a partir de archivos oficiales en 2002 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, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, pp. 40/47). En un trabajo posterior, HAMBURGER da cuenta de tres casos de la *Inferior Court* del Condado de Strafford (HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 432, n. 97 y 98).

³⁰⁴ La legislatura estatal estaba dividida en una Cámara Baja y un Senado.

³⁰⁵ BATCHELLOR, *Early States...*, Tomo XX, pp. 634/635.

³⁰⁶ “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

condado de Rockingham en ese caso era nula³⁰⁷. No solo las partes perjudicadas por sus decisiones, sino uno de los jueces de paz indignado por las decisiones de ese tribunal, presentaron fuertes quejas en ambas cámaras de la legislatura estatal. En algunos casos, pidieron directamente la remoción de los jueces a través de un *impeachment*³⁰⁸.

En medio de ese conflicto, en noviembre de 1786, el tribunal declaró inconstitucional la *Ten Pound Act* en un sexto caso: *Young v. Davis*³⁰⁹. 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 Rockingham³¹⁰. 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 chelines³¹¹. Posteriormente, se decidió analizar la apertura de un proceso de remoción de todos los jueces y se constituyó un comité para estudiar el caso. Finalmente, ese comité se reunió el 27 de junio de 1787 y presentó un reporte afirmando que la conducta de los jueces se encontraba justificada bajo la constitución del estado y que, por ende, no podían ser

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, *Early States...*, Tomo XX, pp. 652/653).

³⁰⁷ "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 empowered 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, *Early States...*, Tomo XX, p. 653).

³⁰⁸ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 120.

³⁰⁹ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 432.

³¹⁰ BATCHELLOR, *Early States...*, Tomo XX, p. 759.

³¹¹ "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, *Early States...*, Tomo XX, p. 762).

removidos por la causal de mal desempeño (“mal-administration”)³¹². Al día siguiente, la Cámara Baja terminaría aprobando una votación para derogar la *Ten Pound Act*³¹³. Esa moción fue apoyada inmediatamente por el Senado estatal³¹⁴.

Esta sorprendente serie de casos derivados de la impugnación de la aplicación de la *Ten Pound Act* es otra muestra clara del impacto que tuvieron las novedades institucionales cuando se combinaron con la tradicional función judicial. En este caso, esa función judicial fue ejercida aún bajo la amenaza de remoción a través de un *impeachment*. Tal como sostiene Hamburger, en los llamados *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”³¹⁵.

Por lo menos cuatro periódicos de gran circulación en el estado de Pensilvania en 1787 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 Filadelfia³¹⁶.

³¹² “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, Albert Stillman (Editor), *Early States Papers of New Hampshire, Including the Journal 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, Concord, 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, *Early States...*, Tomo XXI, p. 79). Es decir, un comité para redactar una ley para derogar la *Ten Pound Act*.

³¹³ “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, *Early States...*, Tomo XXI, p. 83).

³¹⁴ “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 time, voted the same be enacted” (Diario de sesiones del Senado, sesión del 28 de junio de 1787, BATCHELLOR, *Early States...*, Tomo XXI, p. 31).

³¹⁵ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 435.

³¹⁶ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 122.

(iv) *The Case of the Judges (1788)*

Este precedente judicial del estado de Virginia merece un lugar en este apartado ya que, como explicaré más adelante, fue citado en varias oportunidades durante el intenso debate sobre el control judicial de constitucionalidad que se dio en el Congreso federal antes de la derogación de la *Judiciary Act* de 1801³¹⁷. Técnicamente, no es un caso ya que los jueces de la Corte de Apelaciones de Virginia no tomaron una decisión para resolver una disputa concreta, sino que manifestaron su desacuerdo en dos resoluciones dictadas en contra de sendas leyes sancionadas por la legislatura estatal. Sin embargo, el llamado “Caso de los Jueces”³¹⁸ sirve también para ilustrar el impacto que generó la idea de que los jueces podían declarar la inconstitucionalidad de una ley. Y también para mostrar un ejemplo de la reacción del poder político cuando los jueces hicieron algo que la autoridad de sus cargos no les permitía. Como explica Hamburger, las resoluciones del tribunal sin un caso concreto de por medio estaban fuera del marco en el que podían ejercer su autoridad y la respuesta del gobernador y la legislatura estatal fue tan contundente que obligó a la renuncia de todos los jueces³¹⁹.

La cuestión se originó a raíz de una extensa ley estatal sancionada el 2 de enero de 1788 que establecía tribunales de circuito³²⁰. Esa ley ampliaba el número de integrantes de la Corte de Apelaciones y los obligaba a officiar también como jueces de esos nuevos tribunales de circuito, sin recibir compensación alguna a cambio. La ley se dictó en medio de la crisis económica que se desató después de la guerra revolucionaria. En ese marco, los jueces ya habían aceptado anteriormente una reducción de sus salarios de 500 a 300 libras y luego el pago de una parte en especie, mediante la entrega de tabaco. Y lo hicieron debido a que consideraban que ambas eran medidas temporarias que no tenían como fin ni estaban diseñadas para afectar su independencia. Esta nueva asignación de tareas, en cambio, no era temporaria, sino definitiva y, además, aumentaba notoriamente el trabajo de los jueces de la Corte de Apelaciones³²¹. Hay que tener en cuenta que la Corte de Apelaciones fue creada en 1779 y se integraba

³¹⁷ Voy a exponer ese debate en el Capítulo V.

³¹⁸ *Case of the Judges of the Court of Appeals*, 4 Call 135 (1788).

³¹⁹ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, pp. 559/560.

³²⁰ “An act establishing District Courts” (1788) (HENING, William Waller (Editor), *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 XII, George Cochran, Richmond, 1823, p. 532).

³²¹ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, pp. 560/561.

periódicamente con jueces que designados en otros tres tribunales: la *High Court of Chancery*, la *General Court* y la *Court of Admiralty*³²².

Los jueces de la Corte de Apelaciones rechazaron esta primera ley en su primera reunión. Lo hicieron a través de una resolución dirigida a la legislatura estatal fechada el 29 de abril de 1788. Allí, luego de plantear que tenían que considerar si los jueces tenían el poder y el deber de declarar que esa ley debía ser desplazada por la Constitución de Virginia de 1776³²³, explicaron que la ley parecía ser contraria al espíritu de esa Constitución y avisaron que no iban a cumplirla ya que habían decidido que:

*“la constitución y la ley están en oposición y no pueden existir juntas, y la primera debe controlar la operación de la segunda. Si esta opinión, declarando la supremacía de la constitución, necesitara de algún fundamento, lo puede encontrar en la opinión de la propia legislatura que, en varias ocasiones, consideró que la constitución prescribía límites a sus poderes, así como a los poderes de los demás departamentos del gobierno”*³²⁴.

La opinión de todos los jueces de la Corte de Apelaciones fue que la ley de enero de 1788 violaba los principios de la constitución local y que los jueces tenían el poder y el deber de declarar que, por tal motivo, esa ley debía ceder ante esa constitución y ser declarada nula y sin efecto³²⁵.

Los jueces hicieron también una férrea defensa del principio de la separación de los poderes y de la independencia del poder judicial. Plantearon que la necesidad de contar con jueces independientes estaba basada en la razón y que, además, era inherente

³²² MCGUIRE, Francis M., “The General Court of Virginia”, *Report of the Seventh Annual Meeting of the Virginia State Bar Association held at White Sulphur Springs, West Virginia, August 6th, 7th and 8th, 1895*, The Williams Printing Co., Richmond, 1895, pp. 205/206. En su primera integración, la Corte de Apelaciones estuvo integrada por jueces como Edmund Pendleton, George Whyte y John Blair.

³²³ “Whether the principles of this act do not violate those of the constitution or form of government, which the people in 1776, when the former bands of their society were dissolved, established as the foundation of that government, which they judged necessary for the preservation of their persons and property? and, if such violation were apparent, whether they had power, and it was their duty to declare that the act must yield to the constitution?” (*Case of the Judges of the Court of Appeals*, 4 Call, p. 142).

³²⁴ 4 Call, p. 142. Énfasis en el original.

³²⁵ NELSON, Margaret V., “The Case of the Judges. Fact of Fiction?”, *Virginia Law Review*, Vol. 31, No. 1, pp. 245/246 (1944).

a la función judicial. También defendieron la intangibilidad de sus salarios y la idea de que la Constitución de Virginia excluía una dependencia de los jueces a la legislatura³²⁶.

La Corte de Apelaciones terminó su resolución dirigida a la legislatura con una aclaración en cuanto a que los jueces no estaban usurpando atribuciones que no tenían, sino ejerciendo su deber:

“Para obviar una posible objeción que, mientras mantiene la independencia del poder judicial, este tribunal está fomentando las usurpaciones de esa rama sobre los departamentos de los demás poderes, y asumiendo el derecho de controlar a la legislatura, puede observarse *que cuando los jueces deciden entre una ley del pueblo [la constitución] y una ley de la legislatura, están dentro de los límites de su deber, declarando lo que es el derecho, y no creando uno nuevo*”³²⁷.

Tal como explica Hamburger, 15 años después, el *Chief Justice Marshall* hizo una observación muy similar a la hora de decidir el caso *Marbury v. Madison*, aunque,

³²⁶ “In forming their judgment upon both questions, they had recourse to that article in the declaration of rights, that no free government, or the blessings of liberty can be preserved to any people but (among other things) by frequent recurrence to fundamental principles; an article worthy to be written in letters of gold. *The propriety and necessity of the independence of the judges is evident in reason and the nature of their office; since they are to decide between government and the people, as well as between contending citizens; and, if they be dependent on either, corrupt influence may be apprehended, sacrificing the innocent to popular prejudice; and subjecting the poor to oppression and persecution by the rich. And this applies more forcibly, to exclude a dependence on the Legislature; a branch, of whom, in cases of impeachment, is itself a party.* This principle supposed, the court are led to consider, whether the people have secured, or departed from it, in their constitution, or form of government. In that solemn act, they discover the people distributing the governmental powers into three great branches, *legislative, executive, and judiciary*, in order to preserve that equipoise, which they judged necessary to secure their liberty, declaring that those powers be kept separate and distinct from each other, and that no person shall exercise at the same time an office in more than one of them. The independence of the two former could not be admitted, because in them a long continuance in office might be dangerous to liberty, and therefore they provided for a change, by frequent elections at stated periods; but in the last, from the principle before observed upon, they declared, *that the judges should hold their offices during good behaviour.* Their independence would have been rendered complete, by fixing the *quantum* of their salaries, which perhaps would have been done, if the duties of office had been, at that time, ascertained. But although it was not then done, yet in respect to this, the constitution gives a principle, not to be departed from, declaring that the salaries shall be adequate and fixed, leaving it to the legislature to judge what would be adequate when they should appoint the duties. And when they had so done, they exercised their whole power over the subject, and the salary was thenceforth to be considered as fixed, while the duties should continue the same, and when public utility should require an increase or diminution of duty, there should be an analogous alteration of salary, with this restriction however, that such regulation should not blend the duties of the judges of the general court, court of chancery and court of admiralty, which the constitution seems to require to be exercised by distinct persons; and the legislature appear to have so considered it, in the arrangement of those courts” (4 Call, pp. 142/144). Énfasis en el original.

³²⁷ 4 Call., p. 146.

a diferencia de los jueces de la Corte de Apelaciones de Virginia, lo hizo en el marco de un caso concreto³²⁸.

¿Cuál fue la reacción a esta resolución judicial? En mayo de 1788, el gobernador Edmund Randolph hizo un llamado a una sesión especial de la legislatura para revisar la ley y los planteos constitucionales que habían formulado los jueces de la Corte de Apelaciones³²⁹. La sesión se hizo al mes siguiente y la legislatura suspendió la ley cuestionada por los jueces hasta enero de 1789³³⁰.

A fines de diciembre de 1788, la legislatura se volvió a reunir para poner fin al conflicto planteado e insistió con su propuesta original, con pocos cambios relevantes, a través de varias leyes sucesivas una de las cuales modificaba directamente la composición de la Corte de Apelaciones³³¹. En marzo de 1789, en la primera reunión de la Corte de Apelaciones, todos sus jueces renunciaron a sus puestos en ese tribunal en protesta por lo actuado por la legislatura³³², advirtiendo que había sancionado leyes incompatibles con la independencia del poder judicial³³³.

Durante años se dudó de la existencia real de este precedente, que no fue originalmente reportado. Sin embargo, la resolución de los jueces de la Corte de Apelaciones fue publicada por los diarios de la época, incluyendo el *Virginia Independent Chronicle*, en su edición del 21 de mayo de 1788, y el *Weekly Advertiser* y el *Virginia Gazette*, en la edición del 22 de mayo de 1788³³⁴. Hoy es aceptado como

³²⁸ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 565.

³²⁹ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, pp. 568/569.

³³⁰ “An act to suspend the operation of the act, entitled An act establishing district courts” (1788) (HENING, William Waller (Editor), *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 XII, George Cochran, Richmond, 1823, p. 644).

³³¹ Ver HENING, William Waller (Editor), *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 XII, George Cochran, Richmond, 1823, pp. 730/770).

³³² “And in conformity to these sentiments, after solemnly protesting against every invasion of the judiciary establishments, or any deprivation of office in that line in any other mode than as pointed out in the constitution, they do hereby of their mere free will, in order to make way for the operation of the salutary system lately adopted, resign their appointments as judges of the court of appeals; and as they do not hold any separate commission for that office, which might be returned, do order the same to be recorded” (4 Call, p. 150).

³³³ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, pp. 572/573.

³³⁴ NELSON, “The Case of...”, p. 252.

lo que es: un ejemplo más, si bien ciertamente peculiar, del ejercicio del control judicial de constitucionalidad por parte de los jueces durante la década de 1780³³⁵. El tema sería enteramente debatido de nuevo, ahora sí, en el marco de un caso concreto en 1793: *Kamper v. Hawkins*³³⁶. Tal como explica Haines, esta discusión que se mantuvo en Virginia entre 1788 y 1793 tanto por la independencia del poder judicial como por las funciones de los jueces fue ampliamente conocida y comentada en los Estados Unidos³³⁷. De esta forma, influyó en la gradual aceptación de la *judicial review*.

(v) ***Gilman v. McClary (1791)***

Apenas unos pocos años después de haber declarado inconstitucional de forma sistemática la *Ten Pound Act* y enfrentarse a la legislatura estatal de New Hampshire, los jueces del Condado de Rockingham volvieron a declarar inconstitucional una decisión de la legislatura. Esta vez, en lugar de los jueces de la *Inferior Court of Common Pleas*, serían los jueces de la *Superior Court of Judicature* de ese condado los que pondrían un freno al accionar de la legislatura³³⁸.

El caso se originó a raíz de un pedido de la comerciante Elizabeth McClary para que la legislatura estatal sancionara una ley especial que dejara sin efecto una condena dispuesta en su contra por la misma *Superior Court of Judicature* en 1790. McClary había perdido un reclamo iniciado por Nathaniel Gilman para cobrar una suma de dinero adeudada. Ambas partes habían acordado someter la cuestión a arbitraje y tanto el laudo arbitral como la sentencia posterior de la *Superior Court of Judicature* del Condado de Rockingham le dieron la razón a Gilman³³⁹.

McClary no se quedó de brazos cruzados y, aprovechando que la legislatura había interferido en otras ocasiones con decisiones judiciales que no compartía, intentó obtener un pronunciamiento en su favor. Tuvo éxito en su gestión ya que logró que la

³³⁵ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 64.

³³⁶ *Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21 (1793).

³³⁷ HAINES, *The American Doctrine...*, p. 97.

³³⁸ STEINFELD, *"To Save..."*, p. 288.

³³⁹ DODD, Walter F., "Gilman v. McClary: A New Hampshire Case of 1791", *The American Historical Review*, Vol. 12, No. 2., p. 348 (1907).

legislatura sancionara una ley especial que le reconocía un derecho a un nuevo juicio³⁴⁰. Así fue que se presentó ante el juez John Pickering, en ese momento, presidente del tribunal para poder ejecutar esa ley especial³⁴¹.

Nathaniel Gilman, perjudicado por esa decisión de la legislatura estatal, se presentó al tribunal con su abogado. El abogado de Gilman era nada menos que William Plumer quien, como expliqué, había planteado como legislador que la *Ten Pound Act* era inconstitucional. Plumer pidió directamente a la Corte Superior que desestimara el planteo de McClary. Para ello, sostuvo que la ley especial que se pretendía ejecutar era inconstitucional y, por lo tanto, nula. Su argumento principal se basó en que esa ley revocaba una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y que, en consecuencia, era contraria al *Bill of Rights* y a la constitución del estado de New Hampshire. También planteó que, dado que la sentencia de 1790 no había sido revocada, el tribunal no podía dictar otra sentencia en el mismo caso mientras la primera permanecía en vigor³⁴².

La Corte Superior aceptó todos los argumentos de Plumer y declaró inconstitucional la ley especial. La Corte explicó que si la legislatura pretendía revertir una sentencia de ese tribunal esa medida era “repugnante” al *Bill of Rights* y a la Constitución del estado. Como contrapartida, sostuvo que si la ley no tenía por efecto revocar su sentencia anterior entonces el tribunal no podía dictar un nuevo pronunciamiento ya que su sentencia anterior se mantenía en vigor por haber pasado en autoridad de cosa juzgada. En ese marco, el tribunal dispuso que la ley especial debía ser desechada ya que era “inefectiva e inadmisibles”³⁴³.

Tal como sostiene Steinfeld, en *Gilman v. McClary*, la *Superior Court of Judicature* del Condado de Rockingham declaró que la ley especial de 1790 era inconstitucional y nula por ser un acto de naturaleza judicial y, de esta forma, violar la separación de poderes contenida en el *Bill of Rights*. Si bien la decisión generó alguna

³⁴⁰ LAWRIE, Timothy A. Lawrie, “Interpretation and Authority: Separation of Powers and the Judiciary's Battle for Independence in New Hampshire, 1786-1818”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 39, No. 3 (1995), p. 322.

³⁴¹ Pickering sería protagonista de un famoso proceso de remoción como juez federal durante la presidencia de Jefferson. Trataré ese caso en el Capítulo VI.

³⁴² PLUMER, *Life of...*, pp. 171/172.

³⁴³ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 532.

resistencia, la legislatura estatal no tomó ninguna represalia en contra de los jueces quienes no solo cumplieron con su deber en el marco del ejercicio de la función judicial, sino que defendieron su independencia a rajatabla³⁴⁴.

(vi) *Peter Kamper v. Mary Hawkins (1793)*

Otro ejemplo notorio de la puesta en práctica de las novedades institucionales que trajo la Revolución Norteamericana es el caso *Kamper v. Hawkins* del 16 de noviembre de 1793³⁴⁵. A diferencia de lo ocurrido en *Commonwealth v. Caton* en 1782, aquí la Corte General de Virginia declaró por unanimidad la inconstitucionalidad de uno de los artículos de una ley estatal sancionada el 12 de diciembre de 1792³⁴⁶. La ley invalidada por la Corte General de Virginia reorganizaba los tribunales estatales y establecía una serie de circuitos con sus respectivos tribunales. A imitación de lo que ocurría a nivel federal, se establecía una Corte General cuyos jueces tenían que integrar a su vez tribunales de circuito a lo largo del estado. El artículo 11 de la ley, cuya constitucionalidad se cuestionaba, reconocía en ciertos casos a los jueces de distrito atribuciones que correspondían, antes de esa reorganización, a los magistrados de un tribunal de equidad, cuyas jueces no duraban en el cargo mientras dure su buena conducta: la *High Court of Chancery*³⁴⁷. Esa mezcla de atribuciones es la que generó el conflicto constitucional.

La Corte General de Virginia entendió que el artículo 11 de la ley de reorganización contradecía directamente la Constitución estatal de 1776. Los cinco miembros de la *General Court of Virginia*, Spencer Roane, St. George Tucker, James Henry, John Tyler y William Nelson expusieron los fundamentos de sus votos individuales según la costumbre inglesa, de forma *seriatim*³⁴⁸, que todavía imperaba en

³⁴⁴ STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 289/290.

³⁴⁵ *Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21 (1793).

³⁴⁶ “An act reducing into one, the several acts concerning the establishment, jurisdiction, and powers of District Courts” (1792) (HENING, William Waller (Editor), *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 XIII, William Brown, Filadelfia, 1823, p. 427).

³⁴⁷ “Each of the said district courts, in term time, or any judge thereof in vacation, shall, and may have and exercise the same power of granting injunctions to stay proceedings on any judgment obtained in any of the said district courts, as is now had and exercised by the judge of the high court of chancery in similar cases, and the said district courts may proceed to the dissolution or final hearing of all suits commencing by injunction, under the same rules and regulations as are now prescribed by law for conducting similar suits in the high court of chancery” (HENING, *The Statutes at Large...*, Tomo XIII, pp. 432/433).

³⁴⁸ *Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases, p. 22.

los tribunales. Esa costumbre fue abandonada años más tarde gracias a la influencia del *Chief Justice* John Marshall quien convenció a sus pares de la Suprema Corte estadounidense que el tribunal tenía que hablar con una única voz.

Los pormenores del caso *Kamper v. Hawkins* fueron publicados en 1794 en un libro publicado de forma anónima, cuya autoría se asigna a un abogado local³⁴⁹. Ese libro incluyó una copia completa de los votos de cada uno de los jueces. Dado que los tribunales de Virginia empezaban a publicar reportes de sus sentencias de forma paulatina recién a partir de 1795³⁵⁰, el nivel de detalle de esa publicación, que incluye todos los argumentos que derivaron en la declaración de inconstitucionalidad de una ley, fue inusual para la época. Dado que esa sentencia se publicó completa, vale la pena analizarla en detalle para ver cómo, para comienzos de 1793, el control judicial de constitucionalidad había sido practicado, discutido y aceptado.

No se conocen mayores datos sobre el fondo del reclamo, salvo que Peter Kamper solicitó una medida cautelar para suspender un proceso judicial en el que Mary Hawkins había obtenido una decisión en su contra que pretendía ejecutar. La cuestión constitucional que se analizó en este caso era muy similar al del “Caso de los Jueces” de 1788. La diferencia era, claro está, que ahora el tribunal se iba a pronunciar no en abstracto, sino en el marco de una controversia judicial concreta.

El caso llegó a la Corte General luego de una decisión de una Corte de Circuito de Dumfries, el 23 de mayo 1793, que advirtió sobre el posible conflicto entre la ley y la constitución. Concretamente, esa Corte de Circuito envió el caso para que la Corte General se pronuncie sobre “la novedad y dificultad relacionada con la constitucionalidad de la ley [de reorganización de los tribunales estatales de 1792]”³⁵¹.

³⁴⁹ TATHAM, William (A GENTLEMAN OF THE BAR), *Report of a Case, Decided on Saturday, the 16th of November, 1793, in the General Court of Virginia; Wherein Peter Kamper, Was Plaintiff, against Mary Hawkins, Defendant; On a Question Adjourned from the District Court of Dumfries, for Novelty and Difficulty, Touching the Constitutionality of an Act of Assembly; Together with Arguments and Opinions of the Respective Judges at Large, and the Order of Court Thereon*, A. M'Kenzie & Co., Filadelfia, 1794.

³⁵⁰ HOBSON, Charles F., “St. George’s Tucker Law Papers”, *William and Mary Law Review*, Vol. 47, p. 1251, n. 32 (2006).

³⁵¹ 1 Va. Cases, p. 22.

El primer juez en emitir su voto fue William Nelson. De entrada, Nelson aclaró la peculiar forma en que iba a considerar la cuestión que se había planteado en el caso: (i) primero analizaría si, en caso de que fuera contrario a la constitución local, el artículo 11 de la ley que se cuestionaba podía ser ejecutado; y (ii) si la ley era efectivamente contraria a la constitución³⁵².

El juez Nelson comenzó haciendo una serie de observaciones generales. En primer lugar, explicó que la constitución es la ley que gobierna a aquellos que tienen a su cargo el gobierno³⁵³:

“Considero que la diferencia entre un gobierno libre y uno arbitrario es que en el primero se establecen límites a aquellos a quienes se encomienda la administración; pero esto último depende de la voluntad de los departamentos del gobierno o de algunos de ellos. De ahí la utilidad de una constitución escrita. Una Constitución es aquello a través de lo cual se limitan los poderes del gobierno. Es para los gobernantes, o más bien para los departamentos del gobierno, lo que una ley es para los individuos; es más, no es sólo una regla de acción para las ramas del gobierno, sino que es aquello a partir de lo cual fluye su existencia, y a través de lo cual se fijan los poderes (o las partes del derecho a gobernar) que pueden haberles sido encomendados. Es su comisión, es más, es su creador”³⁵⁴.

A continuación, se preguntó si una ley contraria a la constitución podía ser válida y si la legislatura no era un órgano subordinado a ella. La respuesta fue contundente: la constitución había surgido de una convención que expresaba la voluntad del pueblo y solamente a través del asentimiento del pueblo y no de una decisión de la legislatura es que podía modificarse válidamente la constitución³⁵⁵. De hecho, todos los funcionarios, desde el más importante hasta el de menor jerarquía, recibían su autoridad a partir de la

³⁵² 1 Va. Cases, p. 23.

³⁵³ Modernamente, esa definición es expuesta en términos muy similares por BARNETT, Randy E., *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*, Broadside Books, Nueva York, 2016, p. 23.

³⁵⁴ 1 Va. Cases, pp. 23/24.

³⁵⁵ 1 Va. Cases, pp. 25/28.

constitución. Esto incluía también a la legislatura, que derivaba su existencia de la propia constitución³⁵⁶.

Luego se preguntó qué pasa si se tolera la existencia de una ley inconstitucional. Y explicó que esa aquiescencia de una ley que violara la constitución podía ser debido a que un individuo todavía no haya sentido la operación de esa norma y que, por eso, todavía no había sido sometida a “investigación” en los tribunales³⁵⁷. A continuación, Nelson planteó lo siguiente:

“Pero la mayor objeción aún se mantiene y es que el poder judicial, al declarar que una ley de la legislatura no es derecho, asume la autoridad legislativa o reclama una superioridad sobre la legislatura. En respuesta a esto, no considero al poder judicial como los campeones del pueblo, o de la Constitución, obligados a hacer sonar la alarma y excitar una oposición en contra de la legislatura. Pero, cuando los casos de individuos son llevados ante ellos judicialmente, están obligados a decidir. Y, si un hombre reclama bajo una ley contraria a la Constitución, es decir, bajo lo que no es derecho, (si mi posición anterior, es justamente, que la legislatura no puede impugnar la Constitución, y en consecuencia que una ley contra ella es nula) ¿no debe un tribunal dictar sentencia en su contra?”³⁵⁸.

Para el juez Nelson, las alternativas que tenía un juez en un caso de esas características eran tres:

- (i) Rehusarse a decidir la cuestión, lo que constituiría un abandono de su deber judicial;
- (ii) Esperar que la legislatura decida si la ley es inconstitucional, lo que sería contrario al artículo de la constitución que dispone la separación entre los tres poderes. Esa violación a la separación de poderes se daría debido a que la decisión de si el actor o el demandado en juicio tienen o no un derecho bajo la normativa vigente es un acto de

³⁵⁶ 1 Va. Cases, pp. 28/29.

³⁵⁷ 1 Va. Cases, p. 30.

³⁵⁸ 1 Va. Cases, pp. 30/31.

naturaleza judicial, y que el decidir si una ley era válida o no en relación con un derecho adquirido o sujeto a litigio, es, en realidad, decidir cuál de las partes tiene ese derecho;

(iii) En consecuencia, la única alternativa válida que tienen los jueces cuando la cuestión se presenta en un litigio ante un tribunal es decidir que la ley es nula y que el reclamante, en ese caso, no puede prevalecer³⁵⁹.

Nelson afirmó que, además, no era una cuestión novedosa para los jueces decidir si una ley de la legislatura era aplicable a un caso o no. Explicó que, en muchos casos, una ley es virtualmente dejada de lado por otra y que los tribunales tienen que decidir cuál de ellas es derecho válido o si las dos pueden coexistir. La única diferencia es que en un caso la ley existente dejó de ser derecho aplicable debido a la existencia de una ley posterior contraria a ella, mientras que en el otro caso es la constitución como ley fundamental la que impide que la ley de la legislatura contraria a ella pueda existir como derecho vigente. Para el juez, la constitución como ley fundamental del gobierno controla a la legislatura, que debe su existencia a ella. En consecuencia, si el artículo de la ley cuestionada es inconstitucional, entonces, no es aplicable por ser nulo³⁶⁰.

A continuación, Nelson analizó el caso concreto del artículo 11 de la ley de reorganización cuestionada y decidió que el mismo era inconstitucional debido a que bajo la Constitución de Virginia un mismo juez no podía ser miembro de la Corte General y, al mismo tiempo, de la *High Court of Chancery*. Y, por esa razón, decidió que la medida cautelar solicitada para impedir la ejecución de la sentencia no podía prosperar ya que se basaba en una ley inconstitucional³⁶¹.

El segundo juez en votar fue el célebre Spencer Roane. De entrada, el juez explicó las dudas que le generaba el caso ya que el conflicto no era entre la ley y el texto de la Constitución, sino entre la ley y el espíritu de la ley fundamental:

³⁵⁹ 1 Va. Cases, p. 31, nota al pie sin número.

³⁶⁰ 1 Va. Cases, p. 32. Aquí tenemos otro ejemplo concreto de la modificación de la concepción de la noción de “ley fundamental” que Wood ignora a la hora de analizar los orígenes de la *judicial review* (WOOD, Gordon, “The Origins of Judicial Review”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XXII, p. 1297 [1988]).

³⁶¹ “On the whole, I am for certifying to the court below, that the motion for an injunction be overruled, the clause under which it is prayed being unconstitutional”, 1 Va. Cases, p. 35.

“Dudaba hasta qué punto el poder judicial estaba autorizado a negarse a ejecutar una ley, sobre la base de que iba en contra del espíritu de la Constitución. A partir de consideración más maduras, mi opinión ha cambiado a este respecto, y ahora pienso que el poder judicial no solo puede y debe negarse a ejecutar una ley expresamente repugnante a la Constitución, sino también a una ley que, a partir de una interpretación simple y natural, está en oposición a los principios fundamentales de la misma”³⁶².

Roane explicó que consideraba al pueblo como el único poder soberano. La legislatura, en cambio, lejos de ser soberana era un poder subordinado, especialmente a la constitución local que el pueblo de Virginia había establecido como ley fundamental. Tan es así que era la constitución la que había dado existencia y autoridad a la legislatura³⁶³. Roane destacó, una vez más, la soberanía del pueblo para poder modificar el gobierno y para haber dictado una nueva constitución a través de una convención constituyente. De esta forma, la constitución es, en opinión del juez, superior a cualquier ley de la legislatura que se le oponga³⁶⁴.

El voto de Roane continúa con un análisis acerca de a quién le corresponde intervenir en caso de un conflicto entre una ley y la constitución:

“Ahora surge una pregunta muy importante, a saber: a quién le corresponde decidir en tales casos. Es competencia del poder judicial interpretar y aplicar las leyes y adjudicar los casos que puedan presentarse ante él; el poder judicial puede decir claramente que una ley posterior no ha cambiado a la anterior por falta de palabras suficientes, aunque tal vez haya tenido la intención de hacerlo. Debería hacerlo. Puede decir también, que una ley de la asamblea no ha cambiado la Constitución, aunque sus palabras tengan expresamente ese efecto; porque una legislatura debe tener tanto el poder como la voluntad (como lo demuestran las palabras) para cambiar la ley, y se concibe, por las razones antes mencionadas, que la legislatura no tiene poder para cambiar las leyes fundamentales. Al interpretar y aplicar las leyes, el poder judicial considera

³⁶² 1 Va. Cases, pp. 35/36.

³⁶³ 1 Va. Cases, p. 36.

³⁶⁴ 1 Va. Cases, pp. 36/38.

todas las leyes que se relacionan con el tema: ¿preferirían que los jueces cierren los ojos a la ley que tiene más alta autoridad que cualquiera otra, o contra una parte de esa ley, que ya sea por sus palabras o por su espíritu, niega a todos menos al pueblo el poder de cambiarla?”³⁶⁵.

Para Roane, la respuesta es clara:

“De las premisas anteriores concluyo que el poder judicial puede y debe declarar inconstitucional y nula una ley, si es manifiestamente contraria a la letra de la Constitución, o a los principios fundamentales de la misma. Por principios fundamentales entiendo aquellos grandes principios que surgen de la Constitución, con cuya ayuda, en casos dudosos, la Constitución puede ser explicada y preservada inviolable; aquellos mojones, a los que sea necesario acudir, por la imposibilidad de prever o proporcionar para casos dentro del espíritu, pero fuera de la letra de la Constitución”³⁶⁶.

Luego de marcar las diferencias entre los jueces de la Corte General y los de la *High Court of Chancery*, especialmente en cuanto a la protección en la duración en el cargo, Roane defendió la independencia del poder judicial:

“El pueblo de Virginia tuvo la intención de que el poder judicial fuera independiente de los otros departamentos de gobierno: deben juzgar casos en los que la legislatura es parte y, por lo tanto, deben ser independientes de ella. De lo contrario, podrían juzgar de manera corrupta, para complacer a la legislatura para, de esta forma, permanecer en el cargo. Es un principio reconocido en todos los países, que nadie debe ser juez en su propia causa. [...] Si la legislatura puede transferir todos los poderes judiciales de los tribunales constitucionales a los legislativos, dado que estos tribunales son criaturas dependientes de la propia legislatura, no se atreverán a oponerse a una ley inconstitucional, y el principio que establecí, a saber: que tales leyes deban ser rechazadas, se convertiría en

³⁶⁵ 1 Va. Cases, pp. 38/39.

³⁶⁶ 1 Va. Cases, p. 40.

letra muerta, o, dicho de otro modo, se allanaría el camino a un poder descontrolado en el poder legislativo”³⁶⁷.

Por esas razones, Roane consideró que el artículo 11 de la ley de reorganización de los tribunales era repugnante con los principios fundamentales de la Constitución³⁶⁸.

El tercer juez en resolver fue James Henry. Luego de hacer una revisión de qué pasó en Virginia desde la revolución en 1776, Henry enfatizó la necesidad de tener siempre presente las diferencias con Gran Bretaña en cuanto al poder de las legislaturas:

“Hay una proposición que considero universalmente verdadera en nuestra constitución, que para los caballeros cuyas ideas sobre el parlamento y los poderes parlamentarios se formaron bajo el gobierno anterior, puede no ser siempre obvia; que es esta: se nos enseñó que el parlamento era omnipotente y que sus poderes estaban fuera de control; ahora bien, en nuestra constitución, esta proposición está limitada, y ciertos derechos están reservados como se observó antes; si esto se tuviera siempre en cuenta, podría liberarse la mente de una gran cantidad de vergüenza al discutir varias cuestiones donde se considera el deber y el poder de la legislatura”³⁶⁹.

Sin embargo, después de recordar el “Caso de los Jueces” y manifestar que el desacuerdo entre los tribunales y la legislatura debió haber sido decidido a través de una convención constituyente³⁷⁰, el juez Henry entendió que, si bien no habría problemas en que un juez de la Corte General ejerza a su vez la jurisdicción de uno de la *High Court of Chancery*, la ley cuestionada no había respetado el mecanismo de designación

³⁶⁷ 1 Va. Cases, p. 41.

³⁶⁸ 1 Va. Cases, p. 42. Entre los principios que Roane consideró estuvo el de separación de poderes, con cita de Montesquieu: “The constitution has declared that the three departments of government should be separate and distinct. There are great political evils which would arise from their union; for example, if according to Montesquieu, the members of the legislature were also members of the judiciary, the same man would as a legislator make a tyrannical law, and then as a judge would enforce it tyrannically. This union, it is evident, would produce a complete despotism. It is therefore a fundamental principle not only of our constitution, but acknowledged by all intelligent writers, to be essential to liberty, that such an union should not take place” (1 Va. Cases, pp. 42/43).

³⁶⁹ 1 Va. Cases, p. 48.

³⁷⁰ 1 Va. Cases, p. 50.

previsto en la Constitución. Por eso, se negó a cumplir con los deberes que esa ley pretendía imponer³⁷¹.

El juez John Tyler votó en cuarto lugar. Después de manifestar su acuerdo con los votos anteriores, el juez Tyler se ocupó de rechazar “la falacia de los sentimientos” de aquellos que argumentaban que no era propio del poder judicial el decidir en contra de una ley que estaba en contradicción con la Constitución³⁷².

“¿Qué es la Constitución sino el gran contrato del pueblo, en el que cada uno de los individuos ha jurado fidelidad a él? Un sistema de principios fundamentales, cuya violación debe ser considerada como un crimen de la más alta magnitud. Para que esta gran y suprema ley deba ser fiel y justamente ejecutada, se divide en tres departamentos, a saber: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, con expresa restricción sobre todos, de modo que ninguno usurpe los derechos del otro. En el *Bill of Rights* se establecen muchas cosas, que están reservadas al pueblo: el juicio por jurados, sobre la vida o la muerte, la libertad de conciencia, etc. ¿Puede la legislatura aprobar legítimamente una ley que quite estos derechos a las personas? ¿Puede el poder judicial dictar sentencia sin que un ciudadano sea condenado por el juicio de doce de sus pares? ¿Puede el ejecutivo hacer algo prohibido por esta declaración de derechos o por la constitución? En resumen, ¿puede una rama del gobierno llamar a otra para ayudar en la violación de esta sagrada letra? La respuesta a estas preguntas debe ser negativa”³⁷³.

Tyler se preguntó después quién tenía que juzgar estas violaciones a la Constitución y, luego de citar a David Hume, concluyó que eran los jueces. Para ello, rechazó expresamente la idea tradicional de la omnipotencia parlamentaria:

“Las leyes de la legislatura [son subordinadas], cuando se determine que violan primeros principios [de la Constitución], no obstante la supuesta ‘omnipotencia del parlamento’, que es un insulto abominable al honor y buen sentido de nuestro

³⁷¹ 1 Va. Cases, p. 56.

³⁷² 1 Va. Cases, pp. 58/59.

³⁷³ 1 Va. Cases, p. 59.

país, ya que ¡nada es omnipotente en lo que se refiere a nosotros, ya sea religioso o político, sino el Dios del Cielo y nuestra constitución!”³⁷⁴.

A diferencia de sus colegas, Tyler defendió en abstracto una visión estricta de esa función de control por parte de los jueces:

“[S]i por cualquier medio legal tengo jurisdicción sobre una causa en la que se cuestione hasta qué punto la ley es una violación de la constitución y, por lo tanto, no es obligatoria, no retrocederé ante una comparación de las dos y pronunciaré sentencia conforme la convicción que pueda recibir mi mente. No puedo consentir el ser hecho un agente, por lo tanto, con el propósito de violar la constitución. Como ciudadano debería quejarme de ello; como servidor público, ocupando un cargo en uno de los grandes departamentos del gobierno, sería un traidor a mi país si hago eso. Pero la violación debe ser simple y clara, o podría haber peligro de que el poder judicial impida la aplicación de leyes que podrían producir un claro bien público”³⁷⁵.

Sin embargo, en concreto, entendió que la ley era inconstitucional y se negó así a cumplirla:

“Para concluir, declaro que no ocuparé un cargo que considero inconstitucional; que no seré un agente dispuesto a ayudar a la legislatura en una violación de este sagrado texto; que formo esta opinión por la convicción que siento de que soy libre para pensar, hablar y actuar, como lo hacen otros hombres sobre una cuestión tan importante; que, por más deseable que sea el favor popular, nunca sacrifiqué mis propias opiniones en aras de la popularidad en los diversos departamentos que he tenido el honor de ocupar cuando estas se obtienen sobre principios honorables; así que, ahora que soy viejo, no puedo apartarme de los motivos que, tanto en la vida pública como en la privada, han hecho mi norma; por lo tanto, concuerdo de todo corazón con mis colegas que me han precedido,

³⁷⁴ 1 Va. Cases, p. 60.

³⁷⁵ 1 Va. Cases, p. 61.

en los dos últimos puntos, en que la ley es inconstitucional y no debe ejecutarse; por lo tanto, la medida cautelar debe ser anulada”³⁷⁶.

El quinto y último voto fue el del juez St. George Tucker quien, como abogado del foro, ya había defendido el control judicial de constitucionalidad en el caso *Commonwealth v. Caton* en 1782. En esta oportunidad, también defendería vigorosamente la *judicial review* a partir de una premisa indiscutible: el carácter de norma jurídica de la Constitución.

Tucker explicó que para resolver el caso había que dilucidar dos cuestiones: (i) si la Constitución podía ser revocada o alterada por la legislatura; y (ii) si la Constitución diferenciaba o no las funciones de los jueces de la Corte General y de los jueces de la *High Court of Chancery* o si, por el contrario, podían ser ejercidas por la misma persona.

El primer interrogante de Tucker fue respondido de manera exhaustiva: en primer lugar, recordó que la guerra revolucionaria obligó al pueblo a introducir una institución desconocida hasta entonces: las convenciones constituyentes, que no podían asimilarse a las legislaturas ordinarias³⁷⁷. Para ello marcó las diferencias entre los casos del Parlamento británico, luego de la Revolución Gloriosa de 1688, y el de la Asamblea Nacional en Francia luego la Revolución Francesa. Al respecto, Tucker explicó que la Constitución de Virginia no era producto de la decisión de una institución previa, sino del poder constituyente del pueblo:

“La convención de Virginia no tenía la sombra de una forma legal o constitucional previa sobre ella. Derivó su existencia y autoridad de una fuente superior; un poder que puede suplantar toda ley y anular la constitución misma, es decir, el pueblo, en su autoridad y capacidad soberana, ilimitada e ilimitable”³⁷⁸.

³⁷⁶ 1 Va. Cases, pp. 65/66.

³⁷⁷ 1 Va. Cases, p. 69.

³⁷⁸ 1 Va. Cases, p. 74.

Luego de recordar las definiciones de “constitución” de Thomas Paine y Emer de Vattel, así como el carácter subordinado de la legislatura³⁷⁹, Tucker encaró el cuestionamiento de aquellos que opinaban que la Constitución obligaba solamente a la legislatura:

“Pero aquí, sin duda, surgirá una objeción a partir de la autoridad de aquellos escritores que afirman que la constitución de un estado es una regla para la legislatura solamente, y no para la judicatura o el ejecutivo: la legislatura está obligada a no transgredirla; pero ni el ejecutivo ni el judicial pueden acudir a la Constitución para averiguar si la transgreden o no. Este sofisma nunca podría haber obtenido un momento de crédito en el mundo, si hubiera existido una Constitución escrita antes de la revolución estadounidense”³⁸⁰.

Tucker resaltó la novedad que implicaba el concepto moderno de constitución, impuesto a partir de la Revolución Norteamericana. Para ello, lo comparó con la vieja idea de lo que era una constitución:

“Lo que era o más bien se suponía que era la constitución de cualquier país, sólo podía deducirse de lo que el gobierno había hecho en cualquier momento; o de lo que había sido aceptado por el pueblo u otras partes componentes del gobierno; o de lo que había sido resistido por cualquiera de ellos. Cualquier cosa que el gobierno, o cualquier rama del mismo, haya hecho una vez, se infirió que tenían derecho a volver a hacerlo. La unión de los poderes legislativo y ejecutivo en los mismos hombres, o cuerpo de hombres, aseguró el éxito de esas usurpaciones; y el poder judicial, al no tener una constitución escrita a la que referirse, estaba obligado a recibir cualquier interpretación de ella que la legislatura considerara apropiada hacer. Pero, para nosotros, la constitución no es una ‘cosa ideal, sino una existencia real: puede producirse en una forma visible’, sus principios pueden determinarse a partir de la letra viva, no solo a partir de oscuros razonamientos o deducciones. El gobierno, por lo tanto, y todas sus ramas deben regirse por la constitución. En consecuencia, se convierte en la primera ley del país y, como tal, debe recurrirse a ella en toda ocasión en que

³⁷⁹ 1 Va. Cases, pp. 75/76.

³⁸⁰ 1 Va. Cases, p. 77. Aquí tenemos otro ejemplo que refuta a Gordon Wood.

sea necesario decidir qué es la ley. Hacer esta interpretación es deber y oficio del poder judicial; toda vez que nuestra constitución declara expresamente que el legislativo, ejecutivo y judicial, serán separados y distintos, de modo que ninguno ejerza los poderes que propiamente le corresponden a los demás. Ahora bien, dado que es competencia de la legislatura hacer las leyes, y del ejecutivo hacerlas cumplir, el deber de interpretar y aplicar debe recaer exclusivamente en el poder judicial. Pero, ¿cómo se puede hacer una interpretación y aplicación justa, si se les niega la mirada de aquello que es la ley suprema de la tierra?”³⁸¹.

A partir de esta premisa, luego de una prolija revisión de diversos artículos de la Constitución que imponían límites a la legislatura, Tucker concluye que el poder judicial estaba obligado a considerar a la constitución como “la primera ley de la tierra” y que, por ende, cualquier norma que fuera contraria a ella no podía ser considerada como parte del derecho vigente. Caso contrario, la Constitución sería letra muerta³⁸². Para rematar su exposición en este primer punto de su voto, Tucker hizo una larga cita nada menos que de *El Federalista* No. 78 de Hamilton³⁸³.

El segundo interrogante planteado por Tucker, fue respondido a partir del principio de la separación e independencia de los poderes³⁸⁴. En particular, Tucker hizo una extendida defensa de la independencia del poder judicial³⁸⁵. Y advirtió acerca del

³⁸¹ 1 Va. Cases, pp. 78/79.

³⁸² 1 Va. Cases, pp. 80/81.

³⁸³ 1 Va. Cases, pp. 81/84.

³⁸⁴ “There again I must recur to one of the fundamental principles of our government, a principle essentially and indispensably necessary to its existence as a free government, exercised by the immediate authority of the people, delegated to the servants of their own choice, viz. the separation of the legislative, executive, and judiciary departments. These departments, as I have before observed, our constitution declares shall be forever separate and distinct. To be so, they must be independent one of another, so that neither can control, or annihilate the other” (1 Va. Cases, p. 84).

³⁸⁵ “The independence of the judiciary results from the tenure of their office, which the constitution declares shall be during good behaviour. The offices which they are to fill must therefore in their nature be permanent as the constitution itself, and not liable to be discontinued or annihilated by any other branch of the government. Hence the constitution has provided that the judiciary department should be arranged in such a manner as not to be subject to legislative control. The court of appeals, court of chancery, and general court, are tribunals expressly required by it; and in these courts the judiciary power is either immediately, or ultimately vested. These courts can neither be annihilated nor discontinued by any legislative act; nor can the judges of them be removed from their offices for any cause, except a breach of their good behaviour. But if the legislature might at any time discontinue or annihilate either of these courts, it is plain that their tenure of office might be changed, since a judge, without any breach of good behaviour, might in effect be removed from office, by annihilating or discontinuing the office itself” (1 Va. Cases, p. 85).

peligro de convertir a tribunales previstos en la constitución en meros tribunales creados por la legislatura:

“Si los principios de nuestro gobierno han establecido al poder judicial como una barrera contra la posible usurpación o abuso de poder en los demás departamentos, ¿con qué facilidad se puede eludir ese principio convirtiendo nuestros tribunales en legislativos, en lugar de tribunales constitucionales? Para preservar este principio en todo su vigor, es necesario que los tribunales previstos en la constitución se mantengan dentro de los límites que la propia constitución parece haberles asignado respectivamente”³⁸⁶.

A partir de ese razonamiento, Tucker entendió que la ley era expresamente contraria a la Constitución de Virginia al pretender alterar el deber de los jueces de un tribunal previsto en esa constitución para obligarlos a ejercer una función judicial distinta a la que les correspondía al haber sido originalmente designados³⁸⁷. Y, para fundamentar su posición, Tucker citó expresamente como precedente y autoridad al “Caso de los Jueces” de 1788 y transcribió extensas partes de diversos antecedentes de ese célebre caso³⁸⁸.

Como se puede apreciar, en *Kemper v. Hawkins*, cuatro de los cinco jueces de la Corte General fundamentaron la inconstitucionalidad de la ley en una violación a la independencia del poder judicial reconocida expresamente en la Constitución estatal de 1776³⁸⁹. El nivel de argumentación de los distintos jueces habla por sí solo. Aún un crítico de la *judicial review* como Kramer, se ve obligado a reconocer que se trata de una de las discusiones más elaboradas sobre el control judicial de constitucionalidad en los años 1790³⁹⁰.

Recapitulación:

³⁸⁶ 1 Va. Cases, p. 87.

³⁸⁷ 1 Va. Cases, p. 91.

³⁸⁸ 1 Va. Cases, pp. 93/108.

³⁸⁹ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 65.

³⁹⁰ KRAMER, *The People Themselves...*, p. 102.

La revisión de los casos que expuse demuestra que el control judicial se impuso primero en los estados, de forma gradual y no exenta de discusiones. También demuestra que la Suprema Corte federal no fue el primer tribunal en ejercer el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Lo cierto es que, para fines de la década de 1790, el control judicial de constitucionalidad estaba lejos de ser una novedad y su aceptación se había generalizado. No solo los abogados en juicio y los jueces en varias sentencias reconocieron la existencia de esa atribución como parte de la función judicial. También lo hicieron las legislaturas de varios estados durante la polémica que se generó por las llamadas *Alien Act* y la *Sedition Act*. La aplicación de ambas leyes generó el rechazo de los estados de Virginia y Kentucky en sendas resoluciones, redactadas en secreto por Thomas Jefferson y James Madison, respectivamente. Esas resoluciones condenaban esas leyes como inconstitucionales bajo el argumento de que excedían la autoridad del gobierno federal en el marco de la Constitución y que, por ende, eran nulas³⁹¹. Un aspecto que no se suele mencionar es que ambas resoluciones fueron rechazadas por la mayoría de las legislaturas de otros estados y que, en varios de esos rechazos, se reconoció expresamente que el control judicial de constitucionalidad estaba en manos solamente de los jueces. Basta ver las resoluciones de (i) Rhode Island, del mes de febrero de 1799³⁹², (ii) de Pensilvania, del 9 de febrero de 1799³⁹³, (iii) de New Hampshire, del 15 de junio de 1799³⁹⁴, y (iv) la de Vermont, del 30 de octubre de

³⁹¹ WATKINS, William J., Jr., “The Kentucky and Virginia Resolutions: Guideposts of Limited Government”, *The Independent Review*, Vol. 3, No. 3, p. 385 y sgtes. (1999).

³⁹² “Resolved, That in the opinion of this legislature, the second section of the third article of the Constitution of the United States, in these words, to wit: *The judicial power shall extend to all cases arising under the laws of the United States*, vests in the federal courts exclusively, and in the Supreme Court of the United States ultimately, the authority of deciding on the constitutionality of any act or law of the Congress of the United States” (ELLIOT, Jonathan (editor), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, Tomo IV, 2da. ed., Washington, 1836, p. 533)

³⁹³ “Resolved, That in the opinion of this House the people of the United States have vested in their President and Congress, as well the right and power of determining on the intent and construction of the constitution, as on the ordinary subjects of legislation, and the defence of the Union; and have committed to the supreme judiciary of the nation the high authority of ultimately and conclusively deciding upon the constitutionality of all legislative acts. The constitution does not contemplate, as vested or residing in the Legislatures of the several states, any right or power of declaring that any act of the general government ‘is not law, but is altogether void, and of no effect;’ and this House considers such declaration as a revolutionary measure, destructive of the purest principles of our State and national compacts” (ANDERSON, Frank Maloy, “Contemporary Opinion of the Virginia and Kentucky Resolutions”, *The American Historical Review*, Vol. 5, No. 2, p. 245 [1899]).

³⁹⁴ “That the state legislatures are not the proper tribunals to determine the constitutionality of the laws of the general government; that the duty of such decision is properly and exclusively confided to the judicial department” (ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 539).

1799³⁹⁵, para comprobar lo que digo. Estas resoluciones confirman, además, cuál era la interpretación original del contenido de la función judicial a que se refiere el Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos.

En definitiva, en el marco del impacto que generó esa verdadera amalgama entre tradición jurídica y novedades institucionales que trajo la Revolución Norteamericana, antes de que se empezara a redactar la Constitución de Filadelfia, durante el debate por su ratificación y después de ratificada, los jueces locales, sean de instancias inferiores o de los tribunales de mayor jerarquía, declararon la inconstitucionalidad de leyes locales o afirmaron que tenían esa atribución en varias oportunidades³⁹⁶. Y esos jueces lo hicieron ejerciendo la autoridad derivada de la función judicial y a instancias de planteos de varios abogados en diversos estados. Según Hamburger, ese ejercicio de la

³⁹⁵ “Resolved, That the General Assembly of the state of Vermont do highly disapprove of the resolutions of the General Assembly of Virginia, as being unconstitutional in their nature, and dangerous in their tendency. It belongs not to state legislatures to decide on the constitutionality of laws made by the general government; this power being exclusively vested in the judiciary courts of the Union” (ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 539).

³⁹⁶ Los casos que revisé previamente están lejos de ser los únicos en este sentido. A nivel estadual, por ejemplo, poco tiempo antes de la sentencia de *Marbury* también hubo varios casos en que se declararon la inconstitucionalidad de leyes locales o en los que los tribunales manifestaron que tenían esa atribución. Se trata de otro elemento más que cuestiona de raíz el mito de *Marbury*. Entre los más importantes, cito: (i) *Lindsay v. Commissioners*, 2 S.C.L. (2 Bay) 38 (1796) (“If the legislature is permitted to exercise other rules than those ordained by the constitution, and if innovations are suffered to acquire the sanction of time and practice, the rights of the people will soon become dependent on legislative will, and the constitution have no more obligation than an obsolete law. But if this court does its duty, in giving to the constitution an overruling operation over every act of the legislature which is inconsistent with it, the people will then have an independent security for their rights, which may render them perpetual. In exercising this high authority, the judges claim no judicial supremacy; they are only the administrators of the public will. If an act of the legislature is held void, it is not because the judges have any control over the legislative power, but because the act is forbidden others by the constitution, and because the will of the people, which is therein declared, is paramount to that of their representatives, expressed in any law. As the act under consideration appeared to him to be repugnant to this high will, he was bound to say, that it ought not to have any operation, and that the prohibition should be granted”, 2 S.C.L., pp. 61/62; (ii) *Stidgers v. Rogers ex. rel. Commonwealth*, 2 Ky. 52 (1801) (“An act of the legislature which authorizes the court to assess the value of property where, prior to the constitution, the assessment could only be made by a jury, is in conflict with the clause of the constitution which provides ‘that trial by jury shall be as heretofore, and the right thereof remain inviolate,’ and is therefore void”, 2 Ky., p. 52; (iii) *Whittington v. Polk*, 1 H. & J. 236 (Md. 1802) (“It is the office and province of the court [...] to determine whether an act of the legislature, which assumes the appearance of a law, and is clothed with the garb of authority, is made pursuant to the power vested by the constitution in the legislature; for if it is not the result or emanation of authority derived from the constitution, it is not law, and cannot influence the judgment of the court in the decision of the question before them”, 1 H. & J., p. 244; (iv) *The State v. Jabez Parkhurst*, 9 N.J.L. 427, Appendix 528 (1802) (“[T]he legislature of New Jersey themselves, have, by solemn act, impliedly decided the question. To all judges, before they enter upon the execution of their offices, they have prescribed this oath, ‘I do solemnly promise and swear, that I will administer justice without respect to persons, and faithfully and impartially perform all the duties incumbent on me, according to the best of my abilities and understanding, ‘agreeably to the constitution and laws of the state of New Jersey’.’ This I take to amount to a legislative determination, clearly declaring constitutional as well as legal rights and questions to be the proper subjects of judicial investigation and decision”, 9 N.J.L., p. 550; etc.

función judicial no generó mayores controversias y, por eso, es evidente que no solo la *judicial review*, sino la aplicación de la misma a nivel federal, no necesitaba ser inventada ni en 1787, ni después³⁹⁷. Es más, dado que los convencionales constituyentes de Filadelfia tuvieron conocimiento claro y concreto de casos en los que los jueces dejaron de aplicar leyes debido a su conflicto con la constitución, podían haber prohibido esa práctica y no lo hicieron. Como afirma Burris, no hay que olvidar que la Constitución de Filadelfia no solo fue concebida como un documento para otorgar el poder, sino, fundamentalmente, para limitarlo³⁹⁸. Es por eso, tal vez, que, a pesar de no haber sido mencionada en la Constitución de 1787, los jueces federales, aún los de la Suprema Corte estadounidense, ejercieron efectivamente ese control sobre las leyes del Congreso mucho antes de que siquiera se iniciara el conflicto que derivó en la mítica sentencia de *Marbury*. El ejercicio del control judicial de constitucionalidad por parte de los jueces locales primero, y de los jueces federales después, incluida la propia Suprema Corte, contribuyeron, sin duda, a que el control judicial fuera aceptado de forma generalizada mucho antes de 1803. Las declaraciones de las legislaturas locales que rechazaron las célebres resoluciones de Kentucky y Virginia así lo comprueban.

³⁹⁷ HAMBURGER, Philip, “A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1167 (2010).

³⁹⁸ BURRIS, Johnny C., “Some Preliminary Thoughts on a Contextual Historical Theory for the Legitimacy of Judicial Review”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 12, p. 602, n. 57 (1987).

Capítulo III

El control judicial en la Suprema Corte federal previo a *Marbury*

Planteamiento:

El objetivo de este capítulo es demostrar que *Marbury v. Madison*³⁹⁹ no fue el primer caso en que la Suprema Corte de los Estados Unidos ejerció efectivamente el control judicial de constitucionalidad sobre una ley del Congreso federal.

Llegados a este punto, alguien podría plantear, con cierta razón, que todo lo expuesto en los dos capítulos anteriores no alcanza todavía para dar por superado el mito de *Marbury*. En efecto, que (i) la gran mayoría de los convencionales que actuaron en Filadelfia en 1787, o en las convenciones estatales posteriores que ratificaron la Constitución entre el 7 de diciembre de 1787 y el 29 de mayo de 1790⁴⁰⁰, incluido el propio Marshall, o (ii) que casi todos los *Justices* que actuaron en la Suprema Corte antes de la llegada del célebre *Chief Justice* al tribunal en 1801, o (iii) que varios legisladores del primer Congreso federal, defendieran el deber de los jueces invalidar leyes que contradigan la constitución solo permite corregir el mito acerca de su autoría. Lo propio ocurre con la actuación de abogados y jueces en los numerosos precedentes judiciales a nivel estatal de tribunales que declararon la inconstitucionalidad de una ley con anterioridad a 1803.

De toda esa revisión, resulta indiscutible que John Marshall no pudo inventar, ni inventó el control judicial de constitucionalidad⁴⁰¹. Es más, bastaría con citar a *El Federalista* No. 78 de Hamilton para desmentir esa pretendida autoría. La revisión de

³⁹⁹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁰⁰ Delaware fue el primero de los trece estados originales en ratificar la Constitución. El último fue Rhode Island, que no participó de la Convención de Filadelfia en 1787.

⁴⁰¹ O, en palabras de Löffler, Marshall no fue el padre del control de constitucionalidad (LÖFFLER, Ernesto, “John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso ‘William Marbury versus James Madison’”, *Revista de Derecho Público de Venezuela*, No. 147/148, p. 153 [2016]).

los capítulos anteriores también explicaría el origen gradual del control judicial de constitucionalidad sobre leyes de los estados, pero no sobre las leyes sancionadas por el Congreso federal. Además, nada de esto quitaría mérito a la decisión de la Corte en *Marbury v. Madison*: seguiría siendo la primera sentencia en que se ejerció el control judicial conocido como *judicial review* para declarar la inconstitucionalidad de una ley federal en los Estados Unidos luego de la entrada en vigencia de la Constitución de Filadelfia. Y la contribución de Marshall habría sido, precisamente, permitir que el Tribunal se autoadjudique y establezca de forma definitiva una facultad que la Constitución de Filadelfia no le reconoció expresamente, pero que todos entendían como necesaria. Sin embargo, esta variante del mito tampoco funciona. El objetivo de este capítulo es demostrar que, nuevamente, estamos frente a una afirmación errónea, que los hechos históricos desmienten y que, por ende, es necesario revisar.

Al igual que en capítulos anteriores, la metodología que seguiré es la de exponer los casos en detalle a partir de fuentes primarias y secundarias.

1. Los primeros casos de control judicial de leyes federales

El estudio del período anterior al ingreso de John Marshall a la Suprema Corte no generó el mismo entusiasmo entre académicos de diversas disciplinas⁴⁰². Sin embargo, es indispensable para verificar si, efectivamente, *Marbury v. Madison* fue el primer caso en que un tribunal federal ejerció la *judicial review* y declaró inconstitucional una ley del Congreso. El estudio de las cortes presididas a partir de su instalación el 19 de octubre de 1789, por el *Chief Justice* John Jay, quien ejerció la presidencia hasta el 29 de junio de 1795, por el *Chief Justice* John Rutledge, quien lideró el tribunal desde 12 de agosto de 1795 hasta el 28 de diciembre de 1795, y por el *Chief Justice* Oliver Ellsworth, quien hizo lo propio entre el 8 de marzo de 1796 y el 15 de diciembre del 1800, demuestra que *Marbury v. Madison* fue, como mínimo, el sexto caso en que la Suprema Corte estadounidense ejerció el control judicial de constitucionalidad sobre una ley del Congreso.

Antes de revisar esos casos anteriores a *Marbury*, corresponde aclarar que la Suprema Corte tardó varios años en decidir que sus fallos fueran publicados

⁴⁰² WEXLER, Natalie, “In the Beginning: The First Three Chief Justices”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, pp. 1373/1374 (2006).

oficialmente⁴⁰³. Además, no había en la época obligación de dejar por escrito sus decisiones, aun las más importantes, que eran expuestas de viva voz desde el estrado⁴⁰⁴. Por eso, conforme la costumbre imperante, hasta por lo menos el año 1800, las decisiones escritas de la Corte eran la excepción, no la regla⁴⁰⁵.

Los reportes de las sentencias de la Suprema Corte en sus primeros años estuvieron a cargo de abogados que, por propia iniciativa, entendían que podían generar un ingreso económico al vender esos reportes a jueces, litigantes y al público en general. De ahí que estos reportes no tuvieran desde sus orígenes la precisión y continuidad que tienen hoy. De hecho, el primer “reportero” de los casos de la Suprema Corte fue un abogado oriundo de Jamaica, Alexander James Dallas, quien empezó su tarea varios años después de que la Suprema Corte dictara su primer fallo⁴⁰⁶. Dallas reconstruyó, precisamente, el período correspondiente entre 1791 y el año 1800⁴⁰⁷. Y lo hizo como un emprendimiento puramente privado, sin apoyo gubernamental, con un gran esfuerzo personal no exento de dificultades y tropiezos. Frustrado por su falta de éxito, Dallas abandonó sus tareas advirtiendo que “he encontrado tan miserable aliento por mis reportes que he determinado juntarlos todos y ofrecérselos a las ratas”⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Al respecto, ver JOYCE, Craig, “The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy”, *Michigan Law Review*, Vol. 83, p. 1291 (1985).

⁴⁰⁴ JOYCE, “The Rise...”, p. 1298.

⁴⁰⁵ DAVIS, J. C. Brancfort, *Appendix to the Reports of the Decisions of the Supreme Court of the United States. From September 24, 1789, to the end of October Term, 1888*, Banks & Brothers, Nueva York, 1889, pp. xv/xvi.

⁴⁰⁶ O’CONNOR, Sandra Day, *The Majesty of the Law. Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House, Nueva York, 2004, p. 24 y sgtes. Además de Dallas, fueron reporteros de la Suprema Corte: William Crunch (1800-1815), Henry Wheaton (1816-1827), Richard Peters (1828-1843), Benjamin Chew Howard (1843-1861), Jeremiah Sullivan Black (1861-1863) y John William Wallace (1863-1875). William Tod Otto fue el primer reportero anónimo de la Corte. El Congreso reconoció formalmente el cargo de reportero en 1816. El primer reportero remunerado designado por la propia Corte fue Wheaton, aunque podía recibir ingresos por la venta de los reportes. De hecho, tuvo un conflicto judicial con su sucesor que derivó en el caso “Wheaton v. Peters”, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834), en que la Corte decidió que los reportes de los casos eran de dominio público y que solamente los comentarios de los reporteros estaban sujetos a copyright.

⁴⁰⁷ “Dallas was a pioneer of American case reporting and had much to learn about the Enterprise. His volumes, while very useful to the bar, suffered from several important problems. The first was delay: the Supreme Court cases decided in 1793 weren’t published by Dallas until 1798, and the cases decided in 1800 weren’t put out until 1807. There was also expense: the reports cost about five dollars a volume, a price well beyond the means of many lawyers of the time. In addition, many cases were omitted, largely at Dallas’s own discretion” (O’CONNOR, *The Majesty...*, p. 26).

⁴⁰⁸ Ver “Dallas, Alexander James”, en HALL, Kermit L. (Editor), *The Oxford Guide to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 247.

Lo que no destruyeron los roedores lo hicieron el agua y el fuego: parte del archivo de la Corte correspondiente a sus primeros años de actividad fue destruido en sucesivas inundaciones, incendios y una explosión de gas en el Capitolio entre 1814 y 1898⁴⁰⁹. De ahí que existan importantes fallos que no fueron publicados oficialmente y otros que, para poder ser debidamente reconstruidos, se requiere no solo la lectura de los incompletos reportes de Dallas, sino la revisión de cartas privadas, notas de diarios o fuentes similares, especialmente las minutas de la Suprema Corte del período 1789-1801 que se salvaron de la destrucción y fueron publicadas por *The American Journal of Legal History* entre 1961 y 1964⁴¹⁰. A pesar de las limitaciones referidas, se pueden mencionar los siguientes casos:

(i) La *Invalid Pensions Act* y el caso *Hayburn* (1792)

La *Judiciary Act* de 1789 no fue la primera ley del Congreso en ser declarada inconstitucional por la Suprema Corte. Y ese agosto tribunal no fue el primero en declarar inconstitucional una ley federal en los Estados Unidos. El mérito le corresponde a la Corte de Circuito de Pensilvania que, a través de una decisión de los jueces James Wilson, John Blair y Richard Peters declaró inconstitucional la *Invalid Pensions Act* de 1792 en el caso *Hayburn*. Para ser más preciso, el 11 de abril de 1792 es la fecha que marca la primera sentencia de un tribunal federal que, en el marco de un caso concreto, declara inconstitucional una ley del Congreso. Es decir, casi 11 años antes que *Marbury v. Madison*. Pero, como advierte Marcus, el caso y su saga no han recibido la atención que merece⁴¹¹.

El Congreso había sancionado el 23 de marzo de 1792 la *Invalid Pensions Act* que, entre otras cosas, establecía un mecanismo para que soldados heridos durante la guerra de independencia pudieran obtener una pensión por invalidez⁴¹². El artículo 2 de la ley había dispuesto que, como requisito para acceder a ese beneficio, las cortes

⁴⁰⁹ BROWNING, James R. y GLENN, Bess, “Supreme Court Collection at the National Archives”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 4, No. 3, p. 243 (1960).

⁴¹⁰ SURRENCY, Edwin C. (editor), “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, No. 1, p. 67 (1961).

⁴¹¹ MARCUS, Maeva, “Judicial Review in the Early Republic”, en HOFFMAN, Ronald y ALBERT, Peter J., *Launching the “Extended Republic”. The Federalist Era*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1996, p. 36.

⁴¹² United States Statutes at Large, Vol. 1, 2nd. Congress, 1st. Session, Ch. 11, p. 243 (1792) (“An Act to provide for the settlement of the Claims of Widows and Orphans barred by the limitations heretofore established, and to regulate the Claims to Invalid Pensions”).

federales de circuito recibieran en los diversos estados los pedidos de los veteranos afectados durante la guerra. Hay que recordar que, a pesar de no estar previsto en la Constitución federal, la *Judiciary Act* de 1789 obligó a los jueces de la Suprema Corte a integrar las llamadas Cortes de Circuito. Esos tribunales federales se integraban periódicamente con dos jueces de la Suprema Corte y un tercer juez federal designado en cada circuito en los distintos estados. La *Invalid Pensions Act* pretendía aprovechar ese despliegue geográfico de la justicia federal, cuyas Cortes de Circuito podían recibir y analizar los pedidos de pensión en varios estados.

La ley obligaba a los jueces federales a analizar las pruebas presentadas por los reclamantes y determinar si les correspondía acceder a la pensión conforme el grado de su invalidez física. También regulaba el tipo de pruebas que los veteranos inválidos, que no hubieran desertado durante la guerra, tenían que presentar a los jueces de circuito. A su vez, en su artículo 3, la ley obligaba a los jueces durante un plazo de dos años a permanecer al menos cinco días en cada circuito para poder recibir y atender esos reclamos⁴¹³. Finalmente, el artículo 4 de la ley establecía que las decisiones judiciales de esos tribunales federales quedaban, en ciertos casos, sujetas a una revisión administrativa del Secretario de Guerra. Así, a pesar de lo que resolvieran las Cortes de Circuito, el Secretario de Guerra podía decidir incluir o no a los reclamantes en la lista de pensionados e informar de ello al Congreso⁴¹⁴.

Apenas unos días después de sancionada la ley, James Wilson se encontró en la calle con el entonces *Attorney General* Edmund Randolph. Según refiere el propio Randolph en una carta al presidente Washington, en el marco de una conversación sobre la constitucionalidad de dos leyes sancionadas por el Congreso, Wilson le advirtió que

⁴¹³ “SEC. 3. [...] And it shall be the duty of the judges of the circuit courts respectively, during the term of two years from the passing of this act, to remain at the places where the said courts shall be holden, five days at the least from the time of opening the sessions thereof, that persons disabled as aforesaid, may have full opportunity to make their application for the relief proposed by this act” (ob. cit., p. 243).

⁴¹⁴ “SEC. 4. *And be it further enacted*, That the Secretary at War, upon receipt of the proofs, certificate and opinion aforesaid, shall cause the same to be duly filed in his office, and place the name of such applicant on the pension list of the United States, in conformity thereto: *Provided always*, That in any case, where the said Secretary shall have cause to suspect imposition or mistake, he shall have power to withhold the name of such applicant from the pension list, and make report of the same to Congress, at their next session” (ob. cit., pp. 244/245).

tanto él como el *Justice* John Blair dudaban fuertemente acerca de la constitucionalidad de la *Invalid Pensions Act*⁴¹⁵.

A comienzos de abril de 1792, William Hayburn, un veterano de la guerra de independencia, se presentó ante la Corte de Circuito de Pensilvania a reclamar su inclusión en la lista de beneficiarios de la pensión. A instancias de James Wilson, el 11 de abril de 1792, la Corte de Circuito rechazó la petición por considerar que la *Invalid Pensions Act* era inconstitucional⁴¹⁶. Los jueces del tribunal dieron sus argumentos de forma oral desde el estrado⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Carta de Edmund Randolph a George Washington de fecha 5 de abril de 1792: “Both Mr. Blair and Mr. Wilson are now at Trenton. I have never heard Mr. Blair say a syllable upon the subject of the representation bill. Some days ago I met Mr. Wilson in Sixth Street, and he stopped to ask me, whether Mr. Blair had communicated to me an idea, which both of them entertained on a late law of the present session, requiring the judges of the circuit courts to hear applications of pensioners, invalids &c. I informed him, that Mr. Blair had not mentioned it to me; but that it was said in town, that they meant to refuse to execute the act. Upon his making a strong remark against its constitutionality, (but by the way I suspect that in this the judges, if they persist, will be found wrong) I observed, that doubts had been entertained by some discerning and respectable men as to the constitutionality of the representation bill. To this he replied, it can never come before me, as a judge, and therefore I will say that congress appear to have forgotten the source, from which representation flows. We immediately separated, without exchanging another word”. Se puede acceder a una copia de la carta en la página web de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos (ver George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, en https://www.loc.gov/resource/mgw4.101_1002_1003/?st=gallery, última visita, 01/03/2023).

⁴¹⁶ La fecha surge del facsímil del escueto reporte del secretario del juzgado, Samuel Caldwell, que se transcribe en MARCUS, Maeva (editor), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, Columbia University Press, Nueva York, 1998, pp. 46/47. Cabe recordar que el caso fue decidido en medio de un cuestionamiento abierto de la Suprema Corte al sistema de circuitos que obligaba a los *Justices* a viajar constantemente, en condiciones muchas veces precarias, y a pasar varios meses fuera de sus hogares (al respecto, ver HOLT, Wythe, “John Blair. ‘A Safe and Conscientious Judge’”, en Gerber, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998, pp. 167/169). Todos los jueces de la Corte enviaron a Washington una carta para que éste elevara al Congreso con una extensa queja por la pesada carga que implicaba el integrar las cortes de circuito: “We really, sir, find the burdens laid upon us so excessive that we cannot forbear representing them in strong and explicit terms. [...] That the task of holding twenty-seven Circuit Courts a year, in the different States, from New York to Georgia, besides two sessions of the Supreme Court at Philadelphia, in the two most severe seasons of the year, is a task which, considering the extent of the United States, and the small number of Judges, is too burdensome” (*Annals of the Congress of the United States. Second Congress*, Gales and Seaton, Washington, 1849, pp. 1318/1319). Pero ése no era el único planteo: los jueces de la Corte también criticaron que sus sentencias como jueces de circuito tuvieran que ser revisadas por ellos mismos como jueces de la Corte (“That the distinction made between the Supreme Court and its Judges, and appointing the same men finally to correct in one capacity the errors which they themselves may have committed in another, is a distinction unfriendly to impartial justice, and to that confidence in the Supreme Court which it is so essential to the public interest should be reposed in it” (*Annals of the Congress of the United States. Second Congress*, p. 1319). Esos cuestionamientos se mantuvieron en el tiempo. De hecho, la *Judiciary Act* de 1801 que originó el conflicto que derivó en la sentencia de *Marbury v. Madison* pretendía poner fin a ese sistema de circuitos y reemplazarlo por otros.

⁴¹⁷ MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, p. 35.

La decisión de la Corte de Circuito no pasó desapercibida. En la sesión de la Cámara de Representantes del 13 de abril de 1792, William Vans Murray hizo el siguiente planteo:

“Siendo ésta la primera vez en que una corte de justicia declara que una ley del Congreso es inconstitucional, la novedad del caso produce una variedad de opiniones con respecto a las medidas a ser tomadas en esta ocasión”⁴¹⁸.

El 15 de abril de 1792, cuatro días después del fallo, Madison escribía desde Filadelfia al General Henry Lee y destacaba que la declaración de inconstitucionalidad de la ley de pensiones para inválidos de guerra había despertado la atención del público y la inquietud de quienes deseaban que el Congreso no fuera controlado⁴¹⁹.

Los diarios de la época también recalcaron la importancia de la decisión⁴²⁰. El *National Gazette* de Filadelfia, por ejemplo, en su edición del 16 de abril de 1792, publicó lo siguiente:

“Un corresponsal señala que la última decisión de los Jueces de los Estados Unidos en la Corte de Circuito de Pensilvania, declarando *inconstitucional* una ley de la actual sesión del Congreso, debe ser motivo de gran satisfacción para todos los republicanos y amigos de la libertad: toda vez que asegura al pueblo la amplia protección de sus derechos y privilegios constitucionales, contra cualquier intento de opresión legislativa o ejecutiva. Y, mientras veamos el ejercicio de esta noble prerrogativa de los jueces en manos de hombres capaces, sabios e independientes, como los que componen el actual sistema judicial de los Estados Unidos; se nos ofrece una esperanza justa de que, no solo se evitarán invasiones futuras, sino también de que cualquier ley existente del Congreso que

⁴¹⁸ *Annals of the Congress of the United States. Second Congress*, p. 557.

⁴¹⁹ Carta de James Madison a Henry Lee de fecha 15 de abril de 1792: “The judges have also called the attention of the public to Legislative fallibility, by pronouncing a law providing for Invalid Pensioners unconstitutional and void; perhaps they may be wrong in the execution of their power, but such an evidence of its existence gives inquietude to those who do not wish Congress to be controuled or doubted whilst its proceedings correspond with their views” (*Letters and other writings of James Madison*, Vol. I (1769-1793), J. B. Lippincott & Co., Filadelfia, 1865, p. 554).

⁴²⁰ WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History*, Tomo I (1789-1821), Little, Brown & Co., Boston, 1922, p. 72 y sgtes.

suponga una afectación de los derechos constitucionales de los individuos o de los estados serán sometidas, oportunamente, a revisión...⁴²¹.

El 18 de abril de 1792, los jueces de la Corte de Circuito de Pensilvania enviaron una carta al presidente George Washington formalizando las objeciones constitucionales que habían tenido en cuenta en su fallo y que habían expresado de forma oral desde el estrado. En esa carta, incluida en el reporte de Dallas, los jueces Wilson, Blair y Peters expusieron los siguientes argumentos para negarse a aplicar la *Invalid Pensions Act* ante el pedido de Hayburn: en primer lugar, la violación del Congreso de respetar el principio de separación de los poderes previsto en la Constitución al asignarle a los jueces una tarea que no era de naturaleza judicial, sino administrativa. En segundo lugar, la violación de la independencia del poder judicial al prever que sus decisiones podían quedar sujetas a la revisión del Secretario de Guerra, es decir, un miembro del Poder Ejecutivo y, eventualmente, del Congreso. Finalmente, el deber de los jueces independientes de aplicar la Constitución como norma suprema, tal como surge del juramento al asumir sus funciones. Por todas esas razones los jueces consideraron que la *Invalid Pension Act* era “radicalmente inconsistente” con la independencia del poder judicial prevista en la Constitución⁴²².

⁴²¹ *National Gazette*, Vol. I, No. 49, 16 de abril de 1792, p. 195, *Chronicling America: Historic American Newspapers*, Library of Congress (<https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83025887/1792-04-16/ed-1/seq-3/>, última visita, 01/03/2023). En su edición del 10 de mayo de 1792, el *National Gazette* volvió a referirse en términos positivos a la decisión de los jueces: “The decision of the judges against the constitutionality of an act in which the executive had concurred with the legislative departments, is the first instance, also, in which that branch of the government has withstood the proceedings of the others; and being another resource admitted by the constitution for its own defence, and for security of the rights which it guarantees to the several states, and to individual citizens, it may be contemplated under some very pleasing aspects, without undertaking to decide on the merits of the particular question...” (ver MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, p. 59).

⁴²² Conforme surge del reporte de Dallas: “The Circuit Court for the District of Pennsylvania, consisting of Wilson, and Blair, Justices, and Peters, District Judge, made the following representation in a letter jointly addressed to the President of the United States on 18 April, 1792: ‘To you it officially belongs to ‘take care that the laws’ of the United States ‘to faithfully executed.’ Before you, therefore, we think it our duty to lay the sentiments which, on a late painful occasion, governed us with regard to an act passed by the legislature of the union. The people of the United States have vested in Congress all legislative powers ‘granted in the Constitution.’ They have vested in one Supreme Court and in such inferior courts as the Congress shall establish ‘the judicial power of the United States.’ It is worthy of remark that in Congress the whole legislative power of the United States is not vested. An important part of that power was exercised by the people themselves when they ‘ordained and established the Constitution.’ This Constitution is ‘the Supreme Law of the Land.’ This supreme law ‘all judicial officers of the United States are bound, by oath or affirmation, to support.’ It is a principle important to freedom that in government, the judicial should be distinct from and Independent of the legislative department. To this important principle the people of the United States, in forming their Constitution, have manifested the highest regard. They have placed their judicial power not in Congress, but in ‘courts.’ They have ordained that the ‘judges of those courts shall hold their offices during good behavior,’ and that ‘during their continuance in office, their salaries shall not be diminished.’ Congress has lately passed an act to regulate, among other things, ‘the claims to invalid pensions.’ Upon due consideration, we have been unanimously of

En su edición del 20 de abril de 1792, el periódico *General Advertiser* de Filadelfia, advirtió el impacto causado por la decisión de los jueces Wilson, Blair y Peters de declarar inconstitucional la *Invalid Pensions Act*. El diario criticó la reacción de algunos de miembros del Congreso, acusándoles de estar afectados por “un manto de infalibilidad arrancado de los hombros del Papa”, y advirtió que “nunca ha sido la palabra *impeachment* más manoseada que luego de la enérgica sentencia de nuestros jueces sobre una ley inconstitucional”⁴²³.

Los otros jueces de la Suprema Corte, especialmente James Iredell, también cuestionaban la constitucionalidad de la ley federal por motivos similares⁴²⁴. Sin embargo, a pesar de esos planteos de fondo, debido al fin patriótico de la ley y por razones humanitarias, finalmente decidieron oír y resolver gran cantidad de peticiones y reclamos de inválidos de guerra en sus constantes viajes para atender las Cortes de

opinion that under this act, the circuit court held for the Pennsylvania District could not proceed. 1st. Because the business directed by this act is not of a judicial nature. It forms no part of the power vested by the Constitution in the courts of the United States; the circuit court must consequently have proceeded without constitutional authority. 2d. Because if, upon that business, the court had proceeded, its judgments (for its opinions are its judgments) might, under the same act, have been revised and controlled by the legislature, and by an officer in the executive department. Such revision and control we deemed radically inconsistent with the independence of that judicial power which is vested in the courts, and consequently with that important principle which is so strictly observed by the Constitution of the United States. These, Sir, are the reasons of our conduct. Be assured that though it became necessary, it was far from being pleasant. To be obliged to act contrary either to the obvious directions of Congress or to a constitutional principle, in our judgment equally obvious, excited feelings in us which we hope never to experience again.” (2 U.S. (2 Dall.), pp. 411/412). Kramer argumenta que este precedente es asimilable al famoso “Caso de los Jueces” de Virginia de 1788 dado que los jueces no habrían ejercido el control judicial de constitucionalidad en el marco de un caso concreto o para controlar la aplicación de la ley (KRAMER, Larry D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 96). La afirmación de Kramer, en el caso de la decisión de la Corte de Circuito de Pensilvania es insostenible: si bien es cierto que no había técnicamente un caso judicial en el que dos partes se enfrentaran, los jueces declararon la inconstitucionalidad de la ley en la primera oportunidad que tuvieron para controlar su aplicación, es decir, al momento de revisar la aplicación presentada por Hayburn. Los jueces de ese tribunal no plantearon la inconstitucionalidad de la ley como una protesta en abstracto.

⁴²³ MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, pp. 54/55. La nota fue respondida al día siguiente en el mismo periódico en una carta firmada bajo el seudónimo “Camden”, en la que se negaba la posibilidad de un *impeachment* y se cuestionaba el accionar de los jueces. Ello motivó, a su vez, una respuesta en defensa de los jueces en el *National Gazette* publicada el 23 de abril de 1792 (ob. cit., pp. 55/57).

⁴²⁴ Iredell enviaría una nota al presidente Washington el 8 de junio de 1792 con un detalle de los cuestionamientos constitucionales al esquema de revisión previsto en la *Invalid Pension Act* que permitía que las decisiones de las cortes de circuito pudieran ser dejadas sin efecto por parte del Secretario de Guerra (ver 2 U.S. (2 Dall.), pp. 412/414).

Circuito, pero aclarando que no lo hacían en su condición de jueces, sino como “comisionados”⁴²⁵.

Frustrado frente a la negativa de la Corte de Circuito de Pensilvania de aplicar la *Invalid Pensions Act* en el caso concreto del reclamo de Hayburn, el 5 de agosto de 1792, Randolph le enviaría una carta al presidente Washington criticando la anulación de la ley federal por parte de los jueces debido a su inconstitucionalidad. Y advirtió que había que limitar de alguna forma el precedente que se había sentado⁴²⁶. Inmediatamente, el *Attorney General* informó a la Suprema Corte que se presentaría a solicitarle que, de oficio, emitiera una orden (*writ of mandamus*) para obligar a esos jueces de circuito que habían declarado la inconstitucionalidad de la *Invalid Pension Act* y forzarlos a aplicar esa ley federal a pesar de la decisión que habían tomado⁴²⁷.

La presentación del *Attorney General* se hizo en sucesivas audiencias, la última de ellas el viernes 10 de agosto de 1792⁴²⁸. Al día siguiente, en el *Hayburn's case*⁴²⁹, antes de permitir a Randolph argumentar que la decisión de la Corte de Circuito de Pensilvania era incorrecta y que había que emitir una orden para obligar a sus jueces a que aplicaran la ley federal invalidada, la Corte terminaría rechazando el pedido. El rechazo de la mayoría se basó en que el *Attorney General* no tenía facultades para presentarse a reclamar en abstracto la aplicación de una ley del Congreso.

⁴²⁵ MARCUS, Maeva (editor), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo II – The Justices on Circuit, 1790-1794, Columbia University Press, Nueva York, 1988, p. 235. En el caso de Iredell, dejaría sentada su posición en un documento privado fechado el 26 de septiembre de 1792: “Reasons for acting as a Commissioner on the Invalid Act” (MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, pp. 288/291). Allí, entre otras cosas, Iredell aclara que “I am extremely glad that I have been able to reconcile it to myself. I greatly feared I should find it out of my power. Nothing would be more painful than to find any Act of the Legislature I respect so much incapable of execution, although nothing would be more clearly my duty than I found it so to declare my opinion freely, and decline an authority I could not constitutionally exercise. There is however one circumstance I think it my duty to mention. This is not being any part of my duty as a Judge for so I consider it but a Trust I may or may not execute, I ought not to do it if it will be in any manner inconsistent with my Judicial Duty” (ob. cit., p. 291).

⁴²⁶ Carta de Edmund Randolph a George Washington de fecha 5 de agosto de 1792: “It is much to be regretted, that the judiciary, in spite of their apparent firmness in Annuling the pension-law, are not, what some time hence they will be, a resource against the infractions of the constitution [...]. [T]he precedent, fixed by the condemnation of the pension-law, if not reduced to its precise principles, may justify every constable in thwarting the laws” (ver George Washington Papers..., en https://www.loc.gov/resource/mgw4.102_0336_0341/?sp=2, última visita, 01/03/2023).

⁴²⁷ SURRENCY, Edwin C. (editor), “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, No. 2, p. 167 (1961).

⁴²⁸ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, No. 2, p. 170.

⁴²⁹ *Hayburn's case*, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).

Frente a esta negativa, Randolph insistió y se presentó nuevamente el mismo día, pero ahora, en representación del propio Hayburn⁴³⁰. En particular, volvió a reclamar la intervención de la Corte para torcer la negativa de los jueces de aplicar la ley del Congreso. La Suprema Corte decidió posponer el análisis del nuevo pedido de Randolph para el siguiente turno en el mes de febrero de 1793⁴³¹. La Corte esperaba de esta forma darle tiempo al Congreso para que pudiera corregir su evidente error y no tener que dictar una sentencia sobre el fondo en este caso⁴³². La Corte evitó así tener que expedirse sobre el pedido del *Attorney General*: la reforma sería finalmente sancionada por el Congreso el 28 de febrero de 1793⁴³³. Sin embargo, la maniobra no tuvo gran efecto ya que de forma casi inmediata se generarían dudas también sobre la constitucionalidad de esta nueva ley.

Mientras tanto, dado el fin patriótico y humanitario que tenía el régimen legal ideado por el Congreso, algunos jueces de la Corte continuaron ejerciendo el trabajo administrativo, como una tarea adicional personal de carácter no judicial. Y, como expliqué, manifestaban hacerlo como “comisionados” por el Congreso y no en ejercicio de su función judicial. De hecho, así lo hizo Iredell durante un tiempo⁴³⁴. Sin embargo, James Wilson, el impulsor de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte de Circuito de Pensilvania, nunca dio el brazo a torcer⁴³⁵. Como explica Maeva Marcus, “Wilson se mantuvo firme en su creencia en la teoría del control judicial de

⁴³⁰ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, No. 2, pp. 171/172.

⁴³¹ En su escueto reporte, Dallas refiere lo siguiente: “The Attorney General then changed the ground of his interposition, declaring it to be at the instance, and on behalf of *Hayburn*, a party interested; and he entered into the merits of the case, upon the act of Congress, and the refusal of the Judges to carry into effect” (Ídem, p. 409).

⁴³² A pesar de no haber decidido el fondo, este caso ha sido citado varias veces por la Suprema Corte. Para una crítica acerca de la forma en que la Corte citó este precedente ver MARCUS, Maeva y TIER, Robert, “*Hayburn’s Case*: A Misinterpretation of Precedent”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1988, p. 527 (1988).

⁴³³ United States Statutes at Large, Vol. 1, 2nd. Congress, 2nd Session, Ch. 17, p. 324 (1793) (“An Act to regulate the Claims to Invalid Pensions”).

⁴³⁴ TREANOR, William Michael, “Judicial Review before Marbury”, *Stanford Law Review*, Vol. 58, No. 2, p. 536, n. 419 (2005).

⁴³⁵ Así lo reconoce el *Justice* Iredell en una carta a su esposa: “We have had a great deal of business to do here, particularly as I have reconciled myself to the propriety of doing the Invalid-business out of Court. *Judge Wilson altogether declines it*” (carta de James Iredell a Hannah Iredell de fecha 30 de septiembre de 1792, en MCREE, Griffith J., *Life and Correspondence of James Iredell, one of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States*, Tomo II, D. Appleton and Company, Nueva York, 1858, p. 361. Énfasis en el original).

constitucionalidad y no hizo intento alguno para encontrar la forma de hacer cumplir el objeto ‘benevolente’ de la *Invalid Pensions Act*⁴³⁶.

Más allá de lo incompleto del reporte del caso, lo cierto es que St. George Tucker, en su edición revisada de los *Commentaries* de Blackstone, cita el caso *Hayburn* como ejemplo del deber que tienen los jueces de oponerse a las leyes del Congreso que contradigan la Constitución⁴³⁷. A su vez, Max Farrand concluye, con razón, que la evidencia histórica demuestra que “James Wilson, John Blair y Richard Peters declararon inconstitucional la *Invalid Pensions Act* de 1792”⁴³⁸. Lo propio hace Charles Warren en su célebre historia sobre la Suprema Corte de los Estados Unidos⁴³⁹. Sin embargo, este precedente es frecuentemente olvidado y no es tenido en cuenta como lo que realmente es: la primera vez en que una ley del Congreso es declarada inconstitucional por un tribunal federal en los Estados Unidos⁴⁴⁰. A instancias, especialmente, de la férrea voluntad del *Justice* James Wilson.

(ii) *John Chandler v. Secretary of War y United States v. Yale Todd (1794)*

El conflicto entre la justicia federal y el Congreso por el régimen previsto en la *Invalid Pensions Act* no quedó ahí. El Congreso reconoció que la ley de 1793, que fijaba una nueva regulación para el trámite de los reclamos de los inválidos de guerra, se dictaba debido a que la experiencia había demostrado que la norma anterior era inadecuada. En particular, porque no impedía la admisión de reclamos improcedentes. Por eso, la nueva ley mantuvo vigente la ley de 1792 pero derogó sus artículos 2, 3 y 4. Además, la ley de 1793 reguló exhaustivamente el tipo de pruebas a presentar a los

⁴³⁶ MARCUS, Maeva, “Wilson as a Justice”, *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 17, p. 157, n. 52 (2019).

⁴³⁷ TUCKER, St. George, “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, Filadelfia, 1803, p. 5.

⁴³⁸ FARRAND, Max, “The First Hayburn Case, 1792”, *The American Historical Review*, Vol. 13, No. 2, p. 285 (1908).

⁴³⁹ WARREN, *The Supreme Court...*, p. 71 (“This action of the Federal Judges, holding for the first time an Act of Congress to be in conflict with the Constitution, at once became the subject of consideration in Congress”).

⁴⁴⁰ En su extenso tratado, Linares Quintana menciona brevemente el caso y sin entrar en detalle alguno se limita a decir lo siguiente: “En 1792, un tribunal federal de circuito -integrado por los jueces Wilson, Blair y Peters- declaró, por vez primera en Estados Unidos, la inconstitucionalidad de una ley del Congreso” (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo III, 2da. ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 346).

jueces de circuito y, en lugar de sujetar el trabajo de esos jueces a la revisión del Secretario de Guerra, esta vez sería el Congreso el que tendría la última palabra⁴⁴¹. Además, la ley de 1793 previó la obligación tanto para el Secretario de Guerra como para el *Attorney General* de obtener una decisión de la Suprema Corte para convalidar aquellas decisiones de los jueces de las cortes de circuito que hubiesen adjudicado una pensión bajo el régimen anterior actuando no como jueces, sino como “comisionados”⁴⁴². Este último punto en especial es el que generaría un nuevo conflicto constitucional, pero esta vez entre el Congreso y la Suprema Corte.

En cumplimiento de lo previsto en la ley de 1793, de común acuerdo con el Secretario de Guerra, el *Attorney General* Randolph intentó obtener una decisión de la Suprema Corte acerca de la validez de las pensiones otorgadas por los jueces de circuito actuando como “comisionados”. El 6 de agosto de 1793 presentó una moción para que la Corte emitiera una orden (*writ of mandamus*) al Secretario de Guerra para que incluyera a uno de esos inválidos en la lista de beneficiarios del régimen. Ante la posibilidad del rechazo de la moción, debido a que dos de los jueces expresaron su desacuerdo a escucharla en la audiencia oral ya que el beneficiario en cuestión no había aceptado ser representado por el *Attorney General*, Randolph desistió del planteo. Así se lo comunicó al Secretario de Guerra en una carta en la que le sugirió la posibilidad de armar un caso para poder definir de una vez por todas la validez de las pensiones otorgadas por los jueces de circuito⁴⁴³.

⁴⁴¹ “SEC. 2. *And be it further enacted*, District judge to transmit list of claims to Secretary at War, That the judge of the district shall transmit a list of such claims, accompanied by the evidence herein directed, to the Secretary for the department of War, in order that the same may be compared with the muster-rolls, and other documents in his office; by whom they are to be stated to Congress and the said Secretary shall make a statement of the cases of the said claimants to Congress, with such circumstances and remarks, as may be necessary, in order to enable them to take such order thereon, as they may judge proper”.

⁴⁴² Luego de aclarar que ninguna persona que no estuviera en el listado de pensionados con anterioridad a la sanción de la anterior ley de 1792 podría obtener la pensión sin haber cumplido con los requisitos de la nueva ley, el artículo 3 dispuso: “SEC. 3. [...] saving however to all persons, all and singular their rights founded upon legal adjudications under the [*Invalid Pensions Act* of 1792] [...]. But it shall be the duty of the Secretary at War, in conjunction with the Attorney General, to take such measures as may be necessary to obtain an adjudication of the Supreme Court of the United States, on the validity of any such rights claimed under the act aforesaid, *by the determination of certain persons styling themselves commissioners*” (Énfasis agregado).

⁴⁴³ Ver carta de Edmund Randolph a Henry Knox, del 9 de agosto de 1793, en LOWRIE, Walter y FRANKLIN Walter S. (editores), *American Sates Papers. Documents, Legislative and Executive, of the Congress of the United States, Class X. Miscellaneous*, Vol. 1, Gales & Seaton, Washington, 1834, p. 78 (“In consequence of our arrangement I moved the Supreme Court of the United States on Tuesday last for a *mandamus* to be directed to you, as Secretary of War, commanding you to put on the pension list one of those who had been approved by the judges acting in the character of commissioners. The decision of one case would have involved every other. But two of the judges having expressed their disinclination to hear a motion in behalf of a man who had not employed me for that purpose, and I being unwilling to

Para poder despejar el conflicto constitucional planteado por la saga de la *Invalid Pensions Act* y su modificación posterior, la Suprema Corte se vería finalmente obligada a decidir sobre el fondo de la cuestión. En *John Chandler v. Secretary of War*⁴⁴⁴ y *United States v. Yale Todd*⁴⁴⁵, dos casos no reportados de 1794, la Suprema Corte declararía por primera vez la inconstitucionalidad de una ley federal⁴⁴⁶.

La reconstrucción de los hechos de ambos casos no es sencilla. A diferencia de lo que ocurre con el caso *Hayburn*, que por lo menos fue reportado en la misma época en que se decidió (aunque de forma incompleta), no ocurre lo mismo con *Chandler* y *Yale Todd*: ninguno de los dos fue siquiera mencionado por Dallas. En relación con el caso *Chandler*, decidido el 14 de febrero de 1794, las minutas con el resumen del expediente, certificadas por un secretario de la Suprema Corte, fueron leídas en el Congreso en 1802 durante el debate por la derogación de la *Judiciary Act* de 1801⁴⁴⁷. Se conservan también las publicadas por *The American Journal of Legal History* en 1961⁴⁴⁸. La existencia del caso *Yale Todd*, decidido el 17 de febrero de 1794, fue advertida en 1852, por el *Chief Justice* Roger B. Taney en una nota agregada al final de la decisión del caso *The United States v. Ferreira*⁴⁴⁹. En el Archivo Nacional en Washington, D.C. se conservan ocho páginas referidas al caso⁴⁵⁰.

embarrass a great question with little intrusions, it seemed best to waive the motion until some of the invalids themselves should speak to counsel. To this end I beg leave to suggest the propriety of a letter, from your office to such of the invalids as have been certified to be proper for pensions, and perhaps it may be well to, intimate the turn which the affair has taken and I have just mentioned. It was very unlucky that, although one of the invalids was in court when I made the motion, and heard the difficulty, he omitted to notify himself to me until the court had risen and it was too late”).

⁴⁴⁴ Los pormenores del caso fueron reconstruidos en SHERMAN, Gordon E., “The case of John Chandler v. The Secretary of War”, *Yale Law Journal*, Vol. 14, p. 431 (1905).

⁴⁴⁵ Al respecto, ver RITZ, Wilfred J., “United States v. Yale Todd (U.S. 1794)”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 15, p. 220 (1958).

⁴⁴⁶ Ambos casos fueron tratados en instancia originaria en la Suprema Corte.

⁴⁴⁷ *Annals of the Congress of the United States. Seventh Congress*, Gales and Seaton, Washington, 1851, pp. 903/904. La lectura de esas minutas se hizo en el marco de la discusión legislativa previa a la decisión de la Corte en “*Marbury v. Madison*”. Como veremos en el Capítulo V, en esa oportunidad, también se discutió extensamente acerca del control judicial de constitucionalidad.

⁴⁴⁸ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, No. 2, pp. 188/193.

⁴⁴⁹ 54 U.S. (13 How.) 40 (1852).

⁴⁵⁰ DIONISOPOULOS, P. Allan y PETERSON, Paul, “Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 18, p. 49, n. 2 (1984).

En lo que se refiera a *Chandler*, según surge de la minuta referida, el caso fue decidido por el *Chief Justice* John Jay y los *Justices* James Wilson, John Blair, William Cushing y William Paterson. El 5 de febrero de 1794, el reclamante se presentó ante la Corte con su abogado, un tal “Mr. Edmond”, y pidió que se emitiera una orden (*writ of mandamus*) para que el Secretario de Guerra lo incluyera en la lista de beneficiarios de la pensión prevista en la *Invalid Pensions Act*⁴⁵¹. El reclamo se basaba en que Chandler, un ex veterano del estado de Connecticut, había sido beneficiado por una decisión de los jueces James Iredell y Richard Law encargados de la Corte de Circuito en Hartford, de Connecticut que habían ordenado incluirlo en la lista de beneficiarios de la pensión, pero actuando como “comisionados” y no como jueces. Sin embargo, a pesar de esa decisión favorable de los jueces de circuito, aún no había sido incluido en la lista de beneficiarios. Luego de escuchar los argumentos de Chandler en dos audiencias consecutivas⁴⁵², y de considerar tanto la ley de 1792 como la de 1793 que establecía la obligación del Secretario de Guerra de obtener un fallo para convalidar lo actuado bajo esa ley anterior, la Corte rechazó el planteo el 14 de febrero de 1794⁴⁵³.

De acuerdo a la reconstrucción parcial que pudo hacer Walter Ritz en los archivos de la propia Corte en 1958⁴⁵⁴, así como de la nota que Taney ordenó insertar en 1852, surge que el 17 de febrero de 1794 y con la misma integración, la Suprema Corte decidió el caso *Yale Todd*. A través del nuevo *Attorney General*, William Bradford, en un caso orquestado de común acuerdo con Todd⁴⁵⁵, el gobierno federal reclamó la devolución de un monto pagado en concepto de pensión por invalidez bajo la *Invalid Pensions Act* declarada inconstitucional en 1792.

⁴⁵¹ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, No. 2, pp. 188/189.

⁴⁵² SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, No. 2, p. 190 y p. 192.

⁴⁵³ “The court having taken into consideration the motion of Mr. Edmond, of the 5th instant, and having considered the two acts of Congress relating to the same, are of opinion, that a mandamus cannot issue, to the Secretary of War, for the purpose expressed in said motion” (*Annals of the Congress of the United States. Seventh Congress*, p. 904).

⁴⁵⁴ La copia certificada del reporte del caso por parte de Taney se encuentra en el Archivo Nacional en Washington, D.C. (RITZ, “United States...”, p. 220. La minuta del caso se transcribe en el artículo en cuestión en las páginas 227 a 231).

⁴⁵⁵ En la escueta minuta del caso se lo identifica como “Amicable Action on the case” (SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, No. 2, p. 196). Cabe recordar que el *Attorney General* había ofrecido al Secretario de Guerra hacer algo similar en la carta citada en la nota 443.

Según surge de esos reportes, Todd había hecho un reclamo el 3 de mayo de 1792, pidiendo acceder a la pensión debido a las heridas recibidas durante la guerra de independencia. El reclamo había sido resuelto favorablemente por los jueces John Jay, William Cushing y Richard Law, integrantes de la Corte de Circuito de Connecticut, pero actuando como “comisionados”. De hecho, el 5 de mayo de 1792, emitieron un certificado para que el Secretario de Guerra incluyera a Todd en la lista de pensionados⁴⁵⁶. Dadas las dudas acerca de la constitucionalidad del régimen previsto en 1792 y corregido en 1793, el gobierno federal propuso a Todd llevar el caso de común acuerdo y le reclamó la devolución de las sumas pagadas en concepto de pensión. El 17 de febrero de 1794, la Suprema Corte ordenó a Todd devolver las sumas de dinero recibidas de parte del gobierno federal de los Estados Unidos en concepto de pensión bajo la ley federal de 1792⁴⁵⁷.

El mismo día en que la Corte falló en favor del gobierno federal, Bradford escribió al Secretario de Guerra Henry Knox y le avisó acerca de la decisión de la Corte:

“Tengo que reportar que, a consecuencia de las medidas tomadas ‘para obtener una decisión de la Suprema Corte acerca de la validez de las adjudicaciones de ciertas personas que se consideraban a sí mismas como comisionados bajo la ley del 23 de marzo de 1792’, esa corte ha decidido hoy (en el caso Yale Todd) que esas adjudicaciones no son válidas”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, pp. 378/380.

⁴⁵⁷ Según el *Chief Justice* Taney, el resultado del caso *Todd* es el siguiente: “The result of the opinions expressed by the judges of the Supreme Court of that day in the note to *Hayburn's Case* and in the case of *United States v. Todd*, is this: 1. That the power proposed to be conferred on the circuit courts of the United States by the act of 1792 was not judicial power within the meaning of the Constitution, and was therefore unconstitutional, and could not lawfully be exercised by the courts. 2. That as the act of Congress intended to confer the power on the courts as a judicial function, it could not be construed as an authority to the judges composing the court to exercise the power out of court in the character of commissioners. 3. That money paid under a certificate from persons not authorized by law to give it might be recovered back by the United States” (54 U.S. (13 How.), p. 53).

⁴⁵⁸ Ver “Report of the Attorney General to the Secretary of War”, 17 de febrero de 1794, en LOWRIE y FRANKLIN, *American Sates Papers...*, Vol. 1, p. 78 (“I have to report, that, in consequence of measures taken “to obtain a decision of the Supreme Court upon the validity of the adjudications of certain persons styling themselves commissioners under the act of the 23d of March 1792,” that court has this day determined (in the case Yale Todd) that such adjudications are not valid”).

El 21 de febrero de 1794, Knox notificó la decisión de la Corte a ambas cámaras del Congreso⁴⁵⁹. Según consta en los registros de la época, el vicepresidente John Adams leyó una comunicación de Knox refiriéndose a los defectos de la ley sancionada en 1793. A su vez, ese mismo día, en la Cámara de Representantes leyó un reporte del Secretario de Guerra comunicando la decisión de la Corte al Congreso.

Frente a la negativa de la Suprema Corte de aplicar tanto la ley de 1792 como la de 1793, el Congreso tuvo que sancionar una nueva ley el 7 de junio de 1794. En esa tercera ley, el Congreso ordenó al Secretario de Guerra a incluir directamente en la lista de pensionados a aquellos reclamantes que habían sido oídos por los jueces de las cortes de circuito en el carácter de “comisionados”⁴⁶⁰. Los jueces federales pasarían así a dejar de tener cualquier tipo de intervención previa relativa al otorgamiento de las pensiones a los inválidos de guerra.

Tanto *Chandler* como *Yale Todd* son considerados por diversos autores como el primer caso en que la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley del Congreso⁴⁶¹. Tal vez la escasa diferencia de tiempo y el hecho de no haber sido reportados explique esa confusión. Lo cierto es que *Chandler* fue resuelto tres días antes que *Yale Todd*. Y, cualquiera sea la opinión que se tenga sobre ambos casos,

⁴⁵⁹ Ver “Decision of the Supreme Court on the Validity of Certain Claims for Invalid Pensions”, Comunicación del Departamento de Guerra a la Cámara de Representantes, 21 de febrero de 1794 (ídem).

⁴⁶⁰ Ver United States Statutes at Large, Vol. 1, 3rd Congress, 1st Session, Ch. 57, p. 392 (“An Act concerning Invalids”) (1794). En su parte pertinente, la ley de 1794 dispone: “*Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That the Secretary of the War department be, and he is hereby directed to place upon the list of invalid pensioners of the United States, all persons who have been returned as such Secretary at War to place certain persons on pension list by the judges of the several districts under the act of Congress of the 28th of February, 1793, intituled “An act to regulate the claims to invalid pensions,” and who by legal proofs, are by him found to come clearly within the provisions of the said act, and are reported as having complete evidence of their claims in the report of the said secretary upon that subject, made to Congress the 25th day of April, 1794; and all persons placed by virtue of this act on the list of invalid pensioners, shall receive such sums as the returns of the district judges have respectively specified, and be paid, in the same manner as invalid pensioners are paid, who have been heretofore placed on the list [...]*”.

⁴⁶¹ Ver, por ejemplo, SHERMAN, “The case of John Chandler...”, pp. 437/438 (*Chandler*); RITZ, “United States...”, p. 227 (*Yale Todd*); etc. Treanor, en cambio, descarta a *Chandler* y expresa fuertes dudas a favor de *Yale Todd* (ver TREANOR, “Judicial Review...”, p. 537, n. 423). Sin embargo, llama la atención que en un estudio tan exhaustivo haya omitido analizar el informe del *Attorney General* Bradford al Secretario de Guerra y la ley de junio de 1794. Más allá de la imposibilidad de arribar a conclusiones contundentes por la falta de un documento que de cuenta del razonamiento expuesto por los jueces en su fallo, lo cierto es que hay indicios más que importantes que sugieren que, al menos en el caso de *Yale Todd*, la Corte efectivamente invalidó una ley federal basándose en su inconstitucionalidad. Máxime cuando, en el caso del *Chief Justice* Jay y del *Justice* Cushing, la sentencia en *Yale Todd* implicaba revertir lo que habían decidido actuando en la corte de circuito.

resulta indiscutible que la Suprema Corte dejó de aplicar en ellos dos leyes del Congreso. Tan es así que el Congreso tuvo que sancionar una tercera ley para poder convalidar la actuación de los jueces de circuito que, actuando como comisionados, habían decidido aceptar los pedidos de otorgamiento de pensiones a cierto grupo de inválidos de guerra. Dicho de otro modo, debido a las objeciones constitucionales planteadas en cuanto al rol de los jueces federales de circuito bajo las leyes de 1792 y 1793, la Suprema Corte se negó a convalidar su actuación. Por eso es que el Congreso se vio forzado a ratificar y dar validez a las decisiones tomadas por esos jueces de circuito a través de la ley de 1794.

A pesar de ello, podría haber quien plantee que, al no existir un registro del contenido de ambas decisiones, no estaríamos frente una declaración de inconstitucionalidad de parte de la Suprema Corte⁴⁶². Cualquiera sea el caso, tal como explica Whittington, tomados en su conjunto, los casos relacionados con las leyes federales para otorgar pensiones por invalidez a veteranos de guerra muestran a los jueces determinados a defender la autonomía institucional de los tribunales y rehusarse, basados en argumentos constitucionales, a implementar una política federal que violaba esas reglas fundacionales⁴⁶³. Y, además, a obligar al Congreso a tratar de corregir esos defectos constitucionales a través de sucesivas leyes. Si no se trata de un ejercicio del control judicial de constitucionalidad, se le parece bastante. De hecho, así fue considerado en el Congreso de los Estados Unidos en 1802 al momento de discutir la derogación de la *Judiciary Act* de 1801 (episodio que derivó luego en el caso *Marbury v. Madison*). Luego de hacer un prolijo repaso por todos los antecedentes relacionados con la *Invalid Pension Act*, el diputado Samuel Whittlesey Dana explicó que:

“Encontramos aquí que se reconoció plenamente la autoridad de los jueces para decidir las cuestiones que surjan bajo la Constitución. El primer presidente de los Estados Unidos, el Congreso y los jueces de la Corte Suprema, todos convalidaron la opinión mediante sus procedimientos oficiales. Y es bien sabido

⁴⁶² Al respecto, ver MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, pp. 43/44 quien, llamativamente, omite citar la ley del 7 de junio de 1794.

⁴⁶³ WHITTINGTON, Keith E., *Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the present*, University Press of Kansas, Lawrence, 2019, p. 69.

que muchos de ellos eran miembros de la Convención General o de las Convenciones Estadales, que aprobaron la Constitución”⁴⁶⁴.

Tanta razón tenía el diputado Dana que el propio Marshall citó estos casos en su célebre sentencia al año siguiente no una, sino tres veces (cosa que suele pasar llamativamente desapercibida)⁴⁶⁵.

(iii) *Hylton v. United States* (1796)

Dos años después, en el caso *Hylton v. United States*⁴⁶⁶ se cuestionó la constitucionalidad de la *Carriage Act* sancionada el 5 de junio de 1794⁴⁶⁷. A través de esta ley federal, el Congreso había fijado un impuesto anual sobre carretas y carruajes, con valores que iban de un dólar por los vehículos básicos de dos ruedas hasta diez dólares por los más grandes carruajes. Ya en el debate en el Congreso el propio James Madison había planteado dudas acerca de la constitucionalidad del impuesto, debido a que no quedaba claro si era o no un impuesto directo y, en su caso, si correspondía que se fijara en proporción a la población de cada estado tal como fijaba la Constitución⁴⁶⁸.

El nuevo impuesto encontró una rápida resistencia en algunos estados, especialmente en Virginia. Dos jueces de la corte estatal, Edmund Pendleton y Spencer Roane, se negaron a pagarlo. Dadas las dudas que el entonces Secretario del Tesoro, Alexander Hamilton, tenía acerca de la constitucionalidad o no de la medida, al igual que en el caso *Yale Todd*, el gobierno de los Estados Unidos buscó la forma de generar un caso de común acuerdo con el potencial demandado para permitir que la Suprema Corte determinara la validez constitucional del nuevo impuesto.

⁴⁶⁴ “We here find that the authority of the judges to decide questions arising under the Constitution was fully recognised. The first President of the United States, the Congress, and the Judges of the Supreme Court, all sanctioned the opinion by their official proceedings. And it is well known that many of them were members of the General Convention or of State Conventions, which agreed to the Constitution” (*Annals of the Congress of the United States. Seventh Congress*, p. 925).

⁴⁶⁵ 5 U.S. (1 Cranch), p. 149, p. 164 y pp. 171/172.

⁴⁶⁶ 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

⁴⁶⁷ Ver *United States Statutes at Large*, Vol. 1, 3rd Congress, 1st Session, Ch. 45, p. 373 (“An Act laying duties upon Carriages for the conveyance of Persons”) (1794).

⁴⁶⁸ Ver sesión de la Cámara de Representantes del 29 de mayo de 1794, en *Annals of the Congress of the United States. Third Congress*, Gales and Seaton, Washington, 1849, pp. 729/730. Tal como explicaré más adelante, casi 100 años después, la Suprema Corte analizaría si el impuesto a las ganancias era o no un impuesto directo y desataría una fuerte polémica por una decisión que declaraba inconstitucional una ley federal en 1895. Esas reacciones darían origen al mito de *Marbury*.

Daniel Lawrence Hylton fue la persona elegida para ser demandado por los Estados Unidos ante la Corte de Circuito de Virginia⁴⁶⁹. Como parte de su defensa, ejercida por John Taylor de Caroline, Hylton planteó que la *Carriage Act* de 1794 era inconstitucional dado que los 125 carruajes que tenía eran solo para uso personal y, además, al ser un impuesto directo no había sido determinado de forma proporcional entre los estados conforme lo previsto en el Artículo I, Sección 2^a, cláusula 3^a de la Constitución de 1787⁴⁷⁰.

Durante las actuaciones seguidas en la Corte de Circuito de Virginia, Taylor hizo una encendida defensa del control judicial de constitucionalidad. Planteó que la Constitución era un baluarte contra las mayorías legislativas que interponía al poder judicial entre el gobierno y los individuos. Los jueces eran así los encargados de asegurar que el Congreso no se extralimite en el ejercicio de sus atribuciones y la forma de hacerlo era controlar la constitucionalidad de sus acciones, sin influencias políticas y en el marco de un debate judicial libre⁴⁷¹.

A pesar de no estar reportado, en el caso *United States v. Hylton*⁴⁷², la Corte de Circuito de Virginia, en un fallo dividido, sostuvo la constitucionalidad de la ley. Allí, el juez de distrito Cyrus Griffin votó en disidencia y declaró que la ley federal era inconstitucional⁴⁷³. Temiendo que esa decisión pudiera afectar su posibilidad de ocupar una futura vacante en la Suprema Corte, Griffin envió una carta al presidente Washington en la que, entre otras cosas, le explicaría que:

⁴⁶⁹ Hylton sería parte en otro importante caso de la época: *Ware v. Hylton* (3 U.S. (3 Dall.) 199 [1796]), en el que la Corte invalidó una ley del estado de Virginia que contradecía el Tratado de Paz de 1783 y, por ende, la cláusula de la supremacía del derecho federal del Artículo VI, cláusula 2^a de la Constitución de 1787. John Marshall fue uno de los abogados del estado de Virginia en ese caso y, llamativamente, planteó que: “the judicial authority can have no right to question the validity of the law; unless such a jurisdiction is expressly given by the constitution” (3 Dall, p. 211).

⁴⁷⁰ En su parte pertinente, el Artículo I, Sec. 2, cl. 3 de la Constitución de 1787 dice: “*Los representantes y los impuestos directos se prorratearán entre los distintos estados que formen parte de esta Unión, de acuerdo con su población respectiva...*”.

⁴⁷¹ FRANKEL, Robert P., “Before *Marbury*: *Hylton v. United States* and the Origins of Judicial Review”, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 28, p. 6 (2003).

⁴⁷² *United States v. Hylton* (C.C.D. Va. 1795).

⁴⁷³ FISH, Peter Graham, *Federal Justice in the Mid-Atlantic South: United States Courts from Maryland to the Carolinas, 1789-1835*, Duke University, Administrative Office of the United States Courts, Washington, D.C., 2002, p. 37.

“Di mi opinión también en otra cuestión importante, el *Carriage Tax*, y tuve la mala fortuna de diferir con el juez Wilson. Yo pienso que el impuesto es uno de los mejores que se pueden establecer, pero me parece que no fue hecho en la manera constitucional adecuada; la mayor parte de la comunidad jurídica piensa de la misma forma”⁴⁷⁴.

La apelación de la decisión de la Corte de Circuito de Virginia llegó Suprema Corte que había sido parcialmente renovada con el ingreso del *Justice* Samuel Chase, el 27 de enero de 1796. El caso fue presentado en sucesivas audiencias el 23, 24 y 25 de febrero de 1796⁴⁷⁵. La decisión fue tomada el 8 de marzo de 1796, fecha de ingreso a la Corte del *Chief Justice* Oliver Ellsworth, que decidió no participar de la decisión. Tal como surge claramente del reporte de Dallas, el caso tenía como fin determinar la constitucionalidad o no del impuesto⁴⁷⁶. Entre los abogados del gobierno federal estaba Alexander Hamilton, que buscaba que la Corte convalidara la constitucionalidad de la ley. La Suprema Corte terminaría decidiendo que el impuesto a los carruajes no era un impuesto directo y que, por lo tanto, no violaba ni el Artículo I, Sección 2ª, cláusula 3ª, ni tampoco el Artículo I, Sección 9ª, cláusula 3ª de la Constitución que requieren fijar impuestos directos en proporción a la población de cada estado. La Corte consideró que los impuestos directos no incluían a los impuestos a la posesión de bienes.

Los jueces de la Corte destacaron que estaban ejerciendo el control de constitucionalidad sobre el impuesto establecido por el Congreso. El *Justice* William Paterson, por ejemplo, destacó que:

“La pregunta es si ¿un impuesto sobre los carruajes es un impuesto directo? Si se trata de un impuesto directo, es inconstitucional, ya que se ha establecido de

⁴⁷⁴ Carta de Cyrus Griffin a George Washington de fecha 23 de mayo de 1796 en MARCUS, Maeva y PERRY, James R. (editores), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo I – Parte II (Commentaries on Appointments and Proceedings), Columbia University Press, Nueva York, 1985, p. 849. Subrayado en el original.

⁴⁷⁵ SURENCY, Edwin C. (editor), “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, No. 1, pp. 71/72 (1963).

⁴⁷⁶ 3 U.S. (3 Dall.), p. 172.

conformidad con la regla de uniformidad y no con la regla de distribución [en proporción a la población de cada estado]”⁴⁷⁷.

Los *Justices* Chase e Iredell hicieron consideraciones similares, aunque el recién ingresado Chase pareció dudar acerca de la facultad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad⁴⁷⁸. Finalmente, el *Justice* Wilson, ratificando su postura anticipada en la Corte de Circuito de Virginia, sostuvo que no tenía dudas acerca de la constitucionalidad del impuesto⁴⁷⁹.

Si bien la Suprema Corte terminaría convalidando la ley federal cuestionada por Hylton, lo cierto es que los jueces ejercieron efectivamente el control de constitucionalidad y así lo reconocieron expresamente⁴⁸⁰. De hecho, se trata del primer caso reportado de control judicial de constitucionalidad de una ley del Congreso por parte de la Suprema Corte estadounidense⁴⁸¹.

(iv) La duda de Chase

La duda planteada por Chase sería rápidamente despejada. El *Justice* Chase había sido uno de los firmantes de la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776. Fue designado por el presidente Washington como *Justice* de la Suprema Corte a comienzos de 1796. Chase no conocía medias tintas: era agresivo y militante en todo lo que hacía. Sin embargo, su pensamiento había sufrido una mutación entre la sanción de la Constitución de 1787 y su ingreso a la Suprema Corte. De hecho, Chase había mantenido una postura antifederalista en relación con la Constitución de 1787⁴⁸². Su cambio de pensamiento se explicaría por la aversión que sentía por la Revolución Francesa y el intento de los republicanos de imponer sus ideas en los Estados Unidos.

⁴⁷⁷ 3 U.S. (3 Dall.), p. 176. En su voto, Paterson se basa en la intención del constituyente para determinar el alcance del poder del Congreso en materia de impuestos (ídem).

⁴⁷⁸ 3 U.S. (3 Dall.), p. 175.

⁴⁷⁹ 3 U.S. (3 Dall.), pp. 183/184.

⁴⁸⁰ FRANKEL, “Before *Marbury*...”, p. 11.

⁴⁸¹ WHITTINGTON, *Repugnant Laws*..., p. 71. Whittington sostiene que ese mismo año la Corte convalidó otra ley federal cuestionada por inconstitucional en el caso *United States v. La Vengeance*, 3 U.S. 297 (3 Dall.) (1796) (ob. cit, p. 72).

⁴⁸² Al respecto, ver HAW, James, “Samuel Chase’s ‘Objections to the Federal Government’”, *Maryland Historical Magazine*, Vol. 76, No. 3, p. 272 (1981).

Además de hacer una interpretación que terminaría siendo influyente acerca de la irretroactividad solamente sobre leyes penales, en *Calder v. Bull*⁴⁸³, Chase sostuvo que cualquier ley “contraria a los *grandes primeros principios del pacto social* no puede ser considerada *como un ejercicio válido de autoridad legislativa*” y, por ende, debe ser declarada nula⁴⁸⁴. En esta opinión, Chase enfatizó que la Constitución constituía un límite al legislador. Posteriormente, en *United States v. Callender*⁴⁸⁵, Chase definió también el poder de los jueces federales al decidir que los jurados no podían pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes:

“Debe recordarse que el poder judicial de los Estados Unidos es coexistente, coextensivo y coordinado con, y a su vez totalmente independiente de, la legislatura federal, o del ejecutivo. A través del artículo sexto de la constitución, entre otras cosas, se declara que la constitución será la ley suprema del país. Por el tercer artículo, se establece que ‘El poder judicial de los Estados Unidos será conferido a una Suprema Corte y a los tribunales inferiores que el Congreso pueda ordenar y establecer de tiempo en tiempo; y que el poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad, que surjan bajo la constitución y las leyes de los Estados Unidos’. Entre los casos que pueden surgir bajo la constitución, se encuentran todas las restricciones a la autoridad del congreso y de las legislaturas estatales. Es muy claro que el presente caso surge bajo la constitución, y también bajo una ley de los Estados Unidos, y, por lo tanto, es la misma posibilidad a la que la constitución declara que los poderes judiciales de los Estados Unidos se extenderán. Es incontrovertible que la constitución es la ley suprema y, por lo tanto, debe ser la regla por la cual los jueces federales y estatales están obligados a regular sus decisiones”⁴⁸⁶.

Chase vinculó el control judicial de constitucionalidad no sólo con los alcances de la función judicial y el carácter de norma suprema de la constitución, sino también con el juramento de defender la Constitución previsto en el Artículo VI, cláusula 3ª y el

⁴⁸³ 3 U.S. (Dall.) 386 (1798).

⁴⁸⁴ 3 U.S. (Dall.), p. 388. Énfasis en el original.

⁴⁸⁵ 25 F. Cas. 239, No. 14, 709 (C.C. Va.) (1800).

⁴⁸⁶ 25 F. Cas., p. 256.

mecanismo de reforma de la Constitución previsto en el Artículo V de la Constitución. Además, rechazó de plano que el jurado pudiera ejercer la *judicial review*:

“Según el artículo sexto de la constitución, se establece (entre otras cosas) que todos los miembros del congreso, y de las diversas legislaturas estatales, y todos los funcionarios judiciales de los Estados Unidos, y de los diversos estados, estarán obligados a defender la constitución por un juramento o afirmación. Por esta disposición, entiendo que cada persona, tanto juramentada como afirmada, promete que preservará la constitución tal como está establecida, y la distribución de poderes otorgada de ese modo; y que no aceptará ninguna enmienda o alteración de la misma, sino en la forma prescrita en el artículo quinto; y que no dará su consentimiento a ninguna usurpación por parte de una rama de la legislatura sobre la otra, o sobre el ejecutivo, o por el ejecutivo sobre cualquiera de las ramas, o por cualquier departamento o funcionario del gobierno, del poder otorgado a otro; o que el poder otorgado a cualquiera sea ejercido por otros. También entiendo por este compromiso, que la persona que lo toma, promete también que se opondrá por su ejemplo, argumento, consejo y persuasión, y por todos los demás medios en su poder, salvo la fuerza, a cualquier diseño, consejo o intento de deteriorar o destruir la constitución. Si la exposición de esta obligación solemne es sustancialmente correcta, no puedo creer que cualquier persona que tenga la misma comprensión de ella sostenga que un pequeño jurado pueda ejercer legítimamente el poder otorgado por la constitución al poder judicial federal”⁴⁸⁷.

Chase concluyó que solamente el poder judicial podía ejercer el control de constitucionalidad de las leyes⁴⁸⁸:

“A partir de estas consideraciones, saco esta conclusión: que el poder judicial de los Estados Unidos es la única autoridad apropiada y competente para decidir si

⁴⁸⁷ Ídem.

⁴⁸⁸ Según PRESSER, Marshall estaba entre el público cuando Chase hizo esta alocución al jurado y luego repitió en *Marbury* lo dicho por Chase (PRESSER, Stephen B., “Some Alarming Aspects of the Legacies of Judicial Review and of John Marshall”, *William and Mary Law Review*, Vol. 43, p. 1507 [2002]). Más allá de los méritos de la exposición que hizo en defensa del control judicial de constitucionalidad, a la luz de lo expuesto en los capítulos anteriores, la idea de que Chase haya sido la principal inspiración de Marshall no parece convincente.

alguna ley sancionada por el Congreso (o cualquiera de las legislaturas estatales) es contraria a la constitución federal, o si se sanciona en violación a ella. [...] Creo que ha sido la opinión general y prevaleciente en toda la Unión, que el poder que ahora quiere ejercer un jurado, pertenece propiamente a los tribunales federales”⁴⁸⁹.

La actuación de Chase en este caso disparó, junto con otras acusaciones, un célebre procedimiento de remoción impulsado por el presidente Jefferson. Como es sabido, Chase fue el único *Justice* de la Suprema Corte en ser sometido a *impeachment* en la historia de los Estados Unidos. Tal como explicaré más adelante, su absolución tuvo un gran impacto en la consolidación de la independencia del poder judicial, y, por ende, en la del control judicial de constitucionalidad⁴⁹⁰.

Ese mismo año, Chase repetiría su postura favorable al control judicial de constitucionalidad en *Cooper v. Telfair*⁴⁹¹, aunque afirmó, erróneamente, que no había una decisión de la Corte sobre este punto.

(v) ***Hollingsworth v. Virginia, Brailsford v. Georgia y Moultrie v. Georgia (1798)***

El 8 de enero de 1798, el presidente John Adams anunció al Congreso que, con la resolución de ratificación de la legislatura del estado de Kentucky, la Enmienda XI había sido ratificada por la cantidad de estados requerida por la Constitución para poder entrar en vigencia⁴⁹². Esa enmienda constitucional había sido impulsada el 2 de diciembre de 1793 para revertir la decisión de la Suprema Corte en el caso *Chisholm v. Georgia*⁴⁹³, que reconoció la competencia originaria de la Corte en los casos en que un

⁴⁸⁹ 25 F. Cas., p. 256.

⁴⁹⁰ Analicé este *impeachment* en detalle en GARCÍA-MANSILLA, Manuel José, “El impeachment al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso”, en SANTIAGO, Alfonso (h) (Director), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 185/214.

⁴⁹¹ 4 U.S. (4 Dall.) 14 (1800). Chase afirmó que: “It is indeed, a general opinion, it is expressly admitted by all this bar, and some of the Judges have, individually, in the Circuits, decided that the Supreme Court can declare an act of congress to be unconstitutional and therefore, invalid; but there is no adjudication of the Supreme Court itself upon the point” (4 U.S. (4 Dall.), p. 19).

⁴⁹² *Annals of the Congress of the United States. Fifth Congress*, Gales and Seaton, Washington, 1851, p. 809. La Enmienda XI dispone: “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State”.

⁴⁹³ 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

ciudadano de un estado había demandado a otro estado. Unas semanas después del anuncio de la entrada en vigencia de la enmienda constitucional, a instancias del *Attorney General* Charles Lee, la Corte desestimó todos los casos pendientes en una sentencia muy conocida, *Hollingsworth v. Virginia*⁴⁹⁴, y en dos casos no reportados por Dallas: *Brailsford v. Georgia* y *Moultrie v. Georgia*.

De las minutas correspondientes al 14 de febrero de 1798, surge que los *Justices* Chase, Cushing, Iredell y Paterson resolvieron estos tres casos en orden y del siguiente modo:

“La Corte opina que, en consideración de la Enmienda de la Constitución relacionada con los juicios contra los Estados, no tiene jurisdicción sobre esta causa”⁴⁹⁵.

En el caso *Hollingsworth* y en el caso *Moultrie* la minuta, además, agrega que “en consecuencia, la Corte considera que la ley sea desechada”⁴⁹⁶. En definitiva, en todos estos casos, la Suprema Corte aplicó retroactivamente la Enmienda XI y dejó sin efecto el artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789 que había permitido esos reclamos entre ciudadanos de un estado contra otro estado⁴⁹⁷. A ese momento, ese artículo de la *Judiciary Act* de 1789 estaba vigente. Sin embargo, la Corte se vio en la obligación de dejar de aplicarlo debido su conflicto evidente con la Enmienda XI de la Constitución.

Aunque reconoce la peculiaridad de estos casos, Treanor afirma que la Corte ejerció en los tres el control judicial de constitucionalidad ya que una ley federal terminaría siendo invalidada por ser inconsistente con la Constitución reformada⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798).

⁴⁹⁵ SURRENCY, Edwin C. (editor), “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, en *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, No. 3, p. 267 (1963).

⁴⁹⁶ “It is therefore considered by the Court that the Bill be dismissed” (*Hollingsworth*), “It is therefore considered by the Court that the Bill be dismissed so far as respects the State of Georgia” (*Moultrie*). En el caso *Brailsford*, en cambio, dice “It is therefore considered by the Court that this Suit be discontinued” (SURRENCY, “The Minutes of the Supreme Court...”, p. 267).

⁴⁹⁷ En su parte pertinente, el artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789 disponía: “That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction”. Ese mismo artículo es el que sería invalidado en “*Marbury v. Madison*”.

⁴⁹⁸ TREANOR, “Judicial Review...”, p. 547.

Desde una perspectiva similar, uno de los principales estudiosos de la historia de la Suprema Corte afirma que el caso *Hollingsworth* debería descartar el saber convencional que indica que *Marbury* fue la primera vez en que la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso. Currie sostiene que el artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789, que la Corte en *Chisholm* había interpretado que autorizaba las demandas de un ciudadano de un estado contra otro estado en la Suprema Corte, todavía estaba vigente en 1798 y no había sido modificado. Pero la Corte lo trató como si no fuera derecho válido debido a la aprobación de la Enmienda XI⁴⁹⁹.

Del reporte de Dallas surge que, como parte de la decisión en *Hollingsworth*, la Corte tuvo que atender un cuestionamiento acerca de la invalidez de la reforma constitucional por no haber sido enviada al Ejecutivo para su aprobación⁵⁰⁰. La Corte analizó la atribución que ejerce el Congreso en el proceso de enmienda y sostuvo que no es de carácter legislativo y que, por ende, no puede ser objeto de un veto por parte del presidente. En su voto, el *Justice* Samuel Chase sostuvo:

“el caso de las enmiendas es evidentemente un acto sustantivo, desconectado del trabajo ordinario de la legislación, y no está dentro de la política, o los términos, que confieren al Presidente un veto sobre las leyes y resoluciones del Congreso”⁵⁰¹.

Llama la atención que aquellos que sostienen que el control judicial de constitucionalidad nació con el célebre *Marbury v. Madison*, olviden que en *Hollingsworth* la Corte controló no ya una ley, sino nada menos que el proceso de reforma constitucional que derivó en la aprobación de la Enmienda XI. Y lo hizo cinco años antes que *Marbury*. Por eso, se ha dicho con cierta razón que: “El control judicial de constitucionalidad sobre el proceso de enmienda constitucional es, en cierto sentido, más antiguo que la propia revisión judicial de las leyes”⁵⁰².

⁴⁹⁹ CURRIE, David P., “The Constitution in the Supreme Court: 1789-1801”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 48, No. 4, p. 842 (1981).

⁵⁰⁰ 3 U.S., p. 379.

⁵⁰¹ 3 U.S., p. 381.

⁵⁰² DELLINGER, Walter, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process”, *Harvard Law Review*, Vol. 97, p. 403 (1983).

(vi) **El caso *Mossman* (1800)**

Algunos autores incluyen al caso *Mossman v. Higginson*⁵⁰³ como un caso de control judicial de constitucionalidad. Según Whittington, “en el año 1800, tres años antes que *Marbury*, la Suprema Corte bajo el Chief Justice Oliver Ellsworth invalidó por primera vez un aspecto de la *Judiciary Act* de 1789”⁵⁰⁴. Sin embargo, es evidente que no era la primera vez ya que, como expliqué en el punto anterior, en los casos *Hollingsworth*, *Brailsford* y *Moultrie* de 1798 la Corte ya había dejado sin efecto el artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789.

En *Mossman* se discutía la aplicación del artículo 11 de la *Judiciary Act* de 1789 en cuanto extendía la jurisdicción federal de las cortes de circuito a los casos en que un extranjero fuera parte⁵⁰⁵. Esa referencia de la ley a los casos en que un extranjero fuera parte no tenía sustento en el texto de la Constitución de 1787.

El caso *Mossman* surgió a raíz de una demanda presentada en un tribunal federal de circuito por parte de un mercader británico de apellido Higginson que pretendía cobrar una vieja deuda. La demanda se había iniciado en un tribunal federal invocando el artículo 11 de la *Judiciary Act* de 1789. Los abogados de Mossman, que era albacea del deudor fallecido, alegaron que no surgía del expediente que alguna de las partes fuera un ciudadano norteamericano. Además, plantearon que el Congreso no podía ni alterar ni extender a través de una ley las disposiciones de la Constitución, que no establecía en ninguna parte la jurisdicción federal para los juicios entre dos extranjeros⁵⁰⁶. La Suprema Corte le dio la razón a Mossman. A pesar de lo establecido en el texto de la *Judiciary Act* de 1789, la Corte explicó que el poder del Congreso para establecer la jurisdicción federal estaba limitado a los casos entre ciudadanos y extranjeros y que debía interpretarse la ley de esa forma⁵⁰⁷.

⁵⁰³ 4 U.S. 12 (1800).

⁵⁰⁴ WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, pp. 73/74.

⁵⁰⁵ En su parte pertinente, el artículo 11 de la *Judiciary Act* de 1789 establecía que: “That the circuit courts shall have original cognizance, concurrent with the courts of the several States, of all suits of a civil nature at common law or in equity, where the matter in dispute exceeds, exclusive of costs, the sum or value of five hundred dollars, and the United States are plaintiffs or petitioners; or an alien is a party, or the suit is between a citizen of the State where the suit is brought and a citizen of another State” (énfasis agregado).

⁵⁰⁶ 4 U.S., p. 13.

⁵⁰⁷ “[T]he 11th section of the judiciary act can, and must, receive a construction, consistent with the constitution. It says, it is true, in general terms, that the Circuit Court shall have cognizance of suits “where an alien is a party;” but as the legislative power of conferring jurisdiction on the federal Courts,

Si bien el reporte del caso es también escueto, lo cierto es que la Corte ejerció efectivamente el control de constitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1789. Y lo hizo a través de una peculiar interpretación del texto de la ley para poder ajustarla a la Constitución⁵⁰⁸. Algunos podrían alegar, no sin cierta razón, que estamos frente a un ejercicio temprano de lo que la doctrina europea denominaría modernamente como “interpretación conforme con la Constitución” similar al norteamericano *canon of avoidance*⁵⁰⁹.

(vii) *Marbury* no fue el primero

La revisión que hice en los puntos anteriores arroja un resultado evidente: *Marbury v. Madison* no fue el primer caso en que un tribunal federal controló la constitucionalidad de una ley del Congreso en los Estados Unidos. Esa revisión también permite comprobar que *Marbury* tampoco fue el primer caso en que se declaró inconstitucional una ley del Congreso. De los precedentes que reseñé⁵¹⁰, surge que, tal como explica Whittington, *Marbury v. Madison* fue la sexta (o la séptima, agregó yo) ocasión en que la Suprema Corte de los Estados Unidos ejerció de forma sustantiva el control de constitucionalidad de legislación federal desde 1789. Y también es la tercera (o la cuarta, agregó yo) en que un tribunal federal se rehusó a aplicar una ley del Congreso en un caso concreto por considerarla inconsistente con la Constitución⁵¹¹.

A pesar de que *Marbury* sigue siendo evocada en la actualidad como la sentencia que estableció el control judicial de constitucionalidad, lo cierto es que en la época no generó esa apreciación. De hecho, los contemporáneos de Marshall no trataron esa sentencia como una decisión trascendente que hubiera creado un nuevo poder o

is, in this respect, confined to suits between citizens and foreigners, we must so expound the terms of the law, as to meet the case, "where, indeed, an alien is one party," but a citizen is the other" (4 U.S., p. 14).

⁵⁰⁸ Según Currie, la Corte se tomó por primera vez en este caso la libertad de interpretar una ley federal de un modo peculiar para evitar tener que declarar su inconstitucionalidad en el caso (CURRIE, “The Constitution...”, p. 851).

⁵⁰⁹ GOLDMAN, Brian Taylor, “The Classical Avoidance Canon as a Principle of Good-Faith Construction”, *Journal of Legislation*, Vol. 43, No. 2, p. 182 (2017).

⁵¹⁰ Parte de la doctrina norteamericana incluye otros casos como el voto en disidencia de James Iredell en *United States v. Ravara* de 1793 (TREATOR, “Judicial Review...”, pp. 538/540). No lo incluyo porque existe muy poco material de peso como para poder analizar y formarse algún tipo de convicción al respecto.

⁵¹¹ WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, p. 81.

decidido algo especialmente importante en relación con el rol de los jueces⁵¹². Incluso más de un siglo después, en su clásico estudio sobre la Corte, Warren lo denomina como “el caso del mandamus” (“the *mandamus* case”)⁵¹³. Cabe tener en cuenta, además, que, al igual que ocurrió antes a nivel estatal, en muchos de los casos reseñados hay evidencias que demuestran que eran los propios abogados de las partes los que planteaban la eventual inconstitucionalidad de las leyes. Esto sugiere claramente la aceptación generalizada del control judicial de constitucionalidad de las leyes, primero a nivel estadual y luego a nivel federal⁵¹⁴. Por ello, es que no llama la atención que parte de la doctrina moderna en los Estados Unidos afirme ahora, tal vez de forma exagerada, que la famosa sentencia de Marshall “es bastante menos importante de lo que comúnmente se supone”⁵¹⁵.

Recapitulación:

La revisión de los casos en los que los jueces de la Suprema Corte, en su accionar como integrantes de tribunales de circuito, o del propio tribunal me permite demostrar que *Marbury* no fue el primer caso en que se ejerció el control judicial de constitucionalidad sobre una ley federal. Tampoco fue el primer caso en que se invalidó una ley federal en el marco del ejercicio del deber de los jueces de decidir casos de acuerdo al derecho vigente.

En algunas de sus variantes, el mito de *Marbury* va también acompañado de un cuestionamiento implícito adicional: dado que Marshall había logrado que los jueces federales se autoadjudicaran la *judicial review* en medio de un conflicto político, fueron prudentes en no volver a ejercer esa extraordinaria facultad para invalidar una ley del Congreso. Y cuando lo volvieron a hacer en 1857, ayudaron a desatar la Guerra Civil norteamericana.

⁵¹² WHITTINGTON, Keith E., “Judicial Review Before the Civil War”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, p. 1286 (2009).

⁵¹³ WARREN, *The Supreme Court...*, Tomo I (1789-1821), p. 231 y sgtes.

⁵¹⁴ Se ha dicho, con razón, que “judicial review [...] was part of the legal spirit of the time” (SCHWARTZ, Bernard, *A Commentary on the Constitution of the United States*, Tomo I, The Macmillan Co., New York, 1963, p. 18).

⁵¹⁵ KLARMAN, Michael J., “How Great Were the ‘Great’ Marshall Court Decisions?”, *Virginia Law Review*, Vol. 87, p. 1113 (2001). Aclaro que no comparto todas las críticas que Klarman hace a la sentencia en sí.

Esa afirmación, que aparece solamente en las posturas más extremas de aquellos que sostienen la fábula acerca de los orígenes supuestamente peculiares del control judicial de constitucionalidad⁵¹⁶, también es falsa. En su minucioso libro publicado en 2019, Whittington demuestra que entre 1789 y 1863 la Suprema Corte evaluó de forma sustantiva la constitucionalidad de leyes federales en nada menos que 62 ocasiones. Durante ese período la Corte limitó o declaró la invalidez de leyes federales en el 32% de los casos, número que supera el promedio del 26% que tiene el tribunal entre 1789 y 2019 (lo que también desmiente empíricamente el carácter supuestamente contramayoritario de la *judicial review*)⁵¹⁷. Es decir que, en la época que va desde *Marbury* a *Dred Scott*, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad fue mucho más habitual de lo que se supone.

Además, hay que tener en cuenta que, en los primeros años de la república, la Suprema Corte no tuvo tantos planteos judiciales con cuestiones constitucionales para resolver. De hecho, hasta 1820, resolvería un promedio de menos de un caso por año en el que tuviera que ejercer el control y revisión de la constitucionalidad de una ley federal. Sin embargo, a partir de 1830, la Corte resolvería uno o más por año, especialmente a partir de la presidencia de Andrew Jackson⁵¹⁸.

Si bien existe discusión sobre algunos de esos precedentes en los que la Corte ejerció el control judicial de constitucionalidad antes de *Dred Scott*⁵¹⁹, lo cierto es que los casos fueron, como mínimo, más de 50⁵²⁰. A modo de ejemplo, aun durante la presidencia de Marshall, la Corte tuvo que resolver planteos de inconstitucionalidad de leyes federales relacionadas con la delegación legislativa⁵²¹, con cuestiones

⁵¹⁶ Por todos, ver SUNSTEIN, Cass R., “*Dred Scott v. Sanford* and Its Legacy”, en GEORGE, Robert P. (Editor), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2000, p. 65.

⁵¹⁷ WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, p. 62.

⁵¹⁸ WHITTINGTON, “Judicial Review...”, p. 1268.

⁵¹⁹ Ver, por ejemplo, MAHONEY, Dennis J., “A Historical Note on *Hodgson v. Bowerbank*”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 49, p. 725 (1982).

⁵²⁰ El listado completo de esos casos se puede consultar en WHITTINGTON, “Judicial Review...”, pp. 1330/1331.

⁵²¹ Ver, por ejemplo, *Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813), *United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.) 153 (1820) y *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825).

impositivas⁵²², con problemas asociados al otorgamiento de tierras⁵²³, al derecho a ser juzgado mediante el juicio por jurados⁵²⁴, etc. Con el cambio paulatino en su integración, así como su transición a la presidencia del *Chief Justice* Roger B. Taney, la Suprema Corte no solo continuaría ejerciendo el control judicial de constitucionalidad sobre leyes federales, sino que lo haría de forma más frecuente. Y, tal como explica Whittington, varias veces encontró que tanto la redacción como la aplicación de varias leyes federales excedían la autoridad constitucional del Congreso⁵²⁵. Así lo hizo, por ejemplo, en materia de federalismo en el marco de disputas por tierra⁵²⁶, para proteger el derecho de propiedad⁵²⁷, para extender la jurisdicción federal en casos de almirantazgo⁵²⁸, para limitar el poder del Congreso sobre los nuevos estados⁵²⁹, etc.

Una vez más recurro a Whittington, quien afirma que:

“La práctica de revisar la constitucionalidad de la legislación federal y sus aplicaciones se desarrolló gradualmente a lo largo de las primeras décadas de la república. Esa práctica no consistió en un solo caso inventando el poder de la *judicial review* y otro, décadas más tarde, utilizando ese poder de manera impactante. A lo largo de los primeros años de la república, se le pidió rutinariamente a la Suprema Corte que resolviera cuestiones constitucionales relacionadas con el alcance de la autoridad legislativa del Congreso y que impusiera límites constitucionales contra esa rama coordinada del gobierno nacional. La Corte alentó rápidamente a los litigantes a plantear estas cuestiones, ya que expresó pocas dudas acerca de su propia responsabilidad para evaluar la constitucionalidad de las acciones legales que se le pedía tomar en los casos que

⁵²² *Loughborough v. Blake*, 18 U.S. (5 Wheat.) 317 (1820).

⁵²³ *Reynolds v. M'Arthur*, 27 U.S. (2 Pet.) 417 (1829) y *United States v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833).

⁵²⁴ *Parsons v. Bedford*, 28 U.S. (3 Pet.) 433 (1830) y *United States v. Phelps*, 33 U.S. (8 Pet.) 700 (1834).

⁵²⁵ WHITTINGTON, “Judicial Review...”, p. 1308.

⁵²⁶ *Mayor of New Orleans v. United States*, 35 U.S. (10 Pet.) 662 (1836) y *Pollard v. Hagan*, 44 U.S. (3 How.) 212 (1845).

⁵²⁷ *Lylte v. Arkansas*, 50 U.S. (9 How.) 314 (1850).

⁵²⁸ *Propeller Genesee Chief v. Fitzhugh (The Genesee Chief)*, 53 U.S. (12 How.) 443 (1851), *N.J. Steam Navigation Co. v. Merchants' Bank of Boston*, 47 U.S. (6 How.) 344 (1848), y *Waring v. Clarke*, 46 U.S. (5 How.) 441 (1847).

⁵²⁹ *Benner v. Porter*, 50 U.S. (9 How.) 235 (1850) y *McNulty v. Batty*, 51 U.S. (10 How.) 72 (1850).

se le presentaron y de negarse a aplicar las leyes federales de formas que excedieran la autoridad del Congreso. Aunque esos desafíos constitucionales dieron como resultado que la Corte aprobara, generalmente, la política federal, la Corte se constituyó en un foro dentro del cual los argumentos constitucionales podían ser planteados y decididos”⁵³⁰.

En definitiva, los casos *Marbury* y *Dred Scott*, más allá de su innegable importancia, son apenas la punta del iceberg y no todo el edificio del control judicial de constitucionalidad construido entre 1787 y 1857⁵³¹. Si bien lo expuesto hasta aquí alcanza, ahora sí, para dar por superado el mito de *Marbury*, creo que vale la pena hacer un esfuerzo adicional para contextualizar la importancia de esa sentencia de Marshall. Antes de analizar concretamente las partes del fallo *Marbury v. Madison* referidas al control judicial y contrastarlas con todas las defensas que se hicieron previo a 1803, creo que es necesario hacer una revisión exhaustiva del debate que se dio en el Congreso federal a la hora de derogar la *Judiciary Act* de 1801 que dio lugar a la designación de los célebres “jueces de la medianoche”. Esa revisión no solo aportará evidencias adicionales para terminar de refutar el mito de *Marbury*, sino también sobre cuán extendida estaba la idea de que la función judicial efectivamente incluía la de dejar sin efecto las leyes que contradigan la Constitución federal en el marco de un caso concreto. Y también sobre qué impacto tuvieron muchos de los precedentes judiciales que reseñé, tanto a nivel local como federal, en la que los jueces ejercieron esa atribución tan especial en cumplimiento de sus deberes.

⁵³⁰ WHITTINGTON, “Judicial Review...”, p. 1325.

⁵³¹ WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, p. 60.

Segunda Parte

Durante *Marbury*

Capítulo IV

El debate sobre el control judicial en el Congreso en 1802

Planteamiento:

El objetivo de este capítulo es demostrar lo extendido que se encontraba la idea del control judicial de constitucionalidad antes de 1803 y cómo fue objeto de un debate concreto en el Congreso antes de que se dictara la célebre sentencia. Ese debate, además, me permite mostrar el impacto que tuvieron algunos de los diversos precedentes que mencioné en los capítulos anteriores.

Con llamativa frecuencia, en los trabajos académicos relacionados con el origen del control judicial de constitucionalidad, se suele omitir toda referencia o análisis a la ardua y larga discusión que se dio en el Congreso federal en los primeros meses de 1802. Allí se debatió un proyecto de ley para derogar la *Judiciary Act* de 1801⁵³². Ese proyecto fue, finalmente, aprobado y se convirtió en lo que se conoce como la *Judiciary Act* de 1802⁵³³. El debate legislativo en cuestión se dio un año antes del dictado de la sentencia de *Marbury v. Madison*⁵³⁴ y está plagado de referencias y discusiones acerca

⁵³² United States Statutes at Large, Vol. 2, 6th. Congress, 2nd. Session, Ch. 4, p. 89 (1801) (“An Act to provide for a more convenient organization of the Courts of the United States”).

⁵³³ Se trata, en realidad, de dos leyes: (i) una sancionada el 8 de marzo de 1802, United States Statutes at Large, Vol. 2, 7th. Congress, 2nd. Session, Ch. 8, p. 132 (1802) (“An Act to repeal certain aspects of the organization of the Courts of the United States; and for other purposes”), que derogó las dos leyes sancionadas al final del gobierno de Adams; y (ii) otra sancionada el 29 de abril de 1802 United States Statutes at Large, Vol. 2, 7th. Congress, 2nd. Session, Ch. 31, p. 156 (1802) (“An Act to amend the Judicial System of the United States”), que, entre otras cosas, eliminó las sesiones de la Suprema Corte de junio y diciembre de 1802. Esa es la razón por la cual “Marbury” fue decidido recién en marzo de 1803.

⁵³⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

de la facultad de los jueces de dejar sin efecto leyes del Congreso debido a su inconstitucionalidad. Cualquiera que se tome el trabajo de repasar esa discusión en detalle encontrará referencias de legisladores de diversos orígenes y estados que reconocen que esa facultad judicial existía (algunos pocos la impugnaban) y que, además, ya había sido ejercida por tribunales estatales y por la propia Suprema Corte estadounidense con anterioridad. Nos encontramos nuevamente con evidencia histórica que contradice frontalmente el mito de *Marbury*.

La discusión en el Congreso se dio primero a raíz de un proyecto de ley presentado a instancias del presidente Thomas Jefferson que proponía derogar sin más la ley sancionada el 13 de febrero de 1801, durante los últimos días de la presidencia de John Adams. El principal problema constitucional derivado de este proyecto de ley era la situación en que quedaban los jueces que ya habían sido designados por Adams, previo acuerdo del Senado. En particular, se discutía si la derogación de la *Judiciary Act* de 1801 eliminaba los tribunales que esa ley había creado y, por consiguiente, dejaba sin efecto también las designaciones de esos jueces federales. Y, por supuesto, cómo afectaba esta decisión del Congreso a la independencia del poder judicial. Al momento de debatir este último punto es que varios diputados y senadores hicieron referencia expresa al control judicial de constitucionalidad. Si bien el tema en sí mismo no estaba en discusión, ya que el proyecto de ley no se refería en absoluto a la *judicial review*, varios legisladores remarcaron la importancia de la independencia del Poder Judicial para poder ejercer ese control sobre las leyes del Congreso. La mayoría de ellos consideraba a ese control judicial como parte del mecanismo de separación de poderes con frenos y contrapesos previsto en la Constitución estadounidense.

Al igual que ocurre con ciertos aspectos del caso *Marbury*, algunos historiadores del derecho propagaron ideas equivocadas acerca del propósito y aun del contenido de la *Judiciary Act* de 1801⁵³⁵. Lo propio podría decirse de su derogación a través de lo que se conoce como la *Judiciary Act* de 1802. A los efectos de la tesis que defiendo en esta tesis, no hace falta exponer y analizar esa historia. Tampoco hace falta revisar en profundidad todo el interesante y profundo debate que se dio en el Congreso acerca de

⁵³⁵ SURRENCY, Erwin C., “The Judiciary Act of 1801”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 2, No. 1, p. 53 (1958). Según SURRENCY, la *Judiciary Act* de 1801 es una de las leyes más polémicas de la historia del sistema judicial estadounidense (ídem).

los alcances de la facultad de crear tribunales inferiores a la Suprema Corte y si incluía o no la de abolirlos y, en su caso, con qué consecuencias⁵³⁶. Alcanza con repasar las principales discusiones en el Senado y en la Cámara de Representantes. Esa revisión refuerza la tesis que vengo sosteniendo en cuanto a los orígenes del control judicial de constitucionalidad y cómo fue que se impuso gradualmente en la práctica en un marco de tradición y novedades institucionales. Más allá del posicionamiento político asumido por cada bando en la disputa generada por las acciones de último momento del presidente Adams, creo que los argumentos que exponen las posturas favorables al control judicial en este debate son una muestra clara de esa amalgama de ideas que dio origen a la *judicial review* y que expondré en detalle más adelante. Las posturas contrarias, en cambio, pueden ser una muestra del peso que todavía tenía la tradición que se había pretendido abandonar durante la Revolución Norteamericana. Pero también pueden ser vistas como una reacción tardía ante la novedosa mirada que se había impuesto sobre el poder judicial, su independencia funcional y el rol de los jueces en el sistema constitucional estadounidense. Todo ello impactado por la gran novedad que introducen los revolucionarios norteamericanos: una constitución escrita, con el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía en el sistema.

La metodología que seguiré es la transcripción de las opiniones de diversos legisladores en el transcurso de este importante debate. La extensión de las citas puede ser considerada exagerada. Sin embargo, se trata de material que, a pesar de su importancia, no suele ser citado ni en inglés, ni en castellano y que, por esa misma razón, debe ser debidamente divulgado.

1. El debate en el Senado

El debate por la derogación de la *Judiciary Act* de 1801 comenzó el 6 de enero de 1802 con una moción de John Breckinridge senador por el estado de Kentucky⁵³⁷. Breckinridge había recibido varias cartas de ciudadanos de su estado pidiendo cambios en el sistema judicial. Antes de hacer esta drástica moción, Breckinridge fue asesorado

⁵³⁶ El Artículo 1, Sección 8ª de la Constitución dispone que: “*The Congress shall have Power [...] To constitute Tribunals inferior to the supreme Court*”. A su vez, el Artículo III, Sección 1ª establece que: “*The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish*”.

⁵³⁷ *Annals of the Congress of the United States. Seventh Congress*, Gales and Seaton, Washington, 1851, pp. 23/24.

por el célebre John Taylor of Caroline⁵³⁸. Así pudo analizar de antemano algunos de los posibles argumentos que se plantearían en contra de los efectos que tendría esa derogación, en particular la abolición de tribunales ya creados y con jueces designados de por vida⁵³⁹.

A los dos días, en la sesión del 8 de enero de 1802, el senador Jonathan Mason del estado de Massachusetts comenzó a criticar el proyecto de ley que se proponía para derogar la *Judiciary Act* de 1801. Allí, el senador del partido Federalista advirtió que, salvo el *impeachment*, la Constitución había puesto a todos los jueces federales fuera del alcance del Congreso para que puedan ejercer de forma independiente, libre de presiones, el control judicial de constitucionalidad:

“sabía que un cuerpo legislativo estaba sujeto, ocasionalmente, al dominio de pasiones violentas; sabía que ese cuerpo podía aprobar leyes inconstitucionales; y que los jueces, que juraron defender la Constitución, se negarían a ponerlas en vigor; y sabía que la Legislatura podía batallar por la ejecución de sus leyes. De ahí la necesidad de colocar a los jueces por encima de la influencia de estas pasiones; y, por estas razones, es que la Constitución los había puesto fuera del poder de la Legislatura”⁵⁴⁰.

En la misma sesión, el senador Gouverneur Morris del estado de Nueva York, también Federalista y uno de los principales actores de la Convención de Filadelfia, enfatizó la visión de un poder legislativo limitado y la importante función que cumplían los jueces federales de controlar las leyes del Congreso. En ese marco, Morris explicó que:

⁵³⁸ Taylor había sido el abogado del demandante en el caso *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

⁵³⁹ Al respecto, ver CARPENTER, William S., “Repeal of the Judiciary Act of 1801”, *The American Political Science Review*, Vol. 9, No. 3, pp. 523/526 (1915).

⁵⁴⁰ “Mr. Mason knew that a Legislative body was occasionally subject to the dominance of violent passions; he knew that they might pass unconstitutional laws; and that the judges, sworn to support the Constitution, would refuse to carry them into effect; and he knew that the Legislature might contend for the execution of their statutes. Hence the necessity of placing the judges above the influence of these passions; and for these reasons the Constitution had put them out of the power of the Legislature” (*Annals...*, p. 33).

“Si la humanidad fuera razonable, no querrían ningún gobierno. Por lo tanto, se requieren controles en la distribución del poder entre quienes lo ejercerán en beneficio del pueblo. ¿El pueblo de Norteamérica concedió todos los poderes a la Legislatura? No. Habían concedido a los jueces un control destinado a ser eficiente, un control de primera necesidad, para evitar una invasión de la Constitución por leyes inconstitucionales, un control que podría evitar que cualquier facción intimidara o aniquilara a los propios tribunales”⁵⁴¹.

En la sesión del 12 de enero de 1802, el senador James Jackson del estado de Georgia, veterano de la guerra revolucionaria y ex gobernador de ese mismo estado, presentó los primeros argumentos en defensa del proyecto de ley para derogar la *Judiciary Act* de 1801. Luego de leer el Artículo III, Sección 1ª de la Constitución⁵⁴², intentó mostrar el diferente trato que la Constitución le daba a la Suprema Corte y a los tribunales federales inferiores. Jackson afirmó que:

“Aquí, entonces, hay dos tribunales. Primero, la Suprema Corte, criatura de la Constitución, criatura del pueblo; la otra, los tribunales de jurisdicciones inferiores, criaturas de la Legislatura. Y a pesar del juego de los caballeros sobre las palabras *debe* (shall) y *puede* (may), tienen un significado esencialmente diferente. La palabra *deberá*, aplicada a la Corte Suprema, es imperativa y autoritativa, mientras que la palabra *podrá*, aplicada a los tribunales inferiores, es discrecional y deja a la Legislatura la voluntad de actuar o no actuar, según lo estime conveniente”⁵⁴³.

⁵⁴¹ “If mankind were reasonable, they would want no Government. Hence, checks are required in the distribution of power among those who are to exercise it for the benefit of the people. Did the people of America vest all powers in the Legislature? No; they had vested in the judges a check intended to be efficient—a check of the first necessity, to prevent an invasion of the Constitution by unconstitutional laws—a check which might prevent any faction from intimidating or annihilating the tribunals themselves” (*Annals...*, p. 38).

⁵⁴² “*The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office*”.

⁵⁴³ “Here then, said he, are two tribunals. First, the Supreme Court, the creature of the Constitution, the creature of the people; the other, the inferior jurisdictions, the creature of the Legislature. And notwithstanding the play of gentlemen upon the words shall and may, they are in meaning essentially different. The word shall, applied to the Supreme Court, is imperative and commanding, while the word may, applied to the inferior courts, is discretionary, and leaves to the Legislature a volition to act, or not to act, as it sees fit” (*Annals...*, p. 48).

Acto seguido, para ilustrar esas supuestas diferencias, Jackson dio a entender que el control judicial debería estar en manos de la Suprema Corte solamente y recordó para ello la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por la Suprema Corte al dejar sin efecto la *Invalid Pension Act* de 1792 que establecía una pensión para veteranos de la guerra de independencia que hubieran quedado con algún grado de incapacidad:

“Nuevamente, ¿por qué se designan los poderes peculiares y exclusivos de la Suprema Corte en la siguiente sección de la Constitución, si no es porque la Constitución consideró a ese tribunal como absolutamente establecido; mientras veía a los tribunales inferiores como dependientes de la voluntad de la Legislatura? Y que este fue el caso fue evidente a partir de la conducta de la Suprema Corte sobre la ley de pensiones, que esa Corte había declarado inconstitucional hace algún tiempo; y cuya declaración, estaba convencido, no habría sido arriesgada por un tribunal inferior”⁵⁴⁴.

Esta confirmación de un senador Republicano, partidario de Jefferson y, por ende, crítico del poder judicial refuerza la conclusión que expuse en cuanto al alcance de los dos casos de la Suprema Corte no reportados (*Chandler* y *Yale Todd*), de febrero de 1794, y de la declaración de inconstitucionalidad de la *Invalid Pension Act*. Esta mención a los casos de la Corte por la ley federal de 1792 no sería la única que se haría a lo largo del debate.

En esa misma sesión, el senador Uriah Tracy del estado de Connecticut, abogado recibido en Yale, trazó un paralelismo entre el control judicial y el derecho a la resistencia a la opresión:

“¿Qué seguridad hay para un individuo, si la Legislatura de la Unión o la de cualquier Estado en particular, aprueba una ley, haciendo criminal cualquiera de sus transacciones que hubieran tenido lugar antes de la fecha de esa ley? Ninguna en el mundo, salvo por una apelación al Poder Judicial de los Estados

⁵⁴⁴ “Again, why are the peculiar and exclusive powers of the Supreme Court designated in the following section of the Constitution, but because the Constitution considered that tribunal as absolutely established; while it viewed the inferior tribunals as dependent upon the will of the Legislature? And that this was the case was evident from the conduct of the Supreme Court on the pension act, which that court had some time since declared unconstitutional; and which declaration, he was convinced, would not have been hazarded by an inferior tribunal” (*Annals...*, p. 48).

Unidos, donde obtendrá una decisión de que la ley misma es inconstitucional y nula, o por un recurso a los principios revolucionarios, provocando una guerra civil”⁵⁴⁵.

En la sesión del 14 de enero de 1802, el senador William Cocke del estado de Tennessee, hizo primero una defensa del sistema de frenos y contrapesos y de la independencia del Poder Judicial como parte de ese mecanismo de control recíproco entre los poderes:

“Nuestro Gobierno es un sistema de controles saludables: una rama del Poder Legislativo es un control de la otra. Y si la violencia del espíritu partidista se lleva a ambas ramas, el presidente, un oficial de gran honor, alto en la confianza del público, cargado de preocupaciones importantes, responsable de su propia reputación y frente al mundo, está listo para detener también ese curso impetuoso de ellas. Este es nuestro sistema. No hace un llamamiento enloquecido a todas las multitudes del país. Apela al sentido sobrio de los hombres seleccionados entre sus conciudadanos por sus talentos, por su virtud; de hombres adelantados en vida, y de juicio maduro. Apela a su comprensión, a su integridad, a su honor, a su amor por la fama, a su sentido de la vergüenza. Si todos estos controles resultaran insuficientes, y ¡ay! tal es la condición de la naturaleza humana, que temo que no siempre serán suficientes, la Constitución nos ha dado uno más: nos ha dado un poder judicial independiente”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ “What security is there to an individual, if the Legislature of the Union or any particular State, should pass a law, making any of his transactions criminal which took place anterior to the date of the law? None in the world but by an appeal to the Judiciary of the United States, where he will obtain a decision that the law itself is unconstitutional and void, or by a resort to revolutionary principles, and exciting a civil war” (*Annals...*, p. 56). Nuevamente, vemos como la evidencia desmiente la postura de Gordon Wood que critiqué anteriormente en relación con el alcance de la idea de una “ley fundamental” que solo obliga en conciencia al poder legislativo y cuya violación no tiene otro remedio que el derecho a la resistencia a la opresión.

⁵⁴⁶ “Our Government is a system of salutary checks: one Legislative branch is a check on the other. And should the violence of party spirit bear both of them away, the President, an officer high in honor, high in the public confidence, charged with weighty concerns, responsible to his own reputation, and to the world, stands ready to arrest their too impetuous course. This is our system. It makes no mad appeal to every mob in the country. It appeals to the sober sense of men selected from their fellow-citizens for their talents, for their virtue; of men advanced in life, and of matured judgment. It appeals to their understanding, to their integrity, to their honor, to their love of fame, to their sense of shame. If all these checks should prove insufficient, and alas! such is the condition of human nature, that I fear they will not always be sufficient, the Constitution has given us one more: it has given us an independent judiciary” (*Annals...*, p. 83).

A partir de ese enfoque, el senador Cocke, abogado y nacido en el estado de Virginia, afirmó la existencia de la *judicial review* como parte de ese mecanismo de frenos y contrapesos y como medio de protección de derechos tal como habían planteado James Madison y Alexander Hamilton:

“Supongamos que, en la omnipotencia de vuestra autoridad Legislativa, ustedes atentan contra los derechos de sus conciudadanos aprobando una ley inconstitucional. Si el departamento judicial conserva su vigor, los detendrá en seco”⁵⁴⁷.

Esta referencia a la *judicial review* como parte del sistema de separación de poderes con controles recíprocos, los llamados “frenos y contrapesos”, demuestra lo que señalé en el Capítulo II. En efecto, las novedades que los revolucionarios norteamericanos introducen en este punto, a instancias de Madison y Hamilton, sumadas al ejercicio tradicional de la función judicial son las que permiten racionalizar ese control en manos de los jueces. El nexo común entre ambas es, obviamente, la nueva noción de la constitución que surge después de la Declaración de Independencia en 1776.

Cinco días después, en la sesión del 19 de enero de 1802, el senador John Ewing Colhoun del estado de Carolina del Sur, también oriundo originariamente del estado de Virginia y abogado recibido en Princeton, recordó un caso de declaración de inconstitucionalidad en su estado de origen: el llamado “Caso de los Jueces”. Colhoun explicó que:

“Virginia tenía una corte general, con jurisdicción sobre el *common law*, que se extendía por todo el Estado, una *Court of Chancery*, con jurisdicción en temas de equidad, igualmente extensa, y una corte de almirantazgo; los jueces de estos tres tribunales constituyeron el tribunal de apelaciones. Hacia el año de 1787, la Asamblea Legislativa de ese Estado consideró necesario establecer tribunales de circuito, y sancionaron una ley que disponía que ‘los jueces del tribunal de

⁵⁴⁷ “Suppose, in the omnipotence of your Legislative authority, you trench upon the rights of your fellow citizens, by passing an unconstitutional law. If the judiciary department preserve its vigor, it will stop you short” (*Annals...*, p. 83).

apelaciones deberán ser los jueces de circuito’. Los jueces se negaron a ejecutar esta ley por inconstitucional, y dijeron que ‘se consideraban a sí mismos como formando uno de los tres pilares sobre los que se erigía la gran fábrica del gobierno, y que, cuando este pilar estuviera en peligro, una renuncia los sometería al reproche de desertar de sus cargos y traicionar los sagrados intereses de la sociedad que les han sido confiados; que la conveniencia y necesidad de la independencia de los jueces se manifiesta en la razón y en la naturaleza de sus cargos, y que esto se aplica con mayor fuerza para excluir una dependencia de los jueces a la Legislatura, una de cuyas ramas, en caso de *impeachment*, es en sí misma una de las partes [de ese mecanismo de remoción]’. Esta fue la opinión formada sobre la ley por los jueces de entonces, que eran algunos de los abogados más capaces y estadistas más grandes de la Unión”⁵⁴⁸.

En la sesión del 3 de febrero de 1802, el senador James Ross del estado de Pensilvania recordó nuevamente el viejo precedente de Virginia:

“Como el caso y la opinión están impresos, y en manos de todos, simplemente repito que los jueces de Virginia, el Sr. Pendleton a la cabeza, se negaron a ejecutar una ley de ese Estado como inconstitucional, y dieron sus razones por escrito”⁵⁴⁹.

A su turno, el senador Aaron Ogden del estado de New Jersey⁵⁵⁰, afirmó que:

⁵⁴⁸ “Virginia had a general court, with common law jurisdiction, which extended throughout the State, a court of chancery, with equitable jurisdiction, equally extensive, and a court of admiralty; the judges of these three courts constituted the court of appeals. About the year 1787, the Legislature of that State found it necessary to establish circuit courts, and in the law enacted, that ‘the judges of the court of appeals should be the circuit court judges.’ This law the judges refused to execute as unconstitutional, and said, ‘they considered themselves as forming one of the three pillars on which the great fabric of government was erected, and that, when this pillar was endangered, a resignation would subject them to the reproach of deserting their stations, and betraying the sacred interests of society, entrusted with them; that the propriety and necessity of the independence of the judges, is evident in reason and the nature of their office, and that this applies more forcibly to exclude a dependence on the Legislature, a branch of whom, in case of impeachment, is itself a party.’ This was the opinion formed on the law by the then judges, who were some of the ablest lawyers, and greatest statesmen in the Union” (*Annals...*, p. 141).

⁵⁴⁹ “As the case and opinion are printed, and in the hands of everybody, I merely repeat that the judges of Virginia, Mr. Pendleton at their head, did refuse to execute a law of that State as unconstitutional, and assigned their reasons in writing” (*Annals...*, p. 165).

⁵⁵⁰ Años después, Ogden sería parte de un célebre caso decidido por la Corte de Marshall: *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

“Nuestros antepasados procedían de una tierra donde esta independencia [de los jueces] existía en la mayor extensión del mundo conocido. Se jactaban de ello con orgullo ante sus hijos, como el más alto derecho de nacimiento de un ciudadano libre. Se quejaban sin cesar de que aquí no era así; que sus jueces no eran independientes, y, en nuestra Declaración de Independencia, se señala esta misma razón como una de las causas de nuestra separación de nuestra madre patria”⁵⁵¹.

Acto seguido, marcando ahora el contraste con las ideas que prevalecían en Inglaterra, el futuro gobernador de New Jersey explicó que:

“de conformidad con esta idea, todas las Constituciones norteamericanas se han esforzado por conservar la misma independencia de los jueces, a través de los términos más expesos, y el instrumento que ahora se examina, utiliza el lenguaje más inequívoco que la sabiduría humana puede dictar, para asegurar (hasta donde pueda garantizarse en papel) la independencia del Poder Judicial. Permítanme observar, además, que nuestro Gobierno es uno de controles recíprocos; que la facultad que la Constitución otorga al Poder Legislativo no es general, sino especial; que no es omnipotente, sino limitado; y que, por lo tanto, necesariamente debe existir en alguna parte un control contra el mismo. Supongamos que el Legislativo aprobara *bills of attainder* o un impuesto inconstitucional, ¿en qué lugar puede encontrar protección un ciudadano oprimido sino en un tribunal de justicia que se niega firmemente a ejecutar una ley inconstitucional? ¿Qué otro poder puede proteger las soberanías de los estados, si las otras ramas se combinan en su contra?”⁵⁵².

⁵⁵¹ “Our forefathers came from a land where this independence existed in the then greatest extent in the known world. They boasted of it with pride to their children, as the highest birthright of a free citizen. They complained incessantly that here it was not so; that their judges were not independent, and this very reason, in our Declaration of Independence, is assigned as one of the causes of our separation from our mother country” (*Annals...*, p. 175).

⁵⁵² “All the American Constitutions, in conformity to this idea, have endeavored to preserve the same independence of judges, by the most express terms, and the instrument now under consideration, uses the most unequivocal language that human wisdom can dictate, to secure (as far as it can be secured by paper) the independence of the Judiciary. Suffer me further to observe, that our Government is one of checks; that the power given by the Constitution to the Legislature is not general, but special; that it is not omnipotent, but limited; and that, therefore, necessarily a check against it must somewhere exist. Suppose the Legislature should pass bills of attainder, or an unconstitutional tax, where can an oppressed citizen find protection but in a court of justice firmly denying to carry into execution an unconstitutional law?”

Esta defensa del control judicial de constitucionalidad por parte de senadores Federalistas fue cuestionada directamente por el senador John Breckinridge del estado de Kentucky. Nacido también en el estado de Virginia, como buen representante del partido Republicano, Breckinridge era un entusiasta defensor de los derechos de los estados y contrario a todo tipo de interpretación que llevara a la centralización del poder. De hecho, había sido uno de los impulsores de la célebre Resolución de Kentucky del 10 de noviembre de 1798, redactada en secreto por Thomas Jefferson en plena presidencia de Adams⁵⁵³.

El senador Breckinridge analizó la *judicial review* no como un deber de aplicar la Constitución como norma de máxima jerarquía, sino como si fuera un poder en manos de los jueces. A partir de ese enfoque, y anticipando muchos de los argumentos que serían esgrimidos modernamente para cuestionar la *judicial review*, Breckinridge observó primero que la Constitución no contemplaba concretamente ese poder a la hora de detallar y enumerar las atribuciones del Poder Judicial federal:

“No esperaba, señor, encontrar inconstitucional la doctrina del poder de los tribunales para anular las leyes del Congreso, en la que se insiste tan seriamente.

What power else can protect the State sovereignties, should the other branches combine against them?” (*Annals...*, p. 175).

⁵⁵³ El punto VIII del Resolución de Kentucky establecía que: “Resolved, that the preceding Resolutions be transmitted to the Senators and Representatives in Congress from this Commonwealth, who are hereby enjoined to present the same to their respective Houses, and to use their best endeavours to procure at the next session of Congress, a repeal of the aforesaid unconstitutional and obnoxious acts”. Tanto la Resolución de Kentucky como la de Virginia fueron redactadas por Thomas Jefferson y James Madison, respectivamente. Como ya expliqué esas resoluciones condenaban como inconstitucionales a las llamadas *Alien Act* y la *Sedition Act* bajo el argumento de que excedían la autoridad del gobierno federal en el marco de la Constitución y que, por ende, eran nulas. Al respecto, ver WATKINS, William J., Jr., “The Kentucky and Virginia Resolutions: Guideposts of Limited Government”, *The Independent Review*, Vol. 3, No. 3, p. 385 y sgtes. (1999). Ambas resoluciones fueron rechazadas por la mayoría de las legislaturas de otros estados. En varios de esos rechazos, se reconoció expresamente que el control judicial de constitucionalidad estaba en manos solamente de los jueces. Destaco, entre otros, la de Rhode Island, del mes de febrero de 1799, en la que los legisladores de ese estado manifestaron de forma contundente que: “Resolved, That in the opinion of this legislature, the second section of the third article of the Constitution of the United States, in these words, to wit: *The judicial power shall extend to all cases arising under the laws of the United States*, vests in the federal courts exclusively, and in the Supreme Court of the United States ultimately, the authority of deciding on the constitutionality of any act or law of the Congress of the United States” (ELLIOT, Jonathan (editor), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, Tomo IV, 2da. ed., Washington, 1836, p. 533). El 15 de junio de 1799, la legislatura de New Hampshire hizo una declaración de rechazo similar (ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 539). Lo propio hizo la legislatura de Vermont el 30 de octubre de 1799 (ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 539). Aquí tenemos otro elemento más que permite cuestionar de raíz el mito de *Marbury*.

Supongo que no estaré fuera de lugar al contestarla. Se dice que los diferentes departamentos del Gobierno deben controlarse unos a otros, y que los tribunales deben controlar a la Legislatura. Si esto es cierto, preguntaría de dónde obtuvieron ese poder y quién controla a los tribunales cuando violan la Constitución. ¿No tendrían ellos, por esta doctrina, la dirección absoluta del Gobierno? ¿Ante quién son responsables? Pero niego el poder que así se pretende. Si se deriva de la Constitución, pido señores que señalen la cláusula que la otorga. No puedo encontrar tal otorgamiento. [...] ¿No es verdaderamente asombroso que la Constitución, en su abundante cuidado de definir las atribuciones de cada departamento, haya omitido una facultad tan importante como la de los tribunales para anular todas las leyes del Congreso que, a su juicio, sean contrarias a la Constitución?”⁵⁵⁴.

Luego, Breckinridge afirmó que la *judicial review* se trataba de una inferencia a partir de una lectura creativa del texto de la Constitución federal:

“La doctrina de las interpretaciones, no garantizadas por la letra de un instrumento, es peligrosa en extremo. Dejen que los hombres interpreten libremente, y ¿dónde los detendrán? ¿La *astucia* de los jueces ingleses, al descubrir los significados latentes de los legisladores, significados no expresados en la letra de las leyes, será adoptada aquí en la interpretación de la Constitución? Una vez admitida la doctrina de que los jueces deben dejarse llevar por estas construcciones astutas y manipuladas para aumentar su propio poder y controlar el de los demás, me uniré a los caballeros de la oposición para declarar que la Constitución está en peligro”⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ “I did not expect, sir, to find the doctrine of the power of the courts to annul the laws of Congress as unconstitutional, so seriously insisted on. I presume I shall not be out of order in replying to it. It is said that the different departments of Government are to be checks on each other, and that the courts are to check the Legislature. If this be true, I would ask where they got that power, and who checks the courts when they violate the Constitution? Would they not, by this doctrine, have the absolute direction of the Government? To whom are they responsible? But I deny the power which is so pretended. If it is derived from the Constitution, I ask gentlemen to point out the clause which grants it. I can find no such grant. Is it not extraordinary, that if this high power was intended, it should nowhere decide upon the constitutionality of laws, their appear? Is it not truly astonishing that the Constitution, in its abundant care to define the powers of each department, should have omitted so important a power as that of the courts to nullify all the acts of Congress, which, in their opinion, were contrary to the Constitution?” (*Annals...*, p. 179).

⁵⁵⁵ “The doctrine of constructions, not warranted by the letter of an instrument, is dangerous in the extreme. Let men once loose upon constructions, and where will you stop them. Is the *astutia* of English judges, in discovering the latent meanings of law-makers, meanings not expressed in the letter of the

De forma un tanto confusa, el senador por Kentucky defendió después una versión llamativa de la separación de poderes, que parece más bien de tipo afrancesada como si se tratara de compartimentos estancos⁵⁵⁶:

“Para hacer de la Constitución un sistema práctico, no es posible que exista este pretendido poder de los tribunales para anular las leyes del Congreso. Mi idea del tema, en pocas palabras, es que la Constitución pretendió una separación de los poderes conferidos a los tres grandes departamentos, dando a cada uno autoridad exclusiva sobre las materias que le encomiendan. Que estos departamentos están coordinados, para girar cada uno dentro de la esfera de sus propias órbitas, sin ser responsables de su propio movimiento, y no deben dirigir o controlar el curso de los demás. Que se presume que los que hicieron las leyes tienen igual apego e interés por la Constitución; están igualmente obligados por juramento a defenderla, y tienen el mismo derecho a interpretarla. Que la interpretación de un departamento de los poderes que le corresponden, es de mayor autoridad que la construcción que haga cualquier otro departamento; y que, de hecho, es competencia exclusiva del departamento al que se le confían poderes decidir sobre el debido ejercicio de esos poderes: que, por lo tanto, la Legislatura tiene el derecho exclusivo de interpretar la Constitución, en lo que respecta al poder legislativo, y los jueces están obligados a ejecutar las leyes que ella haga. Porque la Legislatura tendría al menos el mismo derecho de anular las decisiones de los tribunales, sobre la base de su interpretación de la Constitución, como los tribunales tendrían que anular los actos de la Legislatura, sobre la base de su interpretación”⁵⁵⁷.

laws, to be adopted here in the construction of the Constitution? Once admit the doctrine, that judges are to be indulged in these astute and wire-drawn constructions, to enlarge their own power, and control that of others, and I will join gentlemen of the opposition, in declaring that the Constitution is in danger” (*Annals...*, p. 179). Énfasis en el original.

⁵⁵⁶ Al respecto, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 20/22 y 95/99.

⁵⁵⁷ “To make the Constitution a practical system, this pretended power of the courts to annul the laws of Congress cannot possibly exist. My idea of the subject, in a few words, is, that the Constitution intended a separation of the powers vested in the three great departments, giving to each exclusive authority on the subjects committed to it. That these departments are co-ordinate, to revolve each within the sphere of their own orbits, without being responsible for their own motion, and are not to direct or control the course of others. That those who made the laws are presumed to have an equal attachment to, and interest in the Constitution; are equally bound by oath to support it, and have an equal right to give a construction

Alguno podría plantear, no sin cierta razón, que Breckinridge proponía una cierta forma de lo que modernamente se conoce como “departamentalismo”⁵⁵⁸. Sin embargo, creo que no es el caso ya que no reconoció una suerte de igualdad entre los tres poderes, sin supremacía de uno sobre otro, ni tampoco el derecho de los tribunales a interpretar de forma exclusiva sus propias atribuciones para, de esa forma permitir la *judicial review* (es decir, el control judicial con efectos en un caso concreto) y evitar la *judicial supremacy* (que la Corte tenga la última palabra en materia de interpretación de la Constitución). Tan es así que, en su defensa, Breckinridge mezcló también una visión de tipo británico basada en suerte de omnipotencia por parte del poder legislativo:

“Aunque, por lo tanto, los tribunales pueden encargarse de dictar decisiones que impugnen la constitucionalidad de una ley, y, por ende, obstruir por un tiempo su operación, sin embargo, sostengo que tal ley no es menos obligatoria porque el órgano a través del cual ha de ser ejecutado haya rehusado su ayuda. Una adhesión pertinaz de ambos departamentos a sus opiniones, pronto traería a debate la cuestión acerca de en quién residía el poder soberano de legislar y cuál interpretación del poder legislativo debía prevalecer”⁵⁵⁹.

Finalmente, sin hacer reflexión alguna sobre el carácter de norma de máxima jerarquía que tenía la Constitución federal, Breckinridge remató su peculiar exposición con una advertencia a aquellos que defendían el control judicial de constitucionalidad:

to it. That the construction of one department of the powers vested in it, is of higher authority than the construction of any other department; and that, in fact, it is competent to that department to which powers are confided exclusively to decide upon the proper exercise of those powers: that therefore the Legislature have the exclusive right to interpret the Constitution, in what regards the law-making power, and the judges are bound to execute the laws they make. For the Legislature would have at least an equal right to annul the decisions of the courts, founded on their construction of the Constitution, as the courts would have to annul the acts of the Legislature, founded on their construction” (*Annals...*, p. 179).

⁵⁵⁸ MURPHY, Walter F., “Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter”, *The Review of Politics*, Vol. 48, No. 3, pp. 411/412 (1986).

⁵⁵⁹ “Although, therefore, the courts may take upon them to give decisions which impeach the constitutionality of a law, and thereby, for a time, obstruct its operations, yet I contend that such a law is not the less obligatory because the organ through which it is to be executed has refused its aid. A pertinacious adherence of both departments to their opinions, would soon bring the question to issue, in whom the sovereign power of legislation resided, and whose construction of the law-making power should prevail” (*Annals...*, pp. 179/180).

“Dejemos que consideren bien señores antes de insistir en un poder en el Poder Judicial que ponga al Legislativo a sus pies. Que no se admita una condición tan humillante bajo una autoridad que se basa meramente en la aplicación y la interpretación. Invitará a un estado de cosas para el que no estamos justificados por la Constitución para suponer que sucederá, y que (si sucediera) todos los hombres de todos los partidos deben deplorar”⁵⁶⁰.

Los cuestionamientos del senador Breckinridge fueron contestados por el senador Gouverneur Morris. Además de señalar la contradicción política en que incurría el senador por Kentucky al defender la supremacía del Congreso como si se tratara de un órgano representante de un gobierno unitario o consolidado, Morris puso la discusión en blanco y negro y cuestionó esa idea que proponía Breckinridge de un legislador supremo cuyas leyes deberían ser aplicadas mecánicamente por los jueces:

“Su Señoría nos dice que la Asamblea Legislativa tiene el derecho supremo y exclusivo de interpretar la Constitución, en cuanto a la elaboración de las leyes; y que, una vez hecha, los jueces están obligados a ejecutarla. Y se pregunta ¿de dónde sacaron los jueces su pretendido poder de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes? Si está en la Constitución (dice), que se señale. Respondo que derivaron ese poder de una autoridad superior a esta Constitución. La derivaron de la constitución del hombre, de la naturaleza de las cosas, del necesario progreso de los asuntos humanos. Cuando se ha promulgado una ley, cuando se ha dictado un proceso sobre ella y se ha entablado una demanda, eventualmente se hace necesario que los jueces decidan sobre el caso ante ellos y declaren cuál es la ley. Deben, por supuesto, determinar si lo que se produce y en lo que se confía tiene, de hecho, la fuerza vinculante de la ley. La decisión de la Suprema Corte es y, por necesidad, debe ser definitiva. Este, señor, es el principio y la fuente del derecho por el que luchamos. Pero se niega, y se insiste en la supremacía de la Legislatura”⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ “Let gentleman consider well before they insist on a power in the Judiciary which places the Legislature at their feet. Let not so humiliating a condition be admitted under an authority of resting merely on application and construction. It will invite a state of things which we are not justified by the Constitution in presuming will happen, and which (should it happen) all men of all parties must deplore” (*Annals...*, p. 180).

⁵⁶¹ “The honorable member tells us the Legislature have the supreme and exclusive right to interpret the Constitution, so far as regards the making of laws; which, being made, the judges are bound to execute. And he asks where the judges got their pretended power of deciding on the constitutionality of laws? If

Morris comparó luego la supremacía del Parlamento británico con la del Congreso de los Estados Unidos y planteó la importancia de tener presente la diferencia que los separaba:

“El señor miembro anterior nos ha dicho en tantas palabras, que la Legislatura puede decidir exclusivamente sobre la Constitución, y que los jueces están obligados a ejecutar las leyes que la Legislatura promulgue. Examinen, entonces, el estado al que somos llevados. Si se sostiene esta doctrina (y es la justa deducción lógica de las premisas establecidas) ¿qué modo posible hay de evitar la conclusión de que en el momento en que la Asamblea Legislativa de la Unión se declara suprema, lo es? Las analogías tan a menudo asumidas con el Parlamento Británico, serán, entonces, completas. La soberanía de América ya no residirá en el pueblo, sino en el Congreso, y la Constitución es lo que ellos decidan hacer con ella”⁵⁶².

Luego de rechazar esa supremacía del legislador que desconoce la supremacía del pueblo expresada en la Constitución, Morris agregó que:

“La experiencia bajo la antigua Confederación había demostrado que eran nulas las solicitudes a grandes comunidades hechas por el Congreso, y que, para llevar a cabo los asuntos del Gobierno Nacional, debería estar investido con el derecho de hacer requerimientos directamente a los individuos. Pero entonces se hizo evidente el peligro de que se tragara la soberanía de los Estados. Para cubrirse

it be in the Constitution (says he) let it be pointed out. I answer, they derived that power from authority higher than this Constitution. They derive it from the constitution of man, from the nature of things, from the necessary progress of human affairs. When you have enacted a law, when process thereon has been issued, and suit brought, it becomes eventually necessary that the judges decide on the case before them, and declare what the law is. They must, of course, determine whether that which is produced and relied on, has indeed the binding force of law. The decision of the Supreme Court is, and, of necessity, must be final This, Sir, is the principle, and the source of the right for which we contend. But it is denied, and the supremacy of the Legislature insisted on” (*Annals...*, p. 180).

⁵⁶² “The honorable member last up has told us in so many words, that the Legislature may decide exclusively on the Constitution, and that the judges are bound to execute the laws which the Legislature enact. Examine then the state to which we are brought. If this doctrine be sustained, (and it is the fair logical deduction from the premises laid down) what possible mode is there to avoid the conclusion that the moment the Legislature of the Union declare themselves supreme, they become so? The analogies so often assumed to the British Parliament, will then be complete. The sovereignty of America will no longer reside in the people, but in the Congress, and the Constitution is whatever they choose to make it” (*Annals...*, p. 181).

contra ese peligro, se estableció la doctrina constitucional de que ningún poder debe ser ejercido por el Congreso sino el que le fue dado expresamente, o que sea necesariamente incidental, y por ciertos actos definidos. Pero, ¿de qué sirven tales seguridades, cuando su autoridad legislativa debe estar limitada solo por su propia discreción?”⁵⁶³.

A continuación, Morris planteó la importancia del juramento que hacen los jueces para el control judicial:

“Tal vez se pueda decir que todos los jueces están obligados por juramento a sostener la Constitución; pero pregunto, ¿cómo se va a hacer eso? Se niega su poder sobre vuestras leyes, y una vez que se establece que vosotros y sólo vosotros sois los legítimos intérpretes de la Constitución, [los jueces] deben quedar obligados por vuestra interpretación”⁵⁶⁴.

Este debate en el Senado muestra una defensa del control judicial de constitucionalidad basada en gran parte en una clara desconfianza hacia el poder legislativo y en una visión peculiar de la independencia del poder judicial, de su rol en la protección de los derechos de los ciudadanos, y del sistema de separación y control recíproco entre los poderes. Los precedentes que se citan son el “Caso de los Jueces” y la declaración de inconstitucionalidad de la *Invalid Pension Act* en 1794. A su vez, el rechazo del control judicial gira en torno a la necesidad de evitar que los jueces tengan la última palabra en materia de interpretación constitucional, basada más bien en un paradigma de primacía del poder legislativo sobre el poder judicial, y a la inexistencia de una autorización concreta a los jueces para ejercer el control judicial. Ese panorama un tanto confuso que muestra el debate en el Senado contrasta notablemente con la claridad y cantidad de argumentos expuestos en la Cámara de Representantes.

⁵⁶³ “Experience under the old Confederation had shown, that applications made by Congress to large communities were nugatory, and that to carry on the business of the National Government, it should be invested with a right of applying directly to individuals. But then the danger that it might swallow up the sovereignty of the States became evident. To provide against that danger, the Constitutional doctrine was established, that no power should be exercised by Congress but such as was expressly given, or necessarily incident, and as a by certain definite acts. But of what avail are such securities, when your Legislative authority is to be bounded only by your own discretion?” (*Annals...*, p. 181).

⁵⁶⁴ “It may perhaps be said that all judges are bound by oath to support the Constitution; but I ask, how is that to be done? Their power over your laws is denied, and when once it is established that you and you alone are the legitimate interpreters of the Constitution, they must be bound by your construction” (*Annals...*, p. 182).

2. El debate en la Cámara de Representantes

El 16 de febrero de 1802, la Cámara de Representantes dio tratamiento a la iniciativa de derogar la *Judiciary Act* de 1801. El diputado Archibald Henderson de Carolina del Norte planteó el corazón del problema constitucional que generaba el proyecto de ley:

“La interpretación por la que luchan los señores del otro lado de la Cámara, tiende a la concentración de los poderes Legislativo y Ejecutivo en las mismas manos. Si el Congreso, que tiene el poder de hacer leyes, también puede desplazar a sus jueces derogando las leyes que crean los cargos que ellos ocupan, la consecuencia irresistible es que los jueces deben ejecutar cualquier ley que [el Congreso] apruebe, o serán destituidos. Es de poca importancia para el pueblo de este país si el Congreso juzga sus propias leyes, o si juzga a aquellos que son nombrados para ese propósito. Equivale al mismo despotismo; de hecho, juzgan el alcance y las obligaciones de sus propias leyes teniendo en su poder a quienes están colocados en el sagrado asiento de la justicia. Cualquier cosa que la Legislatura declare como ley debe ser obedecida. El control constitucional que los jueces iban a ejercer sobre la Legislatura se elimina por completo. Pueden aprobar leyes *ex post facto*, *bills of attainder*, suspender el recurso de hábeas corpus en tiempo de paz, y el juez que se atreva a cuestionar su autoridad será arrojado de su asiento. Todas las murallas que la Constitución ha erigido en torno a las libertades del pueblo, quedan postradas de un golpe por la sanción de esta ley”⁵⁶⁵.

Henderson remató su crítica de forma contundente:

⁵⁶⁵ “The construction which gentlemen on the other side of the House contend for, tends to the concentration of Legislative and Executive powers in the same hands. If Congress, who have the power of making laws, can also displace their judges by repealing that which creates the offices they fill, the irresistible consequence is, that whatever law is passed the judges must carry into execution, or they will be turned out of office. It is of little importance to the people of this country whether Congress sit in judgment upon their laws themselves, or whether they sit in judgment upon those who are appointed for that purpose. It amounts to the same despotism; they in fact judge the extent and obligations of their own statutes by having those in their power who are placed on the sacred seat of justice. Whatever the Legislature declares to be law must be obeyed. The Constitutional check which the judges were to be on the Legislature is completely done away. They may pass *ex post facto* laws, bills of attainder, suspend the writ of habeas corpus in time of peace, and the judge who dares to question their authority is to be hurled from his seat. All the ramparts which the Constitution has erected around the liberties of the people, are prostrated at one blow by the passage of this law” (*Annals...*, p. 529).

“La monstruosa e inaudita doctrina que últimamente se ha planteado, de que los jueces no tienen el derecho de declarar nulas las leyes inconstitucionales, será puesta en práctica con la adopción de esta medida. La ley puede crear nuevos delitos. Las asociaciones y combinaciones pueden ser declaradas traición, y el ciudadano, atemorizado y horrorizado, puede buscar refugio en vano en la independencia de vuestros tribunales. En vano puede invocar la Constitución y negar la autoridad del Congreso para aprobar una ley de significado tan indefinido, y pedir a los jueces que lo protejan; se le dirá que la opinión del Congreso ahora es que no tenemos derecho a juzgar su autoridad; esto será la consecuencia de concentrar el poder Judicial y Legislativo en las mismas manos. Es la definición misma de la tiranía, y dondequiera que la encuentres, el pueblo es esclavo, ya sea que llamen a su gobierno Monarquía, República o Democracia”⁵⁶⁶.

El diputado Joseph Hemphill de Pensilvania tomó luego la palabra y recordó a sus colegas, en primer lugar, que el Congreso no ejercía un poder constituyente, sino un poder constituido y, por ende, limitado por la Constitución:

“No estamos aquí, señor, revestidos con todo el poder del pueblo estadounidense; estamos aquí en una esfera circunscrita, ejerciendo un poder limitado. El pueblo es la fuente original de todo poder; sólo poseemos una parte de su poder”⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ “The monstrous and unheard of doctrine which has been lately advanced, that the judges have not the right of declaring unconstitutional laws void, will be put into practice by the adoption of this measure. New offences may be created by law. Associations and combinations may be declared treason, and the affrighted and appalled citizen may in vain seek refuge in the independence of your courts. In vain may he hold out the Constitution and deny the authority of Congress to pass a law of such undefined signification, and call upon the judges to protect him; he will be told that the opinion of Congress now is, that we have no right to judge of their authority; this will be the consequence of concentrating Judicial and Legislative power in the same hands. It is the very definition of tyranny, and wherever you find it, the people are slaves, whether they call their Government a Monarchy, Republic, or Democracy” (*Annals...*, pp. 529/530).

⁵⁶⁷ “We are not here, sir, clothed with the full power of the American people; we are here in a circumscribed sphere, exercising a limited power. The people are the original fountain of all power; we only possess a part of their power” (*Annals...*, p. 535).

A renglón seguido, el abogado recibido en la Universidad de Pensilvania, planteó cómo debía interpretarse la Constitución en este debate en relación con la independencia del poder judicial:

“para llegar a una comprensión correcta de la Constitución, será necesario investigar cuál era la opinión generalmente recibida al momento en que se adoptó la Constitución. Siempre he entendido que no había diferencia de opinión sobre este punto; que la opinión general era que las palabras de la Constitución hacían a los jueces independientes de los otros dos poderes del Gobierno”⁵⁶⁸.

En ese contexto, Hemphill advirtió acerca de la posición subordinada a la que se quería someter a los jueces y se refirió concretamente al control judicial de constitucionalidad. Lo interesante del caso es que lo derivó como una consecuencia natural del carácter de norma jurídica de máxima jerarquía que tenía la Constitución federal:

“Una doctrina nueva y peligrosa ha comenzado a desarrollarse. Se dice que el Poder Judicial es una rama subordinada y no coordinada del Gobierno, que los jueces no tienen derecho a declarar inconstitucional una ley; que tal poder no se le da a esa rama y en la Constitución. Señor, así como en ninguna parte se declara que el Congreso tenga derecho a ejercer su juicio, o a considerar la conveniencia de una medida; el Poder Judicial, por la naturaleza de su institución, está para juzgar de la ley y de qué es la ley. La Constitución es superior y suprema. El juez está obligado bajo juramento a defenderla. La Legislatura tiene derecho a ejercer su juicio en cuanto a la constitucionalidad de una ley al momento de sancionarla; pero el Poder Judicial decide al final, y su decisión es definitiva”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ “To come to a right understanding of the Constitution, it will be necessary to inquire what was the generally received opinion about the time the Constitution was adopted. I have ever understood that there was no difference of opinion on this point; that the general opinion was, that the words in the Constitution rendered the judges independent of both the other branches of the Government” (*Annals...*, p. 538).

⁵⁶⁹ “A doctrine new and dangerous has begun to unfold itself. It is said that the Judiciary is a subordinate and not a co-ordinate branch of the Government, that the judges have no right to declare a law to be unconstitutional; that no such power is given to that branch and in the Constitution. Why, sir, it is nowhere declared that Congress have a right to exercise their judgment, or to consider the expediency of a measure; the Judiciary, from the nature of their institution, are to judge of the law and what is the law. The Constitution is paramount and supreme. The judge is bound by oath to support it. The Legislature have a right to exercise their judgment as to the constitutionality of a law on its passage; but the Judiciary decide at last, and their decision is final” (*Annals...*, pp. 542/543). Aquí tenemos otra referencia más que

Para apoyar su afirmación, Hemphill recordó los debates de la convención de Virginia que ratificó la Constitución federal y la célebre exposición que hizo el *Justice William Paterson* en 1795 en defensa del control judicial de constitucionalidad que, como ya expliqué, tuvo gran circulación como panfleto en los Estados Unidos:

“Esta doctrina es admitida en los debates de la Convención de Virginia, en el caso de *Vanhorne, lessee, vs. Dorrance*. El juez Patterson [sic] ha expresado la misma opinión [...]: ‘Sostengo que es una posición igualmente clara y sólida, que, en tal caso, será el deber de la corte adherirse a la Constitución y declarar nula y sin efecto la ley. Es un principio importante, que nunca debe perderse de vista en la discusión de cuestiones de este tipo, que el Poder Judicial en este país no es un poder subordinado, sino una rama coordinada del Gobierno’”⁵⁷⁰.

Finalmente, Hemphill criticó a aquellos que comparaban en este punto el sistema constitucional estadounidense con el británico y advirtió que:

“Se dice [que los jueces en Inglaterra] no son independientes del Parlamento. Vaya, señor, nada es independiente del Parlamento; y no hay una misma necesidad allí. Al no haber una constitución escrita en Inglaterra, el Poder Judicial no controla al Parlamento; y, además, nuestro Gobierno no es una copia del Gobierno Británico; y este no es la única solitaria ocasión en la que hemos superado a, como se lo llama, nuestro prototipo más favorito. No hay un rasgo destacado en la Constitución que sea muestra de alguna imitación servil; nuestro oponente es quien desea poner a prueba nuestra Constitución a la luz de los principios del Gobierno Británico; son ellos los que desean que el Congreso le dé una interpretación a la Constitución, que será considerada como si fuera la

desmiente la postura de Wood que niega la existencia de la relación directa entre esa noción nueva de constitución y el origen del control judicial de constitucionalidad.

⁵⁷⁰ “This doctrine is admitted in the debates of the Convention of Virginia, in the case of *Vanhorne, lessee, vs. Dorrance*. Judge Patterson has expressed the same opinion, when he could have had no view to this question: ‘I hold it to be a position equally clear and sound, that in such a case, it will be the duty of the court to adhere to the Constitution and to declare the act null and void. It is an important principle, which, in the discussion of questions of this kind, ought never to be lost sight of, that the Judiciary in this country is not a subordinate, but co-ordinate branch of the Government’” (*Annals...*, p. 543).

Constitución misma; y no están dispuestos a que haya ningún control para oponerse a ella”⁵⁷¹.

Esta elaborada defensa del control judicial de constitucionalidad y de la independencia del poder judicial fue cuestionada al día siguiente. El 17 de febrero de 1802, el diputado Philip R. Thompson del estado de Virginia replicó de la siguiente forma:

“Dale al Poder Judicial este control sobre la Legislatura, concédele el poder de declarar nulas y sin efecto tus leyes; permite, como entiendo que se sostiene, que el *common law*, un sistema que se extiende a todas las personas y a todas las cosas, se integre a la Constitución; y en vano los habrá puesto el pueblo para legislar en este suelo; vuestras leyes serán anuladas, vuestros procedimientos serán controlados. En tanto y en cuanto el cargo exista, el juez lo mantiene mientras dure su buena conducta; es, pues, independiente. Siendo independiente, y no teniendo en su cargo el grado de responsabilidad que se atribuye al Poder Legislativo o al Ejecutivo, las facultades que le otorga la Constitución deben ser estrictamente interpretadas; nada debe dejarse a la implicación; nada a la construcción; la letra es la que determina el alcance de su poder, y concibo que nunca fue su intención que lo trascendieran”⁵⁷².

Luego de rechazar la idea de que el control judicial de constitucionalidad pudiera surgir de la propia Constitución federal, aun de la cláusula de la supremacía del Artículo

⁵⁷¹ “It is said they are not independent of Parliament. Why, sir, nothing is independent of Parliament; and there is not the same necessity there. There being no written constitution in England, the Judiciary forms no check upon Parliament; and, besides, our Government is not a copy of the British Government; and this is not the only solitary instance where we have outstripped, as it is called our too favorite prototype. There is not a leading feature in the Constitution that bears testimony of any servile imitation; it is our opponent who wish to test our Constitution by the principles of the British Government; it is they who wish that a construction be put upon the Constitution by Congress, which shall be considered as be the Constitution itself; and are unwilling that there should be any check to oppose it” (*Annals...*, p. 544).

⁵⁷² “Give the Judiciary this check upon the Legislature, allow them the power to declare your laws null and void; allow the common law, a system extending to all persons and to all things, to be attached to the Constitution, as I understand it is contended; and in vain have the people placed you upon this floor to legislate; your laws will be nullified, your proceedings will be checked. As long as the office exists the judge holds it during good behaviour; he is, then, independent. Being independent, and not having that degree of responsibility attached to his office which is attached to the Legislature or to the Executive, the powers granted by the Constitution are to be strictly construed; nothing is to be left to implication; nothing to construction; the letter is to determine the extent of their power, and I conceive it never was intended they should transcend it” (*Annals...*, pp. 552/553).

VI⁵⁷³, Thompson advirtió el peligro que implicaría reconocer ese poder a los jueces en un país que se rige por el *common law*:

“Sin embargo, pregunto, ¿será este el caso si, además de plantear que el *common law* está integrado a la Constitución, le otorgan al Poder Judicial el poder de anular sus leyes? Estoy persuadido de que Uds. concentrarán así todo el poder en un solo departamento. El *common law* es la Constitución, y el tribunal puede, si lo desea, declararla nula”⁵⁷⁴.

Finalmente, el diputado por Virginia alertó a sus colegas que, si alguna vez le fueran concedidos al Poder Judicial poderes de esta naturaleza, los jueces tendrían un poder para legislar que sería ilimitado e incontrolable. Y, por eso, planteó que “soy libre de declarar que preferiría vivir bajo el gobierno de un déspota indulgente que bajo un gobierno de jueces”⁵⁷⁵.

A continuación, el diputado Thomas T. Davis reconoció que los jueces podían ejercer la atribución de controlar la constitucionalidad de las leyes, pero de forma restringida y cuestionando su alcance y efectos. De esta forma, avaló en parte la postura crítica de Thompson y planteó nuevamente el temor a un gobierno dominado por los jueces:

“Estoy dispuesto a admitir que el Poder Judicial se coordine con el Poder Legislativo en este sentido, a saber, que los jueces que consideren inconstitucional una ley no están obligados a ejecutarla; pero no que la declaren nula y sin efecto. Ese poder recae únicamente en la Legislatura. Pero se nos dice que este Poder Judicial es necesario para controlar a esta Cámara y al Senado, y

⁵⁷³ “Article VI, Clause 2: This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.

⁵⁷⁴ “Yet, I inquire, will this be the case if you allow to the Judiciary the power to annul your laws, and contend that the common law is attached to the Constitution? I am persuaded you thereby concentrate all power in one department. The common law is the Constitution, and the court may, if they please, declare it void” (*Annals...*, p. 554).

⁵⁷⁵ “[I]f these powers should ever be conceded [to the Judiciary], they would without doubt possess an unlimited and uncontrollable power of legislation. I am free for my own part to declare, that I had rather live under the government of a lenient despot than such a government of judges” (*Annals...*, p. 554).

para proteger al pueblo contra sus peores enemigos. Esto es decirle al pueblo, ustedes son incapaces de gobernarse a sí mismos, sus representantes son incapaces de hacerlo; sólo en el Poder Judicial encontrarán un depósito seguro para sus libertades; y diciendo también, que el Poder Judicial es el alma de la nación, en donde habita todo poder, toda seguridad; que el Poder Legislativo está subordinado a él y es una mera cosa nominal, una sombra sin sustancia, sus leyes perfectamente bajo el control del Poder Judicial. Tiemblo ante tales ideas. Cuanto antes saquemos del poder a los hombres que encontremos decididos a actuar de esta manera, mejor; al hacerlo, preservamos el poder de la Legislatura y salvamos a nuestra nación de los estragos de un Poder Judicial descontrolado”⁵⁷⁶.

El diputado Thomas Morris, del estado de Nueva York, a su turno, cuestionó al diputado Thompson de Virginia trayendo ejemplos de ese mismo estado:

“No hay, señor, un Estado en la Unión donde la independencia del poder judicial haya sido más valorada que en Virginia. No hay ninguna parte de América donde se haya interpretado que una designación mientras dure la buena conducta confiere a un juez un mandato oficial más independiente que en el Estado al que he aludido. La interpretación, señor, por la que luchamos ahora mis amigos y yo, está más plena y completamente establecida por las opiniones y decisiones de los jueces de Virginia que por las de cualquier otra parte de la Unión”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ “I am willing to admit the Judiciary to be coordinate with the Legislature in this respect, to wit, that judges thinking a law unconstitutional are not bound to execute it; but not to declare it null and void. That power rests alone with the Legislature. But we are told this Judiciary is necessary to check this House and the Senate, and to protect the people against their worst enemies. This is saying to the people, you are incapable of governing yourselves, your representatives are incapable of doing it; in the Judiciary alone you find a safe deposit for your liberties; and saying also, that the Judiciary is the vitals of the nation, wherein all power, all safety dwells; that the Legislature is subordinate thereto and a mere nominal thing, a shadow without substance, its acts perfectly within the control of the Judiciary. I tremble at such ideas. The sooner we put men out of power, who we find determined to act in this manner, the better; by doing so we preserve the power of the Legislature, and save our nation from the ravages of an uncontrolled Judiciary” (*Annals...*, p. 558).

⁵⁷⁷ “There is not, sir, a State in the Union where the independence of the judiciary has been more highly valued than in Virginia. There is no part of America where a commission during good behaviour has been construed to confer a more independent official tenure on a judge than in the State to which I have alluded. The construction, sir, which my friends and myself are now contending for, is more fully and completely established by the opinions and decisions of the Virginia judges than it is by those of any other part of the Union” (*Annals...*, p. 564).

A continuación, Morris leyó un resumen del célebre “Caso de los jueces” en Virginia:

“En 1787, la Legislatura se ocupó de este tema; se adoptó un sistema de tribunales de circuito y se ordenó que los jueces del tribunal de apelaciones debían desempeñar también el deber de jueces de circuito. Los jueces se negaron a ejecutar esta ley por ser inconstitucional, y acordaron una protesta por unanimidad (estando presentes Edmund Pendleton, George Wythe, John Blair, Paul Carrington, Peter Lyons, William Fleming, Henry Tazewell, Richard Cary, James Henry y John Tyler), de la cual se extraerán aquellas partes que se consideren aplicables a la presente investigación. Al decidir la ley, los jueces declaran que la Constitución y la ley están en oposición, y no pueden existir juntas; y que la primera debe controlar la operación de la segunda”⁵⁷⁸.

Morris hizo también una extensa referencia al caso *Kamper v. Hawkins*⁵⁷⁹, un caso en el que, como ya expliqué, los jueces de Virginia declararon inconstitucional una ley estatal en 1793⁵⁸⁰. Y agregó que:

“Encontramos, señor, a los jueces más capaces que han honrado el tribunal de Virginia, declarando deliberadamente inconstitucionales las leyes de la Legislatura de ese Estado. Los encontramos luchando por su independencia y manteniéndola contra todos los intentos legislativos de disminuirla o destruirla. Los encontramos reclamando esta independencia a partir de las palabras de una Constitución, que declara que se mantendrán en sus cargos mientras dure su buena conducta. Encontramos, también, que, en una contienda sobre este tema entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, prevaleció este último; de donde tenemos derecho a inferir que el sentimiento público estaba con los jueces. ¿Por

⁵⁷⁸ “In 1787 this subject was taken up by the Legislature; a system of circuit courts was adopted, and it was enacted, that the judges of the court of appeals should perform the duty of circuit judges. This law the judges refused to execute as unconstitutional, and agreed unanimously (Edmund Pendleton, George Wythe, John Blair, Paul Carrington, Peter Lyons, William Fleming, Henry Tazewell, Richard Cary, James Henry, and John Tyler, being present,) on a remonstrance, from which will be extracted such parts as are deemed applicable to the present inquiry. In deciding the act, the judges declare that the Constitution and the act are in opposition, and cannot exist together; and that the former must control the operation of the latter” (*Annals...*, p. 565).

⁵⁷⁹ *Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21 (1793).

⁵⁸⁰ *Annals...*, pp. 566/567.

qué entonces, Señor Presidente, la mayoría de los señores que representan a ese Estado, están ansiosos por despojar al Gobierno General de un privilegio tan apreciado en su propio Estado? ¿La independencia del Poder Judicial nacional es de menor importancia que la de Virginia? Confío en que no lo sea”⁵⁸¹.

Morris finalizó su crítica a quienes cuestionaban el control judicial planteando que:

“Un Poder Judicial del Estado, según la opinión de los jueces de Virginia, tiene que proteger a un ciudadano contra el Gobierno, así como decidir entre ciudadano y ciudadano. ¿Qué tienen que hacer los tribunales nacionales? Pues, señor, no solo tienen que proteger a un ciudadano contra un gobierno estadual, no solo protegerlo también contra el gobierno general, sino que, señor, pueden incluso ser llamados a decidir entre un estado y el gobierno general. Estos son los grandes propósitos por los cuales su Constitución ha investido a su Poder Judicial con poderes independientes de otros departamentos del Gobierno, para que pueda interponerse efectivamente entre los más malos de sus ciudadanos y protegerlos contra la opresión de una Legislatura arbitraria o de un Ejecutivo tiránico”⁵⁸².

El 18 de febrero de 1802, el diputado John Stanly de Carolina del Norte, defendió una visión del poder judicial como guardián de los derechos y de la propia Constitución como norma jurídica de carácter fundamental. Por eso, propuso:

⁵⁸¹ “We find, sir, the ablest judges who have graced the bench of Virginia, deliberately declaring acts of the Legislature of that State unconstitutional. We find them contending for, and maintaining their independence against all legislative attempts to lessen or destroy it. We find them claiming this independence from the words of a Constitution, which declares that they shall be commissioned during good behaviour. We find, also, that in a contest on this subject between the Legislature and the Judiciary, that the latter prevailed; from whence we have a right to infer, that the public sentiment was with the judges. Why then, Mr. Chairman, are most of the gentlemen who represent that State, anxious to divest the General Government of a privilege so highly valued in their own State? Is the independence of the national Judiciary of less importance than that of Virginia? I trust it is not” (*Annals...*, p. 567).

⁵⁸² “A State Judiciary, according to the opinion of the Virginia judges, has to protect a citizen against the Government as well as to decide between citizen and citizen. What have the national tribunals to do? Why, sir, they have not only to protect a citizen against a State government, not only to protect him also against the General Government, but, sir, they may be even called upon to decide between a State and the General Government. These are the great purposes for which your Constitution has vested your Judiciary with powers independent of other departments of the Government, that it may effectually interpose between the meanest of your citizens and secure them against the oppression either of an arbitrary Legislature or a tyrannical Executive” (*Annals...*, pp. 567/568).

“establecer como primer principio que el Poder Judicial es un control sobre el Legislativo y, por lo tanto, demostrar primero que, según el espíritu de nuestra Constitución, el Poder Judicial debe ser independiente, más allá del control o la influencia de cualquiera de los demás departamentos del poder; y, en segundo lugar, que, por las palabras de la Constitución, están así asegurados. Primero, entonces, que el Poder Judicial es un control sobre el Legislativo. En la Constitución encontramos ciertos poderes delegados al Congreso; también encontramos que se les prohíbe ejercer ciertos poderes; entre los cuales se encuentran, que no aprobarán ninguna ley *ex post facto*, ningún *bill of attainder*, ninguna ley con respecto a la religión, etc. Si, por desgracia, se encontrara una Legislatura que, por debilidad o por maldad, o por la unión de ambas, transgrediera los límites prescritos, ¿cuál es la seguridad del ciudadano? Después de toda la experiencia derivada del ejemplo de otros gobiernos, después de toda la deliberación y sabiduría de nuestros sabios que redactaron la Constitución, ¿nos queda, en este importante caso, como bajo el despotismo de un monarca, buscar reparación a través de la agonía y las convulsiones de una revolución? No señor. El Poder Judicial es nuestra seguridad. La Asamblea Legislativa podrá dictar penas y anunciar castigos contra los que no presten obediencia a sus leyes inconstitucionales; sus penas no pueden imponerse, ni infligirse castigos, sin el juicio de un tribunal. Los jueces deben interpretar la ley, y esa ley fundamental y suprema, la Constitución. A tal fin, juran defender la Constitución. Mientras el Poder Judicial cumpla con firmeza, independencia y rectitud su deber y declare nula la ley del Legislativo contraria a la Constitución, el Legislativo será controlado y el ciudadano protegido de la opresión y la persecución”⁵⁸³.

⁵⁸³ “I shall attempt to establish as a first principle, that the Judiciary are a check on the Legislature, and thence to show first, that, by the spirit of our Constitution, the Judiciary ought to be independent, beyond the control or influence of either of the other departments of power; and, secondly, that, by the words of the Constitution, they are so secured. First, then, that the Judiciary are a check on the Legislature. In the Constitution, we find certain powers delegated to Congress; we also find they are prohibited from exercising certain powers; among which are, they shall pass no *ex post facto* law, no bill of attainder, no law respecting religion, &c. Should, unhappily, a Legislature be found who, from weakness or wickedness, or the union of both, should transgress the bounds prescribed, what is the security of the citizen? After all the experience derived from the example of other Governments, after all the deliberation and wisdom of our sages who framed the Constitution, are we left, in this important instance, as under the despotism of a monarch, to seek redress through the throes and convulsions of a revolution? No, sir. The Judiciary are our security. The Legislature may enact penalties, and denounce punishments against those who do not yield obedience to their unconstitutional acts; their penalties cannot be exacted, nor punishments inflicted, without the judgment of a court. The judges are to expound the law, and that

Después de aclarar que los jueces del *common law* no pueden controlar a un Parlamento británico omnipotente y que, por eso, no están para ejercer un control sobre el legislador, Stanly explicó que:

“Este poder [de los jueces] no existe en ningún otro Gobierno, porque bajo ningún otro Gobierno existe una Legislatura con facultades limitadas; bajo nuestro Gobierno es de la esencia misma la constitución de un tribunal y el juramento que se les impone para defender la Constitución. El ejercicio y la admisión de este derecho no son nuevos en América; los casos deben estar en el recuerdo de todo caballero. Citaré algunos de los más destacados: Su honorable miembro (Sr. Thompson) se ha complacido en llamar la atención del Comité sobre los ejemplos tomados de su Estado [de Virginia]; Pido permiso para sacar provecho de la misma fuente. En 1787, la Legislatura de ese estado aprobó una ley que dispuso nuevos arreglos en la jurisdicción de los tribunales. Los jueces, entre los cuales estaba aquel venerable señor mencionado por el diputado de ese Estado, cuyos méritos y valía merecen el sincero homenaje de mis respetos, protestaron contra esto y se negaron a darle efecto; la Legislatura dio su aquiescencia y la ley fue derogada”⁵⁸⁴.

Además del “Caso de los Jueces”, Stanly, abogado egresado de Princeton, recordó también como precedentes del control judicial de constitucionalidad los casos referidos a la *Invalid Pension Act* de 1792 y a la *Carriage Act* cuya constitucionalidad fue sostenida por la Suprema Corte en el caso *Hylton v. United States* de 1796. El diputado por Carolina del Norte afirmó que, en ese momento, los jueces, las partes, sus

fundamental, paramount law, the Constitution. To this purpose they are sworn to support the Constitution. While the Judiciary firmly, independently, and uprightly, discharge their duty and declare the act of the Legislature contrary to the Constitution, to be void, the Legislature are checked, and the citizen shielded from oppression and persecution” (*Annals...*, p. 574).

⁵⁸⁴ “This power exists in no other Government, because under no other Government does there exist a Legislature with limited powers; under our Government it is the very essence, the constitution of a court, the oath enjoined on them to support the Constitution. The exercise and the admission of this right are not new in America; instances must be in the recollection of every gentleman. I will cite a few most prominent: The honorable member (Mr. Thompson) has been pleased to call the attention of the Committee to the examples drawn from his State; I beg leave to profit from the same source. In 1787, the Legislature of that State passed an act making new arrangements in the jurisdiction of the courts. The judges, among whom was that venerable gentleman mentioned by the member from that State, whose merits and worth command the sincere homage of my respects, protested against this and refused to carry it into effect; the Legislature acquiesced, and the law was repealed” (*Annals...*, p. 575).

abogados y los propios ciudadanos entendieron que el poder judicial tenía la atribución de dejar de lado una ley inconstitucional⁵⁸⁵. Y remató su exposición diciendo que quedaba claro que:

“desde la constitución misma de nuestros tribunales, desde la práctica y admisión de nuestras cortes estatales y legislaturas estatales, y cortes federales, y legislatura federal, que los jueces de los Estados Unidos, sentados ante los tribunales, tienen la facultad y están obligados por juramento a pronunciar que una ley contraria a la Constitución es nula. Del establecimiento de esta proposición, de que los jueces son los expositores de la Constitución y de las leyes dictadas en virtud de ella, y que, por lo tanto, son un control sobre la Legislatura, inferiré que, según el espíritu de nuestra Constitución, deben ser independientes de los demás poderes del Estado, pero en particular del Poder Legislativo”⁵⁸⁶.

De no ser así, afirma el diputado Stanly, los jueces dejan de ser independientes y pasan a ser dependientes del poder legislativo⁵⁸⁷.

El 20 de febrero de 1802, en un discurso importante, James A. Bayard, diputado por el estado de Delaware, cuestionó a quienes criticaban la *judicial review*. Y lo hizo con una argumentación extensa, que demuestra hasta qué punto se había impuesto el control judicial de constitucionalidad sobre las leyes en el razonamiento jurídico de la época:

⁵⁸⁵ *Annals...*, p. 575.

⁵⁸⁶ “To my mind, these considerations are satisfactory, that, from the very constitution of our courts, from the practice and admission of our State courts and State Legislatures, and Federal courts, and Federal Legislature, that the judges of the United States, sitting in court, have the power, and by oath are bound to pronounce, that an act contrary to the Constitution, is void. From the establishment of this proposition, that the judges are the expounders of the Constitution, and the laws made under it, and that they are thereby a check on the Legislature, I shall infer that, by the spirit of our Constitution, they ought to be independent of the other branches of Government, but particularly so of the Legislature” (*Annals...*, p. 576).

⁵⁸⁷ *Annals...*, p. 576. Llama la atención que Stanly no citara *Bayard v. Singleton*. Tal vez la explicación sea que tenía apenas 12 años cuando se decidió ese caso, mientras que tenía 18 y 22, respectivamente, y estaba en Princeton, New Jersey, al momento en que se decidieron los casos de la *Invalid Pension Act* y la *Carriage Act*.

“Los caballeros que ahora niegan el principio pensaron alguna vez que la seguridad del ciudadano y de los Estados descansaba en el poder de los jueces para declarar nula una ley inconstitucional. ¡Cuán vana es una restricción de papel, si no confiere ni poder ni derecho! ¿Qué importancia tiene decir que el Congreso tiene prohibido realizar ciertas leyes, si no existe una autoridad legítima en el país para decidir si una ley sancionada es una ley prohibida? ¿Perciben, señores, las consecuencias que se derivarían de establecer el principio de que el Congreso tiene el derecho exclusivo de decidir sobre sus propios poderes? Admitido este principio, ¿queda alguna Constitución? ¿No se vuelve absoluto y omnipotente el poder de la Legislatura? ¿Puedes hablarles de transgredir sus poderes cuando nadie tiene derecho a juzgar esos poderes sino ellos mismos? Hacen lo que no está autorizado, hacen lo que está inhibido, es más, a cada paso pisotean la Constitución; sin embargo, sus actos son legales y obligatorios, y es traición resistirlos. ¡Qué mal, señor, concuerdan las doctrinas y declaraciones de estos señores!”⁵⁸⁸.

Bayard enfatizó después que el control de las leyes del Congreso era consecuencia inevitable del carácter de norma jurídica que tenía la Constitución y que, por ende, en algún lugar tenía que residir ese control sobre el legislativo. En su análisis, descartó primero que existiera en los propios estados o en sus tribunales⁵⁸⁹. Se preguntó después si ese poder residía directamente en el pueblo:

⁵⁸⁸ “It was once thought by gentlemen who now deny the principle, that the safety of the citizen and of the States rested upon the power of the judges to declare an unconstitutional law void. How vain is a paper restriction, if it confers neither power nor right! Of what importance is it to say, Congress are prohibited from doing certain acts, if no legitimate authority exists in the country to decide whether an act done is a prohibited act? Do gentlemen perceive the consequences which would follow from establishing the principle, that Congress have the exclusive right to decide upon their own powers? This principle admitted, does any Constitution remain? Does not the power of the Legislature become absolute and omnipotent? Can you talk to them of transgressing their powers when no one has a right to judge of those powers but themselves? They do what is not authorized, they do what is inhibited, nay, at every step they trample the Constitution under foot; yet their acts are lawful and binding, and it is treason to resist them. How ill, sir, do the doctrines and professions of these gentlemen agree!” (*Annals...*, p. 645).

⁵⁸⁹ “If, said Mr. B., you mean to have a Constitution, you must discover a power to which the acknowledged right is attached of pronouncing the invalidity of the acts of the Legislature which contravene the instrument. Does the power reside in the States? Has the Legislature of a State a right to declare an act of Congress void? This would be erring upon the opposite extreme. It would be placing the General Government at the feet of the State governments. It would be allowing one member of the Union to control all the rest. It would inevitably lead to civil dissension and a dissolution of the General Government. Will it be pretended that the State courts have the exclusive right of deciding upon the validity of our laws? I admit that they have the right to declare an act of Congress void. But this right they enjoy in practice, and it ever essentially must exist, subject to the revision and control of the courts of the United States. If the State courts definitively possessed the right of declaring the invalidity of the laws of this Government, it would bring us in subjection to the States. The judges of those courts, being

“Permítanme preguntar ahora si el poder de decidir sobre la validez de nuestras leyes reside en el pueblo. Señores no se puede negar este derecho al pueblo. Admito que lo poseen. Pero si, al mismo tiempo, no pertenece a los tribunales de los Estados Unidos, ¿adónde lleva al pueblo? Los lleva a la horca. Supongamos que, olvidando los límites de su autoridad, el Congreso aprueba una ley inconstitucional. Establecen un impuesto directo sobre un estado y no imponen ninguno sobre los demás. El pueblo del estado gravado por ese impuesto impugna la validez de la ley. Se resisten por la fuerza a su ejecución. Son llevados por el Poder Ejecutivo ante los tribunales acusados por cargos de traición. La ley es inconstitucional, el pueblo ha hecho lo correcto, pero el tribunal está obligado por la ley y obligado a pronunciar sobre ellos la sentencia que ella impone. Denieguen a los tribunales de los Estados Unidos el poder de juzgar sobre la constitucionalidad de nuestras leyes y es vano hablar de su existencia en otra parte. Los infractores de las leyes serán llevados ante estos tribunales, y si los tribunales están obligados implícitamente, la invalidez de las leyes no puede ser una defensa [en juicio]”⁵⁹⁰.

Bayard continuó con su razonamiento y apuntó a las prohibiciones expresas contenidas en la Constitución para justificar el control judicial sobre las leyes que las infrinjan:

bound by the laws of the State, if a State declared an act of Congress unconstitutional, the law of the State would oblige its courts to determine the law invalid. This principle would also destroy the uniformity of obligation upon all the States, which should attend every law of this Government. If a law were declared void in one State, it would exempt the citizens of that State from its operation, whilst obedience was yielded to it in the other States. I go further, and say, if the States or State courts had a final power of annulling the acts of this Government, its miserable and precarious existence would not be worth the trouble of a moment to preserve” (*Annals...*, pp. 645/646).

⁵⁹⁰ “Let me now ask if the power to decide upon the validity of our laws resides with the people? Gentlemen cannot deny this right to the people. I admit that they possess it. But if, at the same time, it does not belong to the courts of the United States, where does it lead the people? It leads them to the gallows. Let us suppose that Congress, forgetful of the limits of their authority, pass an unconstitutional law. They lay a direct tax upon one State and impose none upon the others. The people of the State taxed contest the validity of the law. They forcibly resist its execution. They are brought by the Executive authority before the courts upon charges of treason. The law is unconstitutional, the people have done right, but the courts are bound by the law, and obliged to pronounce upon them the sentence which it inflicts. Deny to the courts of the United States the power of judging upon the constitutionality of our laws and it is vain to talk of its existing elsewhere. The infractors of the laws are brought before these courts, and if the courts are implicitly bound, the invalidity of the laws can be no defence” (*Annals...*, p. 646).

“Supongamos que el Congreso aprueba un *bill of attainder*, o promulga una ley que dispone que cualquier persona que sea acusada de traición perderá para beneficio de los Estados Unidos todas las propiedades que posea en cualquier tierra o tenencia. La parte acusada es apresada y llevada ante un tribunal federal, y se dicta sentencia de ejecución en su contra. El [acusado] abre la Constitución y señala esta línea, ‘no se aprobará ningún *bill of attainder* ni ley *ex post facto*’. El *Attorney General* de los Estados Unidos lee el *bill of attainder*. Los tribunales están obligados a decidir, pero sólo les queda la alternativa de declarar inválida la ley o la Constitución. Sólo les queda decir que la ley anula la Constitución, o que la Constitución elude la ley”⁵⁹¹.

Y, aplicando esa lógica de forma contundente, Bayard desafió a los críticos del control judicial:

“No estoy dispuesto, señor, a alardear, pero estando en este terreno, arrojo el guante a cualquier campeón del otro lado. Los desafíos a que sostengan que, en caso de colisión entre una ley y la Constitución, los jueces están obligados a defender la ley y anular la Constitución. ¿Pueden los propios señores liberarse de este dilema? ¿Dirán que, aunque un juez no tiene poder para declarar nula una ley, sí tiene poder para declarar inválida la Constitución?”⁵⁹².

Bayard siguió con su defensa del control judicial de constitucionalidad apelando primero a dos artículos de la Constitución: (i) el Artículo III, que asigna el poder o la función judicial a la Suprema Corte y los tribunales federales⁵⁹³, y (ii) el Artículo VI,

⁵⁹¹ “Let us suppose that Congress pass a bill of attainder, or they enact that any one attainted of treason shall forfeit to the use of the United States all the estate which he held in any lands or tenements. The party attainted is seized and brought before a federal court, and an award of execution passed against him. He opens the Constitution and points to this line, ‘no bill of attainder or ex post facto law shall be passed.’ The attorney for the United States reads the bill of attainder. The court are bound to decide, but they have only the alternative of pronouncing the law or the Constitution invalid. It is left to them only to say that the law vacates the Constitution, or the Constitution avoids the law” (*Annals...*, pp. 646/647).

⁵⁹² “I am not, sir, disposed to vaunt, but standing on this ground I throw the gauntlet to any champion upon the other side. I call upon them to maintain, that in a collision between a law and the Constitution, the judges are bound to support the law, and annul the Constitution. Can the gentlemen relieve themselves from this dilemma? Will they say, though a judge has no power to pronounce a law void, he has a power to declare the Constitution invalid” (*Annals...*, p. 647).

⁵⁹³ “Article III, Section 1: The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated

cláusula 2ª, referido a la supremacía de la Constitución como norma de máxima jerarquía en el sistema:

“La doctrina que defiende no sólo se infiere claramente del lenguaje llano de la Constitución, sino que por ley ha sido expresamente declarada y establecida en la práctica desde la existencia del Gobierno federal. La Sección 2ª del Artículo III de la Constitución extiende expresamente el poder judicial a todos los casos derivados de la Constitución, las leyes, etc. Lo dispuesto en la Sección 2ª del artículo VI no deja lugar a dudas. ‘Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se dicten en cumplimiento de ella, etc. serán la ley suprema del país.’ La Constitución es absolutamente la ley suprema. No así las leyes de la Legislatura. Sólo son tales las leyes del país que se dictan en cumplimiento de la Constitución”⁵⁹⁴.

Inmediatamente después, Bayard leyó la primera parte del art. 25 de la *Judiciary Act* de 1789⁵⁹⁵. Acto seguido, afirmó que el control judicial había sido aceptado desde

Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Section 2: The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State,—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed”.

⁵⁹⁴ “The doctrine for which I am contending is not only clearly inferrible from the plain language of the Constitution, but by law has been expressly declared and established in practice since the existence of the Government. The second section of the third article of the Constitution expressly extends the judicial power to all cases arising under the Constitution, the laws, &c. The provision in the second clause of the sixth article leaves nothing to doubt. ‘This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, &c. shall be the supreme law of the land.’ The Constitution is absolutely the supreme law. Not so the acts of the Legislature. Such only are the law of the land as are made in pursuance of the Constitution” (*Annals...*, p. 647).

⁵⁹⁵ “SEC. 25. *And be it further enacted*, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United

los inicios mismos del gobierno federal estadounidense por una ley del propio Congreso:

“Así, ya en el año 1789, entre las primeras leyes del Gobierno, la Legislatura reconoció explícitamente el derecho de un tribunal estatal a declarar nulo un tratado, una ley y la autoridad ejercida bajo los Estados Unidos, sujeto a la revisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos; y [esa ley] ha dado expresamente la facultad final a la Suprema Corte federal para confirmar una sentencia que sea contraria a la validez de un tratado, ley o autoridad del Gobierno [federal]. Confío humildemente, señor Presidente, en haber dado abundantes pruebas de la naturaleza de nuestro Gobierno, a partir del lenguaje de la Constitución y de este reconocimiento Legislativo, que los jueces de nuestros tribunales tienen la facultad de juzgar y determinar sobre la constitucionalidad de nuestras leyes”⁵⁹⁶.

El 23 de febrero de 1802, el diputado Benjamin Huger del estado de Carolina del Sur, a pesar de no ser abogado y no estar “iniciado en los misterios del derecho”⁵⁹⁷, pronunció un largo discurso en el que hizo una sólida defensa de la independencia del poder judicial, citando *El Federalista* y las opiniones del juez St. George Tucker. En relación con el control judicial, el diputado Huger planteó que:

“si la Legislatura sanciona una ley peligrosa para las libertades del pueblo, el Poder Judicial debe pronunciarse no sólo acerca de si la parte acusada es culpable de una violación de ella, sino si tal ley está permitida por la

States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error [...]”, United States Statutes at Large, Vol. 1, 1st. Congress, 1st. Session, Ch. 20, pp. 85/86 (1789) (“An Act to establish the Judicial Courts of the United States”).

⁵⁹⁶ “Thus, as early as the year 1789, among the first acts of the Government, the Legislature explicitly recognised the right of a State court to declare a treaty, a statute, and authority exercised under the United States, void, subject to the revision of the Supreme Court of the United States; and it has expressly given the final power to the Supreme Court to affirm a judgment which is against the validity either of a treaty, statute, or an authority of the Government. I humbly trust, Mr. Chairman, that I have given abundant proofs from the nature of our Government from the language of the Constitution, and from Legislative acknowledgment, that the judges of our courts have the power to judge and determine upon the constitutionality of our laws” (*Annals...*, pp. 647/648).

⁵⁹⁷ *Annals...*, p. 683.

Constitución. Si, por ejemplo, se aprobara una ley prohibiendo el libre ejercicio de la religión, o restringiendo la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente, o a poseer y portar armas, estaría dentro de la órbita del Poder Judicial decidir que el poder de la Legislatura no se extendía a la elaboración de tal ley y, en consecuencia, para absolver al prisionero de cualquier pena que pudiera fijarse por la violación de tal ley inconstitucional”⁵⁹⁸.

Huger destacó que la alternativa a la falta de un poder judicial independiente, que pueda controlar las violaciones a la Constitución por parte de los dos poderes, es la violencia:

“No vacilo en afirmar que, entre un Poder Judicial independiente, constituyendo un tribunal que puede controlar los intentos inconstitucionales de los otros dos poderes del Gobierno, que se atreve, sin miedo ni temor, a hacer justicia, con mano imparcial, entre los débiles y fuertes, grandes y pequeños; entre tal tribunal y la bayoneta no queda recurso ni alternativa”⁵⁹⁹.

A su turno, el diputado Israel Smith del estado de Vermont, defendió el deber judicial de los jueces de dejar sin efecto las leyes inconstitucionales. Smith, abogado egresado de Yale y *Chief Justice* de la Suprema Corte de Vermont hasta 1797, aclaró que:

“Ya sea que el juez mantenga su cargo por voluntad del Presidente, o por un año, o mientras dure su buena conducta, es igualmente su deber declarar la nulidad de una ley que infrinja directamente la Constitución. Cuando hay una

⁵⁹⁸ “Thus, if the Legislature should pass a law dangerous to the liberties of the people, the Judiciary are to pronounce not only whether the party accused be guilty of a violation thereof, but whether such law be permitted by the Constitution. If, for example, a law were passed prohibiting the free exercise of religion, or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people to assemble peaceably, or to keep and bear arms, it would be the province of the Judiciary to decide that the power of the Legislature did not extend to the making of such a law, and consequently to acquit the prisoner from any penalty, which might be annexed to the breach of such an unconstitutional law” (*Annals...*, p. 681).

⁵⁹⁹ “I hesitate not in saying that, between an independent Judiciary, constituting a tribunal which can control the unconstitutional attempts of the other two branches of the Government, which dares, without dread or fear, to deal out justice, with an impartial hand, between the weak and the strong, the great and the small; between such a tribunal and the bayonet there remains no resource or alternative” (*Annals...*, p. 690).

constitución de gobierno, este principio está inseparablemente unido con la autoridad judicial”⁶⁰⁰.

El 24 de febrero de 1802, el diputado Calvin Goddard del estado de Connecticut, egresado de Dartmouth y también abogado, derivó el control judicial de la cláusula de la supremacía constitucional ya mencionada y de la existencia de normas de diversa jerarquía a partir de ese mismo texto de la Constitución, así como del juramento de los jueces:

“Los señores preguntan, ¿dónde encontramos en la Constitución una facultad otorgada a los jueces para decidir contra la constitucionalidad de las leyes? Respondo, estas palabras en el Artículo VI: ‘Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se dicten en cumplimiento de ella, y todos los tratados que se celebren, o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país’. Los jueces no sólo juran defender la Constitución, sino que el juramento de su cargo los obliga a juzgar ‘de acuerdo con la Constitución y las leyes’. La expresión ‘Ley suprema de la tierra’, importa leyes inferiores y subordinadas. ¿Qué son esas leyes sino decisiones del Congreso? La expresión respecto de las leyes dictadas en cumplimiento de la Constitución, implica necesariamente que podrán dictarse leyes que no serán conforme a ese instrumento. Esas no son la ley suprema de la tierra. No son derecho”⁶⁰¹.

En su discurso, Goddard hizo un repaso por varias decisiones judiciales en las que se defendió el control judicial de constitucionalidad, incluyendo la opinión del Justice Paterson en el caso *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*, la disidencia del Justice

⁶⁰⁰ “Whether the judge holds his office at the will of the President, or for one year, or during good behaviour, it is equally his duty to decide a law void, which directly infringes the Constitution. When there is a constitution of government, this principle is inseparably united with the judiciary authority” (*Annals...*, p. 698).

⁶⁰¹ “Gentlemen ask, where we find in the Constitution a power given to the judges to decide against the constitutionality of laws? I answer, in the sixth article, these words: ‘This Constitution and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land.’ The judges are not only sworn to support the Constitution, but their oath of office binds them to judge ‘agreeably to the Constitution and the laws.’ The expression, ‘supreme law of the land,’ imports inferior and subordinate laws. What are those laws, unless acts of Congress? The expression respecting laws made pursuant to the Constitution, necessarily implies that laws may be made which will not be pursuant to that instrument. Such are not the supreme law of the land. They are not law” (*Annals...*, p. 727).

Iredell en *Chisholm v. Georgia*, el caso *Calder v. Bull*, el caso *Trevett v. Weeden* de Rhode Island, etc.⁶⁰².

El 25 de febrero de 1802, el diputado John Rutledge, Jr. de Carolina de Sur, cuyo padre había sido convencional constituyente en Filadelfia y *Chief Justice* de la Suprema Corte federal, también defendió el control judicial. Rutledge explicó que ya se había practicado con anterioridad, tanto a nivel federal como a nivel estatal, y que resultaba ineludible dado que la Constitución era la norma de máxima jerarquía en el sistema:

“La facultad otorgada a los tribunales para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes sería enteramente derrotada, en los momentos en que el ejercicio de esa facultad se hace más necesario, si los jueces no son colocados fuera del poder de la Legislatura. La idea de dar este poder a los tribunales, y al mismo tiempo dejar los tribunales a merced de ese departamento sobre el cual se ejercerá el poder, es demasiada absurda, caballeros, incluso en estos días de extravagancia; y señores, conscientes de ello, han tenido la confianza de negar que esta facultad resida en los tribunales. Señor, a esta altura, no es necesario decir que estas declaraciones se oponen a todas las opiniones y decisiones anteriores. Es bien sabido por todos los miembros de este Comité, que el derecho de los tribunales a decidir sobre la constitucionalidad de vuestras leyes, ha sido reconocido en vuestras mismas leyes; ha sido ejercido por los tribunales; vuestras leyes han sido declaradas inconstitucionales y nulas, y esa decisión no sólo ha sido consentida por la Legislatura, sino que la ley misma ha sido eliminada de vuestro código de leyes. Este principio no es exclusivo de vuestro Gobierno nacional; existe y se ejerce bajo cada gobierno estatal, donde los poderes de la legislatura han sido limitados por una constitución escrita. El principio no sólo existe y resulta de la naturaleza de este Gobierno, sino que está previsto en los términos de la propia Constitución”⁶⁰³.

⁶⁰² *Annals...*, p. 727/729.

⁶⁰³ “The power given to the courts to pronounce on the constitutionality of laws would be entirely defeated, in those times when the exercise of that power becomes most necessary, if the judges are not placed beyond the power of the Legislature. The idea of giving this power to the courts, and at the same time of leaving the courts at the mercy of that department over which the power is to be exercised, is rather too absurd for gentlemen, even in these days of extravagance; and gentlemen, aware of this, have had the confidence to deny that this power resides in the courts. Sir, upon this point, it is not necessary to say, that these declarations are opposed to all former opinions and decisions. It is well known to every member of this Committee, that the right of the courts to decide on the constitutionality of your laws, has been recognised in your laws themselves; has been exercised by the courts; your laws have been

El diputado Rutledge explicó que el control judicial de constitucionalidad era producto del carácter de norma que tenía la Constitución federal y del juramento de los jueces:

“Las palabras declaran que la Constitución será la ley suprema, y los jueces no sólo están obligados a respetarla como tal, sino que han jurado defenderla, y serían culpables de perjurio si a sabiendas decidieran ejecutar una ley que la Constitución no permite. Tampoco puede resultar vergüenza alguna de la ejecución de este principio; los jueces deben pronunciarse sobre vuestras leyes en general; encuentran en vuestro código de leyes dos leyes que son repugnantes entre sí; deben decidir cuál de las leyes será obligatoria: encuentran que la ley de la Constitución y la ley de la Legislatura chocan entre sí; saben que la primera es suprema y limita tanto el poder de la Legislatura como el poder de la corte, y deben decidir si la ley de la Constitución o la ley de la Legislatura es nula. En tal caso no queda nada librado a discreción, la Constitución es imperativa y manda la obediencia de todos los departamentos [del gobierno federal]”⁶⁰⁴.

El 27 de febrero de 1802, el diputado Joseph Hopper Nicholson del estado de Maryland pidió la palabra para explicar por qué un precedente de Virginia no debía ser invocado como tal para la discusión del proyecto de ley para derogar la *Judiciary Act* de 1801. Nicholson se refirió al llamado “Caso de los Jueces” de Virginia varias veces referido durante el debate⁶⁰⁵, y aclaró que, si bien probaba que los jueces se creían

pronounced unconstitutional and void, and that decision has not only been acquiesced in by the Legislature, but the act itself has been removed from your code of statutes. Nor is this principle peculiar to your national Government; it exists, and is exercised under every State Government, where the powers of the Legislature have been limited by a written Constitution” (*Annals...*, p. 783).

⁶⁰⁴ “The principle not only exists, and results from the nature of this Government, but is provided for by the terms of the Constitution itself. The words declare that the Constitution shall be the supreme law, and the judges are not only bound to respect it as such, but have sworn to support it, and they would be guilty of perjury if they should knowingly decide for the execution of an act which the Constitution did not warrant. Nor can any embarrassment result from the execution of this principle; the judges must pronounce upon your laws generally; they find two statutes in your law book which are repugnant to each other; they must decide which of the statutes shall bind: they find the law of the Constitution and the law of the Legislature clashing with each other; they know the first is paramount, and limits as well the power of the Legislature as the power of the court, and they must decide either that the law of the Constitution or the law of the Legislature is void. In such a case there is nothing left to discretion, the Constitution is peremptory and commands the obedience of every department” (*Annals...*, p. 783).

⁶⁰⁵ “In 1787, the Legislature passed a law erecting a system of circuit courts, and declared that the above named judges should execute the duties of circuit judges, in addition to their duties as judges of the other

autorizados para declarar una ley inconstitucional ya en 1787, ésa no era la cuestión principal a dilucidar en el Congreso en ese momento, a pesar de que ese punto había sido arrastrado a la discusión⁶⁰⁶.

El proyecto de ley continuó en análisis durante varios días. En el transcurso de ese debate se hicieron más referencias al control judicial de constitucionalidad. Incluso se leyeron por primera vez las minutas de la Suprema Corte del caso no reportado *John Chandler v. Secretar of War* de 1794⁶⁰⁷, y se aportaron numerosos antecedentes relacionados con la declaración de inconstitucionalidad de la *Invalid Pension Act* de 1792, así como del caso *Hylton v. United States*⁶⁰⁸. El diputado Samuel W. Dana del estado de Connecticut concluyó, de forma contundente, que:

“en consecuencia, el principio que ahora se disputa ha sido convalidado hace años. Es un principio consagrado en la Constitución”⁶⁰⁹.

Finalmente, a pesar de todas las advertencias acerca de su incompatibilidad con la independencia del poder judicial, el Congreso sancionó las dos leyes que luego fueron conocidas como si fueran una sola: la *Judiciary Act* de 1802. La primera de esas leyes implicó, literalmente, abolir los juzgados creados durante los últimos días de la presidencia de Adams y “revivir” todas las leyes derogadas por la *Judiciary Act* de 1801 para volver así al estatus anterior bajo la *Judiciary Act* de 1789⁶¹⁰. Como expliqué al principio, en la segunda de esas leyes, las sesiones de junio y diciembre de la Suprema

courts. This law the judges refused to execute as unconstitutional, because they said the Legislature had no right to impose new duties on them without giving them additional salary” (*Annals...*, p. 824/825).

⁶⁰⁶ “They may, indeed, serve to show that the judges thought themselves authorized to declare an act of the Legislature unconstitutional; but this is by no means the question before us, although it has been dragged into the discussion” (*Annals...*, p. 826).

⁶⁰⁷ *Annals...*, pp. 903/904.

⁶⁰⁸ *Annals...*, pp. 920/925.

⁶⁰⁹ “The principle, therefore, which is not disputed, has been settled for years. It is the established principle of the Constitution” (*Annals...*, pp. 926).

⁶¹⁰ “SEC. 3. And be it further enacted, That all the acts, and parts of acts, which were in force before the passage of the aforesaid two acts, and which by the same were either amended, explained, altered, or repealed, shall be, and hereby are, after the said first day of July next, revived, and in as full and complete force and operation, as if the said two acts had never been made”, United States Statutes at Large, Vol. 2, 7th. Congress, 2nd. Session, Ch. 8, p. 132 (1802) (“An Act to repeal certain aspects of the organization of the Courts of the United States; and for other purposes”).

Corte fueron canceladas. Por eso, en la sesión del 23 de abril de 1802, James A. Bayard, representante del estado de Delaware, sostuvo:

“Esta ley no está diseñada para enmendar el sistema Judicial; eso no es más que pretensión. Si la enmienda hubiera estado a la vista, los caballeros habrían ideado un plan mejor que el que propone el presente proyecto de ley, que yo hago un panegírico, llamándola una miserable obra de retazos. No señor; el diseño de este proyecto de ley, es impedir la sesión habitual de la Suprema Corte en junio próximo. Es para evitar que ese tribunal exprese su opinión sobre la validez de la ley recientemente aprobada, que abolió los cargos de los jueces de los tribunales de circuito, hasta que la ley haya entrado en plena ejecución y la excitación de la mente del público haya disminuido. [...] ¿Podría un motivo menor inducir a los señores a aceptar suspender las sesiones de la Suprema Corte por catorce meses? La última sesión fue en diciembre; los jueces tienen prohibido reunirse de nuevo, hasta que hayan transcurrido catorce meses desde ese momento. ¿Se podría establecer un precedente más peligroso que este? ¿No puede conducir a la virtual abolición de un tribunal, cuya existencia exige la Constitución? Si las funciones de la corte pueden ser prorrogadas por ley por catorce meses, ¿cuánto tiempo pasará antes de que lleguemos a hacerlo por diez o veinte años? Esta objeción al proyecto de ley por sí sola sería fatal, en mi opinión. Hemos ofrecido una enmienda sobre este punto, permitiendo que los jueces de la Suprema Corte se reúnan en junio. Hemos rogado a los señores que accedan a esta enmienda, aunque sólo sea para desterrar las aspiraciones en cuanto al objeto del proyecto de ley, pero, aunque se nos dice que son indiferentes en cuanto a la opinión de la Suprema Corte sobre la validez de su última ley, encontramos, sin embargo, que el proyecto de ley tiene tenaz adhesión; y que, con todas sus imperfecciones, debe convertirse en ley”⁶¹¹.

⁶¹¹ “This act is not designed to amend the Judicial system; that is but pretence. If amendment had been in view, gentlemen would have contrived a better plan than the present bill proposes, which I panegyricize, by calling a miserable piece of patch-work. No, sir; the design of this bill, is to prevent the usual session of the Supreme Court in next June. It is to prevent that court from expressing their opinion upon the validity of the act lately passed, which abolished the offices of the judges of the circuit courts, until the act has gone into full execution, and the excitement of the public mind is abated. I know not that the subject would be Drought before the judges, or that they would officially take it up; but it is the fear of their solemn opinion, and a knowledge of the just reverence which the people of this country entertain for judicial decision, which has given birth to the present expedient. Could a less motive induce gentlemen to agree to suspend the sessions of the Supreme Court for fourteen months? The last session was in December; the judges are forbidden to assemble again, until fourteen months from that time have expired. Could a more dangerous precedent than this be established? May it not lead to the virtual abolition of a

Recapitulación:

El objetivo de este capítulo fue presentar extensamente los diversos argumentos que diputados y senadores del Congreso federal expusieron acerca del control judicial de constitucionalidad inmediatamente antes de que la Suprema Corte resolviera el planteo judicial presentado por William Marbury.

Esa exposición no solo me permitió mostrar el nivel de difusión que tenía ya la idea de la llamada *judicial review*, sino reconstruir parte del peculiar contexto en que se dictó la célebre sentencia de la Corte. El debate por las consecuencias derivadas de la derogación de la *Judiciary Act* de 1801 y la sanción de la *Judiciary Act* de 1802 preanunciaba el ataque frontal que el gobierno de Jefferson lanzaría tiempo después contra la justicia federal. Las advertencias del diputado Bayard no se referían al reclamo de Marbury, sino a los cuestionamientos que podrían hacerse a la abolición de los tribunales creados a último momento del gobierno de Adams. Luego de un largo receso, la Suprema Corte se volvería a reunir recién a principios de 1803 para resolver ambos planteos judiciales. Y lo haría en pleno cuestionamiento a uno de los pilares del sistema constitucional de los Estados Unidos y una de las condiciones básicas para el ejercicio de lo que hoy conocemos como *judicial review*: la independencia del poder judicial.

La revisión de este debate legislativo no solo me permite agregar un elemento más para terminar de cuestionar el mito de *Marbury*, sino también para poder entender la verdadera importancia de la sentencia de la Corte. El contexto en el que fue decidida fue ciertamente muy peculiar, único hasta ese momento: de hecho, se trató del primer enfrentamiento directo entre un presidente y el máximo tribunal del sistema constitucional creado en Filadelfia. La forma en la que fue decidido ese conflicto contribuyó a evitar un choque en el que la Corte tenía todo para perder. El hecho de no haber sido la sentencia que creó el control judicial de constitucionalidad no implica que

court, the existence of which is required by the Constitution? If the functions of the court can be extended by law for fourteen months, what time will arrest us before we arrive at ten or twenty years? This objection to the bill alone would be fatal, in my mind. We have offered an amendment upon this point, enabling the judges of the Supreme Court to meet in June. We have begged gentlemen to accede to this amendment, if for no other reason than to banish the aspirations as to the object of the bill, but though we are told they are indifferent as to the opinion of the Supreme Court upon the validity of their late act, yet we find the bill tenaciously adhered to; and that, with all its imperfections about it, it is to be converted into a law" (*Annals...*, pp. 1235/1236).

no haya tenido un rol relevante en el desarrollo institucional en los Estados Unidos. En el próximo capítulo intentaré explicar cuál es la real relevancia de la sentencia de Marshall y porqué está directamente relacionada con la consolidación de la independencia del poder judicial, indispensable para el ejercicio de la *judicial review*.

Capítulo V

El control judicial en *Marbury* y la lucha por la independencia del poder judicial

Planteamiento:

El primer objetivo de este capítulo es contextualizar la decisión de Marshall en *Marbury* y analizar los argumentos que expuso el *Chief Justice* en su sentencia para después contrastarlos con los que otros hombres públicos expusieron antes de 1803 en diversas ocasiones. Además, explicaré qué repercusiones tuvo el caso no solo en su época y en las décadas siguientes.

El segundo objetivo de este capítulo es explicar que la verdadera importancia de la sentencia no pasa por su rol creador de la *judicial review*, sino por la forma en la que se evitó un conflicto que hubiera afectado directamente la independencia del poder judicial. Para ilustrar ese punto es que explicaré en detalle el principal conflicto que se generó de forma inmediatamente posterior cuando Jefferson impulsó pedidos de remoción de jueces federales que tenían como objetivo final a la Suprema Corte.

La metodología que emplearé en este capítulo es similar a la de capítulos anteriores, empezando por una descripción general del contexto político que rodeó el caso *Marbury v. Madison*, un análisis de sus argumentos principales, una revisión de la repercusión que la sentencia tuvo de forma inmediata y en años posteriores, para después contrastarla con el episodio institucional más grave que tuvo la Suprema Corte en toda su historia: el *impeachment* al *Justice* Samuel Chase.

1. El conflicto entre Republicanos y Federalistas

Se suele poner el énfasis en que el caso *Marbury v. Madison*⁶¹² fue decidido en medio de un conflicto entre dos facciones políticas: los Republicanos, partidarios de Jefferson, y los Federalistas, partidarios de Washington y Adams. Parte de esa disputa

⁶¹² 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

se dio por la sanción y la aplicación de las famosas leyes de Extranjería y de Sedición (*Alien Act y Sedition Act*). Ambas leyes habían sido sancionadas entre junio y julio de 1798, durante el gobierno de Adams, en medio de un conflicto con Francia. Los Republicanos criticaron duramente esas leyes ya que, por un lado, agravaban los requisitos para que los extranjeros pudieran obtener la ciudadanía estadounidense, al exigir 14 años de residencia, y, por el otro, se restringía considerablemente la libertad de expresión de todos los ciudadanos al permitir que se condene judicialmente a aquellos que criticaran al gobierno de Adams⁶¹³. De hecho, varias personas fueron condenadas por el solo hecho de criticar al presidente.

Luego de las elecciones y el cambio de gobierno en 1801, varios de esos condenados fueron indultados por Jefferson en uno de sus primeros actos de gobierno⁶¹⁴. En correspondencia privada, Jefferson alegaba que esas leyes eran inconstitucionales⁶¹⁵. Sin embargo, cabe recordar que algunas de esas publicaciones que criticaban a Adams, especialmente las de James Thompson Callender, habían sido financiadas por el propio Jefferson⁶¹⁶. A su vez, los partidarios de su flamante gobierno comenzaron una ofensiva contra el poder judicial que había quedado en manos de los Federalistas. Como vimos en el Capítulo anterior, el Congreso canceló la jurisdicción de la Suprema Corte durante 1802, lo que implicó la suspensión del trabajo de ese alto tribunal durante varios meses. Esa decisión, tomada mediante la *Judiciary Act* de 1802, tenía como uno de sus objetivos demorar o impedir la decisión que la Corte terminaría tomando en *Marbury v. Madison* un año después⁶¹⁷.

⁶¹³ SWISHER, Carl Brent, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 79/82.

⁶¹⁴ BRANT, Irving, *Impeachment. Trials and errors*, Alfred A. Knopf, New York, 1972, p. 46.

⁶¹⁵ En carta a Abigail Adams, el 11 de septiembre de 1804, Jefferson defendió su visión “departamentalista” de la separación de poderes y reconoció que los jueces podían ejercer la *judicial review* en ciertos casos: “[N]othing in the Constitution has given [the judiciary] a right to decide for the Executive, more than to the Executive to decide for them. Both magistrates are equally independent in the sphere of action assigned to them. The judges, believing the law constitutional, had a right to pass a sentence.... But the executive, believing the law to be unconstitutional, were bound to remit the execution of it; because that power had been confined to them by the Constitution.... [T]he opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the legislature and executive also, in their spheres, would make the judiciary a despotic branch” (WHITE, G. Edward, “The Constitutional Journey of *Marbury v. Madison*”, *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 6, p. 1490 [2003]).

⁶¹⁶ ELLIS, Joseph J., *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*, Alfred A. Knopf, New York, 2000, p. 198.

⁶¹⁷ ATWOOD, Edward W., “Chase’s Trial”, *Portland University Law Review*, Vol. 2, p. 12 (1951).

En ese clima, las diferencias políticas se ahondaron: los Federalistas afirmaban que la ley que suprimía la creación de los nuevos juzgados federales era inconstitucional y ponía en riesgo la independencia del poder judicial. La inconstitucionalidad que se alegaba era que esa eliminación de tribunales implicaba remover a jueces ya designados, pero a través de un mecanismo no previsto en la Constitución, y que así lo iba a decidir la Corte. El tribunal, a su vez, quedaba en el centro de la polémica ya que sus miembros comenzaron a ser mirados por los Republicanos como posibles blancos para un futuro *impeachment*. El encono de los Republicanos se puede resumir en una frase del senador William B. Giles: “la revolución estará incompleta mientras esa fortaleza [del Poder Judicial] esté en manos del enemigo”⁶¹⁸. El embate sobre el poder judicial y su independencia era inminente.

Sin embargo, Jefferson había asumido su presidencia con un Congreso en el que no tenía las mayorías especiales requeridas a nivel constitucional para poder remover a los jueces federales. Ese panorama cambió después de las elecciones de medio término que tuvieron lugar entre 1802 y 1803. En esas elecciones el partido de Jefferson obtuvo una victoria electoral que le garantizaba un control holgado de ambas cámaras del Congreso: en la Cámara de Representantes, pasó a superar a los Federalistas por 102 a 39 diputados. En el Senado, 25 a 9. Con solo mantener la disciplina partidaria, estaban garantizados los votos requeridos a nivel constitucional para poder llevar adelante los procesos de remoción de cualquier juez y así crear vacantes en la justicia federal, sea en la Corte o en tribunales inferiores.

Éste es el peculiar contexto político en el que se decidió el caso *Marbury v. Madison*. De hecho, muchos autores ponen el énfasis en destacar la maniobra de Marshall que, frente a la posible negativa de Jefferson de cumplir con la sentencia de la Corte, evita el conflicto y lo hace mediante una maniobra supuestamente genial: la creación de la *judicial review*. Sin embargo, la nota destacada de este período es, por un lado, el cuestionamiento abierto a la independencia del poder judicial y los procesos de remoción que empiezan a seguirse contra los jueces federales a instancias de Jefferson. Por el otro, el caso que pretendió impugnar judicialmente la *Judiciary Act* de 1802,

⁶¹⁸ BEVERIDGE, Albert J., *The Life of John Marshall*, Tomo III – Conflict and Construction (1800-1815), Houghton Mifflin Co., Boston, 1919, p. 22.

decidido una semana después de *Marbury*. En medio de ese clima enrarecido es que se produce un episodio de gran trascendencia institucional que ayudó a afianzar la independencia del poder judicial en general y, como consecuencia de ello, a la *judicial review* en particular. Contrariamente a lo que podría esperarse, ese episodio no es el dictado de la sentencia en *Marbury*, sino el rechazo al *impeachment* del Justice Samuel Chase. Antes de analizar y explicar la importancia de este proceso de remoción seguido contra Chase en comparación con la sentencia de Marshall, voy a exponer primero los argumentos desplegados en el caso *Marbury*, para ver cuán novedosos fueron y qué impacto tuvo el caso en la época. Luego explicaré los pormenores del intento de remoción de Chase para comparar después la importancia de uno y otro episodio en el sistema constitucional estadounidense.

2. ¿Cuán novedosos fueron los argumentos de *Marbury v. Madison*?

El análisis de los argumentos de Marshall y su contraste con los que expusieron otras figuras públicas, jueces y abogados previo a 1803 muestra que *Marbury* no aporta ningún elemento nuevo al sistema constitucional norteamericano⁶¹⁹. De hecho, así lo reconoce el propio Marshall en su sentencia. En ninguna parte pretende estar creando una nueva institución, estableciendo algo desconocido o haciendo un aporte novedoso al sistema constitucional o al mundo de las ideas. Por el contrario, en su sentencia Marshall afirma que:

“La cuestión de si una ley, repugnante a la constitución, puede convertirse en el derecho del país, es una cuestión profundamente interesante para los Estados Unidos; pero, felizmente, no es de una complejidad proporcional a su interés. Para decidir esa cuestión solo parece necesario reconocer ciertos principios que, se supone, han sido bien y largamente establecidos”⁶²⁰.

Marshall enumera después esos principios que, correctamente, considera como ya establecidos hace tiempo. El primero de ellos es que el poder de dictar una

⁶¹⁹ La cantidad de artículos de doctrina que se refieren al caso es, sencillamente, abrumadora. A los efectos de esta tesis, no hace falta analizar esa doctrina. Por todos, cito un trabajo clásico: VAN ALSTYNE, William W., “A Critical Guide to *Marbury v. Madison*”, *Duke Law Journal*, Vol. 1969, No. 1, p. 1 y sgtes. (1969).

⁶²⁰ 5 U.S. (1 Cranch), p. 176.

constitución reside en el pueblo y que esa constitución establece límites al gobierno y que, para que esos límites no se olviden, la constitución es escrita:

“Esta voluntad original y suprema [del pueblo] organiza el gobierno y otorga a los diferentes departamentos [del gobierno] sus respectivos poderes. Puede detenerse aquí o establecer ciertos límites que esos departamentos no deben sobrepasar. El gobierno de los Estados Unidos es de la última descripción. Los poderes de la Legislatura están definidos y limitados; y para que esos límites no se confundan ni se olviden, es que la Constitución es escrita. ¿Con qué fin se limitan los poderes, y con qué fin se compromete por escrito esa limitación, si estos límites pueden en cualquier momento ser sobrepasados por aquellos a los que se pretende restringir?”⁶²¹.

Acto seguido, Marshall explica cuál es la consecuencia de haber adoptado una constitución escrita que pretende limitar el poder de los distintos órganos del gobierno federal, incluido el del Congreso:

“La distinción entre un gobierno con poderes limitados e ilimitados queda abolida si esos límites no limitan a aquellas personas a las que [esos límites] se les imponen, y si los actos prohibidos y los actos permitidos son igualmente obligatorios. Es una proposición demasiado clara para ser discutida que o la Constitución controla cualquier acto legislativo que sea repugnante a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria”⁶²².

La sentencia sigue con una de las frases más citadas, en las que Marshall hace nuevamente hincapié en el carácter escrito de la Constitución de los Estados Unidos:

“Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una ley superior, suprema, inalterable por medios ordinarios, o está al nivel de las leyes ordinarias y, como otras leyes, es modificable cuando la legislatura desee modificarla. Si la primera parte de esa alternativa es verdadera, entonces una ley contraria a la constitución no es derecho; si la última parte es cierta, entonces las

⁶²¹ 5 U.S. (1 Cranch), p. 176.

⁶²² 5 U.S. (1 Cranch), pp. 176/177.

constituciones escritas son intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que, por su propia naturaleza, es ilimitable. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la nación, y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de este tipo debe ser que es nula una ley de la legislatura que sea repugnante a la constitución. Esta teoría está ligada estrechamente a las constituciones escritas, y, en consecuencia, debe ser considerada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Si una ley de la legislatura contraria a la constitución es nula, ¿a pesar de su nulidad obliga a los tribunales a darle efecto? O, en otras palabras, aunque no sea derecho, ¿constituye una regla tan operativa como si lo fuera?”⁶²³.

La sentencia continúa con un análisis de cuál es la función judicial y qué impacto tiene el considerar a la Constitución como norma de máxima jerarquía:

“La competencia y el deber del poder judicial es, enfáticamente, decir qué es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares deben, necesariamente, exponer e interpretar esa regla. Si dos leyes están en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir sobre el funcionamiento de cada una. Así, si una ley se opone a la constitución, si tanto la ley como la constitución se aplican a un caso particular, entonces la Corte debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la constitución, o de conformidad con la constitución, sin tener en cuenta la ley. La Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la esencia misma del deber judicial. Si, entonces, los tribunales deben considerar la constitución, y la constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la constitución, y no tal ley ordinaria, debe regir el caso al que ambas se aplican”⁶²⁴.

Marshall realiza luego una férrea defensa de la constitución escrita como ley fundamental, aunque haciendo hincapié en el primer aspecto y no en el segundo:

⁶²³ 5 U.S. (1 Cranch), p. 177.

⁶²⁴ 5 U.S. (1 Cranch), pp. 177/178.

“Entonces, aquellos que contradicen el principio de que la constitución debe ser considerada en los tribunales como una ley suprema se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos ante la constitución y ver sólo la ley. Esta doctrina subvertiría el fundamento mismo de todas las constituciones escritas. Declararía que una ley que, según los principios y la teoría de nuestro gobierno, es enteramente nula, es, sin embargo, completamente obligatoria en la práctica. Declararía que, aunque la Asamblea Legislativa hiciera aquello que está prohibido expresamente, tal acto, a pesar de la prohibición expresa, es, en realidad, eficaz. Se estaría dando al Poder Legislativo una omnipotencia práctica y real con el mismo aliento con que se profesa restringir sus facultades a estrechos límites. Es prescribir límites y declarar que esos mismos límites se pueden traspasar a placer. Dado que, de esta forma, se reduce a la nada lo que hemos considerado la mayor mejora de las instituciones políticas -una constitución escrita-, esto sería suficiente en Estados Unidos, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar esa interpretación”⁶²⁵.

Ese énfasis de Marshall en destacar el carácter escrito de la constitución es el que se usa muchas veces para plantear que de ahí no puede derivarse el control judicial de constitucionalidad. Marshall se refiere, por supuesto, al carácter de ley fundamental de la constitución, pero, como dije, pone el énfasis en su carácter escrito (probablemente debido a que, a esa altura, era prácticamente una obviedad el destacar el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía como nota esencial de la Constitución federal). Pero, tal como explica Black,

“Marshall presentó su caso como uno de lógica ineludible y, por lo tanto, se impuso una tarea inviable, ya que la lógica de los arreglos políticos humanos nunca es ineludible. Le dio demasiada importancia al hecho de que la constitución está por escrito, una circunstancia obviamente irrelevante, ya que una constitución por escrito podría consistir simplemente en exhortaciones y consejos, mientras que una transmitida oralmente podría ser vinculante como ley en un tribunal. (Al enfatizar este punto insustancial también, se expuso a una

⁶²⁵ 5 U.S. (1 Cranch), p. 178.

refutación empírica fácil, porque la *judicial review* no es parte de la vida política de algunos otros países con constituciones escritas)”⁶²⁶.

La sentencia prosigue con una reflexión acerca del rol de los jueces federales a los que el Artículo III de la Constitución les otorga la función judicial:

“El poder judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que surjan bajo la Constitución. ¿Podría haber sido la intención de quienes otorgaron este poder decir que, en su ejercicio, no se debe examinar la Constitución? ¿Que un caso que se presenta bajo la Constitución debe decidirse sin examinar el instrumento bajo el cual se origina? Esto es demasiado extravagante para ser mantenido”⁶²⁷.

Los párrafos anteriores que expuse son el corazón del argumento que Marshall desarrolla en *Marbury v. Madison* para justificar el ejercicio de la *judicial review*. A esa argumentación se suma, entre otras cosas, un análisis del juramento de los jueces y de los legisladores de ajustar su accionar a la Constitución, así como de la mención de la Constitución en primer lugar en la cláusula de la supremacía del derecho federal en el Artículo VI, cláusula 2ª de la Constitución de 1787⁶²⁸. Estos argumentos de la sentencia, especialmente el énfasis de Marshall en el carácter escrito de la constitución, son los que suelen ser resumidos en la expresión “la lógica de Marshall”⁶²⁹. ¿Cuán novedosos fueron estos argumentos expuestos en *Marbury*? ¿Qué genialidad surge de la pluma de Marshall que no se hubiera planteado antes en los Estados Unidos? ¿La llamada “lógica de Marshall” es la única fundamentación que se puede dar al control judicial de constitucionalidad?

Cualquiera que repase las defensas que muchos años antes hicieron, en su calidad de abogados o jueces, St. George Tucker, James Iredell, Andrew Roland, Alexander Hamilton, James Wilson, Oliver Ellsworth, William Paterson, así como las

⁶²⁶ BLACK, Jr., Charles L., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, The Macmillan Company, New York, 1960, p. 26.

⁶²⁷ 5 U.S. (1 Cranch), pp. 178/179.

⁶²⁸ 5 U.S. (1 Cranch), p. 180.

⁶²⁹ Ver, por ejemplo, NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 674/679.

de varios de los diputados y senadores que participaron del debate de la *Judiciary Act* de 1802 como, por ejemplo, Gouverneur Morris, Joseph Hemphill, Thomas Morris, John Stanly, James A. Bayard, Benjamin Huger, Calvin Goddard y John Rutledge, Jr., podrá comprobar que todos ellos hicieron argumentos similares antes que Marshall. En algunos casos, como, por ejemplo, los de Tucker, Iredell o Wilson, esos mismos argumentos fueron expuestos muchos años antes y con mayor claridad y precisión aún que los del célebre *Chief Justice*. Es más, algunos utilizaron argumentos adicionales para justificar el control judicial de constitucionalidad que o están ausentes o no fueron tratados con el mismo énfasis por Marshall (por ejemplo, (i) la idea de que la legislatura es una creatura de la constitución y que no puede ejercer facultades no previstas en la Constitución sin destruir las bases de su autoridad; (ii) la separación de poderes y el rol de control que tiene el poder judicial sobre los demás; (iii) la importancia que la independencia del poder judicial tiene para el control; (iv) que el propio Congreso reconoció el control judicial en el art. 25 de la *Judiciary Act* de 1789 aun antes de que el poder judicial empezara a funcionar en los Estados Unidos; (v) la existencia de antecedentes judiciales de ejercicio del control a nivel local y federal; (vi) las diferencias claras entre los Estados Unidos y Gran Bretaña en cuanto a la omnipotencia del legislador y a las constituciones de ambos países; (vii) el reconocimiento de derechos naturales y fundamentales en la constitución a través de una declaración de derechos, etc.).

Algo similar podría decirse en relación con los precedentes judiciales anteriores a *Marbury*. Es evidente que Marshall los conocía y que ejercieron una marcada influencia en su pensamiento⁶³⁰. De hecho, llama la atención que no se mencione que el propio Marshall cita el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la *Invalid Pension Act* en varios tramos de la sentencia⁶³¹.

⁶³⁰ GERBER, Scott Douglas, “The Supreme Court Before John Marshall”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 14, No. 1, p. 39.

⁶³¹ Ver, por ejemplo, 5 U.S. (1 Cranch), pp. 149, 164 y 171. En esta última referencia, Marshall reconoce la declaración de inconstitucionalidad de la *Invalid Pension Act*: “It must be well recollected that, in 1792, an act passed, directing the secretary at war to place on the pension list such disabled officers and soldiers as should be reported to him by the Circuit Courts, which act, so far as the duty was imposed on the Courts, was deemed unconstitutional; but some of the judges, thinking that the law might be executed by them in the character of commissioners, proceeded to act and to report in that character. This law being deemed unconstitutional at the circuits, was repealed, and a different system was established; but the question whether those persons who had been reported by the judges, as commissioners, were entitled, in consequence of that report, to be placed on the pension list was a legal question, properly determinable in the Courts...” (ibid).

La realidad es que el fallo *Marbury v. Madison* no trae novedad alguna en relación con el control judicial de constitucionalidad. Tampoco lo instituye como tal. De hecho, ese control ya estaba establecido también a nivel federal y así lo consideró el propio Congreso, al menos indirectamente, al sancionar la *Judiciary Act* de 1789. La verdadera novedad de *Marbury* en relación con el origen del control judicial de constitucionalidad consiste solamente en haber sido la primera sentencia publicada de forma completa en la que la Suprema Corte estadounidense declara la inconstitucionalidad de una ley federal. Nada más. Esto no le quita mérito, por supuesto, pero, desde esa perspectiva, sin dudas, la ubica en un lugar mucho menos importante que lo que frecuentemente se suele plantear⁶³².

3. ¿Qué repercusión tuvo el caso en la época?

De haber constituido la novedad que muchos autores le endilgan, la sentencia debió haber causado un alto impacto en su momento. Máxime en el marco del complejo escenario político en que, sin duda, fue dictada. Sin embargo, lo cierto es que no tuvo esa repercusión. Así lo comprueba Burris en uno de los pocos estudios que se publicaron con un análisis detallado de los diarios de la época⁶³³. A pesar de que el caso en sí recibió la atención de muchos de los periódicos que se publicaban en los Estados Unidos debido al conflicto político subyacente entre el presidente Jefferson y la Suprema Corte, no hubo prácticamente críticas o reflexiones acerca del ejercicio del control de

⁶³² Llevando el revisionismo de *Marbury* a un extremo, un autor de la lucidez de Paulsen, acusa a Marshall de haber plagiado a Hamilton en su defensa al control judicial de constitucionalidad: “As has been noted by too many people to count, Chief Justice John Marshall's opinion for the Court in *Marbury* is questionable, perhaps even deliberately mischievous, on a number of points. But it is hard to find fault in Marshall's proof for judicial review. In part, this is because the argument was so well-rehearsed in the work of earlier writers and prior judicial opinions. Talent borrows and genius steals. And John Marshall was undoubtedly a talented guy. In *Marbury*, Marshall displays his skills as a subtle and gifted plagiarist, shamelessly borrowing from Hamilton's *The Federalist No. 78*” (PAULSEN, Michael Stokes, “The Irrepressible Myth of *Marbury*”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, p. 2711 [2003]). Más allá de que comparto con Paulsen la opinión de que no hay fallas en el razonamiento que Marshall despliega en defensa del control judicial de constitucionalidad, no creo que se lo pueda acusar de plagio. El propio Marshall advierte en su sentencia que no tenía la pretensión de estar creando algo nuevo y que solo hacía falta “reconocer ciertos principios que, se supone, han sido bien y largamente establecidos” (5 U.S. (1 Cranch), p. 176) para aceptar el control judicial de constitucionalidad. Creo que, en su intento de desacreditar la novedad del fallo, el propio Paulsen es víctima del mito de *Marbury*. En todo caso, lo que podría criticarse del razonamiento del fallo en este punto es que no incluyó otros argumentos que ya se habían expuesto anteriormente en defensa del control judicial o en haber hecho especial hincapié en el carácter escrito de la Constitución y no en su carácter de norma de máxima jerarquía en el sistema. Pero acusarlo de plagio tendría sentido solamente si el propio Marshall se hubiera atribuido el haber introducido una idea novedosa, cosa que no hizo.

⁶³³ BURRIS, Johnny C., “Some Preliminary Thoughts on a Contextual Historical Theory for the Legitimacy of Judicial Review”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 12, pp. 630 y sgtes. (1987).

constitucionalidad por parte del tribunal. En el campo de diarios con simpatías Federalistas, no hubo discusiones acerca de la declaración de inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1789 en ese caso⁶³⁴. En los diarios de tendencia favorable a los Republicanos, tampoco. Lo que sí hubo fue un cuestionamiento directo a la independencia del poder judicial y planteos de si era necesaria en los Estados Unidos tener un poder judicial independiente del pueblo⁶³⁵. También se cuestionaba a la Corte por haber criticado al gobierno del presidente Jefferson por no haber entregado las comisiones con las designaciones de los jueces que habían iniciado el caso⁶³⁶.

La crítica más completa y sistemática a la sentencia consistió en la publicación de siete cartas, publicadas entre los meses de abril y mayo de 1803, en diversos periódicos tales como el *Virginia Argus*, el *Aurora General Advertiser* y el *Republican Watch-tower*. Esas cartas fueron firmadas con el seudónimo “Littleton”⁶³⁷. La crítica principal era el no haber tratado el tema de la competencia de entrada y dejarlo para el final. De esta forma, según sostenía la crítica, la Corte había podido tratar temas que no debería haber considerado ya que no tenía competencia. Esa estructura de la sentencia habría sido deliberada para poder introducir los cuestionamientos a Jefferson y de esta manera hacer consideraciones de tipo político⁶³⁸. En ninguna parte de esa extensa crítica contra la sentencia se impugnó a la Corte por haber usurpado o por haberse “autoasignado” un poder que no tenía al haber invalidado una ley del Congreso⁶³⁹.

En su extenso estudio, Burris solo pudo encontrar un único cuestionamiento publicado en un diario denominado *Washington Federalist*. En sus ediciones del 27 y 29 de abril de 1803, un anónimo “An Unlearned Layman” planteó que el control judicial no estaba previsto expresamente en la Constitución y que un concepto tan peligroso no podía estar implícito en ella. Además, argumentó que el Congreso era

⁶³⁴ BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, p. 636.

⁶³⁵ Ídem.

⁶³⁶ BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, pp. 636/637.

⁶³⁷ BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, p. 637.

⁶³⁸ BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, p. 638. Los diarios de la época se ocuparon también del caso de un tal “Mr. Green” quién pidió a Jefferson una corrección de su comisión ya que tenía un error formal: había sido designado juez de circuito, pero la comisión, erróneamente, decía “juez de distrito”. En lugar de corregir ese error, una vez entregada la comisión para ser corregida, Jefferson la retuvo y designó a otro juez en su reemplazo (BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, p. 636, n. 232).

⁶³⁹ BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, p. 640.

supremo debido a que representaba al pueblo. Por eso, consideró que era peligroso que los jueces pudieran dejar sin efecto las leyes sancionadas por el Congreso. Ese planteo fue respondido en la misma edición del 29 de abril de 1803. Allí se acusó al autor de la crítica de no entender la estructura del gobierno federal de los Estados Unidos ya que la última expresión de la voluntad del pueblo estaba expresada en la Constitución, que controlaba así a la legislatura⁶⁴⁰. La respuesta a la crítica hizo hincapié en que los jueces defendían al pueblo cuando invalidaban una ley sancionada en violación a esa Constitución. De hecho, esto formaba parte de los deberes propios de la función judicial y los jueces no se ponían por eso por encima del Congreso, sino que simplemente declaraban qué es y qué no es el derecho aplicable a la hora de resolver el caso concreto:

“Los Jueces no pretenden tener derecho a suspender o dejar sin efecto las leyes de la Legislatura. Pero si una ley está en conflicto con la Constitución, los Jueces están obligados a declarar cuál prevalece. Los jueces aquí no se arrogan ningún poder. No son ellos los que hablan, es la Constitución, o más bien, el pueblo. Los Jueces no tienen voluntad; ellos meramente declaran lo que es y lo que no es el derecho”⁶⁴¹.

Tal como opina Burris, que es quien más estudió la cuestión, no hubo otra discusión o crítica a la sentencia de la Corte en el caso *Marbury v. Madison* debido al ejercicio del poder o del deber de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Por eso, coincido con el autor cuando afirma que:

“Si tomamos en cuenta la naturaleza del poder que la Corte había reclamado [en *Marbury*], esta respuesta al fallo, en términos de cantidad y calidad, es llamativa. El hecho de que esta sentencia se haya anunciado al momento de la controversia acerca de la derogación de la *Judiciary Act* de 1801, en la que el poder de la *judicial review* fue apoyado y denegado vehementemente, hace que la falta de un comentario público significativo disputando la sentencia en este punto sea aún más destacable”⁶⁴².

⁶⁴⁰ BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, pp. 640/641.

⁶⁴¹ WHITE, “The Constitutional Journey...”, p. 1487.

⁶⁴² BURRIS, “Some Preliminary Thoughts...”, p. 641.

La reacción prácticamente nula que despertó en su misma época el ejercicio del control judicial de constitucionalidad al momento de invalidar la *Judiciary Act* de 1789 es otra muestra más de las distorsiones que genera el mito de *Marbury*: de haber sido cierto que, con la genial maniobra de Marshall, los jueces hubieran usurpado o se hubieran autoasignado un poder que no tenían, así debería haber sido denunciado en ese mismo momento. Máxime cuando el ejercicio de esa atribución estaba lejos de ser desconocido para los principales hombres públicos de los Estados Unidos ya que conocían casos en muchos estados. El hecho de que esas críticas no ocurrieran es una prueba de que las voces que todavía denunciaban al control judicial, como las que se esbozaron en el Congreso durante la discusión de la *Judiciary Act* de 1802, era ya expresión de una postura claramente minoritaria. La razón más probable de por qué el ejercicio de la *judicial review* en *Marbury* no despertó reacción alguna es, sencillamente, debido a que el ejercicio de esa atribución ya estaba generalmente aceptado⁶⁴³

Otra de las distorsiones que genera el mito de *Marbury* es que se pierde de vista que el verdadero caso importante que la Corte tenía entre manos a comienzos de 1803 no era tanto *Marbury v. Madison*, sino *Stuart v. Laird*⁶⁴⁴, fallado apenas una semana después. En ese caso se había cuestionado la constitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1802 debido a que había eliminado tribunales con jueces ya designados. Este ataque directo a la independencia del poder judicial, denunciado durante el debate en el Congreso en 1802, no fue respondido por la Suprema Corte.

En *Stuart v. Laird*, Hugh Stuart cuestionó una sentencia dictada en su contra por un tribunal de circuito que quedó posteriormente abolido por la *Judiciary Act* de 1802. El planteo que hizo Stuart es que esa ley había abolido de forma inconstitucional el tribunal del Cuarto Circuito de Virginia que lo había condenado y que no podía ser reemplazado por otro (la Corte del Quinto Circuito de Virginia) para la ejecución de esa

⁶⁴³ “Thus, by the time of *Marbury*, the principle of judicial review was reasonably well established. Not surprisingly, the judicial review aspects of the *Marbury* decision received little notice, suggesting that Marshall’s claims with respect to the authority of the courts to assess the constitutionality of legislation, was not controversial. Indeed, critics of the decision, including Thomas Jefferson, directed their ire not at the decision’s exercise of judicial review, but rather the separation of powers implications of the suggestion that the Court might issue a writ of mandamus to a Cabinet official” (DOUGLAS, Davison M., “The Rethorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a ‘Great Case’”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, pp. 380/381 [2003]).

⁶⁴⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 299 (1803).

condena⁶⁴⁵. Este cuestionamiento lo hizo con su abogado Charles Lee, que también había patrocinado a William Marbury. Obviamente, el planteo de inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1802 en cuestión se hizo mucho tiempo antes de que el juez Marshall firmara la sentencia en *Marbury v. Madison*. Nuevamente, tenemos aquí otra prueba más de que ni el célebre *Chief Justice*, ni *Marbury* pudieron inventar algo que ya había sido discutido con anterioridad en numerosas ocasiones, tanto a nivel local como a nivel federal, incluso ante la propia Corte presidida por Marshall. Y aquí, como muchas otras veces, el planteo lo hizo el abogado de una de las partes.

Aunque en esta sentencia la Corte reconoció que tenía la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de parte de la *Judiciary Act* de 1802⁶⁴⁶, el tribunal se limitó a sostener que no hacía falta tratar esa cuestión de fondo para decidir el caso y resolvió que:

“El Congreso tiene un poder expreso bajo la constitución para constituir y, de vez en cuando, ordenar y establecer tribunales inferiores a la Suprema Corte. La duración en el cargo puede ser una restricción en parte al ejercicio de este poder, pero no puede quitarle en conjunto el derecho de alterar y modificar los tribunales existentes”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ “If the acts of 8th March and 29th April, 1802, are constitutional, then it is admitted there is no error in the judgment; because, in that case, the courts ceased to exist, the judges were constitutionally removed, and the transfer from the one court to the other was legal. But if those acts are unconstitutional, then the court of the fourth circuit still exists, the judges were not removed, and the transfer of jurisdiction did not take place. The legislature did not intend to transfer causes from one existing court to another. If then the courts still exist, the causes, not being intended to be removed from existing courts, were not removed. But we contend that those acts were unconstitutional so far as they apply to this cause. [...] It is admitted that congress have the power to modify, increase or diminish the power of the courts and the judges. But that is a power totally different from the power to destroy the courts and to deprive them of all power and jurisdiction. The one is permitted by the constitution, the other is restrained by the regard which the constitution pays to the independence of the judges. They may modify the courts, but they cannot destroy them, if thereby they deprive a judge of his office. This provision of the constitution was intended to place the judges not only beyond the reach of executive power, of which the people are always jealous, but also to shield them from the attack of that party spirit which always predominates in popular assemblies. That this was the principle intended to be guarded by the constitution is evident, from the contemporaneous exposition of that instrument, published under the title of *The Federalist*, and written, as we all know, by men high in the esteem of their country. *Federalist*, vol. 2. No. 78” (5 U.S. (1 Cranch), pp. 303/304).

⁶⁴⁶ Acá tenemos otro caso de ejercicio de control de constitucionalidad inmediatamente después de *Marbury*.

⁶⁴⁷ 5 U.S. (1 Cranch), p. 307. La Corte, aplicando una teoría similar a la “liquidación” a que se refiere James Madison en *The Federalist* No. 37 aclaró que: “The provision of the constitution respecting tenure by good behaviour was not intended to protect the judge; but for the benefit of the people, that judges might, by the permanence of their offices, be always men of experience and learning. It is admitted by Mr. Lee, that if any power remained in the circuit court of the fourth circuit, the act was constitutional.

La Corte decidió también que la transferencia de expedientes judiciales entre tribunales debido a la *Judiciary Act* de 1802 era válida alegando que:

“El Congreso tiene autoridad constitucional para establecer de tiempo en tiempo los tribunales inferiores que considere apropiados; y transferir una causa de un tribunal a otro. En este último particular, no hay palabras en la constitución para prohibir o restringir el ejercicio del poder legislativo. El presente es un caso de este tipo. No es más que el traslado de la demanda iniciada por Stuart contra Laird del tribunal del cuarto circuito al tribunal del quinto circuito, que está autorizado para proceder y llevarla a pleno efecto”⁶⁴⁸.

A pesar de su importancia, *Stuart v. Laird* no tiene ni por asomo la cantidad de estudios que tiene el caso *Marbury v. Madison*. De hecho, suele pasar desapercibido⁶⁴⁹. Sin embargo, la trascendencia de la cuestión discutida y de los planteos del abogado de Stuart ameritaban un tratamiento distinto por parte de la Corte, cosa que no hizo tal vez para no forzar aún más la situación de conflicto con el gobierno de Jefferson. Ello a pesar de que en este caso estaba en juego la independencia del poder judicial. En ese marco, tanto *Marbury* como *Stuart* pueden ser vistos como una retirada estratégica de la Corte, que tenía mucho para perder en un conflicto directo con Jefferson.

But even if the whole powers were taken away, yet new powers and new duties might have been given. It does not follow that because the court is abolished, the office of the judge is taken away. And if the act of 1802 is unconstitutional, because it abolishes the circuit courts then existing, the act of 1801 is equally so by abolishing the old circuit courts. But, as was before observed, there is no necessity or wish to go into this argument; it is not pertinent to the present cause; for the only question here is whether congress had power to transfer the cause from the fourth to the fifth circuit court, and not whether the fourth circuit court or its judges are still in existence. As to the objection that the law of 1789 is unconstitutional, in as much as it gives circuit powers, or original jurisdiction, to judges of the supreme court; it is most probable that the members of the first congress, many of them having been members of the convention which formed the constitution, best knew its meaning and true construction. But if they were mistaken, yet the acquiescence of the judges and of the people under that construction, has given it a sanction which ought not now to be questioned” (5 U.S. (1 Cranch), pp. 307/308).

⁶⁴⁸ 5 U.S. (1 Cranch), p. 309.

⁶⁴⁹ Ahumada Ruiz explica que hay autores que concluyen que “para comprender lo que se decide en *Marbury*, lo que realmente está en juego, hay que ponerlo en conexión con *Stuart*. Esto es una novedad, pues supone el rescate de un caso oscuro (que desde luego no aparece en letra grande, cuando aparece, en los manuales de derecho constitucional) y fuerza a redescubrir el carácter de *Marbury* como caso constitucional” (AHUMADA RUIZ, Mariana Ángeles, “*Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después”, en *Fundamentos*, No. 4, p. 147 [2006]).

Como sea, volviendo a *Marbury*, lo cierto es que, en su momento, no generó el claro impacto que todavía hoy tiene. Tan es así que, entre 1803 y 1894, la célebre sentencia de Marshall fue citada solamente una vez por la Suprema Corte como precedente acerca de la posibilidad que los jueces federales tienen para imponer límites constitucionales al Congreso⁶⁵⁰. En efecto, a pesar de los numerosos casos en que la Corte declaró la inconstitucionalidad o limitó la aplicación de una ley federal en los Estados Unidos durante ese período de tiempo, la Corte citó *Marbury v. Madison* por primera vez en su historia en un caso similar recién en 1887⁶⁵¹. Como muestra, basta considerar que entre 1865 y 1894 la Corte declaró la inconstitucionalidad de leyes del Congreso en 19 ocasiones. En ninguno de esos fallos los jueces citaron a *Marbury*⁶⁵². En similar sentido, entre 1865 y 1898, la Corte declaró la inconstitucionalidad de nada menos que 171 leyes de los estados. ¿En cuántos de esos fallos en los que la Corte ejercía la *judicial review* fue citado el caso *Marbury*? En ninguno de ellos⁶⁵³. Sin embargo, entre 1803 y 1894, la Corte citó el caso *Marbury* en unas 50 sentencias, normalmente en el contexto de cuestiones jurisdiccionales o de casos relacionados con un *writ of mandamus*⁶⁵⁴. De hecho, como ya dije, Warren lo denomina como *The Mandamus Case*⁶⁵⁵. El examen de las obras de derecho constitucional publicadas en esa época arroja el mismo resultado: la mayoría no considera a *Marbury* como una decisión

⁶⁵⁰ CLINTON, Robert, “The Strange History of *Marbury v. Madison* in the Supreme Court of the United States”, *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 8, pp. 28/33 (1989).

⁶⁵¹ La cita aparece en el caso *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887): “While every possible presumption is to be indulged in favor of the validity of a statute (*Sinking Fund Cases*, 99 U.S. 718), the courts must obey the Constitution, rather than the lawmaking department of Government, and must, upon their own responsibility, determine whether, in any particular case, these limits have been passed. ‘To what purpose,’ it was said in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U. S. 167, ‘are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a Government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation.’ The courts are not bound by mere forms, nor are they to be misled by mere pretenses. They are at liberty, indeed, are under a solemn duty, to look at the substance of things whenever they enter upon the inquiry whether the legislature has transcended the limits of its authority. If, therefore, a statute purporting to have been enacted to protect the public health, the public morals, or the public safety has no real or substantial relation to those objects, or is a palpable invasion of rights secured by the fundamental law, it is the duty of the courts to so adjudge, and thereby give effect to the Constitution” (123 U.S., p. 661).

⁶⁵² DOUGLAS, “The Rethorical Uses...”, p. 382.

⁶⁵³ Ídem.

⁶⁵⁴ Ídem.

⁶⁵⁵ WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History*, Tomo I (1789-1821), Little, Brown & Co., Boston, 1922, p. 231 y sgtes.

trascendente en relación con el establecimiento del control judicial de constitucionalidad⁶⁵⁶.

4. El *impeachment* al *Justice Chase*

Si bien las reacciones a la decisión de *Marbury v. Madison* oscilaron entre el aplauso o un rechazo moderado, el conflicto entre Jefferson y el poder judicial estuvo lejos de alcanzar su pico máximo de tensión, aun a pesar de la decisión ciertamente favorable que obtuvo, si bien indirectamente, en *Stuart v. Laird*. Ese punto se alcanzaría durante el *impeachment* seguido contra el *Justice* Samuel Chase. Tal vez parezca un desvío dar un tratamiento más o menos profundo a este intento de remoción en una tesis que se centra alrededor de los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, creo que se trata de un episodio de indudable trascendencia no solo para la independencia del poder judicial en general en el sistema estadounidense, sino también para la propia *judicial review* en particular. De haber tenido éxito en su intento de remover a Chase, el gobierno de Jefferson sabía que el *Chief Justice* John Marshall era el próximo objetivo declarado. Y no tengo dudas de que la remoción de ambos jueces en la Suprema Corte estadounidense habría implicado un terremoto institucional de tal magnitud que el propio control judicial de constitucionalidad habría corrido un serio peligro. La reacción de Marshall al proceso de remoción de Chase es una prueba fehaciente de lo que digo. Por eso que entiendo que el tratamiento de este singular episodio, lejos de ser un desvío, es absolutamente necesario para entender cabalmente la consolidación definitiva de la *judicial review* en los Estados Unidos.

(i) Preludio: El *impeachment* al juez Pickering

Jefferson no empezó su ataque directamente a la Suprema Corte, ni a Samuel Chase. Eligió un blanco más fácil: John Pickering. El proceso de remoción le ofrecía una conveniente oportunidad a Jefferson para conseguir un lugar para un juez Republicano⁶⁵⁷. Así fue que Pickering se convirtió en el primer juez federal en ser sometido a *impeachment* en los Estados Unidos⁶⁵⁸. Pese a su notable foja de servicios,

⁶⁵⁶ DOUGLAS, “The Rethorical Uses...”, p. 377.

⁶⁵⁷ TURNER, Lynn W., “The impeachment of John Pickering”, *American Historical Review*, Vol. 54, No. 3, p. 487 (1949).

⁶⁵⁸ El primer *impeachment* en los Estados Unidos pudo haber sido el de un miembro del Poder Judicial: el 25 de abril de 1796, la Cámara de Representantes decidió formar una comisión especial para investigar

al momento de ser acusado, Pickering era apenas una sombra de lo que había sido un destacado hombre público⁶⁵⁹: el alcoholismo y la senilidad, reconocidos por su propia familia, habían afectado severamente su capacidad y ya no podía seguir actuando como juez⁶⁶⁰.

La actuación de Pickering en *Eliza*, un caso no reportado, fue la que disparó su *impeachment*. Su mala conducta durante ese juicio constituyó la acusación principal en su contra. Se alegaba que ésa era su forma habitual de conducirse en el estrado⁶⁶¹. El caso se había originado cuando un oficial de aduana, designado por el partido Republicano en Portsmouth, confiscó un barco y su cargamento por supuestas infracciones. El dueño del barco, miembro del partido Federalista, apeló la medida ante Pickering, también Federalista. Éste ordenó la inmediata liberación de la embarcación. En noviembre de 1802, durante el posterior juicio en el que se iba a decidir si había habido o no infracción alguna, Pickering, en evidente estado de ebriedad, decidió que el dueño no había cometido infracción y, al denegar la apelación presentada contra esa decisión, utilizó un lenguaje ofensivo hacia los abogados del gobierno, incluyendo varias blasfemias. Numerosos curiosos, atraídos por la noticia acerca de la peculiar conducta de Pickering, se sorprendían y reían a carcajadas ante cada impertinencia del juez⁶⁶².

El 3 de febrero de 1803, apenas unas semanas antes de que la Corte anunciara su sentencia en *Marbury v. Madison*, el propio Jefferson presentó ante la Cámara de

la conducta de George Turner, Juez del Territorio de Ohio. Turner había sido denunciado por 49 ciudadanos del condado de St. Clair por “imponer pesadas multas” e “impedir que se utilice el idioma francés” en esas tierras. Sin embargo, la investigación fue dejada de lado, entre otras cosas, debido a “la inmensa distancia que separa a los testigos de esta ciudad de Filadelfia” (HINDS, Asher C., *Hinds’ Precedents of the House of Representatives of the United States*, Tomo III, Government Printing Office, Washington, D.C., 1907, p. 982).

⁶⁵⁹ Pickering había nacido en el estado de New Hampshire, cerca de 1738. Graduado en Harvard en 1761, tuvo una larga carrera pública: participó en la Revolución de 1776, fue representante en la Legislatura de New Hampshire y fue uno de los redactores de la Constitución de ese estado. Además, fue miembro de la convención estatal que ratificó la Constitución de 1787 y ocupó el cargo de *Chief Justice* de la Corte Superior que declaró inconstitucional una ley estatal en 1791, en el caso *Gilman v. McClary*. En 1795, fue designado por el Presidente Washington como Juez Federal de Distrito en New Hampshire (BUSHNELL, Eleanore, *Crimes, Follies and Misfortunes. The Federal Impeachment Trials*, University of Illinois Press, Chicago, 1992, p. 43).

⁶⁶⁰ TURNER, “The impeachment of John Pickering”, p. 487.

⁶⁶¹ BUSHNELL, *Crimes, Follies and Misfortunes...*, p. 45.

⁶⁶² TURNER, “The impeachment of John Pickering”, p. 490.

Representantes una queja contra Pickering, incluyendo diversos testimonios, en especial respecto de su comportamiento durante el caso *Eliza*. Un mes después, la Cámara de Representantes, inició el procedimiento de *impeachment*. La Cámara designó una comisión para investigar la conducta de Pickering y preparar la acusación. Para liderar esa comisión acusadora, sería elegido como líder de los *managers* el diputado Joseph H. Nicholson del estado de Maryland. Nicholson también tuvo un rol destacado en el siguiente proceso de remoción seguido inmediatamente después contra el *Justice Chase*.

El 2 de enero de 1804, la comisión preparó la acusación, que consistía en cuatro cargos. Dos días después, los cargos fueron presentados ante el Senado por Nicholson. Los primeros tres cargos se relacionaban directamente con el caso *Eliza* y el cuarto con el problema de alcoholismo de Pickering⁶⁶³.

El Senado tardó tres meses en reunirse como *High Court of Impeachment*. Finalmente, el juicio empezó el 2 de marzo de 1804. Para ese momento, había pasado casi un año desde la sentencia de *Marbury* y el Congreso se había renovado con las elecciones de medio término. Al momento de iniciarse, el Senado estaba compuesto por 25 senadores Republicanos y 9 Federalistas. Aaron Burr, vicepresidente de Jefferson, al presidir el Senado, lideró los comienzos del proceso⁶⁶⁴.

Pese a haber sido citado, Pickering no se presentó a ejercer su defensa. En cambio, Robert Goodloe Harper solicitó permiso para presentar una declaración de Jacob Pickering, hijo del juez federal, en la que se alegaba que éste se encontraba desde hacía dos años en evidente estado de insania. Caesar Augustus Rodney, por los *managers*, se opuso a que el Senado considerara esa declaración por temor a que su caso se viera afectado ante la posibilidad de que el acusado fuera considerado inimputable. Luego de una deliberación a puertas cerradas durante 4 días, el Senado decidió por 18 votos a 12 aceptar el testimonio del estado mental de Pickering. En su declaración, Jacob Pickering sostuvo que el estado de demencia de su padre lo excusaba de culpabilidad y que, en consecuencia, no podía ser sometido a *impeachment* por sus acciones. Es

⁶⁶³ HINDS, *Hinds' Precedents of the House...*, Tomo III, p. 692.

⁶⁶⁴ Burr se retiró al poco tiempo para hacer campaña para la gobernación del Estado de Nueva York. En su reemplazo, el Senado eligió a Jesse Franklin como presidente *pro tempore* hasta la finalización del juicio.

importante aclarar que los Federalistas argumentaban que el *impeachment* era una especie de juicio de carácter penal y que únicamente un delito podía justificar la remoción de un acusado⁶⁶⁵.

Luego de recibir la declaración de varios testigos que certificaron el estado mental de Pickering y su actuación en el caso *Eliza*, se presentó una moción para que el Senado no avanzara hasta tanto no se escuchara al acusado. La moción fue rechazada por 19 votos a 9. Acto seguido, los senadores fueron requeridos para que digan si Pickering era o no culpable de los cargos que se le imputaban⁶⁶⁶. Como consecuencia de la forma en que se decidió hacer la pregunta, cinco senadores se retiraron al momento de la votación⁶⁶⁷.

El 12 de marzo de 1804, Pickering fue declarado culpable por 19 votos contra 7. Luego los senadores votaron si el acusado debía ser o no removido. Se decidió que sí, por 20 votos contra 6⁶⁶⁸. Los Republicanos tuvieron así su primera victoria en su embate contra el Poder Judicial en manos de los Federalistas. Ese precedente, además, dejaba planteada la duda de si un juez federal podía o no ser removido por el contenido de sus sentencias, como parecía surgir de tres de los cuatro cargos formulados referidos al caso *Eliza*. Si se confirmaba este criterio, lógicamente, la *judicial review* corría serio peligro ya que los jueces podían ser removidos por los criterios que expresaran en una sentencia al declarar la inconstitucionalidad de una ley. El segundo intento, que para algunos era el prelude de un ataque mayor a gran escala, tuvo por objeto remover al

⁶⁶⁵ TURNER, “The impeachment of John Pickering”, p. 493. Este argumento fue esgrimido en casi todos los posteriores casos de *impeachment*.

⁶⁶⁶ HINDS, *Hinds' Precedents of the House...*, Tomo III, pp. 705 y 706. Ese modo de formular la pregunta fue motivo de malestar entre algunos senadores. Éstos creían que había que definir previamente si las faltas cometidas por Pickering constituían los “otros graves crímenes y transgresiones” (*high crimes and misdemeanors*) requeridos en la Constitución, dado que no se lo acusaba ni del delito de traición, ni de haber sido sobornado. Algunos senadores consideraban que el estado mental del juez, si bien indiscutible, no constituía una causal de remoción autónoma, ni constituía técnicamente un “grave crimen” o una “transgresión”. El senador Alexander White, por ejemplo, objetó la pregunta con el argumento de que remover a un juez federal sin verificar si sus actos constituían o no causal válida de remoción implicaba destruir la cláusula que fijaba el estándar de “buena conducta” para la duración en el cargo. Según White, se ponía así a los jueces a merced de una mayoría del Congreso (FEERICK, John D., “Impeaching Federal Judges: A study of the constitutional provisions”, *Fordham Law Review*, Vol. 39, pp. 27 y 28 [1971]).

⁶⁶⁷ BUSHNELL, *Crimes, Follies and Misfortunes...*, p. 51.

⁶⁶⁸ BRANT sostiene que, si los cinco senadores que se habían retirado previamente hubieran participado y votado de acuerdo con sus convicciones, la condena a Pickering no hubiera alcanzado los dos tercios ya que habría faltado un voto (BRANT, *Impeachment...*, p. 57).

Justice Samuel Chase, único Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos en ser sometido al procedimiento de *impeachment* hasta la fecha.

(ii) El proceso de remoción contra Chase

Si bien es cierto que el *impeachment* al *Justice* Samuel Chase comenzó formalmente el mismo día en que el juez Pickering fue removido⁶⁶⁹, había sido Jefferson quien impulsó primero este nuevo proceso de remoción. Y lo hizo de un modo similar al empleado contra Pickering: mediante una carta dirigida al diputado Joseph H. Nicholson, de fecha 13 de mayo de 1803, apenas semanas después de decidido el caso *Marbury*. Allí criticaba a Chase por un discurso de contenido político que había dado desde el estrado. Cabe recordar que Nicholson era quien había liderado la acusación en contra de Pickering, siguiendo también los deseos del propio Jefferson. Por ello se afirma, con razón, que el *impeachment* a Chase fue un intento directo del propio Jefferson de utilizar un mecanismo constitucional para remover a un enemigo político⁶⁷⁰.

El *Justice* Chase no fue juzgado por su actuación en la Suprema Corte, sino por su desempeño como Juez Federal de Circuito. Hay que recordar que, durante 121 años, los miembros de la Corte dividieron el año trabajando, por un lado, en la capital y, por el otro, en juzgados federales correspondientes a los diversos circuitos geográficos a los que pertenecían⁶⁷¹.

Se levantaron ocho cargos en contra de Chase; (i) el primero de ellos por su conducta en el juicio y condena a John Fries; (ii) los cinco siguientes por su conducta en el juicio seguido contra James T. Callender; (iii) el séptimo por la forma de conducir un *Grand Jury* en New Castle, Delaware, en junio de 1800; y, (iv) el último de ellos, y tal vez el más importante, por haber dado una arenga de contenido político a un *Grand Jury* en Baltimore, en mayo de 1803, oportunidad en la que criticó duramente al

⁶⁶⁹ PERLIN, Adam, “The Impeachment of Samuel Chase: Redefining Judicial Independence”, *Rutgers Law Review*, Vol. 62, No. 3, p. 746 (2010).

⁶⁷⁰ ISENBERG, Nancy, *Fallen Founder. The Life of Aaron Burr*, Penguin Books, New York, 2007, p. 274.

⁶⁷¹ GLICK, Joshua, “On the road: The Supreme Court and the history of Circuit riding”, *Cardozo Law Review*, Vol. 24, p. 1753 (2003).

gobierno de Jefferson, entre otras cosas, por la derogación de la *Judiciary Act* de 1801⁶⁷².

(a) El caso Fries

John Fries fue acusado de traición por comandar una insurrección en la que se liberó a varias personas que habían sido arrestadas por oponerse a que funcionarios del gobierno federal midieran las ventanas de sus casas para determinar el pago de ciertos impuestos federales. Fries fue encontrado culpable y condenado a muerte por Chase en 1800⁶⁷³. Lo cierto es que Fries ya había sido condenado a muerte un año antes por otro juez de la Corte, James Iredell, actuando en un tribunal de circuito⁶⁷⁴. Sin embargo, este juicio había sido dejado sin efecto por la supuesta animosidad de uno de los jurados⁶⁷⁵.

La acusación sostuvo que Chase “actuó de manera arbitraria, opresiva e injusta”. Se lo acusó de querer influir en el jurado al darle a los defensores de Fries una opinión escrita acerca del derecho en disputa; de restringir la actuación de los defensores al negarles el derecho de recurrir a precedentes ingleses o a algunas leyes locales que la defensa pretendía invocar, y de impedir que los defensores de Fries se dirigieran al jurado en cuestiones jurídicas. La sentencia de Chase, sin duda exagerada, fue objeto apenas dictada de críticas inclusive por los propios Federalistas. Por ello, el presidente Adams indultó posteriormente a Fries. Sin embargo, Brant sostiene que el *impeachment* a Chase no fue consecuencia de indignación alguna por las eventuales injusticias cometidas en este caso, sino una maniobra para crear una vacante en la Suprema Corte⁶⁷⁶.

(b) El caso Callender

⁶⁷² REHNQUIST, William H., “The impeachment clause: A wild card in the Constitution”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 85, p. 905 (1991).

⁶⁷³ Los pormenores del caso Fries pueden ser consultados en PRESSER, Stephen B., “Samuel Chase: In Defense of the Rule of Law and Against the Jeffersonians”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, No. 2, pp. 352/356 (2009).

⁶⁷⁴ CARRINGTON, R.W., “The Impeachment Trial of Samuel Chase”, *Virginia Law Review*, Vol. 9, p. 487 (1923).

⁶⁷⁵ REHNQUIST, William H., *Grand Inquests. The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*, Quill, New York, 1999, pp. 59/61.

⁶⁷⁶ BRANT, *Impeachment...*, p. 61.

A raíz de la publicación de un libro, *The Prospect Before Us*, en el que se criticaba a los presidentes Washington y Adams en duros términos, acusándolos de traición y corrupción, James Callender fue condenado en 1800 por aplicación de la Ley de Sedición (*Sedition Act*)⁶⁷⁷.

Con respecto a la actuación de Chase en el juicio y condena a Callender, dos de los cargos consistían en haber aplicado erróneamente leyes de procedimiento de Virginia que, según el criterio de los acusadores, hubieran obligado a que el juicio tuviese lugar en otro turno, un año después⁶⁷⁸. Otros cargos eran el de admitir como jurado a John Basset, quien había manifestado previamente una postura contraria a Callender. También el negarse a recibir el testimonio del Coronel John Taylor, testigo de la defensa y exigir a los defensores que su interrogatorio se haga por escrito y se someta a revisión previa del Tribunal. Finalmente, el haber interrumpido y acosado a los abogados defensores durante el juicio para asegurar una condena contra Callender⁶⁷⁹.

En relación con esta última acusación, es importante destacar que los abogados defensores de Callender intentaron sostener durante el juicio la teoría de que el jurado era quien tenía el poder de decidir si una ley, en este caso la *Sedition Act*, era inconstitucional o no. Como expliqué en el Capítulo IV anterior, Chase defendió la teoría correcta: una cosa es decidir qué ley era aplicable respecto de ciertos hechos previamente comprobados, ámbito que correspondía al jurado, y otra muy distinta el poder determinar si una norma era compatible o no con la Constitución federal⁶⁸⁰.

En *United States v. Callender*⁶⁸¹, Chase sostuvo enfáticamente que solamente el poder judicial podía ejercer el control de constitucionalidad de las leyes⁶⁸².

⁶⁷⁷ HUMPHREY, Alexander Pope, "The impeachment of Samuel Chase", *American Law Review*, Vol. 33, No. 6, pp. 834/835 (1899).

⁶⁷⁸ REHNQUIST, *Grand Inquests...*, p. 76. Los pormenores del caso Callender pueden ser consultados en PRESSER, "Samuel Chase: In Defense...", pp. 356/363.

⁶⁷⁹ REHNQUIST, *Grand Inquests...*, p. 77.

⁶⁸⁰ ATWOOD, "Chase's Trial", p. 17.

⁶⁸¹ 25 F. Cas. 239, No. 14, 709 (C.C. Va.) (1800).

⁶⁸² 25 F. Cas., p. 256.

(c) La arenga de contenido político a un *Grand Jury* en Baltimore

El 2 de mayo de 1803, Chase dio un discurso de fuerte contenido político a un *Grand Jury* en Baltimore, Maryland. Allí advirtió a los presentes acerca de los peligros que corrían la libertad y la propiedad debido a la adopción del sufragio universal masculino en ese estado. Además, según algunos testigos propuestos por el comité acusador, Chase criticó al gobierno de Jefferson en duros términos desde el estrado.

Algunos autores sostienen que, de no haber sido por este discurso de tinte político, Chase no hubiese sido sometido por los Republicanos al proceso de *impeachment*⁶⁸³. Lo cierto es que la defensa alegó durante el juicio que la práctica de dar discursos de contenido político a los grandes jurados (*grand jurors*), si bien podía ser criticada y debía dejarse de lado, era una costumbre aceptada desde los tiempos de la Revolución⁶⁸⁴.

(d) El juicio

El vice-presidente Aarón Burr fue quien como presidente del Senado lideró el juicio contra Chase. Paradójicamente, Burr era en ese momento un fugitivo de la justicia del estado Nueva York, ya que, el 11 de julio de 1804, había asesinado a Alexander Hamilton en un duelo⁶⁸⁵.

El primer día del juicio le fue concedido a Chase para refutar los cargos que se le hacían. La presentación de los cargos, la defensa y la declaración de los testigos concluyeron el 20 de febrero de 1805. Declararon 52 testigos, incluido el *Chief Justice* John Marshall⁶⁸⁶. Su testimonio estuvo lejos de impresionar a los senadores y fue considerado como uno de los más decepcionantes del caso⁶⁸⁷.

⁶⁸³ ATWOOD, “Chase’s Trial”, p. 14.

⁶⁸⁴ Sobre el punto, resulta de consulta ineludible el trabajo de LERNER, Ralph, “The Supreme Court as Republican Schoolmaster”, *Supreme Court Review*, Vol. 1967, p. 127 (1967). Lerner analiza la arenga de Chase y la compara con otras dadas por sus colegas en diversas ocasiones (ver LERNER, “The Supreme Court...”, pp. 148/155).

⁶⁸⁵ Por ello, algunos contemporáneos decían que la práctica judicial era la de hacer comparecer al asesino delante del juez y no al juez delante del asesino (REHNQUIST, William H., “Political battles for judicial Independence”, *Washington Law Review*, Vol. 50, p. 839 [1974]).

⁶⁸⁶ BLACKMAR, Charles B., “On the Removal of Judges: The Impeachment Trial of Samuel Chase”, *Journal of the American Judicature Society*, Vol. 48, No. 9, p. 186 (1965).

⁶⁸⁷ PERLIN, Adam, “The Impeachment of Samuel Chase: Redefining Judicial Independence”, *Rutgers Law Review*, Vol. 62, No. 3, pp. 758/759 (2010).

Los alegatos comenzaron ese mismo día y se extendieron hasta el martes 26 de febrero. A diferencia de Pickering, que no se defendió durante el proceso en el cuál fue finalmente removido, Samuel Chase optó por defenderse con uñas y dientes. No sólo contactó un grupo de abogados brillantes para contrarrestar la ofensiva de los Republicanos, entre los que sobresalían Charle Lee, abogado de William Marbury, y Luther Martin⁶⁸⁸, sino que él mismo ejerció su defensa de forma vigorosa, argumentando que su actuación había sido la correcta y que no podía ser válidamente juzgado por ella. De esta forma, Chase forzó una discusión concreta acerca del alcance y los límites que tenía el *impeachment* en el sistema constitucional estadounidense⁶⁸⁹.

El equipo de abogados de la defensa estuvo liderado Luther Martin, un viejo amigo de Chase. Martin era considerado como uno de los mejores abogados de su país⁶⁹⁰. Entre otros casos resonantes de la vida norteamericana, Martin participó en la defensa de Burr, cuando fue acusado de traición a los dos años de finalizado el juicio político a Chase, y en los casos *Fletcher v. Peck*⁶⁹¹ y *McCulloch v. Maryland*⁶⁹².

Uno de los argumentos centrales de la defensa de Chase fue que tanto las decisiones que se le cuestionaban, como su conducta durante esos juicios, se adecuaban a la tradición y al derecho vigente y que si había cometido algún error en sus decisiones no podía tomarse como causal válida de remoción desde el punto de vista constitucional. Adicionalmente, la defensa planteó también que, de aceptarse la posibilidad de remover a un juez por el contenido de sus sentencias, se convertiría al Senado en una corte de apelaciones. Y que eso llevaría al absurdo de que cuando cualquier sentencia de un juzgado inferior fuera dejada sin efecto por un tribunal superior en instancia de

⁶⁸⁸ Además de Martin y de Lee, que había sido *Attorney General* durante la presidencia de Adams, los otros abogados de Chase eran Joseph Hopkinson, Philip Barton Key, y Robert Goodlow Harper (BAIR, Robert R. y COBLENTZ, Robin D., "The Trials of Mr. Samuel Chase", *Maryland Law Review*, Vol. 27, p. 381 [1967]).

⁶⁸⁹ WHITTINGTON, Keith W., *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 27.

⁶⁹⁰ GOULD, Ashley M., "Luther Martin and the trials of Chase and Burr", *Georgetown Law Journal*, Vol. 1, No. 1, p. 21 (1912).

⁶⁹¹ 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).

⁶⁹² 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819).

apelación los jueces que hubieran dictado esas sentencias deberían ser condenados por mal desempeño y ser removidos de sus cargos⁶⁹³.

William B. Giles, una de las espadas de Jefferson en el Senado, defendía la postura contraria. No sólo rechazaba la necesidad de tener un poder judicial independiente, sino que sostenía abiertamente el carácter meramente político del *impeachment*:

“el poder de *impeachment* fue otorgado sin limitación a la Cámara de Representantes; el poder de juzgar un *impeachment* fue igualmente otorgado al Senado sin limitación. El juzgamiento y remoción de un juez por medio del *impeachment* no implica ningún tipo de criminalidad o corrupción de su parte. El Congreso no tiene poder sobre la persona, sino sobre el cargo. Y la remoción por medio del *impeachment* no es otra cosa que una declaración del Congreso a este efecto: usted ha sostenido opiniones peligrosas, que si se ponen en práctica se estará colaborando en la destrucción de la nación. Queremos sus cargos con el objeto de dárselos a otros hombres que los llenen mejor”⁶⁹⁴.

Ese ataque directo a la independencia del poder judicial representaba un enorme desafío al sistema constitucional que había impuesto la Constitución de Filadelfia y un claro peligro para la práctica ya consolidada del control judicial de constitucionalidad. Por eso, durante el *impeachment* a Chase, se discutió arduamente acerca de las causales que habilitaban o no a remover a un juez. La defensa sostuvo que hacía falta demostrar que el acusado había cometido un delito o la violación de una norma concreta y que el mero error en la apreciación o interpretación del derecho no constituía causal válida de remoción. Puntualmente, uno de los abogados de Chase sostuvo que ningún juez puede ser responsable por un error a la hora de emitir una sentencia y que:

“ninguna inferencia de corrupción puede obtenerse de un error de derecho, especialmente si quien lo comete es una persona de talentos e integridad conocidos e intachables. En el peor de los casos, se trata de un simple error”⁶⁹⁵.

⁶⁹³ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 753.

⁶⁹⁴ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 730.

⁶⁹⁵ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 769.

A su vez, al momento de presentar el alegato, la defensa argumentó que la interpretación de las leyes, incluida la Constitución correspondía exclusivamente al Poder Judicial. Dado que la relación entre interpretación y control judicial de constitucionalidad es inescindible, se argumentó también que, si se obligaba a los jueces a aceptar las interpretaciones constitucionales que pretendiera el Congreso, el derecho se convertiría en algo extremadamente maleable, con un significado hoy y otro mañana. Además, se expuso que una Constitución escrita requería un poder que pudiera juzgar la Constitución y la conformidad o no de las leyes con sus provisiones. Y que no había otro poder mejor preparado para esa importante tarea que el Judicial⁶⁹⁶. Finalmente, Luther Martin planteó que, si el Senado creía en serio en la importancia de la independencia del Poder Judicial, debería rechazar el argumento expuesto por la acusación que favorecía un poder ilimitado para perseguir y remover a los jueces federales por sus sentencias⁶⁹⁷.

La acusación, en cambio, sostuvo en un principio que no hacía falta probar la existencia de un delito, sino que, en el caso de los jueces federales, bastaba con probar la ausencia de buena conducta⁶⁹⁸. Además, los *managers* acusaron a Chase de haber aplicado incorrectamente el derecho y argumentaron que eso justificaba por sí sólo el proceso de remoción⁶⁹⁹. No sólo eso: en consonancia con las ideas expuestas por el senador Giles, tanto el diputado Joseph Nicholson como Caesar Rodney atacaron directamente la idea de que el poder judicial fuera independiente, y plantearon que era una ficción que sólo existía en la imaginación estadounidense⁷⁰⁰. Rodney, en particular, sostuvo que obstruir la voluntad de la mayoría era lo mismo que obstruir la voluntad del pueblo americano y que eso implicaba poner a la independencia de los jueces por encima de la voz del pueblo⁷⁰¹. Finalmente, al cerrar los alegatos, John Randolph por la acusación sostuvo que Chase había violado sus deberes como juez que lo obligaban a

⁶⁹⁶ Ídem.

⁶⁹⁷ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 771.

⁶⁹⁸ BRANT, *Impeachment...*, p. 76.

⁶⁹⁹ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 755.

⁷⁰⁰ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 778.

⁷⁰¹ Ídem.

impartir justicia fiel e imparcialmente⁷⁰². En definitiva, los argumentos de la acusación expandían notablemente la definición y alcance del *impeachment*. Si lograban convencer a los senadores que juzgaban a Chase, la influencia del Congreso sobre la Corte Suprema se iba a expandir de forma notable⁷⁰³.

Chase fue juzgado por 34 senadores provenientes de los trece estados originales que formaron los Estados Unidos y de los estados de Vermont, Tennessee, Kentucky y Ohio, que habían sido recientemente admitidos. Cada cargo fue votado individualmente por cada uno de los senadores federales, quienes debían señalar si Chase era “culpable” o “inocente”. En ninguno de los cargos votados se llegó a la mayoría especial de dos tercios de senadores presentes tal como prevé la Constitución estadounidense⁷⁰⁴. El primer cargo (actuación en el caso Fries) fue rechazado por 18 votos en contra y 16 a favor. El segundo cargo (admitir a John Basset como jurado) tuvo 24 votos en contra y 10 a favor. El tercer cargo (exclusión del testimonio del Coronel Taylor) tuvo 18 votos a favor y 16 en contra. El cuarto cargo (caso Callender) tuvo la misma votación. Los dos cargos basados en la violación de normas de procedimiento de Virginia fueron rechazados; uno por unanimidad y otro por 30 votos a 4. El séptimo cargo respecto del *Grand Jury* de Delaware también fue rechazado por 24 votos a 10. Y en el último cargo, 19 senadores votaron a favor del juicio y 15 en contra⁷⁰⁵.

Tal como explica la principal biógrafa de Aaron Burr, los *managers* habían podido probar que Chase se había comportado de forma desagradable en varios casos, pero no que hubiera cometido una falta que se acercara a los *high crimes and misdemeanors* requeridos por la Constitución de 1787. Ese fracaso de la acusación caldeó todavía más los ánimos: Randolph, en un raptó de cólera, volvió inmediatamente a la Cámara de Representantes y propuso una enmienda constitucional para permitir que

⁷⁰² BRANT, *Impeachment...*, p. 81.

⁷⁰³ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 756.

⁷⁰⁴ La parte pertinente del Artículo I, Sección 3ª de la Constitución de los Estados Unidos dispone que: “*The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present. Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law*”.

⁷⁰⁵ HINDS, *Hinds' Precedents of the House...*, Tomo III, p. 771.

cualquier juez federal pudiera ser removido por el presidente con el consentimiento de una simple mayoría de ambas cámaras. Su propuesta, que alteraba por completo la independencia del Poder Judicial, no prosperó y quedó en el olvido⁷⁰⁶. Sin embargo, es sintomática y muestra hasta donde estaban dispuestos a llegar algunos partidarios del presidente Jefferson.

Si los senadores hubieran votado de acuerdo a las conveniencias o consideraciones partidarias, la mayoría especial requerida en la Constitución podía haber sido alcanzada sin mayor dificultad, ya que los Republicanos partidarios de Jefferson contaban con la cantidad de senadores requeridos⁷⁰⁷. Sin embargo, 6 senadores republicanos votaron en contra de los cargos presentados contra el *Justice Chase*. Bidegain explica que los cargos resultaron triviales y que el precedente que se quería sentar pareció muy peligroso y que eso es lo que explica que Chase fuera absuelto pese a que los Republicanos tenían los votos para alcanzar el número de dos tercios necesario para condenarlo y removerlo⁷⁰⁸.

Paradójicamente, muchos autores consideran que John Marshall fue uno de los grandes beneficiarios de esta absolución. Marshall tenía fundados temores en ser removido de la Suprema Corte. Ese temor lo llevó al extremo de proponer, en una carta dirigida al propio Chase, el 23 de enero de 1804, que se le concediera al Congreso la autoridad de revocar las decisiones judiciales que la Suprema Corte emitiera sobre cuestiones constitucionales⁷⁰⁹. De haberse seguido el criterio que proponía el célebre *Chief Justice*, la *judicial review* habría tenido una intensa pero breve vida. En efecto, el planteo de Marshall era que:

“la doctrina moderna del *impeachment* debería dar espacio a una jurisdicción apelada en la legislatura. La revocación de las opiniones legales que se consideren inapropiadas por la legislatura se acomodaría ciertamente mejor a

⁷⁰⁶ ISENBERG, *Fallen Founder...*, pp. 277/278.

⁷⁰⁷ SCHWARTZ, Bernard, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 57.

⁷⁰⁸ BIDEGAIN, Carlos María, *El Congreso de los Estados Unidos de América. Derecho y prácticas legislativas*, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 365.

⁷⁰⁹ La fecha de la carta, anterior al comienzo formal del *impeachment* a Chase, es confirmada por uno de los principales biógrafos modernos de Marshall: HOBSON, Charles F., “Editing Marshall”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 33, pp. 873/874 (2000).

nuestro templado carácter que la remoción de un juez que ha tomado esas decisiones sin tener conocimiento de esas fallas”⁷¹⁰.

Existían también rumores acerca de la posible remoción futura de Marshall para designar como *Chief Justice* a Spencer Roane de Virginia. El senador Giles, también del estado de Virginia, había dicho luego de dictado el fallo en *Marbury* que:

“si los Jueces de la Corte Suprema se animan, como hicieron, a declarar inconstitucional una ley del Congreso [...] la Cámara de Representantes tiene el derecho de acusarlos por medio del *impeachment* y el Senado de removerlos por haber dictado esos fallos, sin importar lo honestos o sinceros que hayan sido al hacerlo”⁷¹¹.

Sin embargo, en una actitud llamativa, el senador Giles dejaría de lado sus posturas radicales y terminaría votando a favor de la absolución de Chase junto con otros senadores Republicanos. Al respecto, vale la pena destacar la actitud del Dr. Samuel Mitchill, senador del partido Republicano por el estado de Nueva York. En una carta enviada a su esposa le explica que:

“este importante y tedioso juicio ha finalizado. Todo este esfuerzo ha quedado en la nada. En esta ocasión, el senador Smith y yo actuamos con los Federalistas. Pero lo hicimos con la convicción de que la evidencia, nuestros juramentos, la Constitución y nuestra conciencia requerían que actuemos como lo hicimos. Supongo que [en el partido Republicano] seremos denigrados y vilipendiados en gran forma por nuestra decisión de hoy”⁷¹².

⁷¹⁰ El texto en idioma original es el siguiente: “I think the modern doctrine of impeachment should yield to an appellate jurisdiction in the legislature. A reversal of those legal opinions deemed unsound by the legislature would certainly better comport with the mildness of our character than [would] a removal of the Judge who has rendered them unknowing of his fault” (BEVERIDGE, Albert J., *The Life of John Marshall*, Tomo III – Conflict and Construction. 1800-1815, Houghton Mifflin Company, New York, 1919, p. 177. El facsímil de la carta está, sin numerar, entre las páginas 176 y 177 del Tomo III en cuestión).

⁷¹¹ BRANT, *Impeachment...*, p. 85.

⁷¹² REHNQUIST, *Grand Inquests...*, p. 110.

La valiente postura del grupo de senadores Republicanos, que en su mayoría decidió votar libremente, en base a sus convicciones y no a meras conveniencias partidarias, fue la que impidió la segura remoción de Chase (e, indirectamente, también la de Marshall).

Casi todos los autores coinciden en su apreciación sobre el juicio a Chase. Brant, por ejemplo, afirma que el partido Republicano se negó a ejercer su mayoría para remover a un juez por motivos meramente políticos⁷¹³. Schwartz, por su parte, sostiene que el propósito del *impeachment* al Justice Chase era claramente político y que los cargos formulados estaban lejos de los *high crimes and misdemeanors* exigidos por la Constitución de 1787 como causal de remoción⁷¹⁴.

Finalizado el juicio, el Justice Chase retomó normalmente sus tareas en la Corte Suprema, donde se desempeñó hasta su muerte el 9 de junio de 1811⁷¹⁵. Pasarían más de 25 años hasta que otro juez federal fuera acusado ante el Senado. En cambio, nunca más se iniciaría un juicio político a un juez de la Suprema Corte estadounidense, que se afianzaría como un poder de idéntico estatus al de los demás. Jefferson, en cambio, quedó profundamente decepcionado con el mecanismo de *impeachment*, al que años después describiría como una farsa⁷¹⁶, “una cosa impracticable”, “un mero espantapájaros”⁷¹⁷.

⁷¹³ BRANT, *Impeachment...*, p. 82.

⁷¹⁴ SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court...*, p. 57. La tesis contraria es sostenida en solitario por Berger, quien es sumamente crítico con la actuación de Chase (ver BERGER, Raoul, *Impeachment: The constitutional problems*, 2da. ed., Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 234/262).

⁷¹⁵ Varios años después del *impeachment*, Luther Martin se reencontró con Chase, en momentos en que éste actuaba como Juez de Distrito en Baltimore. Martin estaba visiblemente alcoholizado. El Justice, entonces, lo increpó diciéndole: “me sorprende que Usted pueda prostituir de esa forma sus talentos”. Martin, enderezándose lo más que pudo, le contestó: “Señor, nunca prostituí mis talentos, salvo cuando defendí a Ud. y al Coronel Burr”, y dirigiendo su mirada al jurado manifestó en tono confidente “dos de los bribones más grandes del mundo”. Chase, furioso, pidió al secretario del tribunal que redactara una orden de detención por desacato. Sin embargo, cuando el secretario le acercó la orden para firmarla, Chase dejó su pluma y dijo “esta mano nunca podrá firmar una orden de detención contra Luther Martin” (la anécdota está relatada en REHNQUIST, *Grand Inquests...*, p. 24). Paradójicamente, Luther Martin, enfermo y pobre, pasó los últimos años de su vida en casa de Burr (CARRINGTON, “The Impeachment Trial of Samuel Chase...”, p. 500).

⁷¹⁶ BAIR y COBLENTZ, “The Trials of Mr. Samuel Chase”, p. 385.

⁷¹⁷ ATWOOD, “Chase’s Trial”, p. 23.

(iii) El fracaso de Jefferson y su impacto en la *judicial review*

El *impeachment* a Samuel Chase constituye un momento clave en la historia constitucional de los Estados Unidos. La independencia del Poder Judicial, tal como la conocemos hoy, no pasaba de ser una propuesta novedosa de un grupo de pensadores políticos notables, como Madison, Hamilton y otros, que ya había sido puesta en práctica en varios casos por jueces locales y federales. Pero no había logrado afianzarse todavía y ya enfrentaba su examen más difícil debido a los ataques que lanzaba un gobierno liderado por un presidente sumamente popular, cuyo partido tenía el control absoluto del Congreso. Por ello, teniendo en cuenta el contexto en que se dio, la absolución de Chase tuvo un profundo impacto en el sistema constitucional estadounidense. En primer lugar, aseguró definitivamente la independencia de los jueces federales y evitó que se estableciera un control legislativo sobre las sentencias que éstos dictaran, especialmente en materia constitucional. Ese control legislativo hubiera destruido el control judicial de constitucionalidad y hubiera puesto a los jueces a merced de la mayoría de turno y en un estatus de franca subordinación al Congreso. A través de la absolución de Chase, el Poder Judicial pudo consolidar su status de igualdad frente a los otros dos poderes y, de esta forma, garantizó una condición indispensable para el ejercicio de la *judicial review*. En segundo lugar, impidió que a futuro se utilizara el *impeachment* como un mecanismo para remover a los jueces de la Suprema Corte debido al contenido de sus sentencias. De esta forma, contribuyó también a resguardar la independencia de todos los jueces federales, incluyendo los de la Suprema Corte⁷¹⁸.

El legado de este viejo episodio institucional ocurrido hace más de 200 años se mantiene vigente aun hoy en el siglo XXI y se extiende no sólo a la independencia del Poder Judicial y al afianzamiento de la *judicial review*, sino también a los límites que tiene el Congreso a la hora de ejercer su poder de control a través del *impeachment*. De hecho, la posición restrictiva sostenida por el equipo de abogados encargado de la defensa de Chase, acerca de qué tipo de acciones pueden ser consideradas como faltas u ofensas que den lugar a un *impeachment*, constituye la visión moderna sobre el asunto en los Estados Unidos. Esa visión ha prevalecido en todos los juicios políticos

⁷¹⁸ HUMPHREY, “The impeachment of Samuel Chase...”, pp. 846 y 847; CARRINGTON, “The impeachment trial of Samuel Chase...”, p. 499; REHNQUIST, *Grand Inquests...*, p. 114; etc.

posteriores seguidos contra jueces federales en ese país⁷¹⁹. Lo mismo ocurre con la idea de que los jueces pueden interpretar el derecho según su leal saber y entender, sin temor a sufrir una represalia por parte del Congreso por el mero hecho de no coincidir con esa interpretación⁷²⁰. Esta apreciación se ve corroborada por lo que fue la experiencia legislativa posterior al juzgamiento y absolución de Chase: tal como explica Gerhardt, esa práctica confirma que el sistema constitucional estadounidense impide que el *impeachment* pueda ser utilizado para castigar o sancionar a los jueces federales por sus opiniones, errores de juicio o el contenido de sus sentencias. Del mismo modo, ratifica que no se puede usar ese mecanismo constitucional de remoción por motivos de mera conveniencia político-partidaria⁷²¹.

La absolución de Chase constituye un hito en la lucha por la obtención de un Poder Judicial independiente⁷²². Se trata, sin lugar a dudas, de una decisión que ayudó a definir la naturaleza de la justicia federal y robustecer el contenido de su independencia, consolidando el sistema constitucional norteamericano en un momento crítico de su historia⁷²³. Y aquí reside, creo yo, la verdadera importancia de *Marbury v. Madison*: la absolución de Chase se pudo dar, en parte, gracias a la retirada estratégica que la Corte ensaya en ese fallo a instancias de Marshall. Al haber evitado el conflicto directo con Jefferson, mientras preservaba, al menos teóricamente, el control judicial de constitucionalidad, ayudó a los senadores más moderados a poder votar en contra del *impeachment*. Ese voto a contramano de lo que querían los representantes más agresivos del partido Republicano hubiera sido mucho más difícil en un contexto más conflictivo, de enfrentamiento abierto entre la Corte y Jefferson. No hay que olvidar que éste fue el primer enfrentamiento entre un presidente y la Suprema Corte. Y el tribunal pudo salir airoso a través de una sentencia que podía haberse decidido de forma muy diferente a lo que Marshall propuso. Ahí, insisto, está la verdadera importancia del fallo y no en haber creado algo que ya existía hace tiempo y que había sido defendido por las mentes más lúcidas de la época.

⁷¹⁹ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 727.

⁷²⁰ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 729.

⁷²¹ GERHARDT, Michael J., “The Lessons of Impeachment History”, *The George Washington Law Review*, Vol. 67, p. 624 (1999).

⁷²² BLACKMAR, “On the Removal of Federal Judges...”, p. 187.

⁷²³ PERLIN, “The Impeachment...”, p. 782.

En definitiva, de haber triunfado la postura contraria a la independencia del poder judicial que pretendían imponer los partidarios más fanáticos de Jefferson, el constitucionalismo norteamericano no habría podido afianzarse y no habría tenido el prestigio que explica la enorme influencia que tuvo después en diversas partes del mundo. En especial a través de lo que, tal vez, haya sido una de sus contribuciones más valiosas. Me refiero a la necesidad de contar con una Justicia independiente para proteger los derechos constitucionales frente a los tan lamentables como frecuentes abusos del poder. Y de poder hacerlo a través de un mecanismo tan criticado como imprescindible: el control judicial de constitucionalidad, que sin duda debe mucho al talento político de John Marshall, pero también, y mucho más de lo que se cree, a la absolución definitiva del *Justice* Samuel Chase.

Recapitulación:

El objetivo de este capítulo fue demostrar que la sentencia de *Marbury v. Madison* no aportó argumento adicional alguno que no fuera conocido en los Estados Unidos. También que el caso no tuvo la repercusión que debería haber tenido si realmente hubiera creado algo tan importante como la *judicial review*. Sin embargo, el objetivo fue también mostrar cuál es la real importancia del caso y porqué hay que entenderla en conjunto con el *impeachment* al *Justice* Chase.

Con lo expuesto hasta acá, creo haber demostrado que el mito de *Marbury* no se condice con los hechos históricos. Pero eso no explica, por supuesto, cómo es que surge efectivamente el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Tampoco explica cuándo surge el mito y si fue o no cuestionado en los Estados Unidos y cuál es la relevancia de esa revisión. Finalmente, tampoco explica las razones por las que es importante revisarlo. En los próximos dos capítulos encararé esa tarea, en ese mismo orden.

Tercera Parte

Después de *Marbury*

Capítulo VI

El control judicial no es una creación pretoriana a partir de *Marbury*

Planteamiento:

El objetivo de este capítulo es demostrar que el control judicial de constitucionalidad no fue una creación pretoriana. El planteo que haré es que, en realidad, el control judicial surgió en los Estados Unidos antes de la sanción de la Constitución de Filadelfia: se desarrolló durante toda la década de 1780 como consecuencia de una combinación entre tradición e innovación en materia institucional. Los cambios y las continuidades que se suceden gradualmente en el sistema jurídico norteamericano a partir de la Declaración de Independencia en 1776 son los que permiten explicar ese origen. El Poder Judicial se modifica en los Estados Unidos y adquiere un estatus totalmente novedoso en el mundo de las instituciones a través de una amalgama, entre otras cosas, (i) del tradicional deber que tenían los jueces del mundo anglosajón de resolver los casos y controversias que llegaran a sus estrados aplicando el derecho vigente⁷²⁴, (ii) de la independencia del poder judicial, específicamente en cuanto a la decisión de reconocer a los jueces de las colonias la duración en el cargo mientras dure su buena conducta, es decir, de por vida (*quam diu se bene geeserint*), y (iii) de las novedades institucionales que la Revolución Norteamericana trae al derecho constitucional moderno. De esa conjunción de ideas e instituciones, de tradición y de novedad, es que surge la *judicial review*. Para entender esa evolución, explicaré las novedades institucionales y el alcance tradicional de la

⁷²⁴ Sobre este punto, ver HAMBURGER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, un excelente libro de consulta indispensable.

función judicial que fue la que luego se puso en práctica en los primeros casos judiciales, primero a nivel estadual y luego a nivel federal⁷²⁵.

1. Las novedades institucionales

Para entender el proceso histórico en el que surge gradualmente 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 que, en muchos casos, va acompañada o precedida por una declaración de derechos. 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 judicial⁷²⁶.

Esas novedades surgen primero en algunos estados y se combinan con la tradicional función judicial que ejercían los jueces en el mundo anglosajón. Todo ello en el marco de un poder judicial al que se concibe independiente y se lo rodea de una serie de importantes garantías funcionales como la duración en el cargo mientras dure su buena conducta, es decir, de por vida y la protección de la intangibilidad del salario. Así es que, en todas las justificaciones al control judicial de constitucionalidad, tanto a nivel estatal primero, como a nivel federal después, se expone primero el deber (no el poder) de los jueces de aplicar la constitución escrita como norma jurídica fundamental, jerárquicamente superior a cualquier ley que sancione el poder legislativo. Y también que ese carácter jurídico superior de la constitución (incluyendo su declaración de

⁷²⁵ No me voy a enfocar en la duración en el cargo de los jueces estadounidenses ya que no se relaciona estrictamente con el control judicial de constitucionalidad, sino con las condiciones institucionales para el ejercicio de toda la función judicial. Desde el *Act of Settlement* de 1701, el mundo anglosajón conocía dos modelos: (i) la duración a placer del rey (*durante bene placito*) y la duración mientras dure su buena conducta o de por vida (*quam diu se bene geeserint*) (al respecto, ver el cásico estudio de MCILWAIN, Charles H., “The Tenure of the English Judges”, *The American Political Science Review*, Vol. 7, No. 2, p. 217 y sgtes. [1913]). Las colonias norteamericanas sostuvieron una disputa con el rey inglés por el estatus subordinado que tenían sus jueces. Luego de la Revolución, la mayoría de los estados impulsó en sus constituciones la adopción del modelo de jueces designados de por vida (ver SMITH, Joseph H., “An Independent Judiciary: The Colonial Background”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 124, No. 5, p. 1104 [1976]).

⁷²⁶ HAMBURGER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, p. 610.

derechos) 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”⁷²⁷.

Esa concepción radicalmente nueva de constitución, además, trae otra novedad fundamental en cuánto 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 notorio apartamiento 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.

(i) 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 Blackstone sostuvo que el Parlamento inglés 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 podía, incluso, modificar la religión oficial y las normas de sucesión del reino⁷²⁸.

⁷²⁷ BARNETT, Randy E., *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*, Broadside Books, Nueva York, 2016, p. 23.

⁷²⁸ 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 uncontrolable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military,

De ahí que no escapaba a los revolucionarios norteamericanos la alteración que implicaba considerar a la constitución como norma jurídica fundamental y, a su vez, límite al poder de 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 Bretaña⁷²⁹. Madison lo expresa muy bien en *El Federalista* No. 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 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*

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, William, *Commentaries on the Laws of England. In Four Books*, 4ta. ed., Clarendon Press, Oxford, 1770, pp. 160/161).

⁷²⁹ No pretendo sostener que los revolucionarios norteamericanos rechazaran todo el sistema constitucional inglés. Por el contrario, su influencia es evidente en más de un aspecto. Lo que quiero remarcar es aquellos puntos en los que hubo un apartamiento claro y deliberado. Sobre la influencia del sistema constitucional británico en los Estados Unidos, ver BRADFORD, Melvin E., “The Best Constitution in Existence: The Influence of the British Example on the Framers of Our Fundamental Law”, *Brigham Young University Studies*, Vol. 27, No. 3, pp. 51/66 (1987).

modo de buscar una garantía constitucional semejante a la establecida en los Estados Unidos”⁷³⁰.

Los revolucionarios norteamericanos redactaron primero constituciones locales y luego una constitución federal que diferían de la de Gran Bretaña en dos grandes aspectos: por un lado, el de haber sido expresadas por escrito, lo que permitía a los ciudadanos comunes conocer y comprender adecuadamente el llamado “derecho de la tierra” (*law of the land*)⁷³¹. Por el otro, el de dividir el poder gubernamental en tres grandes ramas de gobierno⁷³².

Esta nueva concepción de constitución era claramente diferenciada en los Estados Unidos de la que existía hasta entonces en Inglaterra. En el Capítulo XI de sus *Lectures on Law*, James Wilson explicaba que:

⁷³⁰ MADISON, James, “The Federalist N° 53” (HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*, No. 78, Jacob Gideon, Washington, 1818, pp. 335/336. Énfasis agregado.

⁷³¹ El alcance de la expresión “law of the land” tenía contornos precisos. Se trataba, lisa y llanamente, del derecho vigente y así era reconocido en el mundo anglosajón desde hace siglos. En sus célebres *Institutes of Lawes of England*, Coke traduce la expression “per legem terrae” (utiliza también la expression *secundum legem terrae*) como “that is, by the Law of England” (Coke, Edward, *The Second Part of the Institutes of the Lawes of England. Containing the Exposition of many ancient, and other statutes; whereof you may see the particulars in a Table following*, Flesher & Young, Londres, 1642, p. 51). Naturalmente, la ley de la tierra no aplicaba en el mar. Tal como explica la *Supreme Judicial Court* del estado de Maine en el caso *Eames v. Savage* (77 Me. 212 [1885]), del 20 de marzo de 1885: “The phrase ‘due process of law’ in the United States constitution, and in the constitutions of many of the states, and the phrase ‘law of the land,’ in the constitutions of others of the states including Maine, have long had the same meaning. 2 Coke’s Inst. 50, 51. English political history is full of the strife between the crown and the people, the crown seeking to enlarge its irresponsible prerogatives, and the people insisting on fixed, and certain laws. The Magna Charta, and the various bills of rights, in which these phrases were used, were demanded from the kings, as safeguards against arbitrary action, against partial, or unequal decrees. The barons and people, insisted on general laws, *legum terrae*, on uniformity, ‘due process of law.’ They insisted on law however harsh, as better security than the prerogative however indulgent. These phrases did not mean merciful, nor even just laws, but they did mean equal and general laws, fixed and certain. [...] The English colonies in America were familiar with the conflict between customary law, and arbitrary prerogative, and claimed the protection of those charters. When they came to form independent governments, they sought to guard against arbitrary or unequal governmental action by inserting the same phrases in their constitutions. They insisted that all proceedings against the individual or his property, should be uniform, and by general law. They put the same limitation upon the federal government in the fifth constitutional amendment. [...] As to the words from Magna Charta, incorporated into the constitution of Maryland, after volumes spoken and written with a view to their exposition, the good sense of mankind has settled down to this, that they were intended to secure the individual from the arbitrary exorcise of the powers of government, unrestrained by the established principles of private rights and distributive justice. [...] By ‘law of the land’ is meant, a general and public law, operating equally on every individual in the community”.

⁷³² HICKOX, III, Charles F. y LAVIANO, Andrew C., “James Iredell and the English Origins of American Judicial Review”, *Anglo-American Law Review*, Vol. 23, p. 100 (1999).

“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”⁷³³.

Lo propio ocurre con la exposición del *Justice* William Paterson en el caso *Vanhorne's Lessee v Dorrance* de 1795⁷³⁴:

“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”⁷³⁵.

Ese nuevo concepto de constitución se impone primero a nivel estadual, de forma gradual cuando aparecen las primeras constituciones escritas, y luego a nivel federal. En ese mismo momento ese cambio y novedad es reconocido 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:

“‘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

⁷³³ HALL, Kermit L. y HALL, Mark D. (Editores), *Collected Works of James Wilson*, Tomo I, Liberty Fund, Indianapolis, 2007, pp. 718/719.

⁷³⁴ 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).

⁷³⁵ 2 U.S. 304, p. 308. Énfasis agregado.

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”⁷³⁶.

Esta concepción radicalmente nueva de constitución no solo implicaba una “revolución en el lenguaje”⁷³⁷. Implicaba algo mucho más importante: un modelo de constitución desconocido hasta entonces, 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 de carácter fundamental, a la que todo el ordenamiento jurídico se debe subordinar⁷³⁸. Las constituciones, además, incluían declaraciones de derechos de los ciudadanos. Así, el carácter de norma jurídica que se le reconoce a la constitución generaba como consecuencia lógica que pudiera ser invocada en juicio por los individuos en defensa de sus derechos. Tal como explica Garay, el individuo se convierte en impulsor de la vigencia de los derechos constitucionales, a través de sus abogados:

“en un sistema tal, la vigencia de esos derechos y garantías no depende de la buena o mala predisposición de las autoridades políticas; esos derechos ya no son concebidos como concesiones graciosas del soberano a sus súbditos. A partir de entonces, en proporción importante, serán esos individuos los encargados de

⁷³⁶ PUBLÍCOLA, *Observations on Paine's Right of Man, in a series of letters*, 3ra. ed., Dickson y Fairbairn, Edimburgo, 1792, pp. 14/15. Adams publicó este ensayo bajo el seudónimo de “Públícola” en una serie de cartas publicadas en el periódico *Columbian Sentinel* de Boston. Si bien en la época se atribuyó este escrito a su padre, John Adams, lo cierto es que, posteriormente, se demostró su autoría.

⁷³⁷ 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, Robert, “*To Save The People From Themselves*”. *The Emergence of American Judicial Review and the Transformation of Constitutions*, Cambridge University Press, Nueva York, 2021, pp. 33/121.

⁷³⁸ Esa noción de “ley fundamental” implicó otro apartamiento de las ideas conocidas hasta entonces en el mundo anglosajón. La idea era conocida, sí, pero no con el alcance que le dieron en los Estados Unidos después de la Revolución Norteamericana. Basta contrastar las nociones que ya expuse de “ley fundamental” por parte de James Iredell, James Wilson, “Brutus” o William Paterson y contrastarlas con las de John Locke o Lord Bolingbroke para comprobarlo. Por eso, llama la atención que un historiador de fuste como Gordon Wood afirme que no había razón lógica para derivar la invocación de la constitución de forma regular en los tribunales a partir de la idea de ley fundamental. Es evidente que Wood no toma en cuenta que, al igual que ocurre, por ejemplo, con la palabra “constitución”, las expresiones que se usan son las mismas, pero los significados son distintos. Por eso Adams denunciaba, con razón, una “revolución en el lenguaje” (ver WOOD, Gordon, “The Origins of Judicial Review”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XXII, p. 1297 [1988]).

la custodia y de la vigencia de sus propios intereses constitucionales. Si a juicio del individuo esos derechos fundamentales eran transgredidos por el poder público, aquél estará revestido de autoridad para exigir judicialmente su respeto del mismo modo que ese individuo hacía cuando consideraba que un derecho establecido en una ley estaba siendo violado por un particular. El esquema del derecho privado fue trasladado al derecho público”⁷³⁹.

Esta transformación radical que los revolucionarios norteamericanos impusieron a la noción de constitución no pasó desapercibida para nadie en la época. Lo propio pasó con la redefinición que hicieron sobre la noción de derechos⁷⁴⁰. Y, sin dudas, ambas constituyeron dos de las grandes novedades que trajo la Revolución Norteamericana y que influyeron claramente en el desarrollo y aceptación del control judicial de constitucionalidad.

(ii) Las declaraciones de derechos

Las declaraciones de derechos vinieron a complementar ese modelo radicalmente nuevo de constitución que trae la Revolución Norteamericana. Por supuesto, la idea de un catálogo de derechos como límite al poder ya era conocida en el mundo anglosajón desde que el Parlamento británico le impuso al príncipe Guillermo de Orange la célebre *Bill of Rights* de 1689 como condición para acceder al trono⁷⁴¹. La innovación en los Estados Unidos pasaba, en realidad, por la forma jurídica que adquieren esas declaraciones y por el tipo de derechos (principalmente, derechos naturales) que se van a reconocer a todas las personas⁷⁴². La incorporación de esas

⁷³⁹ GARAY, Alberto F., “El Recurso Extraordinario Federal y la vindicación de derechos constitucionales y federales”, en RIVERA (h), Julio César, ELÍAS, José Sebastián, GROSMAN, Lucas Sebastián y LEGARRE, Santiago (Directores), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 982.

⁷⁴⁰ BAYLIN, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, pp. 172/198.

⁷⁴¹ Si bien la mayoría de las concesiones impuestas a la corona británica son en beneficio del Parlamento, se incluyeron algunos derechos concretos para todos los súbditos del rey.

⁷⁴² Los revolucionarios norteamericanos distinguían al menos tres tipos de derechos: (i) derechos naturales, derechos fundamentales y derechos legales. Los derechos naturales no podían ser alterados ni siquiera por una decisión del pueblo. Los derechos fundamentales no podían ser desconocidos por las leyes ordinarias, siempre que estuvieran reconocidos en las constituciones o en los documentos fundamentales que creaban el gobierno, y, por último, los derechos legales podían ser suprimidos directamente por las legislaturas. A modo de ejemplo, se puede ver la opinión de *Federal Farmer*, uno de los Antifederalistas más conocidos. En su carta Número VI, del 25 de diciembre de 1787, *Federal Farmer* explica que: “Of rights, some are natural and unalienable, of which even the people cannot deprive individuals: Some are constitutional or fundamental; these cannot be altered or abolished by the

declaraciones de derechos suma así un elemento nuevo al concepto de constitución que surge en los Estados Unidos después de 1776: la protección de los derechos de las personas⁷⁴³.

Para comprender cabalmente esa novedad que implicaba este modelo de constitución reforzado, con sus declaraciones de derechos naturales y fundamentales, vale la pena hacer una breve comparación y ver qué ocurre prácticamente al mismo tiempo en la Francia también revolucionaria. Ya al comienzo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se hace referencia a la importancia de proteger los derechos naturales de las personas:

“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración esté presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social y les recuerde sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y ejecutivo, al poder ser comparados en cualquier momento con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuya siempre al mantenimiento de la Constitución y el bienestar de todos”⁷⁴⁴.

A su vez, el artículo 2 de la Declaración dispone lo siguiente:

ordinary laws; but the people, by express acts, may alter or abolish them. These, such as the trial by jury, the benefits of the writ of habeas corpus, & c. individuals claim under the solemn compacts of the people, as constitutions, or at least under laws so strengthened by long usage as not to be repealable by the ordinary legislature -and some are common or mere legal rights, that is, such as individuals claim under laws which the ordinary legislature may alter or abolish at pleasure” (*An Additional Number of Letters by the Federal Farmer to the Republican; Leading to a Fair Examination of the System of Government, proposed by the late Convention; to Several Essential and Necessary Alterations in it, And calculated to Illustrate and Support the Principles and Positions laid down in the preceding Letters*, 1788, p. 51). No hay acuerdo entre los autores acerca de la identidad de *Federal Farmer*.

⁷⁴³ STOURZH, Gerald, “Fundamental Laws and Individual Rights in the 18th Century Constitution”, en BARLOW, Jackson J., LEVY, Leonard W. y MASUGI, Ken (editores), *The American Founding. Essays in the Formation of the Constitution*, Greenwood Press, Nueva York, 1988, p. 166.

⁷⁴⁴ DUGUIT, Leon y MONNIER, Henry, *Les Constitutions et Les Principales Lois Politiques de la France depuis 1789*, 5^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1932, pp. 1 y 2.

“El fin de toda asociación política es el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”⁷⁴⁵.

La protección de los derechos naturales fue proclamada como un fin en sí mismo tanto por la Revolución Norteamericana como por la Revolución Francesa. Obviamente, por una cuestión cronológica, la primera pudo haber influido en la segunda. De hecho, no es casual que se discuta el grado de influencia que tanto la Declaración de Independencia, como la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, ejercieron en los revolucionarios franceses, especialmente en el marqués de Lafayette⁷⁴⁶. Sin embargo, ya desde el inicio, las diferencias entre ambos sistemas constitucionales son evidentes: aunque el fin general era idéntico, los medios que diseñaron los revolucionarios norteamericanos fueron claramente distintos de los ideados en Francia. Es que, como sostiene Michel Troper, las funciones de las declaraciones de derechos nacidas al amparo de ambas revoluciones eran distintas: en Francia se intentaba fundar el poder; en los Estados Unidos, en cambio, se intentaba limitarlo⁷⁴⁷. Por ello es que existen tantas diferencias en la concepción de sus constituciones: lo que en Francia termina siendo un documento escrito, pero de orientación política y sin fuerza normativa, en Estados Unidos se considera una norma jurídica suprema, a la que las restantes normas inferiores debían adecuarse⁷⁴⁸. Lo que

⁷⁴⁵ Ídem.

⁷⁴⁶ BERMAN, Harold J., “The Impact of the Enlightenment on American Constitutional Law”, *Yale Journal of Law and the Humanities*, Tomo 4, No. 2, p. 324 (1992); SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, México, 1956, pp. 13/16; etc. Vale la pena recordar el carácter simbólico de la entrega de las llaves de la Bastilla que Lafayette hizo a Thomas Paine (uno de los grandes ideólogos de la Revolución Norteamericana), para que éste se las entregara a George Washington. Paine, a su vez, defendió la Revolución Francesa frente a las duras críticas de Edmund Burke (PAINE, Thomas, “Rights of Man, Being an Answer to Mr. Burke’s Attack on the French Revolution”, en *Common Sense, Rights of Man, And Other Essential Writings of Thomas Paine*, New American Library, Nueva York, 2003, p. 129). Paine era otro ferviente defensor de la doctrina de los derechos naturales y sostenía que éstos no eran una creación o donación de un hombre a un grupo de hombres, sino que derivaban del hombre mismo, por el solo hecho de su existencia (*ob. cit.*, p. 169).

⁷⁴⁷ TROPER, Michel, “Jefferson y la Interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nro. 8, Madrid, p. 550 (2000). Aclaro que no comparto todas las posiciones que Troper sostiene en este interesante artículo.

⁷⁴⁸ Para García de Enterría, la idea de constitución que manejaban los revolucionarios franceses no era muy distinta de la que se sostenía en Estados Unidos. Sin embargo, para el jurista español, esa idea “va a perecer en Europa a raíz de la Restauración que subsigue a la aventura napoleónica” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 138). No comparto esa opinión. Basta analizar la primera Constitución

en Francia se piensa como separación radical entre los poderes, en Estados Unidos, como explicaré más adelante, se concibe como separación y control recíproco entre ellos, a través de los frenos y contrapesos (*checks and balances*). Finalmente, lo que en Francia se propone como simple administración de justicia, en Estados Unidos se defiende como un poder judicial independiente, con la facultad de ejercer el control sobre los demás poderes. Esta última nota se convertiría en una de las contribuciones más importantes que los revolucionarios norteamericanos hicieron a la teoría política moderna, ya que ni John Locke, ni el barón de Montesquieu, ni David Hume habían pensado en el rol que los revolucionarios norteamericanos terminaron reconociendo y asignando a los jueces en su sistema constitucional⁷⁴⁹.

Tanto o más importancia reviste la diferencia acerca de las declaraciones de derechos. Tal como explica Fioravanti, “precisamente aquí, en la garantía de los derechos, está *el punto débil* y más problemático de la revolución [francesa]”⁷⁵⁰. En efecto, si bien se concibió a la Declaración de 1789 como una verdadera declaración de derechos naturales, no se le reconoció carácter normativo y, por ende, no podía invocarse en juicio para limitar el poder del gobierno en consonancia con el ideal del constitucionalismo moderno⁷⁵¹. Por ello, Carré de Malberg aclaraba que la Declaración de 1789:

francesa, aprobada el 3 de septiembre de 1791, para apreciar que, ya desde el comienzo mismo de la Revolución Francesa, la forma de concebir la Constitución no puede haber sido más diferente (al respecto, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 93/106).

⁷⁴⁹ BERMAN, “The Impact...”, p. 328.

⁷⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 4ta. ed., Trotta, Madrid, 2003, p. 70.

⁷⁵¹ Como es sabido, el constitucionalismo moderno surge históricamente entre los siglos XVII y XVIII con el objeto de limitar el poder de la autoridad gubernamental. Tal vez sea por eso que el constitucionalismo ha sido caracterizado por algunos, no sin cierta razón, como “una ideología política” (HENKIN, Louis, “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”, *Cardozo Law Review*, Vol. 14, p. 533 [1992]). McIlwain nos recuerda que “en todas sus sucesivas etapas, el constitucionalismo tiene una cualidad esencial: es una limitación legal al gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico, del gobierno del capricho en vez del derecho. [...] [L]a más antigua, la más persistente, y la más duradera de las características esenciales del verdadero constitucionalismo sigue siendo, como lo ha sido casi desde el comienzo, la limitación del gobierno por medio del derecho” (MCLWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Liberty Fund, Indianápolis, 2007, p. 21). Del mismo modo, Sánchez Viamonte explica que “la historia del constitucionalismo es, también, la historia de las limitaciones al poder público” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 21).

“no es propiamente hablando una declaración de derechos, sino únicamente una declaración de principios: no formula reglas jurídicas que sean susceptibles de aplicación práctica por un juez; no coloca a los ciudadanos en estado de alegar ante los tribunales tal o cual facultad individual claramente delimitada; las afirmaciones vagas y generales a que se reduce dejan intocada la cuestión de la reglamentación legislativa de los derechos individuales que pudo consagrar implícitamente, y por consiguiente, deja también sin tocar la potestad del legislador sobre esta reglamentación”⁷⁵².

En relación con este último punto, aparece un matiz adicional que refuerza las tajantes diferencias que existen entre ambos modelos: la relación entre las declaraciones de derechos y el poder del legislador. Y es que, siguiendo a Jean Jacques Rousseau, los franceses consideraban que:

“el legislador *no puede lesionar* los derechos individuales porque es *necesariamente* justo; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nación. Se explica así que la Declaración de Derechos agote el sistema de garantías en el envío obligado a la ley. [...] Cuanto más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y derechos. En la revolución no existe entonces ningún intento serio de contraponer el derecho natural de las libertades al derecho positivo dado por la ley del Estado, individualizando en el primero un verdadero límite externo a la autoridad del segundo del cual partir para construir un sistema de garantías”⁷⁵³.

Esa posición preferente que el legislador ocupa en el sistema francés, por el sólo hecho de considerarlo como expositor genuino de la *volonté générale*, contrasta notablemente con la que existía en los Estados Unidos antes y después de 1776. Por un lado, los colonos norteamericanos estaban acostumbrados a convivir con legislaturas que sancionaban leyes que quedaban sujetas al control del *Privy Council* en Gran Bretaña. A diferencia de lo que ocurría con el Parlamento británico, que era considerado

⁷⁵² CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 1245/1246.

⁷⁵³ FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 73.

como omnipotente y soberano, las legislaturas coloniales eran entes básicamente subordinados, sin la llamada *potestas legislativa*⁷⁵⁴. Los colonos se acostumbraron así a ser gobernados por normas de diversa jerarquía en la que las leyes locales no ocupaban el lugar más importante⁷⁵⁵. Por el otro, tal como explicaré más adelante, esa posición del legislativo en Francia también contrasta con la marcada desconfianza que los revolucionarios norteamericanos terminan mostrando respecto del poder del legislador y de las mayorías debido a los abusos que cometen las primeras legislaturas después de la Revolución. Y, teniendo en mente ese pasado y esas nuevas previsiones, es que idearon un sistema constitucional que limitaba a todas las ramas del gobierno, incluyendo al poder legislativo, como forma de evitar los peligros derivados de sus eventuales excesos. Para eso, concibieron a la constitución y sus declaraciones de derechos como un vallado infranqueable al poder y como protección de las personas.

Queda claro así que, en la Francia revolucionaria, la idea de los derechos aparece independizada de todo carácter normativo. No se pretende consagrar jurídicamente los derechos que se declaran o, dicho de otro modo, no se intenta incorporar al derecho positivo los derechos naturales que las declaraciones reconocen. La intención, en realidad, es plasmar en un documento perdurable un catálogo de derechos de forma independiente de su posterior protección o reconocimiento jurídico. Los constituyentes franceses pretendieron crear un documento de naturaleza meramente política, destinado a servir de guía no sólo al legislador francés, sino al mundo entero⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ “*Potestas legislativa*, legislative authority, was considered the very hallmark of sovereign power, from Jean Bodin to Thomas Hobbes to Jean Jacques Rousseau as well as William Blackstone. In France, during the *ancien régime*, the king’s legislative power was the prime element of his sovereignty. In England, the legislative power of the king-in-Parliament had become the core doctrine of parliamentary sovereignty. In colonial America, on the other hand, the legislative power of the local assemblies was far from sovereign; the colonial assemblies exercised, as we would say today, powers of regional autonomy. Yet the important thing is that in 18th century parlance, these assemblies passed *laws*; they were considered to be *legislative* assemblies, even if some of the laws would be disallowed by the Privy Council in London” (STOURZH, “Fundamental Laws...”, pp. 176/177). Énfasis en el original.

⁷⁵⁵ “Americans, unlike Englishmen at home, had become accustomed to being governed by a subtle hierarchy of legal norms, in which the *laws* passed by the assemblies held by no means the highest rank. *Above the laws* (paradoxically for anyone thinking in Bodinian terms!) there were a variety of superior norms -frames of government, colonial charters, the disallowance powers of the Privy Council; finally, if not unequivocally, the legislative sovereignty of Parliament itself” (STOURZH, “Fundamental Laws...”, p. 177). Énfasis en el original.

⁷⁵⁶ Si bien es cierto que después de la Segunda Guerra Mundial el derecho constitucional europeo dio un giro importante en relación con el reconocimiento del carácter normativo de la constitución, las diferencias con el modelo norteamericano siguen siendo importantes. Algo similar ocurre en materia de derechos: “Da la impresión de que el estatuto teórico de los derechos fundamentales está muy influido en Europa por la idea de que todos ellos son encuadrables en ‘generaciones’ que se suceden a ritmo distinto, y con efecto acumulativo sobre una supuesta ‘lista’ final. Una cultura jurídica sobre la que aún pesa la impronta de la codificación no es seguramente ajena a semejante modo de entender las cosas”

En los Estados Unidos, en cambio, los derechos naturales y fundamentales de las personas se constitucionalizan, es decir, se convierten en derecho superior (*higher law*) en sentido técnico. En consecuencia, esos derechos reconocidos en declaraciones de derechos que integran la constitución no pueden ser abrogados o modificados por el procedimiento legislativo normal⁷⁵⁷. En el caso de los derechos naturales, estos se convierten en derecho positivo y, por ende, pueden ser invocados por los particulares en juicio para defenderse cuando las leyes los violen. La juridización y la protección de los derechos naturales y fundamentales se convierte así en una idea central del concepto radicalmente nuevo de constitución que surge con la Revolución Norteamericana⁷⁵⁸.

Para ilustrar una vez más las claras diferencias entre los dos sistemas, resulta sumamente elocuente una frase de Hippolyte Taine, el gran historiador de la Revolución de 1789:

“Nada hay aquí parecido a las Declaraciones precisas de la Constitución americana, a esas prescripciones positivas que pueden servir de soporte a un reclamo judicial, a esas prohibiciones expresas que impiden por adelantado varias especies de leyes, que trazan un límite a la acción de los poderes públicos, que circunscriben territorios donde el Estado no puede entrar porque están reservados al individuo. Por el contrario, en la Declaración de la Asamblea nacional, la mayoría de los artículos no son más que dogmas abstractos, definiciones metafísicas, axiomas más o menos literarios, es decir, más o menos falsos, ya vagos, ya contradictorios, susceptibles de varios sentidos, y susceptibles de sentidos opuestos, buenos para una arenga de aparato y no para un uso efectivo, simple decoración, especie de enseña pomposa, inútil y pesada, que erguida sobre el frente de la casa constitucional y sacudida a diario por manos violentas, no puede menos que caerse al fin sobre la cabeza de los transeúntes”⁷⁵⁹.

(REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Sobre (Viejos) Modelos de Justicia Constitucional y Creación de (Nuevos) Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 64, p. 104 [2002]).

⁷⁵⁷ STOURZH, “Fundamental Laws...”, pp. 170/172.

⁷⁵⁸ STOURZH, “Fundamental Laws...”, p. 175.

⁷⁵⁹ TAINE, Hippolyte, *The French Revolution*, Liberty Fund, Indianapolis, 2002, Tomo I, p. 244.

Es evidente que, en lo que a la constitución con su declaración de derechos respecta, existe un abismo entre ambos sistemas. Lo mismo ocurre en cuanto a la posición subordinada que los franceses adoptan para su poder judicial producto de una interpretación peculiar que hacen sobre el principio de la separación de los poderes⁷⁶⁰. Tan es así que la primera constitución francesa del período revolucionario, entre otras cosas, prohíbe concretamente a los jueces “suspender la ejecución de las leyes”⁷⁶¹.

La mayoría de las constituciones de los nuevos estados surgidos después de la Revolución Norteamericana incluye, de entrada, o de forma gradual, una declaración de derechos que o integra la constitución o tiene el mismo estatus jurídico que ella. De ahí la crítica de los Antifederalistas a la Constitución de Filadelfia por carecer de un *Bill of Rights*. Tal como expliqué al revisar el pensamiento de Madison, esa omisión de 1787 fue subsanada con la incorporación de las primeras diez enmiendas a la Constitución federal en 1791. En definitiva, el contraste con la Francia revolucionaria nos muestra que esa concepción especial de las declaraciones de derechos en los Estados Unidos permitió que sus jueces, primero a nivel estadual y luego a nivel federal, pudieran invalidar también una ley cuando los afectados, a través de sus abogados, invocaran la violación de un derecho reconocido específicamente a nivel constitucional. Eso fue lo que hicieron en varios casos que explicaré en el Capítulo III siguiente.

(iii) La constitución como límite al poder legislativo

Ese concepto nuevo de constitución, concebida como norma escrita de máxima jerarquía del orden jurídico incluida su declaración de derechos, no es la única novedad que se introduce a partir de 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

⁷⁶⁰ Al respecto, ver GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO, *Las Fuentes...*, pp. 97/99.

⁷⁶¹ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 2da. ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 84.

criatura de la constitución a la cuál debía su autoridad para legislar, significó otro cambio radical para la época⁷⁶².

En este punto, los revolucionarios norteamericanos pusieron en práctica las enseñanzas de Emer de Vattel que había anticipado esta postura ya en 1760⁷⁶³. 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 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 expesos 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?”⁷⁶⁴.

Las ideas de Vattel en este punto son aplicadas después en el contexto de los conflictos que surgen 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 de paradigma para el mundo anglosajón que, hasta entonces, estaba familiarizado y se movía dentro del modelo de 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.

⁷⁶² Para Bernard Schwartz, existen antecedentes en Inglaterra en el pensamiento de los *Levellers* que ya en 1647 planteaban la necesidad de limitar al Parlamento británico a través de una norma que estuviera por encima del legislador y que fuera inalterable por éste (SCHWARTZ, Bernard, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1977, pp. 15/21).

⁷⁶³ Acerca de la influencia de de Vattel, ver FENWICK, Charles G., “The Authority of Vattel”, *The American Political Science Review*, Vol. 7, No. 3, p. 395 (1913). Aclaro que el nombre correcto de Vattel es “Emer” y no el alemán con el que se lo conoce modernamente “Emerich”.

⁷⁶⁴ VATTEL, Emer de, *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 & G. Kearsly, Londres, 1760, Libro I, Capítulo 3, §34, p. 18.

Durante ese conflicto, que derivó posteriormente en la ocupación militar de Boston por parte del ejército británico, la Cámara de Representantes de Massachusetts 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 deriva su autoridad. En consecuencia, no puede cambiar la constitución sin destruir las bases de su propio poder”⁷⁶⁵. La influencia de *The Law of Nations* parece incuestionable. Aunque no se cite a su autor, el contenido es idéntico.

Las referencias a las opiniones de Vattel acerca de la constitución y el rol subordinado del poder legislativo eran moneda corriente en el período anterior y posterior a la revolución norteamericana⁷⁶⁶. Por eso no sorprende que haya sido citado en casos como el ya referido *Trevett v. Weeden*⁷⁶⁷, o por los jueces Spencer Roane y St. George Tucker en la sentencia de la Corte General de Virginia en el caso *Kemper v. Hawkins*⁷⁶⁸. Tal como explicaré en el Capítulo III siguiente, allí tenemos otro ejemplo

⁷⁶⁵ 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” (WELLS, William V., *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., Boston, 1865, p. 159).

⁷⁶⁶ HAINES, Charles Grove, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, The Macmillan Company, Nueva York, 1914, p. 37.

⁷⁶⁷ Ver VARNUM, *The Case, Trevett Against Weeden...*, pp. 23/25.

⁷⁶⁸ *Kemper 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” (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.” (1 Va. Cases 21, pp. 75/76).

notorio de una declaración de inconstitucionalidad de una ley estatal casi 10 años antes que *Marbury v. Madison*⁷⁶⁹.

Volviendo a los límites que las constituciones imponen al poder legislativo, al que se considera como una criatura de la constitución, veremos seguidamente que también se ponen de manifiesto con el surgimiento de las convenciones constituyentes, otra de las importantes novedades institucionales que trae la Revolución Norteamericana.

(iv) **La constitución como expresión de la soberanía del pueblo**

Se suele afirmar que el “poder constituyente” es definido por primera vez como concepto en Francia, después de la Revolución de 1789, en el famoso libro “¿Qué es el tercer Estado?” del abate Emmanuel Joseph Sieyès⁷⁷⁰. Sin embargo, es en los Estados Unidos donde se separa por primera vez el poder constituyente del poder de las legislaturas. Y, además, es también en los Estados Unidos en donde por primera vez se hace referencia a la existencia de un “supremo poder constituyente” y a la necesidad de que la mayoría de la población ratifique las constituciones que van a regir sus vidas y las de sus gobernantes. A modo de ejemplo, basta ver (i) la petición presentada en Pittsfield, Massachusetts, el 29 de mayo de 1776, antes de la Declaración de Independencia, en la que, entre otras cosas, se reclamó una “constitución fundamental como base de la legislación” y someterla a la aprobación de la mayoría de la población con el argumento expreso de que “el pueblo era la fuente del poder”⁷⁷¹; y (ii) la carta

⁷⁶⁹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁷⁷⁰ “La nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d’elle il n’y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties: les unes règlent l’organisation et les fonctions du corps législatif; les autres déterminent l’organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu’elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *Qu’est-ce que le Tiers état?*, Editions du Boucher, Paris, 2002, p. 53).

⁷⁷¹ “We beg leave, therefore, to represent that we have always been persuaded that the people are the fountain of power; that, since the dissolution of the power of Great Britain over these Colonies, they have fallen into a state of nature. That the first step to be taken by a people in such a state for the enjoyment or restoration of civil government among them is the formation of a fundamental constitution as the basis and ground-work of legislation; that the approbation, by the majority of the people, of this fundamental constitution is absolutely necessary to give life and being to it; that then, and not till then, is the foundation laid for legislation” (GRINNELL, Frank W., “The Influence of Thomas Allen and the ‘Berkshire Constitutionalists’ on the Constitutional History of the United States”, *American Bar Association Journal*, Vol. 22, No. 3, p. 170 [1936]). Para ampliar el punto, ver HAMMETT, Theodore M.,

abierta a los habitantes de Vermont del 11 de abril de 1777, en la que el médico Thomas Young, uno de los organizadores del célebre *Boston Tea Party*, les recomienda elegir delegados para formar una convención que sancione una constitución y les advierte que:

“Por mi parte, estimo al pueblo en general como los verdaderos propietarios del poder de gobierno. Son el supremo poder constituyente. y, por supuesto, sus representantes inmediatos son el supremo poder delegado; y tan pronto como el poder delegado se aleja demasiado del poder constituyente, se establece en cierto grado una tiranía”⁷⁷².

Sin embargo, la mayoría de las primeras constituciones sancionadas en los Estados Unidos en 1776 fueron el producto de decisiones de legislaturas estatales cuyos integrantes eran elegidos periódicamente, en muchos casos, anualmente. Ese control popular a través de una elección anual fue el que se impuso al principio en los estados⁷⁷³. Las constituciones de la mayoría de esos estados no adquirieron de forma inmediata el carácter de norma jurídica fundamental que adoptarían después. Por el contrario, en algunos casos, su carácter parecía más bien político y podían ser modificadas por las mismas legislaturas⁷⁷⁴. No obstante, 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 convocada al efecto por la Asamblea, a pedido de la mayoría de los condados. La Asamblea tenía que especificar las alteraciones que la convención tenía que hacer⁷⁷⁵.

“Revolutionary Ideology in Massachusetts: Thomas Allen's ‘Vindication’ of the Berkshire Constitutionalists, 1778”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 33, No. 3, pp. 514/527 (1976).

⁷⁷² YOUNG, Thomas, “To the Inhabitants of Vermont, a Free and Independent State, bounding on the River Connecticut and Lake Champlain”, 11 de abril de 1777, en THOMPSON, Zadock, *History of Vermont, Natural, Civil and Statistical, In Three Parts, With a New Map of the State, and 200 Engravings*, Tomo II, Chauncey Goodrich, Burlington, 1842, p. 106. Tal como sostiene Stourzh, “Young se anticipa 12 años al famoso abate francés Sieyès” (STOURZH, “Fundamental Laws...”, p. 178).

⁷⁷³ LUTZ, Donald S., “The Theory of Consent in the Early State Constitutions”, *Publius*, Vol. 9, No. 2, p. 20 (1979).

⁷⁷⁴ STEINFELD, “*To Save...*”, p. 102.

⁷⁷⁵ “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, Benjamin (Compilador), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, Tomo I, Government Printing Office, Washington, 1877, p. 383).

Esta situación de tener en ciertos estados constituciones alterables por la legislatura se modifica a partir de 1780, año en el que se inicia una ola de reformas de varias constituciones locales. Esas modificaciones o la sanción de nuevas constituciones 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 o modificar una constitución. Siguiendo la lógica revolucionaria expresada en 1776 y 1777, en la mayoría de los estados, esas constituciones sancionadas en convenciones serían posteriormente ratificadas por el “pueblo”⁷⁷⁶. Esto fue lo que permitió la evolución del pensamiento constitucional de la época en que la constitución se volvió una ley ordinaria de máxima jerarquía y, como tal, parte del derecho vigente (*law of the land*)⁷⁷⁷.

Como observa Gordon Wood, 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 concluyó en que debían ser sancionadas por un poder superior y distinto a las legislaturas⁷⁷⁸. Esa idea de la existencia de un órgano por fuera 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 Norteamericana⁷⁷⁹. Las convenciones constituyentes se convierten así en un órgano extraordinario que pasa a considerarse como distinto y superior a la legislatura. Las convenciones, además, pasan a ser instituciones permanentes del sistema político norteamericano⁷⁸⁰. Y así es que, gradualmente, se llega a la conclusión de que las convenciones son los únicos órganos a los que les corresponde sancionar constituciones. Como contrapartida, las legislaturas pasan a ser consideradas

⁷⁷⁶ Sobre la evolución en el mundo anglosajón del concepto de “pueblo”, ver MORGAN, Edmund S., *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, W. W. Norton & Co., New York, 1988.

⁷⁷⁷ STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 15/16.

⁷⁷⁸ WOOD, Gordon S., *The Creation of the American Republic. 1776-1787*, W. W. Norton & Co., Nueva York, 1969, p. 306.

⁷⁷⁹ WOOD, *The Creation...*, p. 309.

⁷⁸⁰ WOOD, *The Creation...*, pp. 318/319.

como órganos subordinados, apropiados solamente para sancionar leyes que estén en conformidad con esa constitución surgida de una convención⁷⁸¹.

Esa novedad se impuso en algunos estados y su impacto queda 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. Allí quedó claro 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 ya que “son meras criaturas de las constituciones estatales y no pueden ser más grandes que sus creadoras”⁷⁸². Entonces, si ya no era a las legislaturas, ¿a quién le correspondía el poder de ratificar la Constitución? Según Mason, le correspondía al pueblo que es “en quien reside todo el poder que no ha sido renunciado en la Constitución derivada de ellos”⁷⁸³. Sin embargo, Ellsworth rechaza la propuesta y observa 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”⁷⁸⁴. En respuesta a esos planteos, James Madison refuta a Ellsworth 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”⁷⁸⁵.

El contrapunto entre Ellsworth y Madison muestra que, a partir de la Revolución Norteamericana, 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 esa constitución y luego disolverse, fue ganando terreno en los Estados Unidos. De esta forma, esa constitución surgida de una convención iba a ser considerada la vara para medir las leyes sancionadas por el poder legislativo. Tal como explica Casto, en los Estados Unidos:

⁷⁸¹ WOOD, *The Creation...*, p. 338.

⁷⁸² FARRAND, Max, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tomo II, Yale University Press, New Haven, 1937, p. 88.

⁷⁸³ Ídem.

⁷⁸⁴ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 91.

⁷⁸⁵ FARRAND, *The Records...*, Tomo II, pp. 92/93.

“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”⁷⁸⁶.

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 conceptualiza como una expresión de esa soberanía del pueblo y, por ende, como un límite al poder legislativo. Así lo explica, por ejemplo, St. George Tucker:

“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

⁷⁸⁶ CASTO, William R., “James Iredell and the American Origins of Judicial Review”, *Connecticut Law Review*, Vol. 27, No. 2, pp. 333/334 (1995).

transgredirse sin ofender a ese poder mayor de quien toda autoridad se deriva entre nosotros; a saber, el PUEBLO”⁷⁸⁷.

¿Qué ocurre si el legislador transgrede esos límites? El propio Tucker 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”⁷⁸⁸.

Tal como explica Haines, los comentarios de Tucker a la obra de Blackstone fueron publicados en 1803, y “esta exposición de la doctrina americana fue evidentemente preparada antes de que Marshall emitiera su opinión en el caso *Marbury v. Madison*”⁷⁸⁹.

Así es que durante la Revolución Norteamericana se introduce e impone este concepto totalmente nuevo de constitución, que modifica y altera el conocido hasta ese momento y que tiene como notas esenciales y características peculiares las siguientes:

- (i) ser expresión de la soberanía del pueblo a través de una convención constituyente;
- (ii) ser escrita;
- (iii) incluir una declaración de derechos concebida como límite al poder;
- (iv) tener el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía;

⁷⁸⁷ TUCKER, St. George, “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, W. Young Birch & Abraham Small, Filadelfia, 1803, p. 4. Énfasis en el original.

⁷⁸⁸ TUCKER, “Appendix...”, p. 89, n. 18.

⁷⁸⁹ HAINES, *The American Doctrine...*, p. 48.

(v) 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”;

(vi) de imponer límites precisos al gobierno, especialmente al poder legislativo; y de

(vii) ser invocable por los ciudadanos y sus abogados en juicio (como hicieron, por ejemplo, Iredell o Hamilton ya antes de la sanción de la Constitución de 1787)⁷⁹⁰.

Este concepto nuevo de constitución es una idea institucional que, a su vez, altera inevitablemente la relación entre el poder legislativo y el poder judicial⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ BLACK, Jr., Charles L., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, The Macmillan Company, New York, 1960, p. 7. Estas características totalmente novedades de la constitución son directamente ignoradas posteriormente por James Bradley Thayer en su famoso artículo sobre los orígenes y alcances del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos (THAYER, James Bradley, “The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 7, p. 129 [1893]). En el que, tal vez, sea uno de los trabajos académicos más influyentes en la historia norteamericana, Thayer 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” (THAYER, “The Origins and Scope...”, p. 130). Este peculiar y sesgado análisis del derecho comparado es un aspecto claramente problemático y poco analizado del artículo de Thayer. El error en 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 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 ésta tenía sobre todos los poderes, especialmente el legislativo. Lo propio ocurre con el valor de las declaraciones de derechos. Varios países europeos descubren el carácter de norma jurídica fundamental de la constitución y su carácter de límite jurídico concreto (y no de orientación o programa) recién muchos años después, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, en algunos casos recién en el siglo XXI (Francia, por ejemplo, en 2008). Por eso, como sostiene Stourzh, la innovación más importante que trae la Revolución Norteamericana es la elevación de la constitución al rango de norma jurídica superior, invocable en juicio, y no la mera emergencia de una constitución documentada por escrito (STOURZH, “Fundamental Laws...”, p. 183). Aunque suele pasar desapercibido, este error evidente de Thayer oscurece, en parte, el desarrollo posterior del análisis que hace en su influyente artículo.

⁷⁹¹ “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, Gerald, “Iredell Reclaimed: Farewell to Snowiss’s History of Judicial Review”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, p. 881 [2006]).

Máxime después de la tajante división entre ambos que se impone en los nuevos estados como parte imprescindible del respeto a la máxima que ordena la separación de todos los poderes, apartándose, una vez más, del ejemplo británico.

Ese reconocimiento de un nuevo tipo de constitución en los estados, 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 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 1790⁷⁹².

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, 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 al derecho vigente. Ese rol de los jueces fue reforzado luego con otra novedad que los revolucionarios norteamericanos introducen al considerar el principio de la separación de los poderes y que ayudó a racionalizar el control judicial de constitucionalidad.

(v) 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 propia para el control judicial de constitucionalidad, la diferente 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 peculiar concepción de un principio expuesto previamente por otros

⁷⁹² STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 4/5.

autores, especialmente Locke y 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, 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 eventuales 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 llevar adelante su tarea de gobierno⁷⁹³. 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 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 constitución⁷⁹⁴.

En *El Federalista* se explica en detalle los fundamentos de esta doctrina esencial del constitucionalismo estadounidense. En primer lugar y en general, lo hace Madison en *El Federalista* No. 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 Montesquieu⁷⁹⁵. En segundo lugar, en *El Federalista* No. 48 explicó que el principio de separación de

⁷⁹³ GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 20.

⁷⁹⁴ GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO, *Las Fuentes...*, pp. 22/23.

⁷⁹⁵ MADISON, "The Federalist N° 47" (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, p. 301 y sgtes.).

poderes no requiere que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial deban estar totalmente desconectados entre sí⁷⁹⁶. 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”⁷⁹⁷.

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”⁷⁹⁸.

Para Madison no es suficiente establecer con precisión los límites de los departamentos de gobierno en una constitución escrita, ni confiar en que esos límites actuarán por sí solos como barrera a los avances del poder⁷⁹⁹. 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 demás⁸⁰⁰. Por ello es que debe diseñarse la estructura interna del gobierno constitucional “de tal manera que sus

⁷⁹⁶ MADISON, “The Federalist N° 48” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, pp. 309/310).

⁷⁹⁷ MADISON, “The Federalist N° 48” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, p. 310). Énfasis agregado.

⁷⁹⁸ *Ídem*.

⁷⁹⁹ En la sesión del 21 de julio de 1787 de la Convención de Filadelfia, Madison explicó que: “If a Constitutional discrimination of the departments on paper were a sufficient security to each against encroachments of the others, all further provisions would indeed be superfluous. But experience had taught us a distrust of that security; and that it is necessary to introduce such a balance of powers and interests, as will guarantee the provisions on paper. Instead therefore of contenting ourselves with laying down the Theory in the Constitution that each department ought to be separate and distinct, it was proposed to add a defensive power to each which should maintain the Theory in practice. In so doing we did not blend the departments together. We erected effectual barriers for keeping them separate” (FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 77).

⁸⁰⁰ MADISON, “The Federalist N° 48” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, pp. 310/311).

diferentes partes constitutivas, por sus relaciones mutuas, sean el medio de mantener a las otras en su lugar adecuado”⁸⁰¹.

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* No. 78. Allí se advierte, nuevamente, acerca de la posibilidad de desbordes del poder legislativo. Para Hamilton, esto justifica, en primer lugar, la designación permanente de jueces mientras dure su buena conducta⁸⁰². 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 poderes⁸⁰³. 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 establece ciertas prohibiciones y límites a los demás órganos de gobierno⁸⁰⁴. Apartándose de Montesquieu en este punto, Hamilton concluye que la única forma de asegurarse el respeto a esos límites impuestos por la Constitución de Filadelfia es a través de los tribunales de justicia “cuyo deber tiene que ser anular las leyes contrarias al tenor manifiesto de la Constitución”⁸⁰⁵.

En el marco de la teoría expuesta por Madison y Hamilton en *El Federalista*, el control judicial de constitucionalidad pasaría a ser considerado como uno de los frenos y contrapesos del sistema constitucional adoptado en la Constitución de Filadelfia en 1787⁸⁰⁶. De esta forma, la doctrina norteamericana de la separación de los poderes sumó un elemento clave que no aparece ni en Locke, ni en Montesquieu, ni en Hume. Esta

⁸⁰¹ MADISON, “The Federalist N° 51” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist*..., p. 323).

⁸⁰² HAMILTON, “The Federalist N° 78” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist*..., p. 483).

⁸⁰³ HAMILTON, “The Federalist N° 78” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist*..., p. 484).

⁸⁰⁴ HAMILTON, “The Federalist N° 78” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist*..., pp. 484/485).

⁸⁰⁵ HAMILTON, “The Federalist N° 78” (HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist*..., pp. 485).

⁸⁰⁶ Hay que tener en cuenta que Madison defendía la *judicial review* pero rechazaba la *judicial supremacy* (ZUCKERT, Michael P., “Mr. Chief Justice Madison: Reflections on Judicial Duty in the Natural Rights Republic”, *Journal of Law, Philosophy and Culture*, Vol. 6, No. 1, p. 134/136 [2011]).

fue, sin lugar dudas, una de las grandes contribuciones del pensamiento norteamericano a la teoría constitucional moderna⁸⁰⁷.

2. La tradición: La función judicial y el rol de los abogados

A esa evolución de la teoría de la separación de poderes y a las novedades institucionales que expliqué previamente, se sumó la función judicial tradicional del mundo anglosajón que consistía en el deber de interpretar y aplicar el derecho vigente a la hora de resolver casos concretos. Hamburger advierte que:

“los jueces en los Estados Unidos no tuvieron que crear para sí mismos un poder sobre el derecho constitucional, dado que los jueces en Inglaterra ya tenían el deber de decidir de acuerdo con las leyes de la tierra, incluida la constitución. Los jueces apreciaban los beneficios funcionales de ese deber, como la protección de la libertad, pero lo entendían de forma más básica, como una parte del cargo, un deber al que estaban obligados por su juramento”⁸⁰⁸.

En efecto, ese deber se ponía de manifiesto desde la asunción del cargo de juez y se traducía en el juramento que los jueces de Inglaterra daban ante Dios. Dios no solo era el modelo del máximo de los jueces, sino también de la independencia para juzgar: cuando los jueces humanos juraban ante Dios que iban a cumplir los deberes inherentes a la autoridad del cargo, esto era entendido como la obligación ineludible de ejercer esa función judicial de acuerdo con las leyes de la tierra (*the law of the land*)⁸⁰⁹.

En ese marco, Lund aclara que los jueces creían que ese deber propio de la función judicial no les daba otra alternativa que aplicar las leyes de la tierra (*the law of the land*). Sin embargo, aclara que no siempre era fácil saber qué requería el derecho en ciertos casos y que eso no excluía la tentación de recurrir a sus creencias morales o políticas cuando el derecho era incierto o cuando mandaba un resultado con el que

⁸⁰⁷ RICHARDS, David A., *Foundations of American Constitutionalism*, Oxford University Press, Nueva York, 1989, p. 127.

⁸⁰⁸ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 17.

⁸⁰⁹ HAMBURGER, Philip, “A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1171 (2010).

estaban en desacuerdo o consideraban justo⁸¹⁰. Por eso es que los jueces ingleses desarrollaron una disciplina moral e intelectual a través de la cuál podían intentar resistir esas tentaciones naturales de forma relativamente exitosa y evitar que sus decisiones judiciales se vieran contaminadas por la influencia de la voluntad individual de seres humanos falibles⁸¹¹.

Si bien esa función judicial no incluía en Inglaterra la posibilidad de invalidar las leyes del Parlamento, sí permitía la posibilidad de dejar sin efecto órdenes reales que fueran contrarias a las leyes de la tierra (*the law of the land*). Cuando los colonos norteamericanos organizaron sus tribunales después de la Revolución no hubo necesidad de alterar el contenido del deber que los jueces tenían en el marco del ejercicio de la función judicial. Además, esos tribunales se encontraron ante un nuevo panorama institucional: (i) ya desde las primeras constituciones, se separaron estrictamente las funciones legislativas de las judiciales; (ii) los tribunales ya no tenían que convivir con un Parlamento que, además de ser soberano era también la máxima autoridad judicial; y (iii) la constitución escrita, con carácter de norma jurídica, ahora era la parte más importante de las leyes de la tierra (*the law of the land*). De ahí que los jueces estaban obligados en el marco del ejercicio de la función judicial a declarar inconstitucional las leyes de las legislaturas locales o del Congreso federal que contradijeran la constitución. Y lo hacían por la misma razón que los tribunales ingleses estaban obligados a invalidar actos de la corona que contradijeran las leyes de la tierra (*the law of the land*)⁸¹².

Esa función judicial, a su vez, incluía la autoridad de los jueces de “exponer” el derecho (*to expound the law*) o, dicho de otro modo, de decir cuál es el derecho aplicable en el marco de una causa o controversia judicial concreta. Esa interpretación que pueden hacer los jueces sobre las normas aplicables para resolver un caso se consideraba incluida dentro de la autoridad que confiere el cargo de juez y comprendía no solo las leyes, sino también la constitución⁸¹³. Tal como explica Steinfeld:

⁸¹⁰ LUND, Nelson, “Judicial Review and Judicial Duty: The Original Understanding”, *Constitutional Commentary*, Vol. 26, p. 174 (2009).

⁸¹¹ Ídem.

⁸¹² LUND, “Judicial Review...”, p. 177.

⁸¹³ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 536. Steinfeld se pronuncia en sentido similar: “The crucial authority of judges, the lawyers argued in response, was that of expounding, or interpreting the laws, all the laws, including the constitution. The assertion that judges possessed authority to interpret the laws

“dado que, de forma creciente, la separación de poderes se convirtió en un valor constitucional cada vez más importante, que se consideraba necesario para evitar la concentración tiránica del poder gubernamental, los tribunales se encontraron entonces en una posición fuerte para plantear que, como rama del gobierno responsable de interpretar las leyes, la interpretación de la constitución como ley era función exclusiva de los tribunales y no de la legislatura”⁸¹⁴.

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 apartaban de la constitución se convirtió en parte del ejercicio práctico del principio de la separación de los poderes por parte de los jueces y también como un ejercicio de la autoridad que el propio cargo confería.

De esta forma, la combinación de todas estas novedades institucionales, sumada al ejercicio de la tradicional función judicial, 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 inconstitucionalidad⁸¹⁵. Por eso es que, tal como explica Schwartz, 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 vigente⁸¹⁶. De hecho, se lo consideraba incluido dentro de las atribuciones propias de la función judicial⁸¹⁷. En ello

was, in itself, uncontroversial. And now that constitutions had begun to be viewed more often as law proper, the argument that judges had jurisdiction to interpret this form of law seemed increasingly persuasive” (STEINFELD, *To Save...*, p. 20).

⁸¹⁴ STEINFELD, *To Save...*, p. 395.

⁸¹⁵ ALTHOUSE, Ann, “The Historical Ordinarity of Judicial Review”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1123 (2010).

⁸¹⁶ SCHWARTZ, Bernard, *A Commentary on the Constitution of the United States*, Tomo I, The Macmillan Co., New York, 1963, p. 17.

⁸¹⁷ 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

tuvo mucho que ver el accionar 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. A diferencia de lo que ocurría con varias constituciones estatales que lo contemplaban expresamente ya desde sus primeras constituciones⁸¹⁸, este principio no fue mencionado como tal en la Constitución federal a pesar de haber sido enfáticamente defendido por Madison. Sin embargo, resulta indiscutible que el principio de la separación de los poderes 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 de los Estados Unidos atribuye a los jueces federales en su Artículo III, consistía en el deber de resolver causas y controversias aplicando el derecho vigente⁸¹⁹. Esa concepción de la función judicial llevaba ya siglos de aplicación en el mundo anglosajón⁸²⁰. La gran diferencia en este caso con Gran Bretaña es que ese derecho vigente, como no podía ser de otra forma, incluía ahora a la Constitución federal como norma de máxima jerarquía. Esto, además de ser obvio por el reconocimiento expreso de la supremacía de todo el derecho federal, incluyendo en primer término a la Constitución, en el Artículo VI, cláusula 2ª de la Constitución de 1787⁸²¹, obligaba

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, *The Framing of...*, pp. 156/157).

⁸¹⁸ 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.

⁸¹⁹ La Sección 1ª del Artículo III de la Constitución de Filadelfia dispone que: "The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office". La expresión "judicial power" se refiere, precisamente, a la función judicial que los jueces federales pueden ejercer. A su vez, la Sección 2ª, Cláusula 1ª del Artículo III extiende esa función judicial a todos los casos y controversias que surjan en el marco del derecho federal que, lógicamente, incluye a la Constitución como la norma más importante: "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority [...]".

⁸²⁰ HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, p. 101 y sgtes.

⁸²¹ "This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme

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 las legislaturas estatales y por los otros dos poderes del gobierno federal que contradijeran la ley fundamental⁸²². Esas normas se tenían como no escritas para resolver el caso. Así lo explican, entre 1781 y 1795, Iredell, Wilson, Hamilton, Paterson, Ellsworth, Cushing, etc. Desde este punto de vista, Marshall no introdujo novedad alguna en los Estados Unidos. Y la llamada *judicial review* no tuvo el origen heroico que se le pretende atribuir.

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 concreta primero a nivel estatal y de ahí pasa a la Constitución federal incluida como parte de la función judicial otorgada expresamente a todos los jueces federales en el Artículo III. En ese tránsito, que no estuvo exento de polémicas y discusiones dada la magnitud del impacto de esta combinación entre tradición y novedades institucionales, es que se la termina racionalizando y admitiendo como parte 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, como expliqué, fue contemplado expresamente en varias constituciones estatales, ninguno de los trece estados originales incluyó una atribución específica para que los jueces locales pudieran invalidar leyes de las legislaturas que contradijeran la constitución de cada estado⁸²³. Sin embargo, dado que 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, los jueces estatales así lo pusieron en práctica en numerosas ocasiones, algunas de las cuáles ya expuse previamente⁸²⁴.

law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding”.

⁸²² STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 418/423.

⁸²³ VAN LOAN, Eugene M., III, “Ten Pound Acts: An Introduction to Original Research on the Origins of Judicial Review”, *New Hampshire Bar Journal*, Vol. 43, p. 34 (2002).

⁸²⁴ Para TREANOR, uno de los principales estudiosos de la materia, fueron por lo menos 38 casos y no los escasos seis o siete que la doctrina solía citar (TREANOR, William, “Judicial Review before *Marbury*”, *Stanford Law Review*, Vol. 58, No. 2, p. 458 [2005]). De hecho, podría haber aún más casos. En un estudio posterior publicado en 2011, Gerber 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 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

Sin embargo, esos jueces no lo hicieron de *motu proprio*, autoatribuyéndose una función que no tenían o creando *ex nihilo* su principal atribución. En la gran mayoría de los casos, fueron los propios abogados de las partes los que pidieron esas declaraciones de inconstitucionalidad. Y, de forma gradual, los jueces fueron respondiendo favorablemente ese llamado que le hicieron los abogados para rehusarse a aplicar leyes sobre la base de que eran repugnantes a la constitución de cada estado⁸²⁵. Esta sorprendente realidad sugiere el grado de aceptación que finalmente logra esa concepción de la función judicial impactada por las novedades institucionales que ya mencioné. Todo esto obliga a concluir que, en realidad, la novedad principal no pasaba por el nuevo rol que adquirirían los jueces en el sistema constitucional. Por el contrario, la novedad pasaba por la propia constitución que, al pasar a ser una norma jurídica escrita directamente invocable por los particulares en juicio, impone como corolario lógico e inevitable a la *judicial review* en el marco del ejercicio de la tradicional función judicial del mundo anglosajón. Máxime cuando, a diferencia de Gran Bretaña, esa constitución limita especialmente a las legislaturas y la función judicial se separa nítidamente de ese poder legislativo. De otra forma, es imposible explicar cómo es que abogados de diferentes estados y en casos diversos idearon una doctrina desconocida y, además, pudieron convencer a los jueces de ejercer una atribución que no tenían y que nadie hasta entonces había siquiera imaginado o contemplado.

No hay que olvidar, además, que, como explica Natelson, los colonos norteamericanos conocían desde hacía más de un siglo la idea de que normas de menor nivel eran inválidas cuando chocaban con normas de jerarquía superior. Como súbditos ingleses, sabían que las leyes sancionadas por las asambleas coloniales, por ejemplo, podían ser invalidadas si eran inconsistentes con las normas superiores del reino, incluyendo los *colonial charters* o la *Magna Carta*⁸²⁶. De hecho, las colonias estaban obligadas a enviar esas leyes para ser revisadas por el *Privy Council* del rey, que podía

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, Scott Douglas, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, p. 222 y sgtes.).

⁸²⁵ FRIEDMAN, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus & Giroux, Nueva York, 2009, p. 5.

⁸²⁶ NATELSON, Robert G., *The Original Constitution. What It Actually Said and Meant*, 3ra. ed., Apis Books, Colorado Springs, 2015, p. 176.

llegar a declararlas nulas *ab initio* en caso de ser repugnantes con las leyes de Inglaterra⁸²⁷. Los tribunales coloniales, en cambio, no podían anular la legislación colonial. Si un litigante buscaba este tipo de reparación, debía apelar al *Privy Council* inevitablemente⁸²⁸. Las leyes coloniales podían ser revisadas de esta forma a pedido de parte interesada a través de un planteo con patrocinio de uno o más abogados⁸²⁹. El *Privy Council* ejerció una suerte de revisión política y judicial sobre leyes de las colonias norteamericanas en 8.563 ocasiones e invalidó leyes coloniales en 469 oportunidades⁸³⁰.

El *Privy Council* también ejercía una función revisora de las sentencias de los tribunales coloniales de última instancia. Según Schlesinger, el *Privy Council* cumplía un rol que, en líneas generales, puede ser considerado análogo al de la Suprema Corte en su relación con los tribunales de los estados⁸³¹.

Aunque en general no suele ser mencionada, esa experiencia práctica por parte de los abogados de las colonias influyó, sin lugar a dudas, cuando, luego de la Revolución Norteamericana, se encontraron frente a un nuevo escenario institucional, especialmente con constituciones escritas a las que se reconocía el carácter de ley fundamental y suprema. Como afirma Haines, esa práctica de revisión en Inglaterra y el poder del *Privy Council* tuvieron una influencia considerable en los colonos que ya estaban familiarizados con la noción de tribunales que declaraban leyes nulas y sin efecto⁸³². Frente a casos de leyes sancionadas por las legislaturas locales que chocaban

⁸²⁷ El estándar de repugnancia se empezó a desarrollar en Inglaterra en el siglo XIII y significaba “inconsistente”, “contrario a” o “auto contradictorio”. Normalmente, se refería a la relación problemática entre diversos textos normativos. A partir de ese estándar se empieza a delinear la relación jerárquica entre las distintas normas del sistema inglés, especialmente en el ámbito del derecho corporativo en que los estatutos podían ser anulados por ser repugnantes a las leyes del reino (BILDER, Mary Sarah, “The Corporate Origins of Judicial Review”, *Yale Law Journal*, Vol. 116, pp. 513/515 [2006]). Muchas de las colonias fueron estructuradas como corporaciones con estatutos que organizaban legislaturas limitadas y sujetas al control del *Privy Council* (BILDER, “The Corporate Origins...”, pp. 535/541).

⁸²⁸ HOFFER, *Rutgers v. Waddington...*, p. 83.

⁸²⁹ STEINFELD, “*To Save...*”, pp. 39/41.

⁸³⁰ STEINFELD, “*To Save...*”, p. 43. Para ampliar el punto ver, O’CONNOR, Sharon Hamby y BILDER, Mary Sarah Bilder, “Appeals to the Privy Council Before American Independence: An Annotated Digital Catalogue”, *Law Library Journal*, Vol. 104, No. 1, p. 85 y sgtes. (2012).

⁸³¹ SCHLESINGER, Arthur Meier, “Colonial Appeals to the Privy Council”, *Political Science Quarterly*, Vol. 28, No. 2, pp. 279 (1913).

⁸³² HAINES, *The American Doctrine...*, p. 63.

con las flamantes constituciones de los estados, los abogados tenían ahora una nueva herramienta jurídica para utilizar en sus planteos judiciales: la constitución.

La posibilidad de hacer planteos similares a los que los abogados hacían al *Privy Council* para invalidar una ley local en defensa de sus clientes ahora tenía que tramitar muchos más cerca, ante los propios tribunales de cada estado. A su vez, esos tribunales no solo habían sido afectados por la separación tajante del poder legislativo del judicial a diferencia de lo que ocurría en Inglaterra, sino también por el reconocimiento de la constitución y de su declaración de derechos como norma jurídica de máxima jerarquía en el derecho vigente. No es casual que esa combinación haya generado como consecuencia lógica el control judicial de constitucionalidad y, como contrapartida, la sorpresa y resistencia de aquellos que todavía seguían atados a los paradigmas clásicos del constitucionalismo británico (en especial, la omnipotencia del Parlamento, la confusión del poder legislativo con el judicial al considerar a la Cámara de los Lores como la máxima instancia judicial, y una constitución no escrita que, además de poder ser modificada directamente por el poder legislativo, no era norma en sentido estricto que pudiera ser invocada en los tribunales).

Recapitulación:

En los capítulos II y III anteriores analicé cómo se desarrolló la práctica de la *judicial review*, primero a nivel local y luego a nivel federal. Para ello, expuse en detalle los casos de ejercicio de la *judicial review* sobre leyes federales anteriores a *Marbury v. Madison*. Pero antes, hice un repaso de algunos de los precedentes más importantes a nivel de los estados, particularmente en New Jersey, New Hampshire y Virginia. Si bien no suelen ser citados en trabajos relacionados con el origen del control judicial de constitucionalidad, esos precedentes dan cuenta clara del impacto que tuvo la amalgama entre tradición y novedades institucionales que trajo consigo la Revolución Norteamericana y que, tal como expuse en este capítulo, explican el peculiar origen que tuvo el control judicial de constitucionalidad.

Ese origen, queda claro, se dio de forma gradual, de menor a mayor, y a partir de la aplicación práctica de ciertas ideas antiguas y modernas. No se trató de la puesta en marcha y concreción de un plan racional preconcebido, que hubiera imaginado o tenido al control judicial de constitucionalidad como objetivo definido. Más bien se

trató del resultado, de alguna forma imprevisto, de esa aplicación práctica de un nuevo modelo de constitución en un contexto de marcadas tradiciones que ayudaron a que el control judicial de constitucionalidad pudiera desarrollarse, casi naturalmente, como consecuencia de su amalgama con las demás novedades institucionales que trajo la Revolución Norteamericana. Así fue que el control judicial de constitucionalidad pudo ser luego racionalizado y, en definitiva, lograr su aceptación en los Estados Unidos.

Antes de ir a las conclusiones, explicaré cómo nació el mito de *Marbury*, cuándo empezó a ser cuestionado en los Estados Unidos y porqué tenemos que revisarlo.

Capítulo VII

La construcción, revisión y corrección del mito de *Marbury*

Planteamiento:

Luego de haber reconstruido los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad y de haber revisado cómo se pusieron en práctica las novedades institucionales y la tradicional función judicial entre 1780 y 1803, falta un último elemento para entender el cuestionamiento (y el aporte) que pretendo hacer en esta tesis. El primer objetivo de este capítulo es analizar cómo surgió el mito de *Marbury* en los Estados Unidos. El segundo objetivo es explicar cómo fue cuestionado en los Estados Unidos, especialmente en las últimos tres décadas y cuál es la importancia de esa corriente doctrinaria, hoy mayoritaria. El objetivo final es exponer las razones por las cuáles entiendo que es necesario cuestionar el mito de *Marbury*, tanto en general, como en la República Argentina.

1. ¿Historia o mito oficial?

Tal como expliqué en el Capítulo V, el caso *Marbury v. Madison*⁸³³ no tuvo prácticamente impacto después de dictado. En los libros o artículos de doctrina referidos a cuestiones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad que fueron publicados durante los primeros años de la vida institucional estadounidense no se hace especial referencia a *Marbury*. El caso no ocupa un lugar estelar, sino que se lo menciona como uno más en una saga que empieza antes de la sanción de la Constitución en 1787 y se mantiene a partir del caso *Hayburn*⁸³⁴. Y, en algunas publicaciones que tratan el tema, directamente ni se lo menciona⁸³⁵. Además, hasta 1894, el ejercicio del

⁸³³ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁸³⁴ Entre otros, J.H.M., “The Power of the Judiciary to Declare an Act of Congress Void for Unconstitutionality”, *The American Law Register*, Vol. 18, No. 10, p. 585 (1870); ELLIOT, Charles B., “The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional”, *Political Science Quarterly*, Vol. 5, No. 2, p. 224 (1890); etc.

⁸³⁵ Ver, entre otros, el sorprendente libro de SPOONER, Lysander, *The Unconstitutionality of Slavery*, Bela Marsh, Boston, 1845; KENT, C. A., “Power of the Judiciary to Declare a Law Unconstitutional”, *The American Law Register*, Vol. 20, No. 12, p. 729 (1872); etc. Resulta sugestivo también el libro de GARCÍA, Manuel Rafael, *Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la*

deber de los jueces de controlar las leyes federales que contradijeran la Constitución en los casos que tuvieran que decidir no había generado mayores debates públicos, salvo en muy contadas excepciones. ¿Cómo se explican esas menciones generales de escasa importancia o el olvido de un fallo que, supuestamente, dio origen a lo que tal vez sea la contribución más importante del sistema estadounidense a la teoría constitucional moderna? ¿Cómo explicar ese contraste con lo que aprendimos cuando nos enseñaron que con *Marbury* nace o se instituye la *judicial review* en medio de circunstancias tan peculiares? ¿En qué momento aparece el “mito de *Marbury*”?

Según lo entiendo, el momento que marca un cambio rotundo, bisagra, es el año 1895 a partir del caso *Pollock*⁸³⁶, una decisión tomada por una mayoría de 5 votos contra 4. En esa célebre decisión, esta vez citando de forma directa a *Marbury v. Madison* en relación con el poder (no el deber) de los jueces de invalidar una ley⁸³⁷, la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley federal que había establecido el impuesto a las ganancias⁸³⁸. A partir de allí se produjo un intenso debate acerca de lo que hoy conocemos como la *judicial review* y el rol de los jueces en el sistema constitucional estadounidense⁸³⁹. En el marco de las polémicas suscitadas en relación con el caso *Pollock* es que comenzó a tomar cuerpo el mito de *Marbury*.

organización constitucional argentina, Imprenta de Andrés Bettini, Florencia, 1863. García fue comisionado por el gobierno argentino para estudiar el sistema judicial estadounidense. En este libro, que fue considerado como un antecedente fundamental de la todavía vigente Ley 48 en la República Argentina, desarrolla el estudio que hizo en los Estados Unidos y, al momento de referirse al control judicial de constitucionalidad, cita el caso *Hayburn*, pero no *Marbury v. Madison* (ob. cit., pp. 10/11).

⁸³⁶ *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, 157 U.S. 429 (1895).

⁸³⁷ “Since the opinion in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U. S. 177, was delivered, it has not been doubted that it is within judicial competency, by express provisions of the Constitution or by necessary inference and implication, to determine whether a given law of the United States is or is not made in pursuance of the Constitution, and to hold it valid or void accordingly” (157 U.S., p. 554).

⁸³⁸ El impuesto a las ganancias sería finalmente convalidado a través de la Enmienda XVI en 1913. El fallo *Pollock* sería dejado sin efecto más de 100 años después de dictado en *South Carolina v. Baker*, 485 U.S. 505 (1988).

⁸³⁹ Ver, entre otros, LEWIS, William Draper, “The Constitutionality of the Income Tax”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, No. 3, p. 189 (1895); FOWLER, Robert Ludlow, “The Origin of the Supreme Court Power in the Federal Constitution”, *American Law Review*, Vol. 30, No. 5, p. 711 (1895); TIEDEMAN, Christopher G, “The Income Tax Decisions as an Object Lesson in Constitutional Construction”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 6, p. 72 (1895); TAFT, William H., “Recent Criticism of the Federal Judiciary”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, No. 9, p. 576 (1895); PARKER, Junius, “The Supreme Court and its Constitutional Duty and Power”, *American Law Review*, Vol. 30, p. 357 (1896); EDWARDS, Percy L., “The Federal Judiciary and its Attitude Towards the People”, *Michigan Law Journal*, Vol. 5, No. 6, p. 183 (1896); etc.

Uno de los principales impulsores del mito fue el gobernador del estado de Oregon, Sylvester Pennoyer⁸⁴⁰. Siendo todavía gobernador publicó en la *American Law Review* una crítica inusualmente dura contra la sentencia de la Suprema Corte⁸⁴¹. Allí denunció la existencia de una oligarquía judicial, planteó la necesidad de remover a los jueces a través del *impeachment* y afirmó que la Corte había usurpado una facultad legislativa que la Constitución no le había otorgado⁸⁴². Un año después, en 1896, insistió con la supuesta “usurpación” pergeñada por la sofistería de Marshall y acusó a la Suprema Corte de haberse apropiado una facultad que no tenía⁸⁴³. Pennoyer, líder del entonces Partido Populista, usó esa crítica a *Marbury* como plataforma para culpar a la Suprema Corte por defender los intereses de las corporaciones y de los ricos y dar la espalda a medidas que tenían fuerte apoyo popular como, por ejemplo, la ley que creaba el impuesto a las ganancias⁸⁴⁴.

Si bien los ataques de Pennoyer fueron descalificados ya en la misma época como “absurdos e indefendibles”⁸⁴⁵, lo cierto es que la insistencia en ese tipo de tesis fue ganando terreno durante las primeras décadas del siglo XX⁸⁴⁶. En un escenario de gran activismo judicial⁸⁴⁷, el control judicial de constitucionalidad seguiría siendo duramente cuestionado por quienes apoyaban las transformaciones que se querían lograr a través de medidas legislativas, tanto a nivel estatal como federal⁸⁴⁸. Así, no solo el poder judicial y, en especial, la Suprema Corte, sino también la propia

⁸⁴⁰ Pennoyer había perdido una propiedad en un caso unos años antes en la Suprema Corte (ver *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 [1878]).

⁸⁴¹ PENNOYER, Sylvester, “The Income Tax Decision, and the Power of the Supreme Court to Nullify Acts of Congress”, *American Law Review*, Vol. 29, p. 550 (1895).

⁸⁴² PENNOYER, “The Income Tax...”, pp. 556/558.

⁸⁴³ PENNOYER, Sylvester, “The case of *Marbury v. Madison*”, *American Law Review*, Vol. 30, p. 188 (1896).

⁸⁴⁴ PENNOYER, “The case...”, pp. 201/202.

⁸⁴⁵ CARSON, Hampton L., “Judicial Power and Unconstitutional Legislation”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, p. 796 (1895).

⁸⁴⁶ WATSON, Bradley C.S., *Living Constitution, Dying Faith. Progressivism and the New Science of Jurisprudence*, Isi Books, Wilmington, 2009.

⁸⁴⁷ No uso el término “activismo” de forma peyorativa. Coincido con la opinión de Barnett quien sostiene que, en realidad, se trata de un “cliché” constitucional (BARNETT, Randy E., “Constitutional Clichés”, *Capital University Law Review*, Vol. 36, pp. 493/496 [2007]).

⁸⁴⁸ La actuación de la Suprema Corte en esos años ha sido reseñada de forma magistral en castellano por BIANCHI, Alberto B., *Capitalismo y Derecho Constitucional (La experiencia en los Estados Unidos entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial)*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005.

Constitución⁸⁴⁹, serían sometidos a una crítica sistemática en esos años⁸⁵⁰. Especialmente desde la escuela del realismo y del movimiento político e intelectual conocido como “*the American progressivism*”⁸⁵¹. Esas críticas, a su vez, se dieron en medio de una incipiente discusión, entre muchas otras cosas⁸⁵², acerca de: (i) el conflicto entre “individualismo y socialismo”⁸⁵³, (ii) de una revisión radical del concepto de libertad⁸⁵⁴, (iii) de un intento de convertir a la Constitución en una constitución no de derechos, sino de poderes⁸⁵⁵, (iv) de un cuestionamiento abierto a la idea de que el sistema constitucional estadounidense había instaurado un gobierno de leyes y no de

⁸⁴⁹ La crítica más influyente de la época fue la de BEARD, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Macmillan, Nueva York, 1913. A través de una interpretación marxista de la historia, Beard acusó a los *Founding Fathers* de haber impuesto una constitución ideada meramente para proteger los intereses económicos de una élite. La tesis de Beard fue demolida años después en un libro no tan conocido, cuya lectura recomiendo: BROWN, Robert E., *Charles Beard and the Constitution. A critical Analysis of “An Economic Interpretation of the Constitution”*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 1956. Cabe aclarar que Beard fue un defensor de la tesis de que el control judicial de constitucionalidad no fue usurpado por la Suprema Corte, sino previsto por la propia Convención de Filadelfia. Su defensa fue expuesta en un extenso artículo en el que analizó, entre otras cosas, la opinión de la mayoría de los convencionales constituyentes (ver BEARD, Charles A., “The Supreme Court - Usurper or Grantee?”, *Political Science Quarterly*, Vol. XXVII, No. 1, pp. 1/35 [1912]).

⁸⁵⁰ Uno de los estudios más completos sobre el tema es el de ROSS, William G., *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890–1937*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1994.

⁸⁵¹ Al respecto, ver EISENCH, Eldon J. (editor), *The Social and Political Thought of American Progressivism*, Hackett, Cambridge, 2006. Las figuras más relevantes de ese amplio movimiento reformista en el ámbito del derecho fueron Oliver Wendell Holmes, Woodrow Wilson, Charles Beard, Karl Llewellyn, Max Lerner, Edward Corwin, John Dewey, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo y Louis D. Brandeis.

⁸⁵² Una de las discusiones importantes giró en torno a la interpretación de la Constitución por parte de los jueces. Aunque excede el alcance de este trabajo, cito la opinión de Tiedeman a modo ilustrativo: “The American people are not, and should not be, ruled by the commands of dead men, however distinguished they may be, and however much they and their political wisdom challenge and deserve our veneration. In so far as their ideas of political wisdom are embodied in the written word of the Constitution, public opinion now requires them to be generally followed and obeyed by the courts and legislatures, and to that extent do the courts recognize the constitutional limitations upon the powers of the different branches of the government. But when the written word of the Constitution hampers the actions of the government in a way that public opinion considers so injurious that they require the written word of the Constitution to be ignored, the courts justly obey the popular mandate, at the same time keeping up a show of obedience to the written word by the skillful use of legal fictions” (TIEDEMAN, “The Income Tax...”, p. 82). Tiedeman anticipó ya en 1895 las discusiones que se darían en los Estados Unidos a lo largo del siglo XX y que, aun hoy, se mantienen vigentes en materia de interpretación constitucional. Para un análisis de las discusiones y cambios que se produjeron en este período, es indispensable ver: GILLMAN, Howard, “The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the ‘Living Constitution’ in the Course of American State-Building”, *Studies in American Political Development*, Vol. 11, p. 191 (1997).

⁸⁵³ TIEDEMAN, “The Income Tax...”, p. 82.

⁸⁵⁴ SMITH, George H., *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, pp. 7/25.

⁸⁵⁵ AJA ESPIL, Jorge A., “Origen y desarrollo del control jurisdiccional en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1958-II, p. 19 (1958).

hombres⁸⁵⁶, y, en definitiva, (v) de una discusión acerca de cuál era el valor fundamental que debía proteger la Constitución: la libertad o la democracia⁸⁵⁷.

Paradójicamente, es en medio de ese contexto que la figura de Marshall empieza también a ser reverenciada. El 4 de febrero de 1901, a instancias de la *American Bar Association*, se celebró el centenario de la designación de Marshall como *Chief Justice* de la Suprema Corte. El llamado “John Marshall day” se festejó en todo el país. En

⁸⁵⁶ Esa idea política condensa lo que se conoce en el mundo anglosajón como “Rule of Law”. Si bien la frase “a government of laws, and not of men” podría remontarse hasta Aristóteles (“¿es más ventajoso ser gobernados por el mejor de los hombres o por las mejores leyes?” [ARISTÓTELES, “Política”, L. III, C. 15, 1286 a., *The Politics of Aristotle*, Tomo I, Oxford at the Clarendon Press, Londres, 1885, p. 98]), lo cierto es que en el mundo anglosajón fue popularizada a través de James Harrington. En su influyente *Oceana*, en 1656, defendió la utopía de un “Empire of Laws, and not of Men” (HARRINGTON, James, *The Oceana of James Harrington, and his other works*, Booksellers of London and Westminster, Londres, 1700, p. 37). En 1742, David Hume la quiso aplicar al gobierno monárquico: “But though all kinds of government be improved in modern times, yet monarchical government seems to have made the greatest advances towards perfection. It may now be affirmed of civilized monarchies, what was formerly said of republics alone, that they are a government of Laws, not of Men. They are found susceptible of order, method, and constancy, to a surprising degree” (HUME, David, “Of Civil Liberty”, en GREEN, T.H. y GROSE, T.H., *Essays. Moral, Political, and Literary by David Hume*, Tomo I, Londres, 1882, p. 161). Esa relación que Hume marcaba entre monarquía civilizada y legalidad fue cuestionada abiertamente en 1776 por Thomas Paine, en su célebre *Common Sense*: “But where, say some, is the King of America? [...] [I]n America the law is king” (PAINE, Thomas, *Common Sense and other writings*, Barnes & Noble, Nueva York, 2005, p. 44). Más allá de este contrapunto, Harrington fue el vehículo a través del cual la frase llegó a John Adams quien, en marzo de 1775, afirmaba que: “If Aristotle, Livy, and Harrington knew what a republic was, the British constitution is much more like a republic than an empire. They define a republic to be a government of laws, and not of men. If this definition be just, the British constitution is nothing more nor less than a republic, in which the king is first magistrate” (ADAMS, John, *Novanglus, and Massachusettensis; or Political Essays, published in the years 1774 and 1775, on the principal points of controversy, between Great Britain and her colonies*, Hews & Goss, Boston, 1819, p. 84. Énfasis en el original). Adams fue uno de los principales redactores de la Constitución de Massachusetts de 1780, cuyo artículo 30 reemplazó esa máxima republicana: “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men” (KURLAND, Philip B. y LERNER, Ralph (editores), *The Founders’ Constitution*, Tomo I, Liberty Fund, Indianápolis, 1987, pp. 13/14. Énfasis agregado). De ahí, finalmente, la tomó John Marshall y la citó en *Marbury v. Madison*: “The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right” (5 U.S. (1 Cranch), p. 163). A pesar del pedigrí de la idea (y de la frase), comenzó a ser fuertemente cuestionada a comienzos del siglo XX en los Estados Unidos. Primero pretendió haber sido superada: “The history of the United States, since the adoption of the constitution, covers less than 128 years. Yet in that short period the American ideal of government has been greatly modified. At first our ideal was expressed as ‘A government of laws and not of men.’ Then it became ‘A government of the people, by the people and for the people.’ Now it is ‘Democracy and social justice.’” (BRANDEIS, Louis D., “The Living Law”, *Illinois Law Review*, Vol. 10, No. 7, p. 461 [1916]). Luego fue frontalmente atacada por los realistas por tratarse de un dogma absurdo, con expresiones como ésta: “Let us banish from our professional tenets the absurd dogma ‘a government of laws and not of men’ [...] there is no place for it in legal science” (KENNEDY, Walter B. “Portrait of the New Supreme Court II”, *Fordham Law Review*, Vol. 14, No. 1, p. 24 [1945]).

⁸⁵⁷ HORWITZ, Morton J., “The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism”, *Harvard Law Review*, Vol. 107, p. 30 (1993).

muchos de los discursos de conmemoración se hicieron referencias grandilocuentes acerca del impacto del caso *Marbury v. Madison*⁸⁵⁸. Tal como explica Kammen, la verdadera apoteosis alrededor de la figura de John Marshall empieza en 1901⁸⁵⁹. Como contrapartida, las críticas a Marshall también se profundizan en esa misma época.

La expresión *judicial review* como sinónimo del poder (y no del deber) de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una ley en los Estados Unidos aparece por primera vez en 1909⁸⁶⁰. El creador de esa expresión fue Edward Samuel Corwin⁸⁶¹, politólogo de la Universidad de Princeton y presidente de la *American Political Science Association*⁸⁶². Corwin tuvo una gran influencia en diversos campos, especialmente en su defensa de la idea de la existencia de una “constitución viviente”⁸⁶³, y sus constantes cuestionamientos al control judicial de constitucionalidad⁸⁶⁴. Además, propagó ideas cuestionables como, por ejemplo, que el establecimiento de la *judicial review* fue la que le dio a la Constitución el carácter de ley cuando, en realidad, había sido exactamente al revés⁸⁶⁵. Corwin fue, de hecho, uno de los grandes impulsores del mito de *Marbury*: en un trabajo en el que criticó a la *judicial review* por esconder siempre el ejercicio de algún tipo de prejuicio por parte de los jueces, Corwin afirma por primera vez que *Marbury* fue el primer caso y *Dred Scott* el segundo en que la Corte determinó los méritos constitucionales de una ley del Congreso⁸⁶⁶. Y en otro trabajo destacó el

⁸⁵⁸ WHITE, G. Edward, “The Constitutional Journey of *Marbury v. Madison*”, *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 6, p. 1464 (2003).

⁸⁵⁹ KAMMEN, Michael, *A Machine that Would Go of Itself. The Constitution in American Culture*, Alfred. A. Knopf, Nueva York, 1987, p. 209.

⁸⁶⁰ BILDER, Mary Sarah, “Expounding the Law: Law and Judicial Duty”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1131 (2010).

⁸⁶¹ CORWIN, Edward S., “The Supreme Court and the Fourteenth Amendment”, *Michigan Law Review*, Vol. 7, p. 660 y p. 670 (1909).

⁸⁶² Corwin ingresó a Princeton invitado por Woodrow Wilson en 1905.

⁸⁶³ GILLMAN, “The Collapse...”, p. 235.

⁸⁶⁴ Entre muchos otros, destaco: CORWIN, Edward S., “The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress”, *Michigan Law Review*, Vol. 4, p. 616 (1906); “The Establishment of Judicial Review – Part I”, *Michigan Law Review*, Vol. 9, p. 102 (1911); “The Establishment of Judicial Review – Part II”, *Michigan Law Review*, Vol. 9, p. 283 (1911); etc. Corwin describe al control judicial de constitucionalidad como “a retarding agency” (CORWIN, “The Establishment of Judicial Review – Part I”, p. 113). Una crítica que luego se hizo común pero ya sobre todo el esquema de frenos y contrapesos propio del principio de la separación de poderes de estilo estadounidense.

⁸⁶⁵ “[T]he establishment of judicial review gave the constitution the character of law” (CORWIN, “The Establishment of Judicial Review – Part I”, p. 110).

⁸⁶⁶ CORWIN, “The Supreme Court...”, p. 625.

carácter de maniobra política genial que había tenido la decisión de Marshall en *Marbury*⁸⁶⁷.

Para apreciar la influencia de Corwin en relación con la propagación del mito de *Marbury*, basta ver la opinión de la historiadora Mary Sarah Bilder quien advierte que

“Las creencias convencionales de que el control judicial de constitucionalidad debe entenderse como una idea y de que el constitucionalismo estadounidense debe estudiarse como una nueva ciencia política racionalista se deben en gran parte al influyente trabajo académico de Edward Corwin. Antes de Corwin, quienes discutieron los orígenes de la *judicial review* lucharon por reconciliar la práctica histórica con las ideas; después de Corwin, sólo las ideas resultaron decisivas. La creciente división entre derecho, historia y ciencias políticas aseguró que este cambio significativo en el enfoque no fuera revisado”⁸⁶⁸.

Por eso es que sostiene, con razón, que “*Marbury* no inventó la *judicial review*. Esa hazaña le corresponde a Corwin”⁸⁶⁹.

Más allá de esa influencia de Corwin, lo cierto es que quienes rechazaban la ahora llamada *judicial review* continuaban denunciándola, de forma abierta o subrepticia, como una usurpación⁸⁷⁰. O la cuestionaban por obsoleta ya que, en teoría, el surgimiento de los entes administrativos empezaba a desplazar a los tribunales como mediadores entre el Estado y el individuo⁸⁷¹. O, peor aún, al igual que había hecho

⁸⁶⁷ “Regarded merely as a judicial decision, the decision of *Marbury v. Madison* must be considered as most extraordinary, but regarded as a political pamphlet designed to irritate an enemy to the very limit of endurance, it must be considered a huge success” (CORWIN, “The Establishment of Judicial Review – Part II”, p. 292).

⁸⁶⁸ BILDER, Mary Sarah, “Idea or Practice: A Brief Historiography of Judicial Review”, *Journal of Policy History*, Vol. 20, No. 1, pp. 7/8 (2008).

⁸⁶⁹ BILDER, “Expounding the Law...”, p. 1144.

⁸⁷⁰ Ver, entre muchos otros, TRICKET, William, “The Great Usurpation”, *American Law Review*, Vol. 40, No. 3, p. 356 (1906); BOUDIN, Louis B., “Government by Judiciary”, *Political Science Quarterly*, Vol. 26, No. 2, p. 238 (1911); etc.

⁸⁷¹ Ver, por ejemplo, CORWIN, Edward S., “*Marbury v. Madison* and the Doctrine of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 12, p. 572 (1913).

Pennoyer, la seguían atacando por ser un ejemplo del comportamiento de una oligarquía judicial que defendía los intereses de una casta de empresarios inescrupulosos⁸⁷².

Como explica Clinton⁸⁷³, dentro de esta estrategia de cuestionamientos a los tribunales federales desplegada por los críticos reformistas durante ese período, uno de sus puntos de ataque fue *Marbury v. Madison*⁸⁷⁴. Es en este contexto que termina de instalarse el mito de *Marbury*: lo que había comenzado como una crítica aislada después de la controvertida decisión en el caso *Pollock*, termina de tomar cuerpo y asentarse a través de las sucesivas críticas y réplicas. Tan es así que una parte fundamental del mito correría por cuenta no de los detractores, sino de los admiradores de Marshall. En efecto, en este ambiente de constantes críticas a *Marbury v. Madison* es que el senador Albert Beveridge publica en cuatro tomos su monumental biografía, la más completa que se haya publicado hasta la fecha sobre Marshall. Esta biografía colaboraría aún más para agigantar la figura del célebre *Chief Justice*⁸⁷⁵. De hecho, muestra a Marshall como un héroe del nacionalismo y lo eleva aún por encima de la propia Corte⁸⁷⁶. Beveridge también alimentaría concretamente la idea de la maniobra genial de estadista de Marshall que, en condiciones políticas desfavorables, permite establecer el control judicial de constitucionalidad como contribución a la ciencia del derecho:

“Por medio de un golpe tan audaz en el diseño y en la ejecución como aquel que había sancionado la Constitución, John Marshall estableció un hito en la historia estadounidense, tan alto que todo el futuro podría basarse en él, tan duradero que todas las conmociones que la Nación iba a soportar no podrían derrocarlo. Esa decisión fue un gran evento en la historia estadounidense. Los tribunales estatales, así como los tribunales nacionales, a partir de entonces, aplicaron sin temor el principio anunciado por Marshall, y se estableció firmemente la supremacía de las constituciones escritas sobre las leyes. Este principio es total

⁸⁷² Ver, por ejemplo, LERNER, Max, “The Supreme Court and American Capitalism”, *Yale Law Journal*, Vol. 42, p. 668 (1933).

⁸⁷³ CLINTON, Robert, “The Strange History of *Marbury v. Madison* in the Supreme Court of the United States”, *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 8, p. 18 (1989).

⁸⁷⁴ CLINTON, “The Strange History...”, p. 18.

⁸⁷⁵ BEVERIDGE, Albert J., *The Life of John Marshall*, Tomo I (Frontiersman, Soldier, Lawmaker 1755-1788), Houghton Mifflin Co., Boston, 1916. El último tomo se publicaría en 1919.

⁸⁷⁶ GERBER, Scott Douglas, “The Supreme Court Before John Marshall”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 14, No. 1, p. 36.

y exclusivamente estadounidense. Es la contribución original de los Estados Unidos a la ciencia del derecho. Su afirmación, bajo las condiciones relatadas en este capítulo, fue obra de un gran hombre. Uno de visión más estrecha y de menor coraje nunca hubiera hecho lo que hizo Marshall”⁸⁷⁷.

De esta forma, la leyenda acerca de la supuesta genialidad política de Marshall que, a través de la célebre sentencia de 1803, habría logrado que la Suprema Corte creara y se autoasignara la *judicial review* como forma de salir de la incómoda situación en que Jefferson la había puesto, se convierte en parte de la historia oficial estadounidense⁸⁷⁸.

Si bien hubo voces que continuaron defendiendo la versión tradicional del rol de los jueces y del deber que tenían de dejar sin efecto las leyes que contradigan la Constitución⁸⁷⁹, y otras que advirtieron el cambio radical que se estaba gestando⁸⁸⁰, lo cierto es que luego de la reconfiguración total de la Suprema Corte durante las cuatro presidencias consecutivas de Franklin Delano Roosevelt⁸⁸¹, esas voces fueron

⁸⁷⁷ “By a coup as bold in design and as daring in execution as that by which the Constitution had been framed. John Marshall set up a landmark in American history so high that all the future could take bearings from it, so enduring that all the shocks the Nation was to endure could not overturn it. Such a decision was a great event in American history. State courts, as well as National tribunals, thereafter, fearlessly applied the principle that Marshall announced, and the supremacy of written constitutions over legislative acts was firmly established. This principle is wholly and exclusively American. It is America’s original contribution to the science of law. The assertion of it, under the conditions related in this chapter, was the deed of a great man. One of narrower vision and smaller courage never would have done what Marshall did” (BEVERIDGE, Albert J., *The Life of John Marshall*, Tomo III – Conflict and Construction. 1800-1815, Houghton Mifflin Company, New York, 1919, pp. 142/143).

⁸⁷⁸ Por todos, ver LERNER, Max, “John Marshall and the Campaign of History”, *Columbia Law Review*, Vol. 39, p. 396 (1939).

⁸⁷⁹ BURR, Charles H., “Unconstitutional Laws and the Federal Judicial Power”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, No. 9, p. 624 (1912); CARSON, Hampton L., “The Historic Relation of Judicial Power to Unconstitutional Legislation”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, No. 10, p. 687 (1912); LANIER, Alexander S., “Congress and the Supreme Court”, *The North American Review*, Vol. 218, p. 577 (1923); etc.

⁸⁸⁰ Luego de referirse a autores que planteaban que la *judicial review* no debía existir y que se trataba de una usurpación de los tribunales, en particular, de la Suprema Corte, por ejemplo, Grinnell aclara que: “These statements, as is common in such discussion, refer to the ‘power’ of the courts and it is sometimes spoken of as the power which courts claimed a ‘right’ to exercise. The approach to the discussion as a matter of the ‘duty’ of the courts is not generally considered as fully as it deserves to be” (GRINNELL, Frank W., “Some Forgotten History About the Duty of Courts in Dealing with Unconstitutional Legislation”, *American Law Review*, Vol. 54, No. 3, p. 419 [1920]).

⁸⁸¹ Contrariamente a lo que se suele afirmar, Roosevelt tenía previsto desde por lo menos 1932, es decir, antes de asumir su primera presidencia, desarrollar un plan para limitar el accionar de la Suprema Corte, incluida la posibilidad de un “court-packing” plan (MCKENNA, Marian C., *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The court-packing crisis of 1937*, Fordham University Press, Nueva York, 2002, p. xxi y p. 158 y sgtes.). A pesar de su infructuoso embate para modificar la composición del número de integrantes de la Suprema Corte, Roosevelt terminaría designando, en un lapso de apenas seis

apagándose poco a poco. A su vez, el control judicial sufriría una drástica mutación para intentar reconciliarlo con el sistema mayoritario⁸⁸². Como contrapartida, el mito de *Marbury* sería repetido de forma mecánica durante gran parte del siglo XX, tanto por defensores como por detractores de la *judicial review* en cualquiera de sus variantes.

2. La revisión del mito oficial

La revisión de la historia oficial no se concentró al principio en intentar corregir alguno de los aspectos del mito de *Marbury*, ni en poner en su justo lugar la importancia del caso en relación con el origen del control judicial de constitucionalidad. Por el contrario, comenzó de forma genérica en la década de 1960⁸⁸³, a través del cuestionamiento de algunas exageraciones impuestas por el progresismo en la historiografía constitucional estadounidense⁸⁸⁴. White, uno de los historiadores del derecho más importantes de los Estados Unidos en la actualidad, explica que el progresismo en la historiografía jurídica tenía como premisas centrales las siguientes: (i) una lectura de la historia norteamericana como una lucha de clases e intereses, (ii) la consideración de la labor del poder judicial como algo meramente instrumental e ideológico, y (iii) la idea de que para poder entender las sentencias hay que aplicar un análisis del comportamiento de los jueces (exagerando, ver qué desayunaron para entender sus fallos)⁸⁸⁵.

Ese tipo de historiografía no solo había impulsado la consolidación del mito de *Marbury*, sino otras relacionadas como, por ejemplo, la que se refiere al origen del conflicto entre la Suprema Corte y el *New Deal*⁸⁸⁶. Pero fue paulatina y

años, entre 1937 y 1943, la friolera de 9 *Justices* en la Suprema Corte: Hugo L. Black, Stanley Forman Reed, Felix Frankfurter, William O. Douglas, Frank Murphy, James F. Byrnes, Harlan Frisk Stone, Robert H. Jackson y Wiley Blount Rutledge. Su influencia sería decisiva y se extendería por décadas.

⁸⁸² Al respecto, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel José, “Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXV - 2008, Parte II, p. 303 y sgtes. (2009).

⁸⁸³ Ver, por ejemplo, JONES, Alan, “Thomas M. Cooley and ‘Laissez-Faire Constitutionalism’: A Reconsideration”, *Journal of American History*, Vol. 53, No. 4, p. 751 (1967).

⁸⁸⁴ Uso el término “progresismo” no en sentido moderno, sino para reflejar lo que en los Estados Unidos se conoce como “the progressive legal and constitutional historiography”.

⁸⁸⁵ WHITE, G. Edward, “The Lost Origins of American Judicial Review”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, No. 6 p. 1147 (2010).

⁸⁸⁶ En este punto también hubo una revisión profunda de la historia oficial en los últimos años. Entre muchos otros, ver CUSHMAN, Barry, *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.

sistemáticamente revisada y cuestionada en los Estados Unidos por varios autores y sobre diversos períodos históricos a partir de la década de 1980, especialmente en lo que se refiere al origen del control judicial de constitucionalidad. Recorro nuevamente a White para comprender el impacto de ese revisionismo, especialmente el de los últimos años:

“La ortodoxia historiográfica tiene típicamente una duración muy extensa. Ha llevado casi un siglo para que la ortodoxia del progresismo se desmorone. Pero se está desmoronando ciertamente -tal vez al borde de la desintegración- en la historia legal y constitucional estadounidense”⁸⁸⁷.

En lo que se refiere concretamente a los orígenes de la *judicial review*, la obra de muchos de los autores citados en este trabajo como William M. Treanor, Keith E. Whittington, Mary S. Bilder, Mark D. Hall, Kermit L. Hall, William R. Casto, Scott D. Gerber, Robert J. Steinfeld y, fundamentalmente, Philip Hamburger ha sido decisiva para corregir los errores históricos de la leyenda oficial en torno al mito de *Marbury*. El esfuerzo de estos autores significó, entre otras cosas, (i) el estudio completo de la actuación de la Suprema Corte anterior al ingreso de John Marshall en 1801⁸⁸⁸, a la que la historiografía constitucional oficial en general menospreciaba por considerarla de escasa importancia⁸⁸⁹, y (ii) la elaboración exhaustiva de la biografía de sus integrantes⁸⁹⁰. A su vez, el trabajo de Maeva Marcus y James Perry con su historia documentada de la Suprema Corte entre 1789 y 1800 en varios tomos⁸⁹¹, y el estudio exhaustivo de Stephen Presser sobre la figura de Samuel Chase, contribuyeron también

⁸⁸⁷ WHITE, “The Lost Origins...”, p. 1151.

⁸⁸⁸ Al respecto, ver GERBER, Scott Douglas, “The Supreme Court Before John Marshall”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 14, No. 1, p. 27 (2018).

⁸⁸⁹ Un ejemplo clásico de la forma en que se presentaba a ese período es el de McCloskey: “It is hard for a student of judicial review to avoid feeling that American constitutional history from 1789 to 1801 was marking time. The great shadow of John Marshall, who became Chief Justice in the latter year, falls across our understanding of that first decade; and it has therefore the quality of a play’s opening moments with minor characters exchanging trivialities while they and the audience await the appearance of the star” (MCCLOSKEY, William Winslow, *The American Supreme Court*, 3ra. ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2000, p. 19). En similar sentido, ver SCHWARTZ, Bernard, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York, 1993, p. 33.

⁸⁹⁰ Algunas de esas biografías, citadas en este trabajo, se publicaron en conjunto: GERBER, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998. Otras fueron publicadas de forma individual.

⁸⁹¹ Me refiero a *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, publicado por Columbia University Press. A la fecha, se han publicado 8 tomos.

para poder contar con todo el material disponible para el análisis del período indicado⁸⁹².

El bicentenario de *Marbury v. Madison* en 2003 representó, además, una oportunidad para revisar nuevamente la importancia de la sentencia en la historia constitucional de los Estados Unidos. Como explica Bilder, la mayoría de los numerosos nuevos trabajos académicos publicados acerca de esta célebre sentencia sugirieron que no fue tan determinante y su significado ha sido puesto en duda por muchos de ellos⁸⁹³.

En ese marco, varios de los autores mencionados encararon un trabajo sistemático para poder explicar los orígenes del control judicial de constitucionalidad. El análisis de cada una de las teorías que surgieron en los últimos años requeriría un nuevo estudio de mi parte. Sin perjuicio de ello, puedo mencionar: las que van desde explicar el origen de la *judicial review* (i) como una práctica judicial continua, que comienza con los numerosos casos de revisión de leyes por parte de tribunales de diversos estados previos a 1787⁸⁹⁴; (ii) como la expresión de una teoría política que se expresa en la importancia de la conexión inescindible entre la *judicial review* y el surgimiento de la independencia del poder judicial entre los siglos XVII y XVIII⁸⁹⁵; (iii) como una práctica originada en el derecho corporativo inglés que exigía la anulación de normas de diversa jerarquía⁸⁹⁶; o (iv) hasta la que encuentra el origen del control de constitucionalidad en el deber que tenían los jueces de resolver los casos contenciosos aplicando el derecho vigente, incluida la constitución, también en la Inglaterra

⁸⁹² Ver, entre otros, PRESSER, Stephen B. y HURLEY, Becky Bair, "Saving God's Republic: The Jurisprudence of Samuel Chase", *University of Illinois Law Review*, Vol. 1984, p. 771 (1984); PRESSER, Stephen B., "Samuel Chase: In Defense of the Rule of Law and Against the Jeffersonians", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, No. 2, p. 349 (2009).

⁸⁹³ BILDER, "Expounding the Law...", p. 1142.

⁸⁹⁴ TREANOR, William Michael, "Judicial Review before Marbury", *Stanford Law Review*, Vol. 58, p. 455 (2005).

⁸⁹⁵ GERBER, Scott Douglas, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.

⁸⁹⁶ BILDER, Mary Sarah, "The Corporate Origins of Judicial Review", *Yale Law Journal*, Vol. 116, p. 502 (2006).

medieval⁸⁹⁷. A estas obras se le suma el reciente libro de Steinfeld⁸⁹⁸, quien, entre otras cosas, puso el énfasis en el rol de los abogados en el desarrollo de la *judicial review*.

Estas teorías modernas tienen muy sólidos fundamentos en cada caso y son compatibles entre sí. De hecho, en muchos casos, se complementan. Esta tesis, de alguna manera, es un intento de sumar esas distintas teorías a partir de una mirada de conjunto que permita entender el impacto que cada una de estas tuvo en los orígenes del control judicial. No creo que el origen del control judicial de constitucionalidad pueda ni deba ser explicado a partir de una única teoría o un único fundamento. Máxime cuando no se impuso como una idea preconcebida por parte de alguien en particular, sino que se desarrolló a partir de la experiencia de una práctica tradicional impactada por las novedades institucionales que trajo la Revolución Norteamericana.

Sin perjuicio de ello, si hubiera que elegir una sola, creo que la más convincente, especialmente por su nivel de exhaustividad y alcance, es la de Philip Hamburger. En su demoledor *Law and Judicial Duty*, Hamburger demuestra que el origen de la *judicial review* tiene lugar en la Inglaterra medieval cuyos jueces tenían el deber de resolver los casos aplicando el derecho del reino⁸⁹⁹. Dado que la constitución era la parte de mayor jerarquía de ese derecho, los jueces en el cumplimiento de su deber judicial tenían que declarar la inconstitucionalidad y la nulidad de costumbres, normas y actos de gobierno⁹⁰⁰. Ese deber, a su vez, se reflejaba en el juramento que prestaban los jueces al momento de asumir el cargo⁹⁰¹. Durante una evolución que llevó cientos de años y

⁸⁹⁷ HAMBURGER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

⁸⁹⁸ STEINFELD, Robert, “*To Save The People From Themselves*”. *The Emergence of American Judicial Review and the Transformation of Constitutions*, Cambridge University Press, Nueva York, 2021.

⁸⁹⁹ Como ya expliqué, Hamburger no otorga mayor relevancia al famoso *dictum* del juez Edward Coke en el caso *Bonham*, al que considera un caso de *equitable interpretation* (HAMBURGER, *Law and Judicial...*, pp. 622/630). Algo similar ocurre con Kramer, que lo considera un caso poco importante en el desarrollo del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos (“the most telling fact is how little evidence supports the idea that Coke or *Dr. Bonham* were important to Americans in developing the principle of judicial review. [...]. [M]uch more impressive is how seldom Coke’s authority was invoked in connection with judicial review” (KRAMER, Larry D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 23. Énfasis en el original). Sin perjuicio de ello, sobre los pormenores del caso *Bonham*, sugiero ver este excelente trabajo: REY MARTÍNEZ, Fernando, “Una relectura del *Dr. Bonham’s Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 81, septiembre-diciembre, p. 163 (2007).

⁹⁰⁰ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 101 y sgtes.

⁹⁰¹ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 106 y sgtes.

que incluyó debates riquísimos acerca de, por ejemplo, la discrecionalidad de los jueces ya en el siglo XVI⁹⁰², la función judicial fue concebida incluyendo ese deber como inherente al cargo de juez. Desde ese paradigma del deber judicial, no existe un poder especial en cabeza de los jueces para revisar la constitucionalidad de actos de los otros poderes, sino que el control judicial de constitucionalidad es simplemente un aspecto más del deber general que tienen que cumplir habitualmente a la hora de decidir casos y controversias aplicando el derecho vigente, es decir, en el ejercicio regular de la función judicial⁹⁰³. Y esa misma concepción de la función judicial fue adoptada en los Estados Unidos, pero con diferencias fundamentales, incluyendo el desplazamiento de la soberanía desde el Parlamento a la Constitución y la elevación de esta al rango de norma jurídica de máxima jerarquía en el sistema⁹⁰⁴. Por supuesto, este origen y desarrollo histórico de la *judicial review* contrasta notablemente con el supuestamente heroico en manos de Marshall. Por eso, se ha dicho con razón, que se trata de una teoría que nos muestra, sencillamente, “la grandeza de lo ordinario”⁹⁰⁵.

Cualquiera sea la opinión que pueda tenerse sobre cuál es “la” teoría que explica mejor el origen de la *judicial review*, lo cierto es que esta nueva escuela historiográfica ha desterrado por completo todos los errores históricos que sustentan lo que he denominado el mito de *Marbury*, incluida la leyenda acerca del nacimiento del control judicial de constitucionalidad en *Marbury v. Madison* a través de la intervención proverbial y exclusiva de la figura de John Marshall en medio de un tormentoso conflicto político.

⁹⁰² HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 132 y sgtes.

⁹⁰³ HAMBURGER, Philip, “A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1162 (2010).

⁹⁰⁴ Obviamente, los jueces ingleses no podían declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Parlamento. Pero esa imposibilidad no tenía que ver ni con la falta de autoridad de los jueces, ni con la soberanía del Parlamento. Ese obstáculo, en realidad, tenía que ver con el estatus judicial que tenía el Parlamento británico, que era la máxima jerarquía judicial. Bajo esa perspectiva, el resto de los tribunales eran considerados de rango inferior y, obviamente, no podían dejar sin efecto decisiones de la corte superior (HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 239 y sgtes.). Ese y otros obstáculos, como la falta de una constitución escrita que fuera considerada como norma jurídica de máxima jerarquía, no estaban presentes ni podían condicionar a los jueces de los Estados Unidos, que daban por sentado el deber judicial de invalidar los actos de gobierno que contradijeran la Constitución (ob. cit., p. 398 y sgtes.).

⁹⁰⁵ ALTHOUSE, “The Historical Ordinariness...”, p. 1123.

3. ¿Por qué es importante corregir el mito de *Marbury*?

Llegados a este punto, alguien podría plantear que todo lo expuesto es un mero ejercicio de revisión académica e histórica que no tiene otro sentido que corregir ciertos hechos que ocurrieron hace más de dos siglos y nada más. Sin embargo, ese planteo sería un grave error. Rectificar de raíz el mito de *Marbury* es importante por varias razones que paso a exponer:

(i) Las razones en general

En primer lugar, porque es evidente que el mito no se corresponde con los hechos históricos. No desconozco que la revisión de la historia es muchas veces una tarea compleja y no exenta de errores. Y no pretendo criticar a quienes se guiaron por la corriente considerada ortodoxa durante tantos años en los Estados Unidos. Pero sacralizar una versión distorsionada de la historia inevitablemente contamina el análisis que se hace a partir de ella. Además, la revisión de la historia oficial basada en nuevas evidencias, o nuevos análisis de evidencias existentes, ayuda a comprender mejor a instituciones centenarias con las que todavía convivimos. Y no hace falta ser historiador para darse cuenta de que la historia tiene un papel relevante para el derecho constitucional y corresponde hacerla correctamente⁹⁰⁶.

Desde esta perspectiva histórica, el planteo de los orígenes del control judicial de constitucionalidad a partir de un caso como *Marbury* tiene como consecuencia minimizar o dejar de lado todo lo anterior a 1803. Creo que la exposición que hice de las discusiones y los casos anteriores muestra una serie de sucesos históricos de gran importancia, que pueden echar luz sobre muchas cuestiones relacionadas con el control judicial. El mito de *Marbury* oscurece esos hechos y opiniones y, por ende, empobrece el análisis que podríamos hacer sobre una institución tan trascendente. Un ejemplo claro es el del rol de los abogados en los primeros casos apenas producida la Revolución Norteamericana que, en general, ha sido ignorado por la doctrina. Otro ejemplo concreto es el de la influencia que ciertamente tuvo parte de la tradición que los revolucionarios norteamericanos heredaron de Inglaterra⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ Sobre el punto, ver BELZ, Herman, “History, Theory and the Constitution”, *Constitutional Commentary*, Vol. 11, p. 45 (1994).

⁹⁰⁷ BILDER, Mary Sarah, “Idea or Practice: A Brief Historiography of Judicial Review”, *Journal of Policy History*, Vol. 20, No. 1, p. 6 (2008).

En segundo lugar, y más importante aún, el mito de *Marbury* perpetúa la creencia de que la principal atribución de los jueces en un sistema constitucional de cuño estadounidense fue autoadjudicada a través de una maniobra ingeniosa en medio de un conflicto político⁹⁰⁸. Es decir, una facultad inventada por ellos mismos y bendecida solamente por el paso del tiempo y la conformidad tácita de los otros dos poderes. En definitiva, que se impuso desde afuera de la constitución. Así, cada vez que se enseña el mito de *Marbury* y su supuesta creación del control judicial de constitucionalidad, en lugar de fortalecer el Estado de Derecho se lo socava de forma involuntaria. Se enseña que los jueces no están limitados por la norma más importante del derecho vigente y a la que deben su autoridad para juzgar: la constitución. Se enseña que la constitución es el barro que los jueces moldean a su gusto y preferencia como decía Jefferson⁹⁰⁹. Y se olvida también que la constitución en un modelo constitucional de estilo estadounidense, al ser la norma de máxima jerarquía del orden jurídico, limita no solo al Poder Ejecutivo y al Congreso, sino principalmente a los jueces cuyo rol es decidir casos y controversias de conformidad con lo previsto en la constitución⁹¹⁰.

En un simposio académico organizado por *The George Washington Law Review* en 2009, el *Justice* Anthony Kennedy sostuvo que, si fuera cierto que la *judicial review* había sido inventada por la Suprema Corte, entonces los jueces “podrían hacer lo que se les dé la gana”⁹¹¹. Aun cuando suene exagerado, lo cierto es que parece lógico que, si aceptamos, aunque más no sea *prima facie*, la tesis que sostiene que los jueces se autoadjudicaron su principal atribución, entonces resultaría razonable que ellos mismos puedan decidir cuándo ejercerla o hasta donde pueden hacerlo. De hecho, ésta es la premisa de la que generalmente se parte a la hora de analizar las distintas modalidades de cómo se ejerce el control judicial de constitucionalidad, la aplicación de la presunción de constitucionalidad o no en diversas circunstancias, la idea de la existencia

⁹⁰⁸ A modo de ejemplo, obsérvese la elocuente apreciación que hace Rosen acerca del genio político de Marshall para lidiar con el seguro incumplimiento de Jefferson en caso que la Corte ordenara la designación de Marbury: “Marshall extricated himself from this exquisite dilemma with an act of judicial jujitsu that, two centuries later, still inspires awe for its craftiness” (ROSEN, Jeffrey, *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries that Defined America*, Holt & Co., Nueva York, 2007, p. 30).

⁹⁰⁹ Carta de Thomas Jefferson a Spencer Roane, de fecha 6 de septiembre de 1819: “[T]he Constitution, on this hypothesis, is a mere thing of wax in the hands of the judiciary which they may twist and shape into any form they please” (*The Papers of Thomas Jefferson. Retirement Series*, Tomo 15 (septiembre 1819 a mayo 1820), Princeton University Press, Nueva Jersey, 2018, p. 17).

⁹¹⁰ A modo de ejemplo, el art. 112 de la Constitución argentina dispone que los jueces de la Suprema Corte deben administrar justicia “bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución”.

⁹¹¹ ALTHOUSE, “The Historical Ordinarity...”, p. 1127.

de “libertades preferidas”, etc. Se corre así el peligro de que la Constitución se convierta en un acordeón que se estira o se contrae dependiendo el contenido que se le quiera extraer o la visión que los jueces tengan de ella, como ocurre con frecuencia⁹¹².

Paradójicamente, el mito que critico también podría plantear algo diferente a lo que afirma el *Justice Kennedy*: quienes sostienen que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789 en *Marbury* es una especie de maniobra política ingeniosa, parecen asumir primero que los jueces habían llegado a la conclusión de que no tenían el poder de forzar al presidente Jefferson a entregar las comisiones con las designaciones de Marbury y sus colegas⁹¹³. Es decir que *Marbury v. Madison* también puede ser leído como una muestra de enorme debilidad por parte de los jueces frente al poder político, especialmente de un presidente dispuesto a desafiarlos. Y esa conclusión es una forma de negar una de las principales características del constitucionalismo: la limitación del poder.

En tercer lugar, el mito de la creación de la *judicial review* en *Marbury* presupone de alguna forma que la constitución es lo que los jueces dicen que es⁹¹⁴. No me refiero a la autoridad que tienen los jueces de la Suprema Corte de decidir un caso concreto como máxima instancia judicial. Me refiero más bien a la idea de que la interpretación que se hace de la constitución tenga el mismo valor que ella por fuera de esa decisión en particular⁹¹⁵. Y eso no es lo que surge de *Marbury v. Madison*.

Aunque no son lo mismo, no cabe duda de que el ejercicio del control judicial de constitucionalidad va acompañado siempre de la interpretación constitucional que es

⁹¹² Al respecto, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., “¿Presunción de Constitucionalidad o Presunción de Libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL – 2013, Parte II, p. 495 y sgtes. (2014).

⁹¹³ GRABER, Mark A., “Establishing Judicial Review: *Marbury* and the Judiciary Act of 1789”, *Tulsa Law Review*, Vol. 38, p. 617 (2003).

⁹¹⁴ Charles Evan Hughes, siendo gobernador del estado de Nueva York, dijo en 1907: “We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is” (ver LEAHY, James E., “The Constitution is what the judges say it is”, *North Dakota Law Review*, Vol. 65, p. 491 [1989]).

⁹¹⁵ Si bien la cuestión excede largamente los límites de este trabajo, creo que, si esa tesis fuera correcta, no tendríamos punto de apoyo en la Constitución para criticar los fallos de la Corte ya que, por definición, serían siempre correctos. Al respecto, ver BAUDE, William, “The Court, or the Constitution?”, en HURD, Heidi M. (editora), *Moral Puzzles and Legal Perplexities: Essays on the Influence of Larry Alexander*, Cambridge University Press, Nueva York, 2019, p. 260. En contra, ver ALEXANDER, Larry y SCHAUER, Frederick, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *Constitutional Commentary*, Vol. 17, p. 455 (2000). La defensa de Alexander y Schauer no es en términos históricos, sino filosóficos.

un tema de enorme complejidad. Pretender sin más que todo aquello que digan los jueces en un caso tiene el mismo valor que la constitución oscurece una serie de cuestiones que son importantes tener en cuenta y analizar por separado. Por un lado, es obvio el rol natural que tienen los jueces a la hora de generar la doctrina necesaria para implementar efectivamente el texto de la constitución⁹¹⁶. Dado que las proposiciones generales no resuelven los casos concretos⁹¹⁷, y que la Constitución está escrita en términos generales y no con la prolijidad y exhaustividad de un código⁹¹⁸, esa doctrina que los jueces desarrollan en sus sentencias es fundamental. Pero, por el otro, esa interpretación debe ser hecha rigurosamente y ajustándose siempre a la constitución, cosa que muchas veces no ocurre⁹¹⁹. La idea de que, en sistema constitucional de tipo estadounidense, “la constitución es lo que los jueces dicen que es” puede ser cierta en términos descriptivos, pero es peligrosa y cuestionable en términos normativos: el texto de la constitución también debe limitar a los jueces. De hecho, jurídicamente, lo más importante debe ser el texto de la constitución y no lo que los jueces dijeron sobre

⁹¹⁶ BARNETT, Randy E. y BERNICK, Evan, “The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 107, p. 4 y sgtes. (2018).

⁹¹⁷ Estoy parafraseando una célebre frase del *Justice* Oliver Wendell Holmes en el caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, p. 76 (1905): “General propositions do not decide concrete cases”.

⁹¹⁸ “A Constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves. That this idea was entertained by the framers of the American Constitution is not only to be inferred from the nature of the instrument, but from the language” (*McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, p. 407 [1819]).

⁹¹⁹ La importancia de la interpretación en la práctica jurídica en general es evidente. Lo sabe cualquier abogado que ejerce el derecho, en particular litigando en tribunales. Dependiendo de la forma en que los jueces interpreten las normas jurídicas aplicables para la resolución de un caso, alguien gana o pierde mucho más que un caso. La relevancia de la interpretación es tal que, de forma ciertamente descarnada, se ha dicho que: “La interpretación jurídica tiene lugar en un campo de dolor y muerte. Esto es cierto en varios sentidos. Los actos interpretativos en el derecho señalan y ocasionan la imposición de violencia sobre otros: un juez fija su interpretación de un texto y, como resultado, alguien pierde su libertad, su propiedad, sus hijos, incluso su vida. Las interpretaciones en el derecho también constituyen justificaciones para la violencia que ya ha ocurrido o que está por ocurrir. Cuando los intérpretes terminan su trabajo, dejan detrás con frecuencia víctimas cuyas vidas han sido destrozadas por estas prácticas sociales organizadas de violencia. Ni la interpretación jurídica ni la violencia que ocasiona pueden ser debidamente entendidas de forma separada. Esto es obvio, aunque la creciente literatura que aboga por la centralidad de las prácticas interpretativas en el derecho lo ignora alegremente” (COVER, Robert M., “Violence and the Word”, *The Yale Law Journal*, Vol. 95, p. 1601 [1986]). Esto que es cierto en cuanto a la interpretación jurídica en general, es más relevante aun en materia de interpretación constitucional. Sin embargo, no existe un debate académico fuerte en la República Argentina en esta materia. La mayoría de los textos que tratan el tema son de carácter descriptivo. Suelen ser pocos los trabajos que ponen en una lupa crítica la forma en que los jueces en general, y los de la Corte Suprema en particular, interpretan la principal norma jurídica del país.

ella⁹²⁰. Pero, para que la constitución pueda ser realmente un límite, primero hay que poder recuperar el contenido comunicativo que tiene ese texto para poder después contrastarlo críticamente con las decisiones que los jueces toman⁹²¹. Y esta es una tarea enormemente compleja, no exenta de desafíos.

El punto anterior me lleva, en cuarto lugar, a observar que la revisión del mito de *Marbury* es importante para distinguir conceptualmente entre *judicial review* y *judicial supremacy*: una cosa es el deber de los jueces de declarar inconstitucional una ley del Congreso que contradiga la constitución en el marco de un caso concreto, y otra muy distinta es que la Suprema Corte tenga la última palabra en materia de interpretación de la constitución con efectos fuera de ese caso. Es evidente que *judicial review* y *judicial supremacy* son claramente distinguibles a nivel conceptual y que requieren argumentos propios en cada caso para ser defendidas. Sin embargo, ambas cuestiones se atribuyen erróneamente a *Marbury v. Madison* y se suelen confundir. Como explica Barnett, la confusión surge cuando se ignora que la negación judicial de una norma por su eventual inconstitucionalidad no puede ser asimilada a la legislación (*judicial negation is not legislation*)⁹²².

⁹²⁰ Alguien podría plantear, parafraseando al Justice Felix Frankfurter, que es una concepción “inadmisiblemente estrecha” del derecho constitucional el confinarlo a las palabras de la constitución y dejar de lado “las glosas que la vida ha escrito sobre ellas”. La respuesta es que, por un lado, esa frase de Frankfurter está sacada de contexto y no impugna el apegarse al texto constitucional en sí, sino despreciar la práctica constitucional como elemento para interpretar ese texto en lo referido al sistema de gobierno. En efecto, lo que dijo Frankfurter es sutilmente distinto: “The Constitution is a framework for government. Therefore, the way the framework has consistently operated fairly establishes that it has operated according to its true nature. Deeply embedded traditional ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they give meaning to the words of a text or supply them. It is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them” (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, p. 610 [1952]). Por el otro, el mismo Frankfurter, en un caso en el que se discutía el alcance de la doctrina de la inmunidad tributaria del gobierno, aclaró que es más importante lo que dice el texto de la Constitución que los que los jueces dijeron acerca de ella: “The judicial history of this doctrine of immunity is a striking illustration of an occasional tendency to encrust unwarranted interpretations upon the Constitution, and thereafter to consider merely what has been judicially said about the Constitution, rather than to be primarily controlled by a fair conception of the Constitution. Judicial exegesis is unavoidable with reference to an organic act like our Constitution, drawn in many particulars with purposed vagueness so as to leave room for the unfolding future. But the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself, and not what we have said about it” (*Graves v. New York ex rel. O’Keefe*, 306 U.S. 466, pp. 491/492 [1939]).

⁹²¹ Para profundizar el punto, ver LAWSON, Gary, “On Reading Recipes... and Constitutions”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 85, pp. 1823/1836 (1997).

⁹²² BARNETT, Randy E., “The original meaning of the judicial power”, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 12, p. 133 (2004).

Lo cierto es que *Marbury* tampoco establece la *judicial supremacy*, ni pretende hacerlo⁹²³. Ninguno de los argumentos expuestos por Marshall en esa sentencia permite explicar por qué la Suprema Corte tiene que ser el “intérprete final” de la Constitución con un alcance que exceda el marco del asunto decidido⁹²⁴. Y una cosa es que lo sea en el marco de ese caso concreto, con la consiguiente obligación para el poder ejecutivo y el legislativo de acatar su decisión, y otra muy distinta es que ese carácter implique que todos los poderes están obligados a seguir su interpretación de modo general fuera de ese asunto. Ese último carácter fue expuesto por primera vez en *Cooper v. Aaron*⁹²⁵ en 1958, distorsionando lo decidido en *Marbury*⁹²⁶. Y, posteriormente, fue llevado al paroxismo en *Dickerson v. United States*⁹²⁷ en el año 2000.

En quinto lugar, la revisión del mito de *Marbury* es importante para recordar y tener siempre presente las diferencias entre el constitucionalismo norteamericano y europeo continental en un punto, tal vez obvio, pero central: el carácter de norma jurídica de la Constitución⁹²⁸. Tal como expuso Charles Black, Jr. en un libro

⁹²³ GARAY, Alberto F., “La enseñanza del caso ‘Marbury v. Madison’”, *Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, Año 7, No. 13, p. 132 (2009).

⁹²⁴ A través de un análisis minucioso de la sentencia de Marshall, Paulsen concluye que el razonamiento de *Marbury* y la moderna práctica constitucional son irreconciliables y que la lógica de esta sentencia contradice cualquier planteo acerca de la supremacía judicial (PAULSEN, Michael Stokes, “The Irrepressible Myth of *Marbury*”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, p. 2718 y sgtes. [2003]).

⁹²⁵ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Al respecto, la Corte sostuvo: “In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as ‘the fundamental and paramount law of the nation,’ declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U. S. 177, that ‘It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.’ This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system” (358 U.S., p. 18).

⁹²⁶ Al respecto, ver ENGDahl, David E., “John Marshall’s ‘Jeffersonian’ Concept of Judicial Review”, *Duke Law Journal*, vol. 42, p. 279 (1992).

⁹²⁷ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). En el voto de la mayoría, el *Chief Justice* Rehnquist sostuvo que “*Miranda v. Arizona*” era una “decisión constitucional” y que el Congreso no podía modificar las célebres reglas establecidas en ese caso: “In *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), we held that certain warnings must be given before a suspect’s statement made during custodial interrogation [...]. Congress retains the ultimate authority to modify or set aside any judicially created rules of evidence and procedure that are not required by the Constitution. [...] But Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution” (530 U.S., p. 431 y p. 437).

⁹²⁸ En un interesante trabajo, el profesor español Blanco Valdés resume la diferencia básica entre ambos modelos: “la superioridad *política* del parlamento y la supremacía *jurídica* de la ley no fueron sino, a la postre, las dos caras de una misma moneda, el anverso y el reverso de un mismo principio constitucional que acabará dando lugar, primero en el derecho público francés y luego, y durante largas décadas, en el derecho público europeo, a toda una serie de consecuencias en el ámbito de la teoría de la Constitución, una de las cuales debe destacarse por conformarse casi como la síntesis de todas las demás: nos referimos a la negación del carácter normativo de la Constitución misma” (BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El Valor*

francamente contundente, la *judicial review* es una consecuencia necesaria del carácter de norma jurídica que tiene la Constitución de Filadelfia⁹²⁹. Algunas de las principales críticas a la *judicial review* tienen como premisa tácita el desconocer esta característica fundamental y peculiar del sistema norteamericano. Un ejemplo clásico, como ya expliqué, es el de James Bradley Thayer⁹³⁰. Pero se trata de un aspecto ineludible a la hora de analizar el origen y la existencia del control judicial de constitucionalidad.

Finalmente, aunque llame la atención, el sexto y último punto que quiero destacar es que, en el ámbito de los países que son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la revisión del mito de *Marbury* puede ayudar a poner en contexto crítico la creación *ex nihilo* del llamado “control de convencionalidad” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En efecto, en 2006, en el caso “Almonacid Arellano”, la Corte IDH dispuso la obligación de los jueces locales de ejercer el “control de convencionalidad” sobre las normas jurídicas internas, así como de la pretendida obligación de seguir sus fallos por tratarse del “intérprete final” de la CADH⁹³¹.

Luego del desarrollo jurisprudencial posterior, quedó claro que ese control de convencionalidad pretende ahora someter a través de los jueces locales a todo el derecho interno, incluida la propia constitución de cada país, a un examen de compatibilidad con la CADH y con lo que la Corte IDH ha dicho sobre ella. En efecto, en un reciente caso en que condenó a México por las figuras del arraigo y la prisión preventiva oficiosa incluidas en su constitución, la Corte IDH dispuso concretamente que:

“De acuerdo con lo expuesto, se recuerda que las autoridades internas, al aplicar las figuras del arraigo o de la prisión preventiva, deben ejercer un adecuado

de la Constitución. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 245/246).

⁹²⁹ BLACK, Jr., Charles L., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, The Macmillan Company, New York, 1960, p. 158/159.

⁹³⁰ Ver nota 790 anterior.

⁹³¹ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124 (“[E]l Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”).

control de convencionalidad para que las mismas no afecten los derechos contenidos en la Convención Americana de las personas investigadas o procesadas por un delito. En ese sentido, corresponde reiterar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que -en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes- las magistraturas y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁹³².

Ese control de convencionalidad no surge del texto de la CADH. No fue siquiera discutido o contemplado por sus autores al momento en que se discutió su contenido. Tampoco parece haberlo sido por los países al momento de ratificar la convención, ni por los propios jueces de la Corte IDH durante muchos años al decidir los casos contenciosos que llegaban al sistema. Es una creación pretoriana relativamente moderna de los jueces de la Corte IDH. En ese marco, dado que la Corte IDH pretende que ese examen incluya no solo las disposiciones de la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH, entonces, estamos ante un intento de mutación radical que contradice frontalmente los sistemas de constitución rígida, así como el carácter subsidiario que tiene el régimen⁹³³. Se trata, esto es obvio, de un problema de enorme magnitud: no puede escapar a nadie que la idea de un control de convencionalidad que incluya a la propia constitución no solo viola los mecanismos de reforma constitucional en un

⁹³² Corte IDH, “Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7 de noviembre de 2022, Serie C., No. 470, párr. 219.

⁹³³ He analizado la relación compleja entre el derecho internacional y el derecho interno en el contexto argentino en GARCÍA-MANSILLA, Manuel José, “Las arbitrariedades del caso ‘F., A.L.’. Omisiones, debilidades y (ho)(e)rrores del ‘Roe v. Wade’ argentino”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXIX – 2012, Parte II, pp. 356/374 (2013) y “El proyecto de ley de aborto y la Constitución Nacional”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 78, No. 1, pp. 16/43 (2018), a los que remito. Sugiero también leer el trabajo de RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, en *L.L.*, t. 1995-B, p. 773, que sigue siendo de consulta obligada.

sistema rígido, sino que introduce un elemento de enorme inseguridad jurídica al permitir que cualquier juez local deje sin efecto a la constitución a la que, paradójicamente, debe su designación y autoridad para juzgar. Sin embargo, bajo el paradigma del mito de *Marbury* parecería no haber mayor conflicto ya que estaríamos nuevamente ante un caso de creación, invención o autoadjudicación de atribuciones, pero a través de una sentencia internacional. No creo que sea casual que frecuentemente se cite a *Marbury v. Madison* en trabajos académicos referidos al control de convencionalidad⁹³⁴, y que, en algunos casos, se pretenda trazar un paralelismo entre ambas sentencias⁹³⁵. De forma consciente o no, el planteo parece ser: si lo hizo John Marshall, ¿por qué no lo podrían hacer los jueces de la Corte IDH?

(ii) Las razones particulares en el caso de la República Argentina

En el caso de la República Argentina, a las razones que ya expuse para revisar el mito de *Marbury*, se pueden agregar otras de carácter particular y tanto o más importantes. Y es que la República Argentina siguió al pie de la letra a la Constitución de los Estados Unidos a la hora de diseñar su poder judicial federal. Así lo hizo al momento de sancionar la Constitución en 1853 que, con varias reformas, todavía sigue vigente. Esto, que puede ser motivo de polémica para alguna doctrina⁹³⁶, resulta irrefutable.

Sin pretensión de ser exhaustivo, citaré las opiniones de algunos de los convencionales constituyentes más importantes de 1853. Así lo reconoció expresamente, por ejemplo, el convencional constituyente Martín Zapata. En la sesión del 18 de agosto de 1857, en su calidad de miembro informante de la Comisión de

⁹³⁴ Ver, por ejemplo, GHISIO, Antonela y JUNCO, Silvina, “Derechos Humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, No. 8, p. 78 (2019).

⁹³⁵ “La jurisprudencia de la CIDH a partir del caso ‘Almonacid Arellano y otros v. Chile’ de 2006, sobre el ‘control de convencionalidad’ a cargo de los jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados Partes, puede considerarse de tanta importancia como el caso ‘Marbury v. Madison’ de la Suprema Corte de los EE.UU., de 1803, dado que consagra una especie de ‘supranacionalidad en materia de derechos humanos, aun sin norma expresa que así lo habilite’ (PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., “La experiencia de los Máximos Tribunales nacionales en el control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial: el caso de Uruguay”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Número Especial de Jurisprudencia Argentina, t.2016-III, No. 3, p. 12).

⁹³⁶ Me refiero en particular a la corriente doctrinaria que pretende, infructuosamente, encontrar raíces españolas en nuestro sistema judicialista. El principal impulsor de esa idea es CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª. ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 3, 35 y 63 (entre muchos otros trabajos). Al respecto, ver la contundente y lúcida réplica de MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, La Ley, 2021, pp. 104/120.

Legislación y Negocios Constitucionales del Senado de la Confederación, defendió lo que sería la Ley 182, la primera ley de organización de la justicia federal. Allí, el entonces senador Zapata dijo:

“Si nuestra Constitución Nacional tiene de común con las de todos los Gobiernos Representativos la circunstancia de hacer de la justicia una de las tres grandes ramas del Poder Público, posee además un rasgo especial muy característico y trascendental que no ha podido copiarlo sino de un modelo único y sin ejemplo entre todas las otras naciones antiguas y modernas, la Constitución de la gran República de la América del Norte. Ese rasgo característico consiste en haber hecho nuestros legisladores constituyentes, a imitación de los americanos del Norte, de la Justicia Federal el guardián y mantenedor de la observación de la Constitución Nacional por la interpretación y aplicación uniforme y ajustada a ella de las leyes en los casos contenciosos que ocurran. De este modo la Justicia Federal viene a ser la gran rueda gubernamental del país, la garantía de todos los derechos, el moderador poderoso y constante, pero modesto y oculto bajo el disfraz humilde de un proceso particular, de los otros dos altos Poderes Constitucionales”⁹³⁷.

En ese largo discurso, Zapata se refiere no solo a las “sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo”⁹³⁸, sino que reconoce que no

“había casi nada que inventar, ni aun aplicar de nuestras prácticas judiciales conocidas ya; porque todas ellas relacionadas entre sí, forman un sistema judicial enteramente nuevo para nosotros, y que solo tienen un modelo –las instituciones de los Estados Unidos del Norte-, de que lo tomó nuestra Constitución, como lo dije al principio de este informe, no obstante la inmensa distancia a que nos hallábamos de aquel pueblo tan adelantado en sus sabias

⁹³⁷ *Cámara de Senadores, Actas de las sesiones del Paraná correspondientes al año de 1857*, Buenos Aires, Imprenta de la Nación, 1884, pp. 220/221.

⁹³⁸ *Cámara de Senadores, Actas de las sesiones del Paraná...*, p. 222.

prácticas de Gobierno Federal, pero impulsados por la legítima ambición de aproximarnos a él en la realidad de nuestras nuevas instituciones”⁹³⁹.

Un año después, en la Cámara de Diputados de la Confederación, el ex convencional constituyente Juan del Campillo, en ese momento Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, refutó ciertas objeciones planteadas con respecto al ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Allí, quien redactara de su puño y letra el texto de la Constitución de 1853⁹⁴⁰, afirmó que

“aunque nuestra organización no era perfectamente igual a la de Norte América, era, sin embargo, muy semejante, y, por consiguiente, era de allí de donde habían de tomarse ejemplos”⁹⁴¹.

En esa misma sesión, José María Zuviría, Secretario de la Convención de Santa Fe de 1853 afirmó que:

“Se dice que imitamos en todo a Norte-América y calcamos mal en nuestro alto Poder Judicial las mismas atribuciones que constituyen al Norte-americano. A la verdad, si no copiamos ese no hallamos en el mundo un modelo para nuestros ensayos. [...] Nuestra Constitución es la misma. No nos hemos arrepentido de ello”⁹⁴².

Finalmente, en la sesión siguiente, Juan María Gutiérrez, uno de los dos redactores de la Constitución de 1853, se pronunció en sentido similar. Apenas unos años después de sancionada la Constitución Nacional, el famoso “representante de Juan Bautista Alberdi” en la Convención Constituyente de Santa Fe de 1853, explicó que:

⁹³⁹ *Cámara de Senadores, Actas de las sesiones del Paraná...*, p. 224. Zapata reconoce haber consultado a Kent, Story, Tocqueville y la Ley Orgánica de la Justicia Federal de los Estados Unidos para elaborar el proyecto.

⁹⁴⁰ ZUVIRÍA, José María, *Los Constituyentes de 1853*, Felix Lajoaune Editor, Buenos Aires, 1889, p. 121.

⁹⁴¹ Sesión del 12 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858*, Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1891, p. 512.

⁹⁴² *Congreso Nacional. Actas...*, p. 519.

“Todas mis ideas son tomadas de las doctrinas del pueblo Norte-Americano y de su ciencia política. Debo recordar también que el Poder Judicial tal como ha sido establecido por nuestra Constitución es una copia exacta del Poder Judicial de la Unión Americana. [...] Nosotros no podemos menos de aceptar este poder en el sentido Norte-Americano, desde el momento que hemos dado a nuestro Gobierno la misma forma que aquél”⁹⁴³.

La decisiva influencia del modelo estadounidense en la Constitución Nacional en todo lo referido al poder judicial federal también fue reconocida por importantes convencionales constituyentes desde su rol de jueces de la Corte Suprema. Así, por ejemplo, Salvador María del Carril, de destacada labor en el Congreso Constituyente de 1853, expresó que

“nada nos induce a creer que los autores de nuestra Constitución, al sancionar los artículos que hacen referencia a la jurisdicción federal, tuviesen presente la legislación española; antes por el contrario, es una verdad evidente que, sólo pensaron en imitar a la Constitución de los Estados-Unidos en esta parte, como lo hicieron en las demás con muy pocas variaciones, y así, es a los principios consignados en la misma Constitución y a la jurisprudencia de aquellos Estados que debe ocurrirse para conocer el alcance de esta jurisdicción sin precedentes legítimos entre nosotros”⁹⁴⁴.

Al momento de debatirse la Ley 48, que todavía sigue vigente, José Benjamín Gorostiaga también reconoció en más de una oportunidad que el poder judicial fue calcado de la Constitución de Filadelfia. En la sesión del 31 de julio de 1863, por ejemplo, al momento de responder una crítica del diputado Francisco de Elizalde al control judicial de constitucionalidad, Gorostiaga sostuvo que:

“El Gobierno federal organizado por los estados de América en 1787, fue efectivamente un grande acontecimiento, un nuevo descubrimiento en la ciencia política. La organización del Poder Judicial bajo ese sistema de Gobierno, fue una

⁹⁴³ Sesión del 14 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas...*, p. 522.

⁹⁴⁴ “El Dr. D. Juan Carlos Gomez, en representacion de su hermano D. José Cándido, en demanda contra la Nacion”, *Fallos*: 2:36, p. 44 (1865).

mayor novedad. Nosotros hemos copiado nuestra Constitución de aquella Constitución. No es de extrañarse, por tanto, Sr. Presidente, que nos encontremos desacordes en la apreciación de las medidas orgánicas del Poder Judicial establecidas por nuestra Constitución, organización que se ha tomado de la Constitución de los Estados Unidos. [...] Por una y otra Constitución, la corte suprema de justicia es la encargada de declarar la inconstitucionalidad del acto. [...] [L]a Corte Federal juzgando este caso particular, dirá si era inconstitucional o no la medida. Esto es lo que entiendo yo que debe hacerse bajo el imperio de la Constitución que nos rige”⁹⁴⁵.

Más adelante, en la sesión del 3 de agosto de 1863, Gorostiaga terció en un debate entre el Ministro Eduardo Costa y Dalmacio Vélez Sarsfield en relación con la posibilidad de demandar a la Nación en juicio. Luego de que el Ministro Costa manifestara que “nosotros que hemos imitado la Constitución americana, que la hemos copiado casi textualmente no podemos pretender, como vulgarmente se dice, ser más católicos que el Papa. Debemos, ya que hemos imitado la Constitución Norteamericana, imitarla también en este punto, que es indudablemente de suma importancia”⁹⁴⁶. A esto, Vélez Sarsfield contestó que no habíamos imitado la Constitución norteamericana y agregó que “en esto estoy conforme con el Sr. Alberdi, que ha hecho ver que no hemos imitado ni podemos imitar la Constitución Norteamericana. [...] Es una idea del Sr. Sarmiento, rebatida luminosamente por el Sr. Alberdi, que ha probado que nuestra Constitución no es la imitación de la de los Estados Unidos”⁹⁴⁷. Gorostiaga, el otro redactor principal de la Constitución Argentina, zanjó la discusión de forma terminante: “No es una imitación, es una copia”⁹⁴⁸.

Años más tarde, de forma más genérica, pero igual de contundente, desde la presidencia de la Corte Suprema, Gorostiaga afirmó que:

“El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos

⁹⁴⁵ *Congreso Nacional. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del año 1863*, 31 de julio de 1863, Imprenta del Siglo, Buenos Aires, 1865, pp. 307/308.

⁹⁴⁶ *Congreso Nacional. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del año 1863*, 3 de agosto de 1863, Imprenta del Siglo, Buenos Aires, 1865, p. 329.

⁹⁴⁷ Ídem.

⁹⁴⁸ Ídem.

apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares”.

Y, evidenciando lo que pronto se convertiría en una costumbre del Alto Tribunal hasta bien entrado el siglo XX, a continuación, para resolver el caso, Gorostiaga se preguntaba: “¿Qué sucede, pues, en la República que nos ha servido de modelo [...]?”⁹⁴⁹.

Si bien de forma indirecta, esa influencia también fue reconocida por Salustiano Zavalía en una carta inédita a Juan Bautista Alberdi de fecha 24 de febrero de 1860. Allí Zavalía reconoce la influencia que *La Democracia en América* ejerció en la Convención de Santa Fe. Cabe recordar que este libro del francés Alexis de Tocqueville se publicó por primera vez en París 1835 y tuvo una gran circulación en el Río del Plata⁹⁵⁰. El convencional tucumano le dice a Alberdi, que: “Ud., Tocqueville y Story fueron nuestras lumbreras al producir aquella obra tan fecunda en grandes resultados [...]”⁹⁵¹. Pues bien, cualquiera que haya leído el famoso Capítulo VI de *La Democracia en América*, puede encontrar frases como éstas:

⁹⁴⁹ Ver ambas referencias en “D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus”, *Fallos*: 19:231, p. 236 (1877).

⁹⁵⁰ El propio Alberdi reconoce que, ya en 1835, se podía leer en nuestro país *La Democracia en América* (ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, en *Organización de la Confederación Argentina*, Casa Editora Pedro García y Cía., Madrid, 1913, Tomo I, p. 520). Para 1848, *La Democracia en América* de Alexis de Tocqueville tenía ya más de diez ediciones en francés (SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 98, n. 105). La lectura de Tocqueville convirtió a varios defensores del unitarismo al federalismo: por ejemplo, Salvador María del Carril, luego de leer esta obra en Brasil, dijo: “Estábamos ciegos [...] la bellísima obra de Tocqueville, que llegó a nuestras manos, nos abrió los ojos; mucho hablamos y discutimos [con Rivadavia], y nos convertimos apasionados al federalismo” (GARCÍA VICTORICA, Benjamín, *Orígenes de la Organización Nacional. Razón de la existencia de la frase “En cumplimiento de pactos preexistentes” en el Preámbulo de la Constitución Nacional*, Coni, Buenos Aires, 1912, pp. 69/70, n. 1). Entre los papeles personales del archivo de José Benjamín Gorostiaga referidos al Congreso Constituyente se encuentran traducciones de quien fuera, en opinión del ilustre santiagueño, “el inmortal autor *De la democracia en América*” (Archivo General de la Nación, Sala VII, Legajo N° 707, Documento N° 14.059).

⁹⁵¹ Carta del 24 de febrero de 1860 transcrita parcialmente en MAYER, Jorge M., *Las “Bases” de Alberdi. Edición crítica, con una noticia preliminar, la reconstrucción de los textos originales y sus variantes, las fuentes y notas ilustrativas*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969, p. 77. El original se encuentra en la Biblioteca Furt. Copia en poder del autor.

(i) “[N]o creo que, hasta hoy, alguna nación del mundo haya constituido el poder judicial de la misma manera que los norteamericanos”⁹⁵²;

(ii) “[E]l juez norteamericano es exactamente como un magistrado de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político. ¿De dónde viene esto? Se mueve en el mismo círculo y usa los mismos procedimientos que otros jueces. ¿Pero por qué posee un poder que estos últimos no tienen? La razón se basa en este solo hecho: los norteamericanos han otorgado a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. Dicho de otro modo, les han permitido no aplicar las leyes que parezcan ser inconstitucionales. Comprendo que un derecho similar ha sido reclamado por los tribunales de otros países, pero nunca les fue otorgado. En los Estados Unidos es reconocido por todas las autoridades y no van a encontrar persona o partido político que lo cuestione”⁹⁵³;

(iii) “Reconozco que este rechazo [en Francia] a permitir el derecho de los jueces de declarar las leyes inconstitucionales le da, de forma indirecta, el poder a la legislatura de alterar la constitución, puesto que ya no encuentra ningún obstáculo legal en su camino”⁹⁵⁴;

(iv) “Dentro de sus límites restrictivos, el poder otorgado a los tribunales norteamericanos de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes forma aún una de las barreras más poderosas que jamás se hayan levantado en contra de la tiranía de las asambleas políticas”⁹⁵⁵.

A su vez, la doctrina clásica reflejó en varias oportunidades esa adopción del modelo norteamericano por parte de nuestra Constitución en todo lo concerniente al poder judicial federal⁹⁵⁶. Más modernamente, Genaro Carrió destacaba que la referencia

⁹⁵² DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America and Two Essays on America*, Penguin, Nueva York, 2003, p. 116.

⁹⁵³ DE TOCQUEVILLE, *Democracy...*, p. 118.

⁹⁵⁴ DE TOCQUEVILLE, *Democracy...*, p. 119.

⁹⁵⁵ DE TOCQUEVILLE, *Democracy...*, p. 122.

⁹⁵⁶ Ver, entre otros, BARRAQUERO, Julián, *Espíritu y Práctica de la Constitución Argentina*, 2da. edición, Tip. Lit. y Enc. Colegio PIO IX de Artes y Oficios, Buenos Aires, 1889, p. 320 (“Tales fueron los propósitos de los constituyentes argentinos al establecer el Poder Judicial tomando por modelo la Carta Fundamental de la Unión Americana”); DE VEDIA, Agustín, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, p. 515 (“Salvo casos excepcionales [...] el sistema

al derecho constitucional estadounidense en todo lo concerniente al poder judicial federal es relevante por dos razones:

“1) los constituyentes argentinos, al sancionar en 1853-60 la Ley Fundamental del país, se inspiraron clara y confesadamente en el modelo norteamericano, no sólo en lo tocante a la adopción de un régimen republicano, representativo y federal de poderes limitados, sino también –y eso es lo que nos interesa aquí– en lo concerniente a la creación de un poder judicial federal encabezado por una Suprema Corte; y 2) una de las primeras leyes dictadas por el Congreso argentino en los albores de la organización nacional –la ley 48 aún vigente– reglamentó en detalle la organización y funciones de la Suprema Corte y siguió en ello muy de cerca el texto de la ley norteamericana sobre el mismo tema, [la *Judiciary Act* de 1789]dictada a fines del siglo XVIII”⁹⁵⁷.

Finalmente, en una investigación reciente cuya lectura resulta indispensable, Alberto Garay advierte correctamente que sin considerar ese trasfondo estadounidense muchos artículos de la Constitución Nacional carecerían de sentido⁹⁵⁸. Esto que es cierto en general, resulta indiscutible en particular en relación con los artículos referidos al poder judicial federal

A pesar de que ha sido olvidada o directamente tergiversada, esta verdad constitucional es clara e incontrovertible. En este punto, la revisión del mito de *Marbury* también sirve para recordar lo siguiente: cuando los próceres de Argentina tomaron al sistema constitucional estadounidense como modelo, cosa que hicieron en reiteradas

judicial de los Estados Unidos ha sido trasladado literalmente a la Constitución Argentina”); GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *La función judicial en la Constitución Argentina*, J. Lajoaune & Cía. Editores, Buenos Aires, 1911, pp. 69/78 (“La constitución argentina que con elevado talento político sancionaron los constituyentes de 1853, ha adoptado la admirable creación norteamericana [...]. En la constitución argentina de 1853, finalmente, el poder judicial es organizado teniéndose más presente el modelo norteamericano. [...] El modelo del norte, fue en este punto lo mismo que en lo esencial de la obra, seguido muy de cerca. Alberdi en sus ‘Bases’, proponía también la asimilación del texto norteamericano, con pequeñas modificaciones”); ZAVALÍA, Clodomiro, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo americano. Con biografías de sus miembros*, Talleres “Casa Jacobo Peuser”, Buenos Aires, 1920, p. 11 (“De todas las instituciones tomadas del modelo americano ninguna arraigó tanto, entre nosotros, perfeccionándose en la práctica, como la del poder judicial que la Constitución crea en la Sección Tercera de su Segunda Parte. [...] El Sistema de justicia federal [...] lo habíamos plantado de gajo, arrancado del tronco gallardo de Filadelfia”); etc.

⁹⁵⁷ CARRIÓ, Genaro, “Don Quijote en el Palacio de Justicia”, *La Ley*, t. 1989-E, p. 1132.

⁹⁵⁸ GARAY, Alberto F., “A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court’s Case Law”, *Southwestern Journal of International Law*, Vol. XXV, No. 2, p. 263 (2019).

oportunidades desde la Revolución de Mayo hasta la sanción definitiva de la Constitución entre 1853 y 1860, el modelo ya venía indiscutiblemente con el control judicial de constitucionalidad incorporado. De hecho, como lo refleja la propia crónica de Tocqueville, décadas antes de la sanción de la Constitución Nacional, la *judicial review* había sido aceptada por la opinión pública estadounidense, por los abogados practicantes, los tribunales y las asambleas legislativas y estaba totalmente consolidada en la práctica⁹⁵⁹.

Aunque esto es evidente desde una mirada meramente cronológica, cito la opinión de Alberdi en su primer comentario extenso del régimen de la Constitución sancionada en 1853:

“La Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino para juzgar en los asuntos federales, es el tribunal a quien corresponde el *conocimiento y decision de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitucion* (art. 97). No hai punto que en cierto modo no esté rejido por la Constitucion. Los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos *inmediatamente* por la Constitucion, sin intermedio de otra lei orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la *constitucionalidad* de las leyes; a saber y decidir si una lei en cuestion es o no conforme a la Constitucion. Es la jurisprudencia de los E.U., cuya Constitucion ha sido imitada por la nuestra en esa facultad dada a la Corte Suprema. En su virtud la Corte ha declarado allí mas de una vez inconstitucionales y dignas de reforma muchas leyes del Congreso, reclamadas por el interés perjudicado, en uso del derecho de peticion. La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene el poder de legislar; derogar es legislar. Declarada inconstitucional la lei, sigue siendo lei hasta que el Congreso la deroga”⁹⁶⁰.

Mas allá del error en que incurre Alberdi al referirse solamente a la Corte Suprema y no a todos los jueces y tribunales del país, lo cierto es que esta referencia demuestra que ya desde la sanción de la Constitución en 1853 se consideraba al control

⁹⁵⁹ NELSON, William E., “Changin Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 120, p. 1170 (1972).

⁹⁶⁰ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina, segun su Constitucion de 1853*, Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso, 1854, p. 131.

judicial de constitucionalidad como incorporado a nuestro sistema constitucional. En consecuencia, en la República Argentina es un error pretender que el control judicial de constitucionalidad haya sido una creación pretoriana: el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes del Congreso y las decisiones del Poder Ejecutivo, en el marco de casos concretos, venía incorporado a la función judicial. Por eso, no hacía, ni hizo falta reconocerlo expresamente al momento de asignar esa función o “poder” judicial en el art. 108 de la Constitución al poder judicial federal todavía vigente:

“El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

Esa función o “poder” judicial a que se refiere el art. 108 incluía el deber de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que violen la Constitución. Por eso es que, tres meses antes de la instalación de la Corte Suprema en enero de 1863⁹⁶¹, el Congreso sancionó la Ley 27 en octubre de 1862 y reflejó ese entendimiento en sus primeros tres artículos:

“Art. 1°. La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación.

Art. 2°. Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

⁹⁶¹ La Corte Suprema se instaló recién a las 13 hs. del 15 de enero de 1863. Así lo confirma Eduardo Costa, Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, en una carta dirigida a Urquiza al día siguiente: “ayer a la una del día ha sido instalada en esta Ciudad la Corte Suprema de Justicia [...]. De esta manera, y por la primera vez en la República, vendrán a estar constituidos y en ejercicio los tres altos poderes en que la sociedad moderna ha delegado la soberanía del pueblo, y de cuya independencia y equilibrio dependen la libertad y la conservación de los derechos que ella ha conquistado. De hoy en adelante la propiedad particular, la seguridad individual, los derechos todos que la Constitución acuerda a los habitantes de la República sin distinción alguna colocados al abrigo de un poder moderador, estarán garantizados contra todas las invasiones a que la exaltación de las pasiones políticas tan fácilmente puede conducir a los poderes públicos induciéndoles a ultrapasar el límite de sus atribuciones respectivas” (ver *Documentos Relativos a la Organización Constitucional de la República Argentina*, Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1911, t. II, pp. 74/75).

Art. 3°. Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

La Ley 27 demuestra también cuál era la interpretación original que nuestros constituyentes hicieron en relación con la función judicial a que se refiere todavía hoy el art. 108 de la Constitución Nacional. Varios convencionales constituyentes integraron el Congreso en esos primeros años y llevaron allí la voz cantante en los debates, haciendo constantes referencias al sistema judicial de los Estados Unidos y al control judicial de constitucionalidad⁹⁶². Dado que (i) conocían el sistema constitucional estadounidense finalmente “adoptado” y (ii) que estaban al tanto de la existencia del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos si hubieran querido limitarlo o prohibirlo lo habrían hecho expresamente. No hay que olvidar que la función principal de la Constitución no es la de conferir poder a los distintos órganos de gobierno, sino más bien la de limitarlos. Sin embargo, lejos de pretender limitar al poder judicial federal en este punto, nuestros convencionales constituyentes impulsaron la adopción y práctica del control judicial de constitucionalidad desde el Congreso de la Confederación, el Congreso de la Nación y la Corte Suprema. De hecho, así lo entendió la Corte Suprema desde sus primeros fallos⁹⁶³.

En consecuencia, la revisión del mito de *Marbury* en la Argentina nos obliga a recordar que el control judicial de constitucionalidad no ha sido creado por los jueces, sino que vino incorporado a la Constitución por influencia directa de su modelo norteamericano⁹⁶⁴.

Recapitulación:

En este capítulo revisé y expuse cómo fue que surgió el mito de *Marbury* en los Estados Unidos. Esa revisión es importante para poder entender las razones por las que

⁹⁶² En el caso de la Ley 27 participaron, entre otros, José Benjamín Gorostiaga, Juan María Gutiérrez, Luciano Torrent, Salustiano Zavalía y Dalmacio Vélez Sarsfield.

⁹⁶³ Basta con citar el caso “Criminal contra Ramon Rios (álías Corro), Francisco Gomez y Saturnino Rios, por salteamiento, robo y homicidio, perpetrado á bordo del pailebot ‘Union’ en el rio Paraná”, *Fallos*: 1:32, pp. 36/37 (1863).

⁹⁶⁴ Ello más allá de la incorporación en 1994 de una referencia en el art. 43 de la Constitución Nacional.

todavía se sigue sosteniendo el origen supuestamente legendario del control judicial de constitucionalidad en muchos países de Iberoamérica, incluyendo la República Argentina. De hecho, la literatura académica que cuestionó de raíz ese mito en los Estados Unidos todavía no se conoce ni ha sido debidamente divulgada y analizada en la región. Después explicar en detalle esos cuestionamientos expuse también cuáles son las razones por las que sostengo que el mito de *Marbury* debe ser cuestionado, tanto en general, como en la República Argentina. En conjunto, las explicaciones y análisis que desarrollé en este capítulo son las que, en definitiva, justifican la elección del tema de investigación y del objeto de este trabajo, que no pretende ser una exposición de cuestiones de interés meramente histórico o anecdótico, sino tener un impacto práctico concreto en la medida en que obliga a repensar el rol que los jueces tienen en un sistema constitucional de tipo estadounidense.

Conclusiones

En los anteriores capítulos creo haber demostrado que:

(i) El control judicial de constitucionalidad no es una invención del juez John Marshall. Ese control judicial no solo fue defendido y practicado por abogados y jueces a nivel local mucho antes de que Marshall llegara a la Suprema Corte federal, sino que la mayoría de los propios *Justices* que pasaron por la Corte antes de la llegada del célebre *Chief Justice* también lo comprendían, explicaban y aplicaban⁹⁶⁵. Lo propio ocurre con diputados y senadores ya desde el primer Congreso federal.

(ii) El control tampoco se crea, ni se instituye en *Marbury v. Madison*, ni depende de su autoridad como precedente. En realidad, las evidencias que existen tanto a nivel local como a nivel federal es que la *judicial review* fue ejercida mucho antes de 1803 por jueces de instancias inferiores (algunos de los cuales ni siquiera eran abogados) y que se impuso gradualmente. Nunca dependió de la autoridad de un precedente⁹⁶⁶.

(iii) La propia Suprema Corte estadounidense ejerció el control judicial de constitucionalidad sobre leyes federales mucho antes de la célebre sentencia de 1803. Y no esperó más de 50 años para volver a ejercer esa función.

(iv) Los jueces no inventaron, no usurparon, ni se autoadjudicaron una facultad que no tenían. De hecho, fueron los abogados los que tuvieron un rol central al plantear primero a los jueces que no aplicaran ciertas leyes debido a su inconstitucionalidad. Y los abogados pudieron convencer a los jueces de ejercer ese control debido a que, por un lado, tanto las constituciones locales como la Constitución de Filadelfia, otorgaron a los jueces una función judicial que incluía, dentro de la autoridad conferida por el cargo, el

⁹⁶⁵ GERBER, Scott Douglas, “The Supreme Court Before John Marshall”, en *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 14, No. 1, p. 29 (2018). La cantidad de jueces designados antes de la llegada de Marshall es de apenas 10 jueces: tres habían sido firmantes de la Declaración de Independencia, seis fueron miembros de la Convención de Filadelfia de 1787 y de las convenciones de ratificación en diversos estados, y ocho habían sido jueces antes de llegar a la Corte. Además, dos fueron los autores de la *Judiciary Act* de 1789 (GERBER, “The Supreme Court...”, p. 32).

⁹⁶⁶ HAMBURGER, Philip, “A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1167 (2010).

deber de decidir casos judiciales concretos aplicando el derecho vigente. Y, por el otro, debido a que la Revolución Norteamericana impuso un nuevo modelo de constitución con características muy peculiares, desconocidas hasta entonces. Este rol clave de los abogados en el origen del control judicial de constitucionalidad no ha sido debidamente advertido ni estudiado por la mayoría de la doctrina que se ocupa del tema (que enfoca su análisis exclusivamente en los jueces).

(v) No es posible comprender la génesis del control judicial de constitucionalidad sin tener en cuenta la práctica que tenían las colonias de tener legislaturas subordinadas y limitadas, que ejercían un poder delegado y cuyas normas podían ser dejadas sin efecto si eran consideradas como repugnantes a las leyes de Inglaterra, especialmente por parte del *Privy Council*. Tal como explica Bilder, si conceptualizamos a esa revisión colonial bajo el estándar de repugnancia como si se tratara de un precedente intelectual, obviamente, no es asimilable a la *judicial review* post revolucionaria. Sin embargo, entendida como práctica, no solo se puede afirmar que eran similares, sino que esa experiencia colonial, especialmente en el caso de los abogados, es una de las causas del surgimiento de la *judicial review* luego de la Revolución⁹⁶⁷.

(vi) No es posible comprender la génesis del control judicial de constitucionalidad si se la separa de todas las novedades que introdujo la Revolución Norteamericana. En especial, si no se hace debido hincapié en la principal novedad institucional que es la

⁹⁶⁷ BILDER, Mary Sarah, “The Corporate Origins of Judicial Review”, *Yale Law Journal*, Vol. 116, pp. 508/509 (2006). En un trabajo posterior, Bilder advierte con razón que: “The recovery of the importance of colonial practices to the origins of judicial review does not need to result in the abandonment of the importance of legal ideas and doctrines. Discussing judicial review as practice, however, demonstrates that at least some ideas of American constitutionalism have their origins in political and legal experience rather than the legal imagination. Reconstructing the origins of judicial review in English and colonial practice resurrects an earlier idea about limited legislative authority and thus enriches contemporary discussions of American constitutionalism. Finally, the recognition that American constitutionalism is the result of new political ideas and the adaptation of older legal and political practices demonstrates that aspects arising from the adaptation of colonial constitutionalism coexist in tension with those arising from post-Revolutionary theories of governance. As a historical matter, American constitutionalism was not a single, coherent political science. Judicial review was not invented by historians, political scientists, or law professors. Because judicial review arose from a colonial practice, history has something to contribute. Because judicial review was rationalized as compatible with a written constitution and separation of powers, political science has something to contribute. Because judicial review involves interpreting the boundary between legitimate legislative power and unconstitutional authority, law has something to contribute. We may not be able to stop calling the practice judicial review, but scholars can begin to think more critically and constructively about the ways in which the story of its origins has often been the story of ourselves and our unspoken disciplinary assumptions” (BILDER, Mary Sarah, “Idea or Practice: A Brief Historiography of Judicial Review”, *Journal of Policy History*, Vol. 20, No. 1, pp. 18/19 [2008]).

creación de un concepto nuevo de constitución, de características desconocidas hasta entonces como, por ejemplo, las siguientes:

1. Ser expresión de la soberanía del pueblo;
2. Ser sancionada a través de una convención constituyente y ratificada después por el pueblo;
3. Ser escrita;
4. Incluir una declaración de derechos concebida como límite al poder y como protección de derechos naturales y fundamentales de las personas que son “positivizados” en la constitución;
5. Tener el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía;
6. Ser estable en el sentido de que solo puede ser reformada a través de un mecanismo especial y que, por ende, no puede ser modificada por el poder legislativo (el que, apartándose radicalmente de lo que ocurría en Gran Bretaña, en lugar de ser omnipotente es considerado una “creatura de la constitución”);
7. Imponer límites precisos al gobierno, especialmente al poder legislativo;
8. Incluir una vigorosa protección de un poder judicial independiente alterando la relación conocida hasta entonces en el mundo anglosajón entre el poder legislativo y el poder judicial. Máxime después de la tajante separación que, ya desde 1776, se impone en los nuevos estados entre el poder legislativo y el poder judicial, apartándose, una vez más, del ejemplo británico;
9. Ser una norma directamente invocable por los ciudadanos y sus abogados en juicio y, por ende, tener que ser considerada por los jueces a la hora de resolver casos concretos.

(vii) Tampoco es posible comprender la génesis del control judicial de constitucionalidad si no se hace, además, una adecuada revisión del tipo de poder judicial que introduce la Revolución Norteamericana. Nuevamente, la amalgama entre tradición y novedades institucionales nos trae un resultado innovador. La tradicional función judicial, sumada a las protecciones con que se rodeó al poder judicial, así como la separación radical con el poder legislativo (rompiendo así con la lógica del mundo anglosajón) ya desde las primeras constituciones, genera las condiciones indispensables para el ejercicio de ese control en manos de los jueces.

(viii) No es posible comprender el control judicial de constitucionalidad si no se tiene en cuenta la innovación radical que se hace durante la Revolución Norteamericana al principio de separación de poderes con la incorporación, como característica central, de los frenos y contrapesos (*checks and balances*). La idea del control recíproco entre los poderes que trae esa visión novedosa de un principio clásico es la que permite racionalizar posteriormente una facultad que, hasta entonces, era desconocida en el mundo moderno.

(ix) El control judicial de constitucionalidad no tuvo un origen épico, en medio de un conflicto político. Por el contrario, se desarrolló gradualmente y fue consolidando con cada precedente en el que los jueces cumplían con su deber de aplicar la constitución como norma de máxima jerarquía. La experiencia y no la lógica es la que explica la historia del desarrollo de la *judicial review*⁹⁶⁸.

(x) El mito de *Marbury* es una creación moderna que no se ajusta a la realidad histórica. De hecho, la absolución del *Justice* Samuel Chase fue más relevante para la *judicial review* que la propia sentencia del juez Marshall.

Más allá de la convicción que expreso en esta tesis, creo que el mito de *Marbury* no va a perder su fuerza de un día para el otro. Está tan arraigado que va a costar revisarlo como corresponde⁹⁶⁹. De hecho, en un libro publicado en 2021, Akhil Reed

⁹⁶⁸ BILDER, “The Corporate Origins...”, p. 509.

⁹⁶⁹ Creo que también va a pasar un tiempo hasta que herramientas de inteligencia artificial como ChatGPT o similares nos den una respuesta un poco más sofisticada y precisa acerca de los orígenes del control judicial de constitucionalidad.

Amar, uno de los principales estudiosos de la historia y del sistema constitucional estadounidense, nos advierte que:

“a los alumnos del colegio secundario, a los estudiantes universitarios y a los de la carrera de derecho [de los Estados Unidos] se les enseña que *Marbury* es, tal vez, la decisión más importante de la historia constitucional. Les dicen que el caso inventó el concepto de la *judicial review* -el poder de los tribunales federales de invalidar leyes que consideren inconstitucionales- un concepto que no está en la propia Constitución. Más particularmente, la historia estándar continúa con que *Marbury* dejó claro que la Suprema Corte es el ‘último intérprete’ de la Constitución y que ahí reside la importancia épica de la sentencia. Nada de esto es correcto, y una parte es clamorosamente equivocado. *Marbury* no fue siquiera la sentencia más importante de 1803”⁹⁷⁰.

El mismo Amar aclara que:

“el poder y el deber de los tribunales -de todos los tribunales no algunos- de rehusarse a hacer cumplir leyes inconstitucionales estaba hondamente enraizado en la Constitución y claramente establecido antes de *Marbury*”⁹⁷¹.

Algo similar ocurre con el estatus de Marshall en relación con el control judicial de constitucionalidad. Se ha llegado a plantear que no solo le debemos a Marshall la invención del control judicial de constitucionalidad a través de *Marbury*⁹⁷², sino también el del carácter de norma jurídica que adquirió la Constitución de los Estados Unidos. Todo ello como parte de un diseño deliberado del propio *Chief Justice*⁹⁷³. El

⁹⁷⁰ AMAR, Akhil Reed, *The Words the Made Us. America's Constitutional Conversation, 1760-1840*, Basic Books, Nueva York, 2021, p. 483.

⁹⁷¹ AMAR, *The Words...*, p. 484.

⁹⁷² Entre muchos otros, SUNSTEIN, Cass R., “*Dred Scott v. Sanford* and Its Legacy”, en GEORGE, Robert P. (Editor), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2000, p. 65.

⁹⁷³ Ver, por ejemplo, SNOWISS, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1990, p. 172 (“The differences between Marshall and his colleagues in determinations of constitutionality were not random ones, nor was modern judicial review the product of an undirected evolutionary process. Both followed from Marshall’s deliberate design, one that transformed fundamental into supreme law of the land, subject on that ground to authoritative judicial rather than public or legislative exposition. This change, furthermore, was carried out with no public acknowledgment or discussion. The deliberateness of Marshall’s design, as well as its public concealment, is visible, but only by hindsight, in *Marbury v. Madison*”). Basta ver la importante discusión que se dio en el Congreso al

intento de convertir a Marshall en una especie de super héroe constitucional por haber creado la *judicial review* o, peor aún, el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía que adopta la constitución en el constitucionalismo de estilo estadounidense tiene un problema evidente: no se condice con la verdad histórica comprobable. Es, como dije, un mito.

Nada de lo expuesto en esta tesis implica, ni pretende implicar, un demérito acerca de la figura de John Marshall. El planteo acerca de que no debe ser considerado como “el padre creador del control judicial de constitucionalidad” no desmerece en nada su actuación pública como juez, ni la importancia del estudio de su vida y obra. Marshall fue, sin lugar a dudas, un *Chief Justice* brillante, tal vez uno de los más influyentes de la historia estadounidense. Sin lugar a dudas, ayudó decisivamente a solidificar a una institución tan trascendente como la Suprema Corte de los Estados Unidos y también a la propia Constitución de 1787. La lectura de su vida, de su trayectoria pública y, fundamentalmente, de sus fallos deja y dejará siempre enormes enseñanzas. Fue gracias a Marshall, por ejemplo, que la Suprema Corte estadounidense modificó la forma de decidir sus fallos. A partir del caso *Talbot v. Seeman*⁹⁷⁴, a instancias del célebre *Chief Justice*, la Corte abandonó la práctica copiada de Inglaterra de decidir los casos a través de votos razonados y separados (*seriatim*) de sus jueces. *Talbot* fue el primer caso en que el tribunal utilizó la expresión “la opinión de la Corte”⁹⁷⁵ (*the opinion of the Court*) a la hora de dar a conocer los fundamentos de su decisión. Ese cambio en la forma de decidir los casos generó que el tribunal se expresara con una voz unívoca a la hora de interpretar el derecho, con votos de mayoría y eventuales disidencias en minoría que señalaran desacuerdos puntuales en esa interpretación o en el modo de resolver los casos. De esta forma, permitió que la voz de la Corte se hiciera mucho más fuerte. Esta es, por ejemplo, una de las innumerables contribuciones de Marshall en su larga carrera judicial.

Otra de las grandes contribuciones de Marshall se dio en la novedosa tarea para los jueces norteamericanos de interpretar y aplicar la Constitución a la hora de resolver

momento de tratar el proyecto de derogación de la *Judiciary Act* de 1801, que expuse en detalle en el Capítulo V, para apreciar los errores históricos comprobables de esta tesis.

⁹⁷⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 1 (1801).

⁹⁷⁵ 5 U.S. (1 Cranch), p. 26.

casos concretos. Fue a instancias del *Chief Justice* que la Corte empezó a aplicar los métodos tradicionales de interpretación de las leyes para interpretar la propia Constitución⁹⁷⁶. Para Marshall la tarea del intérprete en materia constitucional era relativamente sencilla: el objeto del lenguaje es comunicar la intención de aquel que habla o escribe. Por ende, “el gran deber del juez que interpreta ese instrumento, es encontrar la intención de sus creadores”⁹⁷⁷. Pero esa intención no es la intención subjetiva de los constituyentes, sino aquella que surge del propio texto de la constitución⁹⁷⁸. En casos como, por ejemplo, *Sturges v. Crowninshield*⁹⁷⁹ o *Brown v. Maryland*⁹⁸⁰, Marshall propuso que esa búsqueda de la intención de la Constitución se haga siguiendo fielmente el texto constitucional a partir de las reglas de interpretación de las leyes. Aunque son tareas conceptualmente distinguibles, no hay duda de que el control judicial de constitucionalidad va de la mano de la interpretación constitucional. De hecho, la visión que se tenga de una puede condicionar a la otra. Y el aporte de Marshall en materia de interpretación constitucional es innegable.

⁹⁷⁶ HOBSON, Charles F., *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996, p. 199.

⁹⁷⁷ MCDOWELL, Gary L., “The Language of Law and the Foundations of American Constitutionalism”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 55, No. 3, p. 398, n. 94 (1998). La postura de Marshall es similar a la sostenida modernamente por HIRSCH, Jr., Eric Donald, *Validity in Interpretation*, Yale University Press, New Haven, 1967, pp. 1/23.

⁹⁷⁸ “The present Constitution ought to be construed in its words, and not in the opinion any member might have expressed upon it. They entertained different opinions: those opinions were not to regulate the construction of the Constitution, but its own words alone were to regulate the construction of it. And so far as he had any right to protest, he did protest against his individual construction, in any mode, being engrafted into the Constitution. Let the Constitution speak its own language, and be construed by those whose office it was to construe it” (*Proceedings and Debates of the Virginia State Convention. 1829-1830. To which are subjoined, The New Constitution of Virginia and the Votes of the People*, Ritchie & Cook, Richmond, 1830, p. 872)

⁹⁷⁹ “[I]t may not be improper to premise that, although the spirit of an instrument, especially of a constitution, is to be respected not less than its letter, yet the spirit is to be collected chiefly from its words. It would be dangerous in the extreme to infer from extrinsic circumstances, that a case for which the words of an instrument expressly provide, shall be exempted from its operation. Where words conflict with each other, where the different clauses of an instrument bear upon each other, and would be inconsistent unless the natural and common import of words be varied, construction becomes necessary, and a departure from the obvious meaning of words is justifiable. But if, in any case, the plain meaning of a provision, not contradicted by any other provision in the same instrument, is to be disregarded, because we believe the framers of that instrument could not intend what they say, it must be one in which the absurdity and injustice of applying the provision to the case, would be so monstrous, that all mankind would, without hesitation, unite in rejecting the application” (*Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. (4 Wheat.) 122, pp. 202/203 [1819]).

⁹⁸⁰ “In performing the delicate and important duty of construing clauses in the constitution of our country, which involve conflicting powers of the government of the Union., and of the respective States, it is proper to take a view of the literal meaning of the words to be expounded, of their connexion with other words, and of the general objects to be accomplished by the prohibitory clause, or by the grant of power” (*Brown v. State of Maryland*, 25 U.S. (12 Wheat.) 419, p. 437 [1827]).

Esta tesis tampoco debe leerse como un intento de desmerecer la importancia jurídica de la decisión en *Marbury v. Madison*, sino de ubicarla en una adecuada perspectiva histórica⁹⁸¹. Es también un intento de advertir lo importante que es recordar que la *judicial review* era considerada como un deber inherente a la función judicial que las constituciones estatales, primero, y la Constitución de los Estados Unidos, después, otorgaron a todos los jueces y así había sido concebida mucho antes de 1803⁹⁸². Para que quede claro: *Marbury* es una sentencia importante desde la perspectiva jurídica. Es una decisión que forma parte de una larga serie de precedentes judiciales que fueron afirmando la *judicial review* como parte de la autoridad que conlleva el otorgamiento a un juez del ejercicio de la función judicial en el sistema constitucional estadounidense. Es uno de los eslabones de una larga cadena de precedentes y opiniones que confirmaron las consecuencias inevitables de haber reconocido luego de la Revolución Norteamericana a la constitución como norma jurídica fundamental, al poder legislativo como un órgano esencialmente limitado y de haber concebido un poder judicial independiente, con un rol y una autoridad determinados la hora de resolver casos concretos. Esa caracterización de *Marbury* no desmerece en nada su importancia en materia política. Como ya expliqué, la sentencia de Marshall y la absolución del *Justice Chase* terminaron siendo fundamentales para consolidar la independencia del poder judicial en uno de los momentos más complicados de su historia institucional. Nada de lo que planteo en el libro desmerece esa importancia.

⁹⁸¹ En Estados Unidos hay quienes han llegado al extremo de no enseñar más el caso en sus cursos de derecho constitucional (ver LEVINSON, Sanford, “Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either”, en *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, p. 553 (2003). Al respecto, sugiero ver las interesantes reflexiones de Garay en el trabajo citado en la nota 923, en especial cuando destaca la gran maestría con la que la sentencia está redactada, aspecto en el que coincido con el autor).

⁹⁸² Hace más de 130 años, un observador tan lúcido como Bryce advierte exactamente lo mismo: “The so-called ‘power of annulling an unconstitutional statute’ is a duty rather than a power” (BRYCE, James, *The American Commonwealth*, Tomo I, Liberty Fund, Indianápolis, 1995, p. 224. La primera edición de la obra data de 1888). Además de todos los trabajos citados previamente que demuestran este punto, sugiero ver también el artículo de Barnett citado en la nota 922. Allí, después de un minucioso análisis acerca de la expresión “judicial power” en el Artículo III de la Constitución de 1787, Barnett concluye: “We are now in a position to understand why the Constitution did not contain a passage reading something like: ‘The Supreme Court, and such inferior courts as may be established by Congress, shall have power to nullify a Law enacted by Congress and signed by the President if the Law is unconstitutional.’ The evidence from the Constitutional Convention and from the state ratification conventions is overwhelming that the original public meaning of the term ‘judicial power’ included the power to nullify unconstitutional laws” (BARNETT, Randy E., “The original meaning of the judicial power”, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 12, p. 138 [2004]).

En realidad, el libro es un intento de llamar la atención acerca de que el control judicial de constitucionalidad no fue una creación pretoriana como pretende el mito de *Marbury*. Lo sustancial no es aclarar que *Marbury* no fue el primer caso de control judicial de constitucionalidad o que Marshall no inventó la *judicial review*. Esas aclaraciones son imprescindibles para despejar el mito que critico, pero no es la lección más importante que podemos extraer de esa revisión histórica. Lo más trascendente es que el control judicial no nació como creación de un tribunal, auto asignándose o usurpando una facultad que no tenía (mucho menos como maniobra genial para salir de en medio y eludir un seguro conflicto político). Si esto fuera realmente así, los jueces habrían obtenido su principal atribución violando la Constitución, obligando a los otros poderes a que acepten el ejercicio de una función que no estaba prevista en esa Constitución. Algo así como un mini golpe de estado. Pero hay más: si fuera real el mito de *Marbury*, todo el edificio del control judicial de constitucionalidad construido a partir de esa sentencia tendría cimientos de barro. Sería un castillo de naipes que se vendría abajo con solo lograr una mayoría en la Suprema Corte estadounidense que decidiera dejar sin efecto y anular una sentencia dictada en 1803.

Vale la pena hacer el ejercicio de plantearse qué ocurriría en el hipotético caso que la Suprema Corte estadounidense decidiera hacer un *overruling* del fallo *Marbury v. Madison*. ¿Cuál sería ese efecto? ¿A partir de esa nueva sentencia los jueces se verían impedidos de controlar, a pedido de parte, la constitucionalidad de una ley, o de cualquier acto de gobierno, que viole la Constitución? ¿Las personas que viven bajo esa Constitución se verían impedidas de invocarla en juicio para proteger los derechos que esa misma Constitución les reconoce? ¿La Constitución perdería su estatus de norma jurídica de máxima jerarquía en el sistema producto de esa decisión? ¿Pueden los jueces renunciar a aplicar la Constitución como norma de máxima jerarquía en el sistema?

Alguien podría elegir eludir este planteo, descartándolo como absurdo. Sin embargo, en otro contexto, un juez argentino como Ricardo Lorenzetti, luego de hacer una larga consideración acerca de si la Corte Suprema de la República Argentina tiene o no facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, afirmó lo siguiente:

“Esta cuestión ya ha sido respondida por este Tribunal en varios precedentes en el sentido de que el Poder Judicial es independiente justamente para poner límites a las decisiones de las mayorías que violen la Constitución Nacional. [...] Las partes deberían conocer esta jurisprudencia y no intentar lograr un cambio que no va a suceder”⁹⁸³.

Si aceptamos esta lógica, resultaría que el control de constitucionalidad en la Argentina depende del mantenimiento de cierta jurisprudencia. Aunque no lo diga claramente, el juez Lorenzetti parece ser víctima del mito de *Marbury*. Pero, como ya expliqué, esta idea de la creación pretoriana de la *judicial review* a instancias de John Marshall es tan extendida como errónea. Mucho más en nuestro país: se olvida, insisto, que cuando los convencionales constituyentes de 1853 y 1860 tomaron al sistema constitucional estadounidense como modelo, el modelo ya venía con el control judicial de constitucionalidad incorporado. En consecuencia, en países como la Argentina es incorrecto pensar ese control judicial como una creación pretoriana: el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes del Congreso y las decisiones del Poder Ejecutivo en el marco de casos concretos estaba ya incluido dentro de la función judicial que se otorgó a todos los jueces federales desde 1853.

Otro punto que creo que es importante remarcar es que, despejado el mito de *Marbury*, la eventual validez del fundamento del control judicial de constitucionalidad de estilo norteamericano no depende de “la lógica de Marshall” en ese caso. De hecho, para poder cuestionar de raíz la *judicial review* no alcanza con marcar las eventuales debilidades e inconsistencias de la opinión del gran *Chief Justice*. Hay que hacer un esfuerzo mucho mayor y criticar todas las ideas tradicionales y revolucionarias que hicieron posible la implantación del control judicial en los Estados Unidos, así como la experiencia colonial de legislaturas subordinadas, sujetas al control del *Privy Council*, y la actuación de los tribunales locales después de 1776. Esa tarea ya no luce tan sencilla. Más bien parece ciclópea.

Por supuesto, no desconozco que existen críticas muy profundas al control judicial de constitucionalidad desde distintas perspectivas, especialmente filosóficas. Y

⁹⁸³ CSJN, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Estado Nacional - Ley 26.080 - Dec. 816/1999 y otros s/ Proceso de conocimiento”, *Fallos* 344:3636, p. 3669 (2021).

esas críticas podrían plantearse aun si la Constitución de los Estados Unidos hubiera incluido un artículo que autorizara expresamente a que los jueces federales pueden dejar de lado una ley a la hora de resolver un caso concreto, siempre y cuando esté en conflicto con la Constitución. Esta tesis no pretende ser una respuesta a ninguna de esos planteos. Pero no puede desconocerse que muchas de esas impugnaciones a la *judicial review* tienen como punto de partida la crítica a la “lógica de Marshall”⁹⁸⁴, y una sospecha en cuanto a su peculiar origen. De hecho, tal como advierte Black, el mito de la usurpación judicial y las eventuales debilidades de la llamada “lógica de Marshall” influyen profundamente en algunas actitudes y críticas acerca del control judicial de constitucionalidad⁹⁸⁵. Sin embargo, a la luz de lo que expuse en esta tesis, ese punto de partida para criticar la llamada *judicial review* es manifiestamente insuficiente. No alcanza con criticar las eventuales debilidades en el razonamiento de un fallo para poder cuestionar de raíz a una institución tan importante del sistema constitucional norteamericano que surgió, en realidad, a partir de una práctica centenaria que se vio impactada después con las novedades que trajo la Revolución: como explica Bilder, el control judicial de constitucionalidad es tanto una idea como una práctica⁹⁸⁶. Esas críticas, además, no son aplicables automáticamente en un país como la Argentina que importó el modelo de poder judicial del sistema constitucional estadounidense ya con el control incorporado. Esto, que es indiscutible, suele ser olvidado.

Esta tesis tampoco pretende criticar a quienes, basados en fuentes bibliográficas norteamericanas tradicionales, repiten una historia que no se cuestionó durante mucho tiempo en su país de origen. Por el contrario, creo que para el conocimiento cabal del derecho constitucional es indispensable el seguimiento de los debates académicos que existen en el mundo anglosajón, especialmente en los Estados Unidos. No es por un “afán norteamericanista”, como me acusaron alguna vez junto a Ricardo Ramírez Calvo, sino por la enorme riqueza que tiene esa discusión, cosa que comprueba periódicamente todo aquel que se anima a bucear en ese verdadero (y complejo) océano académico. Dicho eso, creo que en esta materia es necesario consultar exhaustivamente

⁹⁸⁴ Ver, por ejemplo, NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 674/706.

⁹⁸⁵ BLACK, Jr., Charles L., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, The Macmillan Company, New York, 1960, p. 27.

⁹⁸⁶ BILDER, “Idea or Practice...”, p. 18 (“Judicial review, is both—an idea and a practice”).

los muchos e interesantes trabajos que se publicaron especialmente desde 2003 hasta la fecha.

Creo también que la revisión del mito de *Marbury* es útil para recordar y, eventualmente discutir, cuál es el rol que corresponde a los jueces en un sistema constitucional de tipo estadounidense. En la República Argentina, pese a que la Constitución Nacional adoptó claramente el modelo norteamericano en este punto, hay quienes, por ejemplo, conciben al “juez constitucional” como “un identificador de los consensos básicos de la sociedad”⁹⁸⁷, y a la Corte Suprema como un poder al que se considera fuerte cuando “anida en el corazón del pueblo”⁹⁸⁸. Más allá de los muchos reparos que podrían hacerse a esa peculiar postura⁹⁸⁹, queda claro que refleja un modelo de poder judicial más bien propio del paradigma neoconstitucionalista de corte europeo o latinoamericano, ajeno al de un sistema constitucional estadounidense. Este sistema reconoció a los jueces un rol especial, claramente peculiar para los estándares de la época. Y ese rol no es otro que el que describió John Roberts, actual *Chief Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, durante las audiencias previas a su designación:

“Los jueces y los *Justices* [de la Suprema Corte] son servidores de la ley, y no al revés. Los jueces son como los árbitros deportivos. Los árbitros no hacen las reglas, las aplican. El rol del árbitro y del juez es crítico. Ellos aseguran que todos jueguen bajo las reglas, pero es un rol limitado”⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo L., “La decisión judicial en casos constitucionales”, *La Ley*, t. 2010-F, p. 704 (2010).

⁹⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo, *El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*, 2da. ed., Sudamericana, Buenos Aires, 2015, p. 47.

⁹⁸⁹ Entre los muchos interrogantes que se me ocurren que podrían plantearse, formulo los más elementales: ¿Qué son los consensos básicos de la sociedad? ¿De qué forma se los puede “identificar”? ¿Qué habilidades especiales tiene el “juez constitucional” que le permite identificar realmente esos consensos? ¿Qué fuerza normativa tienen esos consensos básicos identificados por el juez constitucional si no fueron receptados en la Constitución? ¿Qué pasa en caso de colisión entre esos consensos básicos y la Constitución? ¿Por qué sería el juez constitucional y no el poder constituyente el que dirimiera esos conflictos? ¿Qué rol cumplirían esos consensos básicos a la hora de resolver un caso concreto?

⁹⁹⁰ “Judges and Justices are servants of the law, not the other way around. Judges are like umpires. Umpires don’t make the rules, they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role” (“Hearings on the Nominations of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the Supreme Court of the United States, September 12–15, 2005, Senate Committee. on the Judiciary”, *109th Congress*, p. 55 (2005) (<https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS-2-3-1.pdf>, última visita, 01/03/2023).

La explicación del actual *Chief Justice*, acerca del rol de los jueces en el sistema constitucional de tipo estadounidense requiere, sin embargo, una importante aclaración. Dadas las perplejidades que causa el control judicial de constitucionalidad se suele argumentar, como contrapartida, que los jueces tienen que ejercer una fuerte “auto restricción” (la llamada *judicial self-restraint*) a la hora de ejercer la función judicial⁹⁹¹. Esa visión suele ser contrastada con la de aquellos que proponen un activismo vigoroso por parte de los jueces como ocurre, por ejemplo, bajo el paradigma neoconstitucionalista. Esa dicotomía puede inducir a confusión. Por un lado, la diferencia entre una y otra postura podría ser considerada solamente de grados ya que esa “auto restricción” podría ser aceptada como la expresión de la prudencia en el ejercicio de la función judicial aún bajo una postura que se considere como “activista”. Pero, por el otro lado, Black tiene razón en que esa diferencia de grados se puede volver crucial cuando se exageran las posturas: la *judicial restraint* llevada al extremo “se vuelve catatonia judicial, distinguible de la muerte solamente por el especialista”⁹⁹². Algo similar podría decirse frente a un activismo exagerado: aun sin pretenderlo, tiene un efecto equivalente pero ya no sobre el juez, sino sobre la propia constitución.

Finalmente, la revisión que propongo en esta tesis nos obliga a recordar que el verdadero fundamento del control judicial de constitucionalidad en países como la República Argentina, que adoptaron los principios fundamentales del sistema constitucional estadounidense, es inseparable del carácter de norma jurídica fundamental, de máxima jerarquía, que tiene la Constitución. Esto obliga a poner el foco en la ardua y compleja tarea que implica la interpretación constitucional. Pero no alcanza solamente con eso: también es indispensable tener especialmente en cuenta el haber adoptado un modelo de poder judicial independiente, con jueces que, a la hora de ejercer la función judicial con la autoridad que conlleva el cargo de juez, tienen que “desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución”⁹⁹³. Ese modelo de juez, para bien o para mal y con todas sus peculiaridades, todavía sigue siendo único en el mundo y la revisión del mito de *Marbury* nos obliga también a recordarlo.

⁹⁹¹ De aquí se deriva la idea de que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio* del orden jurídico que la Corte Suprema de la Argentina suele exponer en varios fallos (ver, entre otros, “P. D. Raspe Söhne v. Nación Argentina”, Fallos: 249:51, p. 59 [1961]).

⁹⁹² BLACK, *The People...*, p. 2.

⁹⁹³ Art. 112 de la Constitución Nacional.

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, 1782⁹⁹⁴

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]

⁹⁹⁴ 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.

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.

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, ant 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 lyable 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 Priviledges 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 Judiciary 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 is 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 1782⁹⁹⁵

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.:⁹⁹⁶

El primer punto que surge en relación con la importante cuestión constitucional remitida por los jueces de la Corte General a la Cámara de Apelaciones es ¿si la Cámara de Apelaciones puede entender en el caso?⁹⁹⁷

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

⁹⁹⁵ Traducción del inglés al español de Mariano Vitetta, revisada por el autor.

⁹⁹⁶ Tucker escribió este alegato en tres hojas plegadas compuestas por doce páginas numeradas.

⁹⁹⁷ 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, como expliqué, declaró inconstitucional una ley estatal de reorganización de los tribunales locales.

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 legislatura⁹⁹⁸ 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*⁹⁹⁹.

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 *corresponde al Poder Judicial de manera exclusiva*.¹⁰⁰⁰ 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 las leyes, aunque el Poder Legislativo pueda explicar en una ley posterior algún

⁹⁹⁸ N. de T.: se refiere al poder legislativo local del estado de Virginia.

⁹⁹⁹ Énfasis en el original.

¹⁰⁰⁰ Énfasis en el original.

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*.¹⁰⁰¹

Si el Poder Legislativo tiene derecho a determinar o explicar las leyes judicialmente, es decir, a decidir *casos en particular*,¹⁰⁰² 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.¹⁰⁰³

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 corresponden a los otros poderes*.¹⁰⁰⁴

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.

¹⁰⁰¹ Énfasis en el original.

¹⁰⁰² Énfasis en el original.

¹⁰⁰³ 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]”.

¹⁰⁰⁴ Énfasis en el original.

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*.¹⁰⁰⁵ 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.

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

¹⁰⁰⁵ Énfasis en el original.

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)¹⁰⁰⁶ al ser una institución inferior o subordinada no puede tener facultades para anular o dejar sin efecto parte alguna de la Constitución así establecida.¹⁰⁰⁷

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.

¹⁰⁰⁶ Es evidente que Tucker se refiere a un abogado que ejercía ante la Corte General.

¹⁰⁰⁷ En el margen izquierdo, Tucker escribió: “La Constitución es la barrera que no puede transgredir el Poder Judicial”.

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.¹⁰⁰⁸

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 Cámara 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.

¹⁰⁰⁸ Énfasis en el original.

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.¹⁰⁰⁹

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]¹⁰¹⁰

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*¹⁰¹¹ son las únicas palabras que describen las materias que pueden ser objeto de decisión de la Cámara.¹⁰¹²

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.¹⁰¹³

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.¹⁰¹⁴

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

¹⁰⁰⁹ Tucker insertó: “La Cámara de Delegados no puede renunciar a un privilegio constitucional”.

¹⁰¹⁰ 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”.

¹⁰¹¹ En el original en inglés “*suits, Controversies & Causes*”.

¹⁰¹² *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619*, HENING, William Waller (Editor), Tomo IX, J. & G. Cochran, Richmond, 1821, pp. 522-525.

¹⁰¹³ Énfasis en el original.

¹⁰¹⁴ Énfasis en el original.

de igual modo que puede derivarse que la Cámara de Apelaciones no puede tener derecho a decidir en *casos penales* conforme a esta ley.¹⁰¹⁵

Sin embargo, la ley mediante la que se constituye la Cámara de Apelaciones adopta otra postura.¹⁰¹⁶

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”.¹⁰¹⁷

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”.¹⁰¹⁸

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

¹⁰¹⁵ Énfasis en el original.

¹⁰¹⁶ En el margen, Tucker escribió “Const.”. La ley de constitución de la Cámara de Apelaciones de 1779 puede consultarse en *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619*, HENING, William Waller (Editor), Tomo X, J. & G. Cochran, Richmond, 1822, pp. 89-92).

¹⁰¹⁷ En el margen izquierdo, Tucker escribió: “a saber, demandas”.

¹⁰¹⁸ Énfasis en el original.

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.¹⁰¹⁹

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.¹⁰²⁰

Así, la ley posterior claramente asigna competencia en todos los *casos* que les lleguen por remisión de otro tribunal.¹⁰²¹

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.¹⁰²²

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 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.¹⁰²³

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.

¹⁰¹⁹ Énfasis en el original. En el margen izquierdo, Tucker escribió: “Casos”.

¹⁰²⁰ Énfasis en el original. En el margen izquierdo, Tucker escribió: “Cuestiones”.

¹⁰²¹ Énfasis en el original.

¹⁰²² Énfasis en el original.

¹⁰²³ Énfasis en el original.

Bibliografía

FUENTES INÉDITAS

Archivo General de la Nación, Sala VII, Legajo N° 707, Documento N° 14.059.

Carta de Edmund Randolph a James Madison, 18/07/1782, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, Washington, DC, General Correspondence, 1723-1859 (https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0642_0643/?sp=1, última visita, 01/03/2023).

Carta de Edmund Randolph a James Madison, 26/10/1782, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, Washington, DC, General Correspondence, 1723-1859, en https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0774_0776/?sp=2 (última visita, 01/03/2023).

Carta de Edmund Randolph a George Washington, 5/04/1792, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, Washington, DC, George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, 1697-1799 (https://www.loc.gov/resource/mgw4.101_1002_1003/?st=gallery, última visita, 01/03/2023).

Carta de Edmund Randolph a George Washington, 5/08/1792, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, Washington, DC, George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, 1697-1799 (https://www.loc.gov/resource/mgw4.102_0336_0341/?sp=2, última visita, 01/03/2023).

Carta de Thomas Jefferson a John Dickinson, 19 de diciembre de 1801, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, Washington, DC, General Correspondence. 1651-1827 (<https://www.loc.gov/item/mtjbib010844/>, última visita, 01/03/2023).

Carta de James Madison a Joseph Wood, 27/02/1836 (<https://founders.archives.gov/documents/Madison/99-02-02-3238>, última visita, 01/03/2023).

National Gazette, Vol. I, No. 49, 16/04/1792, p. 195, *Chronicling America: Historic American Newspapers*, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, Washington, DC, (<https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83025887/1792-04-16/ed-1/seq-3/>, última visita, 01/03/2023).

“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 ÉDITAS

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, WILSON, Peter (Compilador), Isaac Collins, Trenton, 1784.

Annals of the Congress of the United States. First Congress, Gales and Seaton, Washington, 1834.

Annals of the Congress of the United States. Third Congress, Gales and Seaton, Washington, 1849.

Annals of the Congress of the United States. Fifth Congress, Gales and Seaton, Washington, 1851.

Annals of the Congress of the United States. Seventh Congress, Gales and Seaton, Washington, 1851.

Arguments and Judgment of the Major's Court of the City of New York, in a cause between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington, Samuel Loudon, Nueva York, 1784.

Cámara de Senadores, Actas de las sesiones del Paraná correspondientes al año de 1857, Buenos Aires, Imprenta de la Nación, 1884.

Congreso Nacional. Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858, Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1891.

Constitución de los Estados Unidos y sus 27 Enmiendas.

Constitución de la República Argentina.

Documentos Relativos a la Organización Constitucional de la República Argentina, Tomo II, Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1911.

“Hearings on the Nominations of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the Supreme Court of the United States, September 12–15, 2005, Senate Committee. on the Judiciary”, *109th Congress*, p. 55 (2005), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS-2-3-1.pdf> (última visita, 01/03/2023).

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, BATCHELLOR, Albert Stillman (Editor), Tomo XX, John B. Clarke Public Printers, Manchester, 1891.

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, BATCHELLOR, Albert Stillman (Editor), Tomo XXI, Ira C. Evans Public Printers, Concord, 1892.

HALL, Wilmer L. (editor), *Journals of the Council of the State of Virginia*, 2da. ed., Tomo III, Virginia State Library, Richmond, 1969.

Journal of the House of Delegates of the Commonwealth of Virginia; Begun and Held in the City of Richmond, in the County of Henrico, Thomas W. White, Richmond, 1828.

Letters and other writings of James Madison, Vol. I (1769-1793), J. B. Lippincott & Co., Filadelfia, 1865.

Proceedings and Debates of the Virginia State Convention. 1829-1830. To which are subjoined, The New Constitution of Virginia and the Votes of the People, Ritchie & Cook, Richmond, 1830.

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, J. Gales & Son, Raleigh, 1835.

The Papers of Thomas Jefferson. Retirement Series, Tomo 15 (septiembre 1819 a mayo 1820), Princeton University Press, Nueva Jersey, 2018.

The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619, HENING, William Waller (Editor), Tomo IX, J. & G. Cochran, Richmond, 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, HENING, William Waller (Editor), Tomo X, J. & G. Cochran, Richmond, 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, HENING, William Waller (Editor), Tomo XI, George Cochran, Richmond, 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, HENING, William Waller (Editor), Tomo XII, George Cochran, Richmond, 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, HENING, William Waller (Editor), Tomo XIII, William Brown, Filadelfia, 1823.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ADAMS, John, *Novanglus, and Massachusettensis; or Political Essays, published in the years 1774 and 1775, on the principal points of controversy, between Great Britain and her colonies*, Hews & Goss, Boston, 1819.

- “Notes of the Argument of Counsel in the Cause of Writs of Assistance, and of the Speech of James Otis. 1761”, en ADAMS, Charles Francis, *The Work of John Adams, Second President of the United States: with A Life of the Author, Notes and Illustrations*, Tomo II, Little & Brown, Boston, 1865, pp. 521/525.

AHUMADA RUIZ, Mariana Ángeles, “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”, en *Fundamentos*, No. 4, pp. 109/150 (2006).

AJA ESPIL, Jorge A., “Origen y desarrollo del control jurisdiccional en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1958-II, p. 1 (1958).

ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina, segun su Constitucion de 1853*, Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso, 1854.

- “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, en *Organización de la Confederación Argentina*, Casa Editora Pedro García y Cía., Madrid, 1913, Tomo I.

ALEXANDER, Larry y SCHAUER, Frederick, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, *Constitutional Commentary*, Vol. 17, pp. 455/482 (2000).

ALEXANDER, Larry Alexander y SOLUM, Lawrence B. Solum, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, Vol. 118, p. 1594/1640 (2005).

ALTHOUSE, Ann, “The Historical Ordinarieness of Judicial Review”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, pp. 1123/1128 (2010).

AMAR, Akhil Reed, *The Words the Made Us. America’s Constitutional Conversation, 1760-1840*, Basic Books, Nueva York, 2021.

- AMAYA, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 5ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 2017.
- ANDERSON, Frank Maloy, “Contemporary Opinion of the Virginia and Kentucky Resolutions”, *The American Historical Review*, Vol. 5, No. 2, pp. 225/252 (1899).
- ARBALLO, Gustavo, “El Bicentenario del Control de Constitucionalidad. - John Marshall y la trastienda de ‘Marbury vs. Madison’”, *E.D.*, t. 201-844 (2003).
- ARISTÓTELES, “Política”, en *The Politics of Aristotle*, Tomo I, Oxford at the Clarendon Press, Londres, 1885.
- ATWOOD, Edward W., “Chase’s Trial”, *Portland University Law Review*, Vol. 2, No. 1, pp. 11/23 (1951).
- AXEL-LUTE, Paul, “Holmes v. Walton: Case File Transcriptions and Other Materials”, New Jersey Digital Legal Library, Rutgers (<https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/>, última visita, 01/03/2023).
- BAYLIN, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Enlarged edition, Harvard University Press, Cambridge, 1992.
- BAIR, Robert R. y COBLENTZ, Robin D., “The Trials of Mr. Samuel Chase”, *Maryland Law Review*, Vol. 27, No. 4, pp. 365/386 (1967).
- BALL, Terence (Editor), *Hamilton, Madison, and Jay, The Federalist with Letters of “Brutus”*, Cambridge University Press, Nueva York, 2003.
- BARNETT, Randy E., “The original meaning of the judicial power”, en *Supreme Court Economic Review*, Vol. 12, pp. 115/138 (2004).
- *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2005,
- “Constitutional Clichés”, *Capital University Law Review*, Vol. 36, pp. 493/510 (2007).
- *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*, Broadside Books, Nueva York, 2016.
- BARNETT, Randy E. y BERNICK, Evan, “The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 107, pp. 1/55 (2018).
- BARRAQUERO, Julián, *Espíritu y Práctica de la Constitución Argentina*, 2da. edición, Tip. Lit. y Enc. Colegio PIO IX de Artes y Oficios, Buenos Aires, 1889.
- BAUDE, William, “The Court, or the Constitution?”, en HURD, Heidi M. (editora), *Moral Puzzles and Legal Perplexities: Essays on the Influence of Larry Alexander*, Cambridge University Press, Nueva York, 2019, p. 260.

- BEARD, Charles A., “The Supreme Court - Usurper or Grantee?”, *Political Science Quarterly*, Vol. XXVII, No. 1, pp. 1/35 (1912).
- *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Macmillan, Nueva York, 1913.
- BELZ, Herman, “History, Theory and the Constitution”, *Constitutional Commentary*, Vol. 11, pp. 45/64 (1994).
- BERGER, Raoul, *Congress v. the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1969.
- *Impeachment: The constitutional problems*, 2da. ed., Harvard University Press, Cambridge, 1999
- BERMAN, Harold J., “The Impact of the Enlightenment on American Constitutional Law”, *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 4, No. 2, pp. 311/334 (1992).
- BEVERIDGE, Albert Jeremiah, *The Life of John Marshall*, Tomo I (Frontiersman, Soldier, Lawmaker 1755-1788), Houghton Mifflin Co., Boston, 1916.
- *The Life of John Marshall*, Tomo III (Conflict and Construction. 1800-1815), Houghton Mifflin Company, New York, 1919.
- BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992.
- *Capitalismo y Derecho Constitucional (La experiencia en los Estados Unidos entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial)*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da. ed., Yale University Press, New Haven, 1962.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manuel de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- BIDEGAIN, Carlos María, *El Congreso de los Estados Unidos de América. Derecho y prácticas legislativas*, Depalma, Buenos Aires, 1950.
- *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- BILDER, Mary Sarah, “The Corporate Origins of Judicial Review”, *Yale Law Journal*, Vol. 116, pp. 503/566 (2006).
- “Idea or Practice: A Brief Historiography of Judicial Review”, *Journal of Policy History*, Vol. 20, No. 1, pp. 6/25 (2008).
 - “Expounding the Law: Law and Judicial Duty”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, pp. 1129/1144 (2010).
- BLACK, Jr., Charles L., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, The Macmillan Company, New York, 1960.

- BLACKMAR, Charles B., “On the Removal of Judges: The Impeachment Trial of Samuel Chase”, *Journal of the American Judicature Society*, Vol. 48, No. 9, pp. 183/187 (1965).
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El Valor de la Constitución. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- BOUDIN, Louis B., “Government by Judiciary”, en *Political Science Quarterly*, Vol. 26, No. 2, pp. 238/270 (1911).
- “Precedents for the Judicial Power: Holmes v. Walton and Brattle v. Hinckley”, *St. John’s Law Review*, Vol. 3, pp. 173/215 (1929).
- BRADFORD, Melvin E., “The Best Constitution in Existence: The Influence of the British Example on the Framers of Our Fundamental Law”, *Brigham Young University Studies*, Vol. 27, No. 3, pp. 51/66 (1987).
- BRANDEIS, Louis D., “The Living Law”, *Illinois Law Review*, Vol. 10, No. 7, pp. 461/471 (1916).
- BRANT, Irving, *Impeachment. Trials and errors*, Alfred A. Knopf, New York, 1972.
- BROOKS, Robin, “Alexander Hamilton, Melancton Smith, and the Ratification of the Constitution in New York”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 24, No. 3 pp. 339/358 (1967).
- BROWN, Robert E., *Charles Beard and the Constitution. A critical Analysis of “An Economic Interpretation of the Constitution”*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 1956.
- BROWNING, James R. y GLENN, Bess, “Supreme Court Collection at the National Archives”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 4, No. 3, pp. 241/256 (1960).
- BRYCE, James, *The American Commonwealth*, Tomo I, Liberty Fund, Indianápolis, 1995.
- BURNS, Edward M., “Madison’s Theory of Judicial Review”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 24, No. 4, pp. 412/423 (1936).
- BURR, Charles H., “Unconstitutional Laws and the Federal Judicial Power”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, No. 9, pp. 624/642 (1912).
- BURRIS, Johnny C., “Some Preliminary Thoughts in a Contextual Historical Theory for the Legitimacy of Judicial Review”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 12, pp. 585/656 (1987).

- BUSHNELL, Eleanore, *Crimes, Follies and Misfortunes. The Federal Impeachment Trials*, University of Illinois Press, Chicago, 1992.
- CARPENTER, William S., “Repeal of the Judiciary Act of 1801”, *The American Political Science Review*, Vol. 9, No. 3, pp. 519/528 (1915).
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- CARRINGTON, R.W., “The Impeachment Trial of Samuel Chase”, *Virginia Law Review*, Vol. 9, No. 7, pp. 485/500 (1923).
- CARRIÓ, Genaro, “Don Quijote en el Palacio de Justicia”, *La Ley*, t. 1989-E, p. 1132.
- CARSON, Hampton L., “Judicial Power and Unconstitutional Legislation”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, pp. 796/810 (1895).
- “The Historic Relation of Judicial Power to Unconstitutional Legislation”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, No. 10, pp. 687/699 (1912).
- CASTO, William R., “James Iredell and the American Origins of Judicial Review”, en *Connecticut Law Review*, Vol. 27, No. 2, pp. 329/363 (1995).
- “Oliver Ellsworth”, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 1996, No. 2, pp. 73/91 (1996).
- “There Were Great Men Before Agamemnon”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, pp. 371/405 (2009).
- CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª. ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- CHERNOW, Ron, *Alexander Hamilton*, The Penguin Press, Nueva York, 2004.
- CLINTON, Robert, “The Strange History of *Marbury v. Madison* in the Supreme Court of the United States”, *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 8, pp. 13/45 (1989).
- COKE, Edward, *The Second Part of the Institutes of the Lawes of England. Containing the Exposition of many ancient, and other statutes; whereof you may see the particulars in a Table following*, Flesher & Young, Londres, 1642.
- CONNOR, Henry Groves, “James Iredell: Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, No. 4, pp. 225/253 (1912).
- CORWIN, Edward S., “The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress”, *Michigan Law Review*, Vol. 4, pp. 616/630 (1906).
- “The Supreme Court and the Fourteenth Amendment”, *Michigan Law Review*, Vol. 7, pp. 643/672 (1909).

- “The Establishment of Judicial Review – Part I”, *Michigan Law Review*, Vol. 9, pp. 102/125 (1911).
 - “The Establishment of Judicial Review – Part II”, *Michigan Law Review*, Vol. 9, pp. 283/316 (1911).
 - “*Marbury v. Madison* and the Doctrine of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 12, pp. 538/572 (1913).
 - “The Posthumous Career of James Madison as Lawyer”, *American Bar Association Journal*, Vol. 25, pp. 821/824 (1939).
- COVER, Robert M., “Violence and the Word”, *The Yale Law Journal*, Vol. 95, pp. 1601/1629 (1986).
- CURRIE, David P., “The Constitution in the Supreme Court: 1789-1801”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 48, No. 4, pp. 819/885 (1981).
- CUSHMAN, Barry, *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- DAVIS, J. C. Brancfort, *Appendix to the Reports of the Decisions of the Supreme Court of the United States. From September 24, 1789, to the end of October Term, 1888*, Banks & Brothers, Nueva York, 1889.
- DEGNAN, Daniel A., S.J., “William Paterson. Small States’ Nationalist”, en Gerber, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998.
- DELLINGER, Walter, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process”, en *Harvard Law Review*, Vol. 97, pp. 386/432 (1983).
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America and Two Essays on America*, Penguin, Nueva York, 2003.
- DE VEDIA, Agustín, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907.
- DIONISOPOULOS, P. Allan y PETERSON, Paul, “Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 18, pp. 49/76 (1984).
- DODD, Walter F., “*Gilman v. McClary*: A New Hampshire Case of 1791”, *The American Historical Review*, Vol. 12, No. 2, pp. 348/350 (1907).
- DOUGLAS, Davison M., “The Rhetorical Uses of *Marbury v. Madison*: The Emergence of a ‘Great Case’”, *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, p. 375/413 (2003).

- DUGUIT, Leon y MONNIER, Henry, *Les Constitutions et Les Principales Lois Politiques de la France depuis 1789*, 5^a ed., Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932.
- EDWARDS, Percy L., “The Federal Judiciary and its Attitude Towards the People”, en *Michigan Law Journal*, Vol. 5, No. 6, pp. 183/194 (1896).
- EISENCH, Eldon J. (editor), *The Social and Political Thought of American Progressivism*, Hackett, Cambridge, 2006.
- ELLIOT, Charles B., “The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional”, *Political Science Quarterly*, Vol. 5, No. 2, pp. 224/258 (1890).
- ELLIOT, Jonathan (editor), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, Tomos I a IV, 2da. ed., Washington, 1836.
- ELLIS, Joseph J., *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*, Alfred A. Knopf, New York, 2000.
- ENGBAHL, David E., “John Marshall’s ‘Jeffersonian’ Concept of Judicial Review”, *Duke Law Journal*, Vol. 42, pp. 279/339 (1992).
- EPSTEIN, Richard A., “The Federalist Papers: From Practical Politics to High Principle”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 16, pp. 13/21 (1993).
- FARRAND, Max, “The Judiciary Act of 1801”, *The American Historical Review*, Vol. 5, No. 4, pp. 682/686 (1900)
- “The First Hayburn Case, 1792”, *The American Historical Review*, Vol. 13, No. 2, pp. 281/285 (1908).
- *The Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, New Haven, 1913.
- *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tomos I y II, Yale University Press, New Haven, 1937.
- FEDERAL FARMER, *An Additional Number of Letters by the Federal Farmer to the Republican; Leading to a Fair Examination of the System of Government, proposed by the late Convention; to Several Essential and Necessary Alterations in it, And calculated to Illustrate and Support the Principles and Positions laid down in the preceding Letters*, 1788.
- FEERICK, John D., “Impeaching Federal Judges: A study of the constitutional provisions”, *Fordham Law Review*, Vol. 39, pp. 1/58 (1971).

- FENWICK, Charles G., “The Authority of Vattel”, *The American Political Science Review*, Vol. 7, No. 3, pp. 395/410 (1913).
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Judicial review en la pre-Marshall Court”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 28, pp. 133/178 (2011).
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 4ta. ed., Trotta, Madrid, 2003.
- FISH, Peter Graham, *Federal Justice in the Mid-Atlantic South: United States Courts from Maryland to the Carolinas, 1789-1835*, Duke University, Administrative Office of the United States Courts, Washington, D.C., 2002.
- FORD, Paul Leicester (Editor), *Essays on the Constitution of the United States, Published During its Discussion by the People. 1787-1788*, Historical Printing Club, Nueva York, 1892.
- FOWLER, Robert Ludlow, “The Origin of the Supreme Court Power in the Federal Constitution”, *American Law Review*, Vol. 30, No. 5, pp. 711/725 (1895).
- FRANKEL, Robert P., “Before *Marbury*: *Hylton v. United States* and the Origins of Judicial Review”, en *Journal of Supreme Court History*, Vol. 28, pp. 1/13 (2003).
- FRIEDMAN, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus & Giroux, Nueva York, 2009.
- GARAY, Alberto F., “La enseñanza del caso ‘Marbury v. Madison’”, en *Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, Año 7, No. 13, pp. 121/136 (2009).
- “A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court’s Case Law”, *Southwestern Journal of International Law*, Vol. XXV, No. 2, pp. 258/320 (2019).
- GARCÍA, Manuel Rafael, *Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la organización constitucional argentina*, Imprenta de Andrés Bettini, Florencia, 1863.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA-MANSILLA, Manuel José, “Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXV - 2008, Parte II, pp. 303/343. (2009).
- “El impeachment al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso”, en SANTIAGO, Alfonso (h) (Director), *La responsabilidad de los jueces por el*

contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 185/214.

- “Las arbitrariedades del caso ‘F., A.L.’. Omisiones, debilidades y (ho)(e)rrores del ‘Roe v. Wade’ argentino”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXIX – 2012, Parte II, pp. 347/385 (2013).
- “¿Presunción de Constitucionalidad o Presunción de Libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL – 2013, Parte II, pp. 493/606 (2014).
- “El proyecto de ley de aborto y la Constitución Nacional”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 78, No. 1, pp. 16/43 (2018).
- “*Marbury v. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, Núm. 1, pp. 9/89 (2020).
- “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 3, Núm. 2, pp. 473/530 (2022).

GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “James Madison y la Constitución Nacional”, en *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción*, Instituto Urquiza de Estudios Históricos, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003, pp. 139/157.

- *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA VICTORICA, Benjamín, *Orígenes de la Organización Nacional. Razón de la existencia de la frase “En cumplimiento de pactos preexistentes” en el Preámbulo de la Constitución Nacional*, Coni, Buenos Aires, 1912.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

- “El Contenido Igualitario del Constitucionalismo”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I – Democracia, pp. 7/22.

GERBER, Scott Douglas, *To Secure These Rights. The Declaration of Independence and Constitutional Interpretation*, New York University Press, New York, 1995

- “Deconstructing William Cushing”, en GERBER, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998.

- “Unburied Treasure: Governor Thomas Burke and the Origins of Judicial Review”, *Historically Speaking*, Vol. 8, No. 6, pp. 29/30 (2007).

- *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.
- “The Supreme Court Before John Marshall”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 14, No. 1, pp. 27/55 (2018).
- GERHARDT, Michael J., “The Lessons of Impeachment History”, *The George Washington Law Review*, Vol. 67, pp. 603/625 (1999).
- GHISIO, Antonela y JUNCO, Silvina, “Derechos Humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, No. 8, pp. 69/102 (2019).
- GILLMAN, Howard, “The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the ‘Living Constitution’ in the Course of American State-Building”, en *Studies in American Political Development*, Vol. 11, pp. 191/247 (1997).
- GLICK, Joshua, “On the road: The Supreme Court and the history of Circuit riding”, *Cardozo Law Review*, Vol. 24, No. 4, pp. 1753/1844 (2003).
- GOLDMAN, Brian Taylor, “The Classical Avoidance Canon as a Principle of Good-Faith Construction”, *Journal of Legislation*, Vol. 43, No. 2, pp. 170/192 (2017).
- GOLDSTONE, Lawrence, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison and the Myth of Judicial Review*, Walker & Co., Nueva York, 2008.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *La función judicial en la Constitución Argentina*, J. Lajoaune & Cía. Editores, Buenos Aires, 1911.
- GOULD, Ashley M., “Luther Martin and the trials of Chase and Burr”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 1, No. 1, pp. 17/22 (1912).
- GRABER, Mark A., “Establishing Judicial Review: *Marbury* and the Judiciary Act of 1789”, *Tulsa Law Review*, Vol. 38, pp. 609/650 (2003).
- GRINNELL, Frank W., “The Anti-Slavery Decisions of 1781 and 1783 and the History of the Duty of the Court in Regard to Unconstitutional Legislation”, *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 2, No. 5, p. 437/462 (1917).
- “Some Forgotten History About the Duty of Courts in Dealing with Unconstitutional Legislation”, *American Law Review*, Vol. 54, No. 3, pp. 419/430 (1920).
- “The Influence of Thomas Allen and the ‘Berkshire Constitutionalists’ on the Constitutional History of the United States”, *American Bar Association Journal*, Vol. 22, No. 3, pp. 168/174 (1936).
- HAINES, Charles Grove, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, The Macmillan Company, Nueva York, 1914.

- HALL, Kermit L. (Editor), *The Oxford Guide to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
- HALL, Kermit L. y HALL, Mark D. (Editores), *Collected Works of James Wilson*, Tomo I, Liberty Fund, Indianapolis, 2007.
- HALL, Mark D., “James Wilson. Democratic Theorist and Supreme Court Justice”, en GERBER, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998.
- “Notes and Documents. James Wilson's Law Lectures”, *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, Vol. 128, No. 1, pp. 63/76 (2004).
- HAMBURGER, Philip A., “The Constitution’s Accommodation to Social Change”, en *Michigan Law Review*, Vol. 88, pp. 239/327 (1989).
- *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.
- “A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, pp. 1162/1177 (2010).
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*, Jacob Gideon, Washington, 1818.
- HAMMETT, Theodore M., “Revolutionary Ideology in Massachusetts: Thomas Allen's ‘Vindication’ of the Berkshire Constitutionals, 1778”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 33, No. 3, pp. 514/527 (1976)
- HARRINGTON, James, *The Oceana of James Harrington, and his other works*, Booksellers of London and Westminster, Londres, 1700.
- HAW, James A., “Samuel Chase’s ‘Objections to the Federal Government’”, *Maryland Historical Magazine*, Vol. 76, No. 3, p. 272/285 (1981).
- HENKIN, Louis, “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”, *Cardozo Law Review*, Tomo 14, pp. 533/547 (1992).
- HICKOX, III, Charles F. y LAVIANO, Andrew C., “James Iredell and the English Origins of American Judicial Review”, *Anglo-American Law Review*, Vol. 23, pp. 100/112 (1999).
- HIGGINBOTHAM, Don (Editor), *The Papers of James Iredell*, Tomo II (1778-1783), North Carolina Division of Archives and History, Raleigh, 1976.
- HINDS, Asher C., *Hinds’ Precedents of the House of Representatives of the United States*, Tomo III, Government Printing Office, Washington, D.C., 1907.
- HIRSCH, Jr., Eric Donald, *Validity in Interpretation*, Yale University Press, New Haven, 1967.

- HOBSON, Charles F., *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996.
- “Editing Marshall”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 33, pp. 823/874 (2000).
 - “St. George’s Tucker Law Papers”, *William and Mary Law Review*, Vol. 47, pp. 1245/1278 (2006).
- HOFFER, Peter Charles, *Rutgers v. Waddington: Alexander Hamilton, the End of the War for Independence, and the Origins of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2016.
- HOLT, Wythe, “John Blair. ‘A Safe and Conscientious Judge’”, en Gerber, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998.
- HORWITZ, Morton J., “The Constitution of Change: Legal Fundamentalism Without Fundamentalism”, en *Harvard Law Review*, Vol. 107, pp. 30/117 (1993).
- HUME, David, “Of Civil Liberty”, en GREEN, T.H. y GROSE, T.H., *Essays. Moral, Political, and Literary by David Hume*, Tomo I, Londres, 1882.
- HUMPHREY, Alexander Pope, “The impeachment of Samuel Chase”, *American Law Review*, Vol. 33, No. 6, pp. 827/852 (1899).
- ISENBERG, Nancy, *Fallen Founder. The Life of Aaron Burr*, Penguin Books, New York, 2007.
- JAYNE, Edward, *Oliver Ellsworth. His Central Role in the Establishment of Federal Sovereignty*, Horben Books, Kalamazoo, 2013.
- JEFFREY, William, Jr., “The Letter of ‘Brutus’. A Neglected Element in the Ratification Campaign of 1787-88”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 40, pp. 643/663 (1971).
- J.H.M., “The Power of the Judiciary to Declare an Act of Congress Void for Unconstitutionality”, en *The American Law Register*, Vol. 18, No. 10, pp. 585/604 (1870).
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 2da. ed., Marcial Pons, Madrid, 2003.
- JONES, Alan, “Thomas M. Cooley and ‘Laissez-Faire Constitutionalism’: A Reconsideration”, en *Journal of American History*, Vol. 53, No. 4, pp. 751/771 (1967).
- JOYCE, Craig, “The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy”, en *Michigan Law Review*, Vol. 83, pp. 1291/1391 (1985).

- KAMMEN, Michael, *A Machine that Would Go of Itself. The Constitution in American Culture*, Alfred. A. Knopf, Nueva York, 1987.
- KENNEDY, Walter B. “Portrait of the New Supreme Court II”, *Fordham Law Review*, Vol. 14, No. 1, pp. 8/36 (1945).
- KENT, C. A., “Power of the Judiciary to Declare a Law Unconstitutional”, *The American Law Register*, Vol. 20, No. 12, pp. 729/737 (1872).
- KETCHAM, Ralph, *James Madison. A biography*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1990.
- KLARMAN, Michael J., “How Great Were the ‘Great’ Marshall Court Decisions?”, *Virginia Law Review*, Vol. 87, pp. 1111/1184 (2001).
- KOCHE, Adrienne y PEDEN, William (editores), *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Random House, Nueva York, 2004.
- KRAMER, Larry D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- KURLAND, Philip B. y LERNER, Ralph (editores), *The Founders’ Constitution*, Tomo I, Liberty Fund, Indianápolis, 1987.
- LAMBERT, Richard M., “The ‘Ten Pound Act’ Cases and the Origins of Judicial Review in New Hampshire”, *New Hampshire Bar Journal*, Vol. 43, pp. 37/55 (2002).
- LANIER, Alexander S., “Congress and the Supreme Court”, *The North American Review*, Vol. 218, pp. 577/588 (1923).
- LAPLACETTE, Carlos José, *Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016.
- LARSON, Timothy W., “West v. Barnes: The First Supreme Court Decision”, *Rhode Island Bar Association*, Vol. 59. No. 1, pp. 13/15 (2010).
- LAWRIE, Timothy A. Lawrie, “Interpretation and Authority: Separation of Powers and the Judiciary’s Battle for Independence in New Hampshire, 1786-1818”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 39, No. 3, pp. 310/336 (1995).
- LAWSON, Gary, “On Reading Recipes... and Constitutions”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 85, pp. 1823/1836 (1997).
- LEAHY, James E., “The Constitution is what the judges say it is”, *North Dakota Law Review*, Vol. 65, pp. 491/527 (1989).
- LEONARD, Gerald, “Iredell Reclaimed: Farewell to Snowiss’s History of Judicial Review”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, pp. 867/882 (2006).

- LERNER, Max, "The Supreme Court and American Capitalism", *Yale Law Journal*, Vol. 42, pp. 668/701 (1933).
- "John Marshall and the Campaign of History", *Columbia Law Review*, Vol. 39, pp. 396/431 (1939).
- LERNER, Ralph, "The Supreme Court as Republican Schoolmaster", *Supreme Court Review*, Vol. 1967, pp. 127/180 (1967).
- LEVINSON, Sanford, "Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either", *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, pp. 553/578 (2003).
- LEVY, Leonard W., *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999.
- LEWIS, William Draper, "The Constitutionality of the Income Tax", *The American Law Register and Review*, Vol. 43, No. 3, pp. 189/195 (1895).
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo III, 2da. ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964.
- LÖFFLER, Ernesto, "John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso 'William Marbury versus James Madison'", *Revista de Derecho Público de Venezuela*, No. 147/148, pp. 153/171 (2016).
- LORENZETTI, Ricardo L., "La decisión judicial en casos constitucionales", *La Ley*, t. 2010-F, pp. 702/706 (2010).
- *El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*, 2da. ed., Sudamericana, Buenos Aires, 2015.
- LOWRIE, Walter y FRANKLIN Walter S. (editores), *American Sates Papers. Documents, Legislative and Executive, of the Congress of the United States, Class X. Miscellaneous*, Vol. 1, Gales & Seaton, Washington, 1834.
- LUND, Nelson, "Judicial Review and Judicial Duty: The Original Understanding", *Constitutional Commentary*, Vol. 26, pp. 169/182 (2009)
- LUTZ, Donald S., "The Theory of Consent in the Early State Constitutions", *Publius*, Vol. 9, No. 2, pp. 11/42 (1979).
- MADISON, James, *Writings*, The Library of America, Nueva York, 1999.
- MAHONEY, Dennis J., "A Historical Note on *Hodgson v. Bowerbank*", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 49, pp. 725/740 (1982).
- MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, La Ley, 2021.

MARCUS, Maeva (editor), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo II – The Justices on Circuit, 1790-1794, Columbia University Press, Nueva York, 1988.

- *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, Columbia University Press, Nueva York, 1998.

MARCUS, Maeva, “Judicial Review in the Early Republic”, en HOFFMAN, Ronald y ALBERT, Peter J., *Launching the “Extended Republic”. The Federalist Era*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1996, pp. 25/53.

- “Wilson as a Justice”, en *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 17, pp. 147/166 (2019).

MARCUS, Maeva y PERRY, James R. (editores), *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo I – Parte I (Appointments and Proceedings), Columbia University Press, Nueva York, 1985.

- *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, Tomo I – Parte II (Commentaries on Appointments and Proceedings), Columbia University Press, Nueva York, 1985.

MARCUS, Maeva y TIER, Robert, “*Hayburn’s Case*: A Misinterpretation of Precedent”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1988, pp. 527/546 (1988).

MAYER, Jorge M., *Las “Bases” de Alberdi. Edición crítica, con una noticia preliminar, la reconstrucción de los textos originales y sus variantes, las fuentes y notas ilustrativas*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969.

MCCLOSKEY, William Winslow, *The American Supreme Court*, 3ra. ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2000.

MCDOWELL, Gary L., “The Language of Law and the Foundations of American Constitutionalism”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 55, No. 3, pp. 375/398 (1998).

MCGUIRE, Francis M., “The General Court of Virginia”, *Report of the Seventh Annual Meeting of the Virginia State Bar Association held at White Sulphur Springs, West Virginia, August 6th, 7th and 8th, 1895*, The Williams Printing Co., Richmond, 1895, pp. 196/229.

MCILWAIN, Charles Howard, “The Tenure of the English Judges”, *The American Political Science Review*, Vol. 7, No. 2, pp. 217/229 (1913).

- *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Liberty Fund, Indianapolis, 2007.

- MCKENNA, Marian C., *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The court-packing crisis of 1937*, Fordham University Press, Nueva York, 2002.
- MCMMASTER, John B. y STONE, Frederick D. (editores), *Pennsylvania and the federal Constitution. 1787-1788*, The Historical Society of Pennsylvania, Lancaster, 1888.
- MCREE, Griffith J., *Life and Correspondence of James Iredell, one of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States*, Tomo II, D. Appleton and Company, Nueva York, 1858.
- MOORE, Wayne D., "Written and Unwritten Constitutional Law in the Founding Period: The Early New Jersey Cases", *Constitutional Commentary*, Vol. 7, pp. 341/360 (1990).
- MORGAN, Edmund S., *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, W. W. Norton & Co., New York, 1988.
- MUNZ, Peter, "History and Myth", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 6, No. 22, pp. 1/16 (1956).
- MURPHY, Walter F., "Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter", *The Review of Politics*, Vol. 48, No. 3, pp. 401/423 (1986).
- NATELSON, Robert G., *The Original Constitution. What It Actually Said and Meant*, 3ra. ed., Apis Books, Colorado Springs, 2015.
- NELSON, Margaret V., "The Case of the Judges. Fact of Fiction?", *Virginia Law Review*, Vol. 31, No. 1, pp. 243/255 (1944).
- NELSON, William E., "Changin Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 120, pp. 1166/1185 (1972).
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- O'BRIEN, William, S.J., "Justice William Cushing and the Treaty-Making Power", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, pp. 351/368 (1957).
- "Justice Cushing's Undelivered Speech on the Federal Constitution", *William and Mary Quarterly*, Vol. 15, No. 1, pp. 74/92 (1958).
- "The Pre-Marshall Court and the Role of William Cushing", *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, pp. 52/69 (1958).
- O'CONNOR, Sandra Day, *The Majesty of the Law. Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House, Nueva York, 2004.

- O'CONNOR, Sharon Hamby y BILDER, Mary Sarah Bilder, "Appeals to the Privy Council Before American Independence: An Annotated Digital Catalogue", *Law Library Journal*, Vol. 104, No. 1, pp. 83/97 (2012).
- PAINE, Thomas, "Rights of Man, Being an Answer to Mr. Burke's Attack on the French Revolution", en *Common Sense, Rights of Man, And Other Essential Writings of Thomas Paine*, New American Library, Nueva York, 2003.
- PAINE, Thomas, *Common Sense and other writings*, Barnes & Noble, Nueva York, 2005.
- PARKER, Junius, "The Supreme Court and its Constitutional Duty and Power", *American Law Review*, Vol. 30, pp. 357/364 (1896).
- PATTERSON, Perry C., "James Madison and Judicial Review", *California Law Review*, Vol. 28, pp. 22/33 (1939).
- PAULSEN, Michael Stokes, "The Irrepressible Myth of *Marbury*", *Michigan Law Review*, Vol. 101, pp. 2706/2743 (2003).
- PENNOYER, Sylvester, "The Income Tax Decision, and the Power of the Supreme Court to Nullify Acts of Congress", *American Law Review*, Vol. 29, pp. 550/558 (1895).
- "The case of *Marbury v. Madison*", *American Law Review*, Vol. 30, pp. 188/202 (1896).
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., "La experiencia de los Máximos Tribunales nacionales en el control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial: el caso de Uruguay", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Número Especial de Jurisprudencia Argentina, t.2016-III, No. 3, pp. 4/12.
- PERLEY POORE, Ben (Compilador), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, Tomo I, Government Printing Office, Washington, 1877.
- PERLEY POORE, Ben (Compilador), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, 2da. ed., Tomo II, Government Printing Office, Washington, 1878.
- PERLIN, Adam, "The Impeachment of Samuel Chase: Redefining Judicial Independence", *Rutgers Law Review*, Vol. 62, No. 3, pp. 725/790 (2010).
- PLUMER, Jr., William, *Life of William Plumer*, A. P. Peabody (Editor), Phillips, Sampson & Co., Boston, 1856.
- PRAKASH, Saikrishna B. y YOO, John C., "The Origins of Judicial Review", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 3, pp. 887/982 (2003).

- PRESSER, Stephen B., “Some Alarming Aspects of the Legacies of Judicial Review and of John Marshall”, *William and Mary Law Review*, Vol. 43, No. 4, pp. 1495/1512 (2002).
- “Samuel Chase: In Defense of the Rule of Law and Against the Jeffersonians”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, No. 2, pp. 349/370 (2009).
- PRESSER, Stephen B. y HURLEY, Becky Bair, “Saving God's Republic: The Jurisprudence of Samuel Chase”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1984, No. 3, pp. 771/822 (1984).
- PUBLÍCOLA, *Observations on Paine's Right of Man, in a series of letter*, 3ra. ed., Dickson y Fairbarn, Edimburgo, 1792.
- RAKOVE, Jack N., “James Madison and the Bill of Rights: A Broader Context”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 22, No. 4, pp. 667/677 (1992).
- RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, *L.L.*, t. 1995-B, pp. 773/778.
- REHNQUIST, William H., “Political battles for judicial Independence”, *Washington Law Review*, Vol. 50, pp. 835/852 (1974)
- “The impeachment clause: A wild card in the Constitution”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 85, No. 4, pp. 903/918 (1991).
- *Grand Inquests. The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*, Quill, New York, 1999.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Sobre (Viejos) Modelos de Justicia Constitucional y Creación de (Nuevos) Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 64, pp. 99/110 (2002).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Una relectura del *Dr. Bonham's Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 81, septiembre-diciembre, pp. 163/181 (2007).
- RICHARDS, David A., *Foundations of American Constitutionalism*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.
- RITZ, Wilfred J., “United States v. Yale Todd (U.S. 1794)”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 15, pp. 220/231 (1958).
- *Rewriting the History of the Judiciary Act of 1789. Exposing Myths, Challenging Premises, and Using New Evidence*, University of Oklahoma Press, Norman, 1990.
- ROSEN, Jeffrey, *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries that Defined America*, Holt & Co., Nueva York, 2007.

- ROSENBERG, Leonard B., “Constitutional Supremacy: An Early Advocate of Judicial Review”, *Duquesne Law Review*, Vol. 7, No. 4, pp. 515/541 (1969).
- ROSS, William G., *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890–1937*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1994.
- RYAN, William F., “Rush to Judgment: A Constitutional Analysis of Time Limits on Judicial Decisions”, *Boston University Law Review*, Vol. 77, pp. 761/814 (1997).
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, México, 1956.
- *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SCHLESINGER, Arthur Meier, “Colonial Appeals to the Privy Council”, *Political Science Quarterly*, Vol. 28, No. 2, pp. 279/297 (1913).
- SCHWARTZ, Bernard, *A Commentary on the Constitution of the United States*, Tomo I, The Macmillan Co., New York, 1963.
- *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1977
- *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York, 1993.
- SCOTT, Austin, “Holmes v. Walton: The New Jersey Precedent. A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation”, *The American Historical Review*, Vol. 4, No. 3, pp. 456/469 (1899).
- SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943.
- SHEEHAN, Colleen A. y MCDOWELL, Gary L., *Friends of the Constitution. Writings of the “Other” Federalists. 1787-1788*, Liberty Fund, Indianápolis, 1998.
- SHERMAN, Gordon E., “The case of John Chandler v. The Secretary of War”, *Yale Law Journal*, Vol. 14, pp. 431/451 (1905).
- SIEYES, Emmanuel Josphe, *Qu’est-ce que le Tiers état?*, Editions du Boucher, París, 2002.
- SLONIM, Shlomo, “Federalist No. 78 and Brutus Neglected Thesis of Judicial Supremacy”, *Constitutional Commentary*, Vol. 23, pp. 7/31 (2006).
- SMITH, George H, *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.
- SMITH, Joseph H., “An Independent Judiciary: The Colonial Background”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 124, No. 5, pp. 1104/1156 (1976).

- SNOWISS, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1990.
- SOLA, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- SPARKS, Jared, *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, Boston, 1832.
- SPOONER, Lysander, *The Unconstitutionality of Slavery*, Bela Marsh, Boston, 1845.
- STEINFELD, Robert, “To Save The People From Themselves”. *The Emergence of American Judicial Review and the Transformation of Constitutions*, Cambridge University Press, Nueva York, 2021.
- SUNSTEIN, Cass R., “Dred Scott v. Sanford and Its Legacy”, en GEORGE, Robert P. (Editor), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2000, pp. 64/89.
- SURRENCY, Erwin C., “The Judiciary Act of 1801”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 2, No. 1, pp. 53/95 (1958).
- “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, No. 1, pp. 67/86 (1961).
 - “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, No. 2, pp. 166/196 (1961).
 - “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, No. 1, pp. 63/82 (1963).
 - “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, en *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, No. 3, pp. 246/271 (1963).
- SWISHER, Carl Brent, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- TAFT, William H., “Recent Criticism of the Federal Judiciary”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, No. 9, pp. 576/610 (1895).
- TATHAM, William, *Report of a Case, Decided on Saturday, the 16th of November, 1793, in the General Court of Virginia; Wherein Peter Kamper, Was Plaintiff, against Mary Hawkins, Defendant; On a Question Adjourned from the District Court of Dumfries, for Novelty and Difficulty, Touching the Constitutionality of an Act of Assembly;*

- Together with Arguments and Opinions of the Respective Judges at Large, and the Order of Court Thereon*, A. M'Kenzie, Filadelfia, 1794.
- TAINE, Hippolyte, *The French Revolution*, Tomo I, Liberty Fund, Indianapolis, 2002.
- THAYER, James Bradley, "The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 7, pp. 129/156 (1893).
- TIEDEMAN, Christopher G, "The Income Tax Decisions as an Object Lesson in Constitutional Construction", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 6, pp. 72/83 (1895).
- TREANOR, William Michael, "The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, pp. 491/570 (1994).
- "Judicial Review before *Marbury*", *Stanford Law Review*, Vol. 58, No. 2, pp. 455/562 (2005).
- TRICKET, William, "The Great Usurpation", *American Law Review*, Vol. 40, No. 3, pp. 356/376 (1906).
- TROPER, Michel, "Jefferson y la Interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789", *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nro. 8, Madrid, pp. 541/564 (2000).
- TUCKER, Randolph J., "The Judges Tucker of the Court of Appeals of Virginia", *The Virginia Law Register*, Vol. 1, No. 11, pp. 789/812 (1896).
- TUCKER, St. George, "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, Filadelfia, 1803.
- *View of the Constitution of the United State. With Selected Writings*, Liberty Fund, Indianápolis, 1999.
- TURNER, Kathryn, "The Midnight Judges", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 109, No. 4, pp. 494/523 (1961).
- TURNER, Lynn W., "The impeachment of John Pickering", *American Historical Review*, Vol. 54, No. 3, pp. 485/507 (1949).
- VAN ALSTYNE, William W., "A Critical Guide to *Marbury v. Madison*", *Duke Law Journal*, Vol. 1969, No. 1, pp. 1/48 (1969).

- VAN LOAN, Eugene M., III, “Ten Pound Acts: An Introduction to Original Research on the Origins of Judicial Review”, *New Hampshire Bar Journal*, Vol. 43, pp. 34/36 (2002).
- VARNUM, James Mitchell, *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, Providence, 1787.
- VATTEL, Emer de, *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 & G. Kearsly, Londres, 1760.
- VILE, John R., “The Critical Role of Committees at the U.S. Constitutional Convention of 1787”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 48, No. 2. pp. 147/176 (2006).
- WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History*, Tomo I (1789-1821), Little, Brown & Co., Boston, 1922.
- “Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts”, *Yale Law Journal*, Vol. 32, pp. 15/28 (1923).
- WATKINS, William J., Jr., “The Kentucky and Virginia Resolutions: Guideposts of Limited Government”, *The Independent Review*, Vol. 3, No. 3, pp. 385/411 (1999).
- WATSON, Bradley C.S., *Living Constitution, Dying Faith. Progressivism and the New Science of Jurisprudence*, Isi Books, Wilmington, 2009.
- WELLS, William V., *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., Boston, 1865.
- WEXLER, Natalie, “In the Beginning: The First Three Chief Justices”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, pp. 1373/1419 (2006).
- WHITE, G. Edward, “The Constitutional Journey of ‘Marbury v. Madison’”, *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 6, pp. 1463/1573 (2003)
- “The Lost Origins of American Judicial Review”, *The George Washington Law Review*, Vol. 78, No. 6 pp. 1145/1161 (2010).
- WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

- “Judicial Review Before the Civil War”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, pp. 1257/1331 (2009).
 - *Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the present*, University Press of Kansas, Lawrence, 2019.
- WOOD, Gordon S., *The Creation of the American Republic. 1776-1787*, W. W. Norton & Co., Nueva York, 1969.
- “The Origins of Judicial Review”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XXII, p. 1293/1307 (1988).
- YOUNG, Thomas, “To the Inhabitants of Vermont, a Free and Independent State, bounding on the River Connecticut and Lake Champlain”, en THOMPSON, Zadock, *History of Vermont, Natural, Civil and Statistical, In Three Parts, With a New Map of the State, and 200 Engravings*, Tomo II, Chauncey Goodrich, Burlington, 1842, p. 106.
- ZAVALÍA, Clodomiro, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo americano. Con biografías de sus miembros*, Talleres “Casa Jacobo Peuser”, Buenos Aires, 1920.
- ZUCKERT, Michael P., “Mr. Chief Justice Madison: Reflections on Judicial Duty in the Natural Rights Republic”, *Journal of Law, Philosophy and Culture*, Vol. 6, No. 1, p. 131/146 (2011).
- ZUVIRÍA, José María, *Los Constituyentes de 1853*, Félix Lajoaune Editor, Buenos Aires, 1889.

LEGISLACIÓN CITADA

- United States Statutes at Large, Vol. 1, 1st. Congress, 1st. Session, Ch. 20, p. 73 (1789)
 (“An Act to establish the Judicial Courts of the United States”).
- United States Statutes at Large, Vol. 1, 2nd. Congress, 1st. Session, Ch. 11, p. 243 (1792)
 (“An Act to provide for the settlement of the Claims of Widows and Orphans barred by the limitations heretofore established, and to regulate the Claims to Invalid Pensions”).
- United States Statutes at Large, Vol. 1, 2nd. Congress, 2nd Session, Ch. 17, p. 324 (1793)
 (“An Act to regulate the Claims to Invalid Pensions”).
- United States Statutes at Large, Vol. 1, 3rd Congress, 1st Session, Ch. 45, p. 373 (1794)
 (“An Act laying duties upon Carriages for the conveyance of Persons”).

United States Statutes at Large, Vol. 1, 3rd Congress, 1st Session, Ch. 57, p. 392 (1794)
 (“An Act concerning Invalids”).

United States Statutes at Large, Vol. 2, 6th. Congress, 2nd. Session, Ch. 4, p. 89 (1801)
 (“An Act to provide for a more convenient organization of the Courts of the United
 States”).

United States Statutes at Large, Vol. 2, 6th. Congress, 2nd. Session, Ch. 15, p. 103 (1801)
 (“An act concerning the District of Columbia”).

United States Statutes at Large, Vol. 2, 7th. Congress, 2nd. Session, Ch. 8, p. 132 (1802)
 (“An Act to repeal certain aspects of the organization of the Courts of the United
 States; and for other purposes”).

United States Statutes at Large, Vol. 2, 7th. Congress, 2nd. Session, Ch. 31, p. 156
 (1802) (“An Act to amend the Judicial System of the United States”)

JURISPRUDENCIA CITADA

General Court of Virginia

Robin, et al. v. Hardaway, et al., 1 Jefferson 109 (1772).

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

New Jersey Supreme Court

Holmes & Ketcham v. Walton (1780).

The State v. Jabez Parkhurst, 9 N.J.L. 427, Appendix 528 (1802).

Court of Appeals of Virginia

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

Case of the Judges of the Court of Appeals, 8 Va. (4 Call.) 135 (1788).

Major’s Court of the City of New York

Rutgers v. Waddington (1784).

Honourable Superior Court, in the County of Newport, Rhode Island

Trevett v. Weeden (1786).

Inferior Court of Common Pleas of Rockingham County

Tarlton v. Wallace (1786).

Cate v. Treferrin (1786).

Furber v. Macgregore (1786).

French v. Bartlet (1786).

Mason v. Furber (1786).

Young v. Davis (1786).

Supreme Court of North Carolina

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

Superior Court of Judicature of Rockingham County

Gilman v. McClary (1791).

United States Circuit Court of Virginia

United States v. Hylton, (C.C.D. Va.) (1795).

United States v. Callender, 25 F. Cas. 239, No. 14, 709 (C.C. Va.) (1800).

South Carolina Court of Appeals

Lindsay v. Commissioners, 2 S.C.L. (2 Bay) 38 (1796).

Kentucky Court of Appeals

Stidgers v. Rogers ex. rel. Commonwealth, 2 Ky. 52 (1801).

General Court of Maryland

Whittington v. Polk, 1 H. & J. 236 (Md. 1802).

Supreme Judicial Court of Maine

Eames v. Savage, 77 Me. 212 (1885).

Supreme Court of the United States

West v. Barnes, 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).

Hayburn's case, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).

Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

John Chandler v. Secretary of War (1794).

United States v. Yale Todd (1794).

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

Hylton v. United States, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

Ware v. Hylton, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796).

United States v. La Vengeance, 3 U.S. 297 (3 Dall.) (1796).

Hollingsworth v. Virginia, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798).

Braislford v. Georgia (1798).

Moultrie v. Georgia (1798).

Calder v. Bull, 3 U.S. (Dall.) 386 (1798).

Mossman v. Higginson, 4 U.S. 12 (1800).

Cooper v. Telfair, 4 U.S. (4 Dall.) 14 (1800).

Talbot v. Seeman, 5 U.S. (1 Cranch) 1 (1801).

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

Stuart v. Laird, 5 U.S. (1 Cranch) 299 (1803).

Fletcher v. Peck, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).

Aurora v. United States, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813).

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819).

United States v. Smith, 18 U.S. (5 Wheat.) 153 (1820).

Wayman v. Southard, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825).

Loughborough v. Blake, 18 U.S. (5 Wheat.) 317 (1820).

Gibbons v. Ogden, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

Reynolds v. M'Arthur, 27 U.S. (2 Pet.) 417 (1829).
Parsons v. Bedford, 28 U.S. (3 Pet.) 433 (1830).
United States v. Percheman, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833).
Wheaton v. Peters, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834).
United States v. Phelps, 33 U.S. (8 Pet.) 700 (1834).
Mayor of New Orleans v. United States, 35 U.S. (10 Pet.) 662 (1836).
Pollard v. Hagan, 44 U.S. (3 How.) 212 (1845).
Waring v. Clarke, 46 U.S. (5 How.) 441 (1847).
N.J. Steam Navigation Co. v. Merchants' Bank of Boston, 47 U.S. (6 How.) 344 (1848).
Benner v. Porter, 50 U.S. (9 How.) 235 (1850).
Lylte v. Arkansas, 50 U.S. (9 How.) 314 (1850).
McNulty v. Batty, 51 U.S. (10 How.) 72 (1850).
The Propeller Genesee Chief v. Fitzhugh, 53 U.S. (12 How.) 443 (1851).
United States v. Ferreira, 54 U.S. (13 How.) 40 (1852).
Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1878).
Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887).
Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company, 157 U.S. 429 (1895).
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
New York Trust Co. v. Eisner, 256 U.S. 345 (1921).
Graves v. New York ex rel. O'Keefe, 306 U.S. 466 (1939).
Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).
Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).
South Carolina v. Baker, 485 U.S. 505 (1988).
Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Criminal contra Ramon Rios (álias Corro), Francisco Gomez y Saturnino Rios, por salteamiento, robo y homicidio, perpetrado á bordo del pailebot ‘Union’ en el rio Paraná”, *Fallos*: 1:32 (1863).
 “El Dr. D. Juan Carlos Gomez, en representacion de su hermano D. José Cándido, en demanda contra la Nacion”, *Fallos*: 2:36 (1865).
 “D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus”, *Fallos*: 19:231 (1877).

“P. D. Raspe Söhne v. Nación Argentina”, *Fallos*: 249:51 (1961).

“Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ Acción declarativa de certeza”, *Fallos*: 343:195 (2020).

“Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Estado Nacional - Ley 26.080 - Dec. 816/1999 y otros s/ Proceso de conocimiento”, *Fallos*: 344:3636 (2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154.

“Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7 de noviembre de 2022, Serie C., No. 470.