

**EL ORIGEN DEL CONTROL JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EL
CASO “MARBURY v. MADISON”.**

*Por el Miembro del Instituto de Política Constitucional
de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
Manuel José García-Mansilla*

ÍNDICE

I. Introducción	7
II. ¿Marbury v. Madison?	14
II.1. John Marshall no inventó el control judicial de constitucionalidad	14
James Iredell	14
James Wilson	21
Alexander Hamilton	27
James Madison	30
Oliver Ellsworth	37
John Blair	39
William Paterson	41
William Cushing	43
Las convenciones estatales de ratificación	46
II.2. Los jueces no se autoasignaron la <i>judicial review</i>	49
Las novedades institucionales	49
Un ejemplo: New Hampshire y la “Ten Pound Act”	53
II.3. “Marbury v. Madison” no fue el primer caso en que un tribunal ejerció el control de constitucionalidad sobre una ley federal en los Estados Unidos. Tampoco el primero en que se declaró la inconstitu- cionalidad de una ley federal en ese país	58
La Invalid Pensions Act llega a tribunales: el caso “Hayburn” (1792)	61
“John Chandler v. Secretary of War” y “United States v. Yale Todd” (1794)	69
“Hylton v. United States” (1796)	75
La duda de Chase	78

“Hollingsworth”, “Brailsford v. Georgia” y “Moultrie v. Georgia” (1798)	81
El caso “Mossman” (1800)	83
Conclusión	85
II.4. “Dred Scott v. Sandford” no fue el segundo caso en que la Su- prema Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso	86
III. La construcción de la historia oficial en los Estados Unidos	88
IV. La revisión de la historia oficial	96
V. ¿Por qué es importante corregir el “mito de Marbury”? . .	101
VI. Conclusión	106
Bibliografía	108

EL ORIGEN DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EL CASO “MARBURY v. MADISON”.

DR. MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA*

“A page of history is worth a volume of logic”
Oliver Wendell Holmes¹

I. Introducción

¿John Marshall inventó el control judicial de constitucionalidad? ¿1803 fue el año en que por primera vez un tribunal ejerció el

* Abogado, Universidad del Salvador (1996). Master of Laws (LL.M.), Georgetown University Law Center, Washington D.C. (2001). Profesor de “Derecho Constitucional I”, Facultad de Derecho, Universidad Austral. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y miembro individual de la *International Association of Constitutional Law*. Decano, Facultad de Derecho, Universidad Austral. Agradezco a Alberto F. Garay, Alberto B. Bianchi, Antonio María Hernández, Carlos Laplacette, José Sebastián Elías, Alfonso Santiago, Ignacio Colombo Murúa, Pedro Caminos, Juan Bautista Etcheverry, Jerónimo Lau Alberdi, Iván Vigani, Gregorio Uriburu y Ricardo Ramírez Calvo, quienes leyeron distintos borradores de este trabajo y me hicieron valiosos comentarios, críticas y sugerencias. También agradezco las observaciones y críticas que me hicieron en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en el Instituto “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y en el Seminario Libre de Teoría Constitucional y Filosofía Política “Anacharsis Cloots” de la Universidad Nacional de Córdoba en los que presenté el núcleo de la tesis de este trabajo el 21 de abril, el 20 de mayo y el 15 de octubre de 2020, respectivamente. Obviamente, soy el único responsable de cualquier error que tenga el trabajo. Finalmente, aclaro que una versión anterior de este trabajo (“*Marbury v. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad”) fue publicada previamente en la *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, p. 9 (2020).

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

control de constitucionalidad de una ley federal en los Estados Unidos? ¿La Suprema Corte estadounidense se “autoasignó” (o, peor aún, “usurpó”) esa facultad en el caso “Marbury v. Madison”²? ¿La *judicial reviews* 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”³? Con algún matiz, es probable que gran parte de la comunidad jurídica 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. Sin embargo, tal como explicaré en este trabajo, la respuesta debería ser un resonante “no” en cada caso.

El análisis del debate acerca del origen del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos obliga a replantearse de raíz varias cuestiones. Esa revisión es necesaria para corregir un conjunto de errores históricos alrededor de la figura de Marshall y del caso “Marbury v. Madison”. Y también para evitar que, a través de un proceso mecánico de repetición, esos errores renueven el estatus de verdades indiscutibles que todavía tienen en relación con los orígenes del control judicial de constitucionalidad en el constitucionalismo moderno.

La fuerza de lo que, en conjunto, podría denominarse “el mito de ‘Marbury’”⁴, con sus diversas variantes o modulaciones, es evidente. 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

² 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

³ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

⁴ Uso el término “mito” de forma genérica, para contrastarlo con la historia basada en documentos. No lo hago en un sentido técnico específico y mucho menos religioso. En un interesante artículo que analiza algunas de las múltiples relaciones que efectivamente existen entre los mitos y la historia, incluida la de interdependencia, se explica el tipo de uso al que me refiero: “In common usage the two words ‘myth’ and ‘history’ are used as if they denoted contradictories. A story is [...] either true or false. If it is true, it is history; if it is false, it is a myth. Historians are inclined to call the version of an event which they consider untrue, a myth” (MUNZ, Peter, “History and Myth”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 6, No. 22, p. 1 [1956]).

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 1803⁵.

- “[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...”⁶. Ese “derecho de los tribunales” habría sido “asumido, usurpado o implícitamente otorgado”⁷.
- “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 una competencia, la de *judicial review*, que no ha sido atribuida expresamente por la Constitución, sino propiamente “usurpada”, o al menos, *autoatribuida*?”⁸.
- “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”⁹. El control judicial de constitucionalidad habría cobrado así “vigencia sociológica” a través de “fuente judicial”¹⁰.

⁵SOLA, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 187.

⁶LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 310.

⁷LOEWENSTEIN, *Teoría...*, p. 308.

⁸GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4^{ta}. ed., Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 135. Énfasis agregado.

⁹BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 336.

¹⁰BIDART CAMPOS, *Manual...*, Tomo I, p. 337.

- “Luego de *arrogarse* la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejerció 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...*”¹¹.
- “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 prononuce [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”¹².
- “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 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”¹³.
- “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

¹¹BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 127. Énfasis agregado.

¹²ARBALLO, 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.

¹³GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 46/47.

argumento que implicaba *autoasignarse* un poder mucho más general, permanente y profundo”¹⁴.

- “«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”¹⁵.

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 reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 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”¹⁶.

Los ejemplos con citas similares podrían multiplicarse (probablemente, por cientos). Y es que la leyenda alrededor del caso “Marbury”, que muchos consideran como “historia oficial”, es francamente seductora, de ribetes míticos: la Constitución de los Estados Unidos,

¹⁴NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 663/664. Énfasis agregado.

¹⁵AMAYA, 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).

¹⁶CSJN, “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.

se afirma, no contemplaba la *judicial review*. Frente a un conflicto por la designación de los llamados “jueces de la medianoche”¹⁷, 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 Thomas 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 la designación formal de William Marbury como juez de paz que había dejado ya firmada el presidente saliente, John Adams, horas antes de abandonar el cargo. Y, mucho más importante que eludir la segura negativa del presidente Jefferson, fue que su sentencia permitió que los jueces federales se autoasignaran una facultad constitucional decisiva: la *judicial review*, que no estaba expresamente reconocida en la Constitución de 1787 pero que, sin embargo, terminaría siendo la clave de bóveda del sistema constitucional de cuño estadounidense¹⁸. Tan radical había sido la contribución de Marshall a través de la creación de la *judicial review* 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 el infame caso “Dred Scott”.

La repetición de esta verdadera fábula histórica, especialmente por gran parte de la doctrina en el ámbito hispano parlante¹⁹, tiene varias explicaciones. Me limitaré a exponer las dos que creo pueden ser

¹⁷ Los pormenores del caso pueden consultarse en HOBSON, Charles F., *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996, pp. 47/58.

¹⁸ Por todos, ver SOLA, *Control Judicial...*, pp. 189/192.

¹⁹ 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, 2^{da} ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 381). De forma similar, Bianchi advertía años después que la sentencia de Marshall no era original (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”).

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 anglosajón²⁰. Más allá de la duda que podía asaltar, por ejemplo, a cualquiera que leyera *El Federalista* N.º 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 excepciones²¹. 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 hispana²².

En este trabajo intentaré exponer esos cuestionamientos doctrinarios al mito de “Marbury”, así como analizar su impacto en el ámbito académico estadounidense. Para poner en contexto la importancia de esta doctrina, hoy mayoritaria, voy a estructurar el trabajo en cuatro partes. En la primera, necesariamente más extensa, haré una revisión de las evidencias históricas que permiten cuestionar de raíz el mito de

²⁰ Ver, por ejemplo, BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2^{da}. 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*”).

²¹ 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”.

²² 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”, en *Fundamentos*, N.º 4, p. 109 (2006), FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Judicial review en la pre-Marshall Court”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 28, p. 133 (2011), y LAPLACETTE, Carlos José, *Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016.

“Marbury”. En la segunda, explicaré en qué contexto nacieron la leyenda y los relatos ficticios al rededor de “Marbury v. Madison”. En la tercera, 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. En la cuarta parte, explicaré porqué creo que es tan 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. Finalmente, daré mis conclusiones.

II. ¿“Marbury v. Madison”?

II.1. John Marshall no inventó el control judicial de constitucionalidad

A pesar de la pretendida autoría de Marshall, 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. Muchos años antes de que el gran *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, 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. Iredell tuvo también una activa participación en la Convención de Carolina del Norte que intentó ratificar la Constitución en 1788²³. Posteriormente, sería designado por el presidente George Washington como *Justice* de la Suprema Corte el 8 de febrero de 1790²⁴. 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.

A pesar de su juventud y de ser extranjero, Iredell se convertiría en uno de los líderes intelectuales de la revolución en Carolina del Norte y un abogado de renombre en los Estados Unidos. Ya en septiembre de 1783, definía 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”²⁵.

En 1786, defendió a Elizabeth Cornell Bayard en un conocido caso ante la Suprema Corte estatal. Allí, Iredell planteó la inconstitucionalidad de una ley local de 1785 que ordenaba desechar sumariamente los reclamos judiciales para intentar recobrar la propiedad en casos de confiscación bajo las *Confiscation Acts* de 1777 y 1779. Ambas leyes permitían al gobierno local quitar todos los bienes a personas consideradas como leales al imperio británico y venderlas a un tercero como método para solventar los costos de la guerra de independencia. Sin embargo, la constitución de Carolina del Norte establecía

²³ Cfr. CONNOR, Henry Groves, “James Iredell: Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, N.º 4, p. 236 (1912). Carolina del Norte terminaría ratificando la Constitución federal en una segunda Convención reunida en Fayetteville en 1789.

²⁴ 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.

²⁵ IREDELL, James, “Instructions to Chowan County Representatives” (1783), en 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. La traducción al castellano de la cita original en inglés es propia, al igual que todas las traducciones incluidas en este trabajo.

concretamente que toda controversia legal relacionada con la propiedad debía ser decidida mediante el juicio por jurados, al que se consideraba sagrado e inviolable²⁶. Samuel Cornell, el padre de la reclamante, sabiendo las consecuencias de la ley debido a su lealtad a Gran Bretaña, había legado a sus hijas todo su patrimonio antes de huir del estado de Carolina del Norte. A pesar de ello, las autoridades locales le confiscaron todos los bienes legados a una de sus hijas, Elizabeth, y se los vendieron a Spyres Singleton, un conocido político local. Con la ayuda de Iredell, Cornell Bayard inició una demanda para recuperar los bienes confiscados. Pero la ley estatal de 1785, contradiciendo directamente la constitución local, impedía que el reclamo fuera decidido a través del juicio por jurados. Los jueces se enfrentaban así a un obstáculo legislativo, teóricamente insalvable para considerar el caso.

La Suprema Corte estatal decidió demorar el estudio del planteo de inconstitucionalidad, previendo la posibilidad de que la legislatura local revisara la ley. Iredell aprovechó esa demora y publicó un artículo en los periódicos locales en el que explicaba que la ley era inconstitucional porque violaba la Constitución de Carolina del Norte de 1776. El artículo en cuestión, titulado “To the public”²⁷, fue publicado el 17 de agosto de 1786. Allí Iredell hizo una 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

²⁶ 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).

²⁷ 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.

formado bajo ella debía ser aniquilado antes de que el mal pudiera ser corregido. Por supuesto, había que considerar cómo imponer restricciones a la legislatura, que aunque la dejaran libre para todos los propósitos útiles, fueran al mismo tiempo una salvaguarda contra el abuso del poder ilimitado, en el que no se podía confiar, sin el peligro más inminente, para cualquier hombre o cuerpo de hombres en la tierra”²⁸.

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

“el poder de la Asamblea está limitado y definido por la constitución. Es una *criatura* de la constitución. [...] El pueblo ha elegido ser gobernado bajo tales y tales principios. No ha elegido ser gobernado, ni prometió someterse a ningún otro; y la Asamblea no tiene más derecho a ser obedecida en otros términos, que el que podría tener cualquier otro poder en la tierra a gobernarnos; porque hemos acordado tanto ser gobernados por el Diván Turco como por nuestra propia Asamblea General, únicamente bajo unos términos expresamente prescriptos. Hay consecuencias que parecen tan naturales, y de hecho tan irresistibles, que no observo que hayan sido mayormente cuestionadas. El gran argumento es que, aunque la Asamblea no tiene *derecho* a violar la constitución, si lo hace *de hecho*, el único remedio es, o una humilde petición para que se derogue la ley, o una resistencia universal del pueblo. Pero mientras tanto, su norma, sea cual fuere, debe ser obedecida como una ley; porque el poder judicial no debe atreverse a cuestionar el poder de una norma de la Asamblea”²⁹.

Luego de rechazar ambas posiciones, Iredell planteó:

“queda por averiguar si el poder judicial tiene alguna autoridad para interferir en tal supuesto. Entiendo que el deber de ese órgano en todos los casos es decidir de acuerdo con las *leyes del Estado*. Supongo que no se negará que la constitución es una *ley del Estado*, que es la *ley fundamental*, y que es inalterable por la legislatura, que deriva todo su poder de ella. Una ley de la Asamblea puede derogar otra ley de la Asamblea. Por esta razón, la ley posterior

²⁸McREE, *Life and Correspondence of James Iredell...*, Tomo II, pp. 145/146.

²⁹McREE, *Life...*, Tomo II, pp. 146/147. Énfasis en el original.

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*³⁰.

A instancias de Iredell, en “Bayard v. Singleton”³¹, en mayo de 1787, la Suprema Corte de 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 1776. Luego de resaltar la importancia de las obligaciones derivadas del juramento al asumir el cargo de juez, así como los deberes inherentes a la función judicial, el 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 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 país,

³⁰ McREE, *Life...*, Tomo II, p. 148. Énfasis en el original.

³¹ “Bayard v. Singleton”, 1 N.C. 5 (1787).

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”³².

“Bayard v. Singleton” fue el primer caso en que la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró inconstitucional una ley estatal. Apenas conocida la decisión, Richard Dobbs Spaight, representante de Carolina del Norte en la Convención de Filadelfia, escribió a Iredell una crítica a la decisión de los jueces³³. Nuevamente, Iredell defendió ese rol de los jueces en una carta privada a Dobbs Spaight, fechada el 26 de agosto de 1787. Allí, Iredell expuso 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

³² 1 N.C. 5, pp. 6/7.

³³“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 su oposición en la Convención de Filadelfia (ver BERGER, Raoul, *Congress v. the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1969, p. 335).

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”³⁴.

Los argumentos de Iredell son muy similares a los que otros hombres públicos esgrimirán para defender el control judicial de constitucionalidad durante fines del Siglo XVIII³⁵. Tanto el carácter de “ley fundamental” que se reconoce a la constitución escrita³⁶, así como los

³⁴McREE, *Life...*, Tomo II, pp. 172/175.

³⁵ 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 (Cfr. CASTO, William R., “There Were Great Men Before Agamemnon”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, p. 398 [2009]).

³⁶ Sobre el concepto de “fundamental law” y sus alcances, ver HAMBURGER, Philip A., “The

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 deber de los jueces de invalidar las leyes que violen la constitución, están presentes en todas esas argumentaciones. Lo mismo ocurre con la idea acerca del carácter subordinado que tenía el Poder Legislativo, cuya autoridad deriva de la constitución. Detrás de muchas de esas posturas hay también un profundo escepticismo y temor a eventuales abusos de poder por parte del Poder Legislativo³⁷. El deber de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes no se considera como un conflicto entre el poder judicial y el legislador, sino uno entre el legislador y la voluntad del pueblo expresada en la constitución³⁸.

(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. Ingresó a la Universidad de St. Andrews a los 14 años luego de obtener una beca. 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. Luego 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 profesión³⁹. 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 época⁴⁰. Wilson terminaría involucrándose de

Constitution's Accommodation to Social Change", en *Michigan Law Review*, Vol. 88, pp. 254/265 (1989).

³⁷ Para profundizar el punto, ver BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, pp. 8/16 y 34/36.

³⁸ Cfr. CASTO, William R., "James Iredell and the American Origins of Judicial Review", en *Connecticut Law Review*, Vol. 27, N^o. 2, p. 329 y sgtes. (1995).

³⁹ Algunos de los datos biográficos de James Wilson figuran en MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, pp. 44/49.

⁴⁰ "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*,

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 1787⁴¹. Su influencia en la Convención Constituyente fue decisiva y estuvo casi a la par de la de James Madison⁴². Wilson también tuvo una activa participación en el proceso de ratificación de la Constitución en el estado de Pennsylvania, que fue el segundo estado en ratificarla el 12 de diciembre de 1787⁴³.

Wilson fue un firme y activo defensor de la *judicial review*⁴⁴. Al proponer junto con Madison 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, Wilson tuvo oportunidad de referirse al control judicial de constitucionalidad en más de una ocasión. En la sesión del 21 de julio de 1787 de la Convención de Filadelfia, 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”⁴⁵.

Tomo I, Liberty Fund, Indianapolis, 2007, pp. 3/31.

⁴¹ Los otros cinco fueron: George Clymer, Benjamin Franklin, Robert Morris, George Read y Roger Sherman.

⁴² Cfr. FARRAND, Max, *The Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, New Haven, 1913, pp. 197/198.

⁴³ 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.

⁴⁴ Cfr. MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 47; BERGER, *Congress v. the Supreme Court*, p. 20, n. 62; etc.

⁴⁵ FARRAND, Max, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Tomo II, Yale University Press, New Haven, 1937, p. 21.

A pesar de las objeciones recibidas, en especial en cuanto a lo inconveniente que era inmiscuir a los jueces en cuestiones de índole política, un mes después, el 23 de agosto de 1787, Wilson volvió a referirse al control previo y abstracto 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”⁴⁶.

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, defendió ese deber de los jueces como un mecanismo de control de las leyes. De hecho, en la Convención de ratificación 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. 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”⁴⁷.

⁴⁶FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 391.

⁴⁷ELLIOT, 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, 2^{da}. 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 a través del *impeachment*. El planteo parecía estar fundado en un reciente intento, si bien infructuoso, de la Legislatura de Rhode Island después de que la Corte Superior estatal invalidara una ley en 1786 en el caso “Trevett v. Weeden”⁴⁸. La respuesta de Wilson 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?”⁴⁹.

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

⁴⁸ Para un detalle completo de los pormenores del caso, ver WARREN, Charles, “Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts”, en *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 corría el riesgo de ir a la cárcel por 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 incontrollable 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).

⁴⁹ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 478.

“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”⁵⁰.

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* explicaba:

“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”⁵¹.

Acto seguido, Wilson destacaba 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

⁵⁰ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 489.

⁵¹HALL 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, N° 1, p. 63 [2004]).

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!”⁵².

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 tenía 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”⁵³.

Wilson había sido designado por Washington como *Justice* de la Suprema Corte el 24 de septiembre de 1789 y ejercería ese cargo hasta su muerte el 21 de agosto de 1798⁵⁴. De hecho, fue el primer *Justice* de la Suprema Corte estadounidense que murió en funciones⁵⁵.

⁵²HALL, *Collected Works...*, Tomo I, pp. 742/743.

⁵³HALL, *Collected Works...*, Tomo II, p. 953.

⁵⁴ Cfr. MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 49.

⁵⁵ Sobre la carrera de Wilson en la Suprema Corte y los problemas que tuvo en los últimos

Como explicaré más adelante, como juez de la Corte de Circuito de Pensilvania, Wilson tuvo un rol destacado en el caso *Hayburn*. Ese caso, decidido el 11 de abril de 1792 bajo el liderazgo de Wilson⁵⁶, marcó un hito histórico: fue la primera vez en que un tribunal federal declaró la inconstitucionalidad de una ley del Congreso en los Estados Unidos.

(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 Burr⁵⁷. Si bien no tuvo un rol destacado en la Convención de Filadelfia en 1787⁵⁸, en cambio tuvo un rol determinante en el proceso de ratificación en el estado de Nueva York junto con Melancton Smith⁵⁹. 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, se convertirían en de uno de los textos teoría política más importantes que se hayan escrito en la historia⁶⁰.

Son bien conocidas las referencias de Hamilton acerca del control de constitucionalidad en *El Federalista* N.º 78, publicado el 28 de mayo de 1788. Allí, entre otros argumentos, sostuvo:

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”, en *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.

⁵⁶ Cfr. HALL, “James Wilson...”, p. 137.

⁵⁷ Entre las numerosas biografías sobre Hamilton que se han publicado, recomiendo ésta: CHERNOW, Ron, *Alexander Hamilton*, The Penguin Press, Nueva York, 2004.

⁵⁸ Cfr. FARRAND, *The Framing of the Constitution...*, p. 87.

⁵⁹ Cfr. BROOKS, Robin, “Alexander Hamilton, Melancton Smith, and the Ratification of the Constitution in New York”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 24, N.º 3 p. 339 (1967).

⁶⁰ EPSTEIN, Richard A., “The Federalist Papers: From Practical Politics to High Principle”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 16, p. 13 (1993).

“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”⁶¹.

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 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 ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores;

⁶¹HAMILTON, 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.

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”⁶².

No tan conocidas son las referencias del mismo Hamilton en *El Federalista* N^o. 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 embarcaban en una conspiración con la legislatura, declararían que las resoluciones de esa mayoría son contrarias a la ley suprema del país, inconstitucionales y nulas”⁶³.

Todas estas reflexiones de Hamilton fueron anticipadas en el marco de un conocido caso en Nueva York en 1784. Junto con otros abogados, Hamilton representó a Joshua Waddington, un agente de dos mercaderes británicos, a quienes Elizabeth Rutgers, viuda y patriota, les reclamaba el pago de alquileres por la ocupación de una propiedad que le había sido confiscada por autoridades realistas. 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*⁶⁴, Hamilton planteó como

⁶²HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, N^o. 78, pp. 485/486.

⁶³HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, No. 16, p. 101.

⁶⁴ 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.

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 el Tratado de Paz con Inglaterra, una norma federal de rango superior, que había otorgado una suerte de amnistía que incluía las acciones del gobierno británico que habían favorecido a su cliente⁶⁵. 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 de Hamilton en favor de su impopular cliente fue receptado parcialmente por el tribunal en un fallo que causó gran impacto en la época⁶⁶.

(iv) James Madison

Tenía solamente 36 años cuando fue designado como uno de los delegados por el estado de Virginia 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”⁶⁷. A pesar de no haber escrito con la precisión de Iredell, Wilson o Hamilton acerca del control judicial de constitucionalidad (recordemos que Madison no era abogado⁶⁸), existen varias referencias en documentos públicos y privados que demuestran que lo consideraba como uno de los frenos y contrapesos de su sistema de separación de poderes⁶⁹. Y, fun-

⁶⁵ Para un análisis minucioso de los argumentos desplegados por Hamilton, ver TREATOR, William Michael, “Judicial Review before Marbury”, Vol. 58, pp. 480/487 (2005).

⁶⁶ CHERNOW, *Alexander Hamilton...*, p. 199.

⁶⁷ Cfr. KETCHAM, Ralph, *James Madison. A biography*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1990, p. 229.

⁶⁸ Al respecto, ver CORWIN, Edward S., “The Posthumous Career of James Madison as Lawyer”, *American Bar Association Journal*, Vol. 25, p. 821 (1939).

⁶⁹ 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”, en *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 nuestro país, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “James Madison y la Constitución Nacional”, en *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicen-*

damentalmente, como una forma proteger los derechos finalmente incluidos en el *Bill of Rights*⁷⁰.

El punto de partida del pensamiento tanto de Madison como de la mayoría de los convencionales constituyentes está marcado, entre otras cosas, por una profunda desconfianza hacia el poder legislativo. Madison 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 gobierno⁷¹. 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”⁷².

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

tenario de su sanción, Instituto Urquiza de Estudio Históricas, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003, p. 139.

⁷⁰ Al respecto, ver PATTERSON, Perry C., “James Madison and Judicial Review”, *California Law Review*, Vol. 28, p. 22 (1939).

⁷¹ Para ver la evolución del pensamiento de Madison al respecto, ver RAKOVE, Jack N., “James Madison and the Bill of Rights: A Broader Context”, en *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 22, No. 4, p. 667 (1992).

⁷²FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 74.

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”⁷³.

- 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 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”⁷⁴.

- 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:

“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”⁷⁵.

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

⁷³FARRAND, *The Records...*, Tomo I, p. 97.

⁷⁴FARRAND, *The Records...*, Tomo I, p. 109.

⁷⁵FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 76.

“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”⁷⁶.

Mason expresaba así la distinción que había entre el control de judicial de constitucionalidad ya existente, con sus efectos limitados al caso concreto decidido por los jueces, y la propuesta del Consejo de Revisión que no venía a reemplazarlo, sino que implicaba 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 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:

“Las modificaciones legislativas que no se ajusten al pacto federal, serían claramente inválidas. Los Jueces las considerarían nulas y sin efecto”⁷⁷.

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 fun-

⁷⁶FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 78.

⁷⁷FARRAND, *The Records...*, Tomo II, p. 92.

dado 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”⁷⁸.

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.

Sancionada la constitución, 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”⁷⁹.

En ese marco, Madison también defendió el control judicial de constitucionalidad como forma de preservar los derechos naturales reconocidos en el *Bill of Rights*⁸⁰. Hay que recordar que, a pesar de que la Convención de Filadelfia había ideado la constitución 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 derechos⁸¹. Esa omisión generó las críticas

⁷⁸FARRAND, *The Records...*, Tomo II, pp. 92/93.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Cfr. BURNS, Edward M., “Madison’s Theory of Judicial Review”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 24, N° 4, p. 416 y sgtes. (1936).

⁸¹ 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 Constitu-

y la oposición de los Antifederalistas a la constitución de 1787 durante el proceso de ratificación en los diferentes estados de la Unión⁸². 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”⁸³. De forma similar, durante la convención de ratificación en Pensilvania, James Wilson explicaba 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”⁸⁴. 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 enumeración⁸⁵.

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

ción Nacional”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL – 2013, Parte II, pp. 511/560 (2014).

⁸² Cfr. LEVY, Leonard W., *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999, p. 25 y sgtes.

⁸³ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 316.

⁸⁴ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 436.

⁸⁵ Vale la pena recordar la opinión que 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).

lideró la propuesta de adopción del *Bill of Rights*⁸⁶. 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”⁸⁷.

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, 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 es-

⁸⁶ 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).

⁸⁷MADISON, *Writings*, p. 441.

tablecer barreras contra el poder en todas las formas y departamentos de gobierno [...]”⁸⁸.

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”⁸⁹.

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 constitucionalidades 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 Ejecutivo⁹⁰.

(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

⁸⁸ MADISON, *Writings*, p. 445.

⁸⁹ MADISON, *Writings*, p. 449.

⁹⁰ Cfr. GERBER, Scott Douglas, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, p. 342.

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 debate⁹¹. 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 1787⁹². 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”⁹³ (que llegó en la época a ser comparado con *El Federalista*), como en la propia Convención estatal reunida en Hartford en 1788⁹⁴. Después de ser elegido Senador, ayudó en el diseño y sanción de la *Judiciary Act* de 1789⁹⁵. 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 1800⁹⁶.

⁹¹ 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).

⁹² Integró ese importante comité junto con otros cuatro abogados: John Rutledge, Nathaniel Gorham, Edmund Randolph y James Wilson, (Cfr. VILE, John R., “The Critical Role of Committees at the U.S. Constitutional Convention of 1787”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 48, N° 2, p. 163 [2006]).

⁹³ 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.

⁹⁴ Cfr. CASTO, William R., “Oliver Ellsworth”, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 1996, N° 2, p. 77 (1996).

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Cfr. MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, pp. 118/123.

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”⁹⁷.

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.

(vi) John Blair

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 comenzó una larga carrera judicial que comenzó a nivel estatal cuando fue elegido para integrar la Corte General 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

⁹⁷ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 196.

1789⁹⁸. Renunció seis años después por cuestiones de salud, el 25 de octubre de 1795⁹⁹.

Blair había integrado la Corte de Apelaciones de Virginia que decidió en 1782 el conocido caso “Commonwealth v. Caton”¹⁰⁰. En el llamado “Caso de los Prisioneros”¹⁰¹, los jueces del tribunal invitaron a que los abogados que tuvieran interés dieran su opinión. St. George Tucker, uno de los juristas más importantes de la época, se presentó e hizo una elaborada defensa del control judicial de constitucionalidad de las leyes, tal vez la más antigua del período revolucionario anterior a la sanción de la Constitución de Filadelfia¹⁰².

A la hora de resolver el caso, 21 años antes que “Marbury v. Madison”, uno de los colegas de Blair 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”¹⁰³.

En cuanto a la actuación de Blair, al final del reporte 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”¹⁰⁴.

Si bien la personalidad de Blair era más bien apocada, participó también junto con James Wilson de la decisión de la Corte de Circuito

⁹⁸ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 56.

⁹⁹ HOLT, Wythe, “John Blair. ‘A Safe and Conscientious Judge’”, en GERBER, *Seriatim...*, p. 155 y sgtes.

¹⁰⁰ 8 Va. (4 Call.) 5 (1782).

¹⁰¹ Para ver los pormenores de este caso y su importancia como antecedente de la *judicial review* es de consulta obligada el exhaustivo trabajo de TREANOR, William Michael, “The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, p. 491 (1994).

¹⁰² Ver TREANOR, “The Case...”, pp. 522/529.

¹⁰³ 8 Va. (4 Call.), p. 8 (voto del Chancellor George Whyte, quien había sido profesor de derecho de John Marshall en el *College of William and Mary* [Cfr. TREANOR, “The Case...”, p. 497]).

¹⁰⁴ 8 Va. (4 Call.), p. 20.

de Pensilvania que declaró inconstitucional por primera vez una ley del Congreso en 1792¹⁰⁵, caso sobre el que me referiré más adelante.

(vii) 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 1789¹⁰⁶. 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 antes¹⁰⁷. 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.

¹⁰⁵ HOLT, “John Blair...”, p. 168.

¹⁰⁶ Ver, DEGNAN, Daniel A., S.J., “William Paterson. Small States’ Nationalist”, en GERBER, *Seriatim...*, pp. 238/240.

¹⁰⁷ 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 New Jersey luego de la muerte del gobernador William 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 una vez vencido el plazo de su cargo de Senador el 4 de marzo de 1793 (cfr. MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 90).

El *Justice Paterson* dejó sentada su opinión acerca del deber de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes en una exposición que hizo en 1795 ante el *Grand Jury* en el caso “*Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*”¹⁰⁸, una decisión de la corte de circuito de Pensilvania. 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 político¹⁰⁹. 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 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: es su comisión; y, por lo tanto, todas sus leyes deben ser conformes a ella, o de lo contrario serán nulas”¹¹⁰.

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”¹¹¹.

¹⁰⁸ 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).

¹⁰⁹ Sobre el punto, ver LERNER, Ralph, “The Supreme Court as Republican Schoolmaster”, en *Supreme Court Review*, Vol. 1967, p. 127 (1967).

¹¹⁰ 2 U.S. (2 Dall.), p. 308.

¹¹¹ Ídem.

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, que el poder judicial en este país no es una rama subordinada, sino coordinada del gobierno”¹¹².

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 general¹¹³. De hecho, fue impresa en forma de panfleto y circuló por todo el país¹¹⁴.

(viii) 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 1754¹¹⁵. 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, además, comenzó una larga carrera en la judicatura local, primero como juez de paz,

¹¹² 2 U.S. (2 Dall.), p. 309.

¹¹³ TREANOR, “Judicial Review...”, p. 527.

¹¹⁴ Cfr. ROSENBERG, Leonard B., “Constitutional Supremacy: An Early Advocate of Judicial Review”, en *Duquesne Law Review*, Vol. 7, N.º 4, p. 539 (1969).

¹¹⁵ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 24.

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. Siendo juez del máximo tribunal, fue electo en 1779 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 tiempo¹¹⁶.

Cushing fue un partidario temprano del control judicial de constitucionalidad. De hecho, 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 tenían la autoridad de declarar inconstitucional las leyes del Parlamento británico¹¹⁷. 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 un institución repugnante y claramente inconsistente con la nueva Constitución sancionada en 1780 que declaraba que todos los hombres eran libres e iguales¹¹⁸. 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 bajo el *common law*¹¹⁹.

Luego de ser designado en la Suprema Corte, Cushing tendría oportunidad de ejercer el control judicial de constitucionalidad ac-

¹¹⁶ 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", en *William and Mary Quarterly*, Vol. 15, N° 1, p. 80 y sgtes. (1958).

¹¹⁷ Cfr. GERBER, Scott Douglas, "Deconstructing William Cushing", en GERBER, *Seriatim...*, p. 114.

¹¹⁸ Cfr. 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", en *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 2, N° 5, p. 437 y sgtes. (1917).

¹¹⁹ GRINNELL, "The Anti-Slavery...", pp. 439/442.

tuando como juez de circuito. El 28 de abril de 1791, en un caso no reportado, 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 Unidos¹²⁰. 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”¹²¹. A los pocos días, en el caso “*Barnes v. West*”, Cushing, Jay y el juez Henry Marchant declararon inconstitucional una ley del estado de Rhode Island que habilitaba la emisión de papel moneda para el pago de deudas en ese estado, 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”¹²². Ese caso, a su vez, dio origen a la primera audiencia oral de la Suprema Corte en su historia que en el caso “*West v. Barnes*”¹²³ desechó por cuestiones técnicas la apelación de la parte derrotada en la corte de circuito. Finalmente, en

¹²⁰ Cfr. O'BRIEN, William, S.J., “Justice William Cushing and the Treaty-Making Power”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, pp. 360/361 (1957).

¹²¹ 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.

¹²² Al respecto, ver O'BRIEN, William, S.J., “The Pre-Marshall Court and the Role of William Cushing”, en *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 43, N° 1, pp. 54/55 (1958).

¹²³ 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.

el caso “Cooper v. Telfair”, 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”¹²⁴.

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 1810¹²⁵. De las designaciones de Washington en la Suprema Corte, la de Cushing sería la más duradera. De hecho, fue el último juez designado por el primer presidente de los Estados Unidos en dejar el Alto Tribunal¹²⁶. Tal como sostiene Gerber, Cushing contribuyó claramente en el desarrollo de la *judicial review*¹²⁷.

(ix) Las convenciones estatales de ratificación

Un repaso de 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:

“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”¹²⁸.

- Convención de Ratificación del estado de Virginia: En la Convención reunida en Richmond en junio de 1788, trazando un paralelo

¹²⁴ “Cooper v. Telfair”, 4 U.S. (4 Dall.) 14, p. 20 (1800).

¹²⁵ Durante su carrera como juez en la Suprema Corte, Cushing se apejó 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).

¹²⁶ MARCUS y PERRY, *The Documentary History...*, Tomo I – Parte I, p. 26.

¹²⁷ GERBER, “Deconstructing...”, p. 114.

¹²⁸ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo II, p. 131.

entre la firme actuación de los jueces estatales con la de los futuros jueces del Poder Judicial federal, Patrick Henry planteó:

“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”¹²⁹.

Para contestar una pregunta retórica acerca de quién determinaría el alcance de los poderes del Congreso federal, el convencional George Nicholas respondió:

“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 [...]”¹³⁰.

El propio John Marshall afirmó en esa misma 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”¹³¹.

Frente a los cuestionamientos de algunos delegados que afirmaban que los jueces federales serían indulgentes con las autoridades federales, 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 fe-

¹²⁹ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 325.

¹³⁰ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 443.

¹³¹ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 553.

deral, 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”¹³².

- Convención de Ratificación del estado de Carolina del Norte: En la primera Convención reunida en Hillsborough en julio de 1788¹³³, 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 Constitución, los jueces independientes no las convalidarán, ni la gente las obedecerá. Se producirá una resistencia universal”¹³⁴.

Cabe recordar que los convencionales del estado de Carolina del Norte conocían perfectamente el precedente sentado en “Bayard v. Singleton”, decidido apenas unos meses 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 constitucionalidad¹³⁵. 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

¹³² ELLIOT, *The Debates...*, Tomo III, p. 554.

¹³³ 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.

¹³⁴ ELLIOT, *The Debates...*, Tomo IV, p. 71.

¹³⁵ Cfr. PRAKASH, Saikrishna B. y YOO, John C., “The Origins of Judicial Review”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, p. 956 (2003).

Suprema Corte Wilson y Ellsworth, fueron publicados y discutidos en decenas de diarios a lo largo de varios estados¹³⁶.

II.2. Los jueces no se autoasignaron la *judicial review*

(i) Las novedades institucionales

Un aspecto adicional y muy importante a tener en cuenta es la conciencia que todos tenían acerca de la novedad que estaban introduciendo en el mundo de las instituciones al reconocer el carácter de norma jurídica fundamental a una constitución escrita. En todas las justificaciones al control judicial de constitucionalidad se expone el deber (no el poder) de los jueces de aplicar la constitución escrita como norma jurídica superior a cualquier ley que sancione el poder legislativo. Y también que ese carácter jurídico superior de la constitución tiene que ver con la idea de imponer límites a todo el gobierno federal, especialmente al legislador. La constitución se convierte así en la ley que gobierna a aquellos que gobiernan¹³⁷.

Esta novedad en cuanto a la constitución era constantemente remarcada en los Estados Unidos, en especial para contrastarla con el ejemplo de Gran Bretaña. Madison lo expresa muy bien en *El Federalista* N^o. 53:

“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,

¹³⁶ PRAKASH Y YOO, “The Origins of Judicial Review”, pp. 965/974.

¹³⁷ Cfr. BARNETT, Randy E., *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*, Broadside Books, Nueva York, 2016, p. 23.

han cambiado por medio de actos legislativos algunos de los artículos más fundamentales del gobierno. [...] *Donde no existiese, ni pudiera existir una Constitución superior al gobierno, no habría modo de buscar una garantía constitucional semejante a la establecida en los Estados Unidos*¹³⁸.

En idéntico sentido, en el Capítulo XI de sus *Lectures on Law*, James Wilson explicaba:

“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”¹³⁹.

Lo propio ocurre con el voto del *Justice William Paterson* en el caso “*Vanhorne’s Lessee v Dorrance*” de 1795:

“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 [...] no hay una constitución escrita, *ninguna ley fundamental*, nada visible, nada real, nada cierto, por el cual una ley pueda ser evaluada”¹⁴⁰.

Es evidente que, ya desde el momento de la revolución, se impuso en los Estados Unidos la idea acerca del rol normativo y jurídicamente superior que tenía la constitución escrita sancionada por el pueblo. Tal como explica Casto, en los Estados Unidos

“las constituciones escritas se adoptaron como limitaciones expresas a la teoría y práctica inglesa de la omnipotencia legislativa. Esta distinción entre constituciones escritas y no escritas no era simplemente una cuestión de forma. En el caso de una constitución no escrita, la aprobación del pueblo tenía que inferirse de una larga costumbre y aceptación. Por el contrario, el proceso de reducir una propuesta constitucional por escrito y obtener su aprobación positiva por parte de los representantes del pueblo al ratificar las convenciones estableció claramente la legitimidad de una constitución.

¹³⁸ HAMILTON, MADISON y JAY, *The Federalist...*, N° 53, pp. 335/336. Énfasis agregado.

¹³⁹ HALL, *Collected Works of James Wilson*, Tomo I, pp. 718/719.

¹⁴⁰ 2 U.S. 304, p. 308. Énfasis agregado.

A diferencia de las inferencias extraídas de la costumbre, las limitaciones expresas de una constitución escrita tenían una procedencia soberana directa y obvia”¹⁴¹.

Algo similar ocurrió con el carácter de límite que este concepto específico y nuevo de constitución tenía para el gobierno federal, en especial para el Congreso. Ese límite al poder legislativo, al que se consideraba una criatura de la constitución a la cuál debía su autoridad para legislar, significaba otro cambio radical para la época. En este punto, los revolucionarios norteamericanos seguían a Emer de Vattel que había anticipado esta postura en 1760¹⁴². 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 expresos el poder para cambiarlas. Porque la constitución debe tener estabilidad [...] y es de la constitución que esos legisladores derivan su poder: ¿cómo pueden cambiarla sin destruir la base de su propia autoridad?”¹⁴³.

A partir de esa clara premisa constitucional es que, diferenciándose de Gran Bretaña, la soberanía fue trasladada desde el poder legislativo a la constitución¹⁴⁴. 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 dis-

¹⁴¹ CASTO, “James Iredell...”, pp. 333/334.

¹⁴² Acerca de la influencia de de Vattel, ver FENWICK, Charles G., “The Authority of Vattel”, *The American Political Science Review*, Vol. 7, N° 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”.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ Cfr. LEONARD, Gerald, “Iredell Reclaimed: Farewell to Snowiss’s History of Judicial Review”, en *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, p. 881 (2006).

puestos a unirse en los mismos lazos sociales; exhibiendo así un fenómeno político desconocido en épocas anteriores. ... Este precedente memorable fue seguido pronto por un número mucho mayor de estados en la unión, y abrió el camino hacia ese instrumento, por el cual la unión de los estados confederados se ha completado desde entonces, y en el que, como intentaremos mostrar en lo sucesivo, la soberanía del pueblo y la responsabilidad de sus servidores son principios establecidos de manera fundamental e inequívoca; en el que se definen los poderes de las diversas ramas del gobierno, y el exceso de ellos, tanto en la *legislatura*, como en las *otras* ramas, encuentra límites, que no pueden transgredirse sin ofender a ese poder mayor de quien toda autoridad se deriva entre nosotros; a saber, el PUEBLO¹⁴⁵.

Ese concepto nuevo de constitución con sus características peculiares de ser expresión de la soberanía del pueblo, de ser escrita, de tener el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía directamente 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), así como de imponer límites precisos al gobierno, especialmente al poder legislativo, se combinó con el deber que tenían los jueces bajo el *Common Law* de decidir los casos y controversias correspondientes a su jurisdicción de acuerdo al derecho vigente¹⁴⁶. Desde esta perspectiva, primero a nivel local y luego a nivel federal, la aplicación de la constitución como máxima norma del orden jurídico pasó a ser un aspecto más del deber general que tenían que cumplir habitualmente los jueces a la hora de decidir casos. Así, esta novedad institucional derivó en el rol ordinario para todos los jueces que se encontraran frente a una ley que contradijera la constitución, sea local o federal, de invalidarlas en el caso concreto a través de una declaración de inconstitucionalidad¹⁴⁷. Por eso es que, tal como explica Schwartz, no hubo necesidad de mencionar ese rol de los jueces específicamente

¹⁴⁵TUCKER, 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.

¹⁴⁶ Sobre este último punto, es de consulta obligada: HAMBURGER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

¹⁴⁷ ALTHOUSE, Ann, "The Historical Ordinarity of Judicial Review", en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1123 (2010).

en la constitución sancionada en Filadelfia en 1787. El motivo es sencillo: el control judicial de constitucionalidad era considerado y aceptado por la tradición jurídica estadounidense de la época como una parte esencial del derecho vigente¹⁴⁸. Y, por eso, se lo consideraba incluido dentro de las atribuciones propias de la función judicial¹⁴⁹. 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.

(ii) New Hampshire y la “Ten Pound Act”

Esa concepción de 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. Cabe recordar que ninguna de las constituciones 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 estado¹⁵⁰. Por el contrario, dado que lo que hoy conocemos como el control judicial de constitucionalidad era considerado como parte de los deberes correspondientes al ejercicio de su función judicial, los jueces estatales así lo hicieron en numerosas ocasiones¹⁵¹, algunas de las cuáles ya expuse en este trabajo. La más

¹⁴⁸ Cfr. SCHWARTZ, Bernard, *A Commentary on the Constitution of the United States*, Tomo I, The Macmillan Co., New York, 1963, p. 17.

¹⁴⁹ Así lo confirma también Farrand: “Not a word in all this of that great power exercised by the federal courts to declare laws null and void if they are in contravention to the constitution. This power has been the subject of much dispute, and many have looked in vain in the proceedings of the convention for the authority to exercise any such power. The difficulty is easily solved. The question did not come up in connection with the discussion of the jurisdiction of the federal courts. At different times in the sessions of the convention, however, it was proposed to associate the federal judges with the executive in a council of revision or in the exercise of the veto power. At those times it was asserted over and over again, and by such men as Wilson, Madison, Gouverneur Morris, King, Gerry, Mason and Luther Martin that the federal judiciary would declare null and void laws that were inconsistent with the constitution. In other words, it was generally assumed by the leading men in the convention that this power existed” (FARRAND, *The Framing of...*, pp. 156/157).

¹⁵⁰ Cfr. 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).

¹⁵¹ Para TREANOR, uno de los principales estudiosos de la materia, fueron por lo menos 38 casos

llamativa, y tal vez la menos conocida, sucedió en el estado de New Hampshire entre 1786 y 1787. Aunque se trata de un episodio en general poco estudiado, lo cierto es que la *Inferior Court of Common Pleas* del condado de Rockingham en New Hampshire declaró inconstitucional en reiteradas oportunidades una ley de 1785 que contradecía la Constitución estatal¹⁵². Y, como explicaré a continuación, los jueces hicieron esas declaraciones de inconstitucionalidad en por lo menos 6 casos distintos, aún bajo presiones de diversa índole y la amenaza de ser removidos a través de un *impeachment*¹⁵³.

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 1784¹⁵⁴, 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” en 1785¹⁵⁵. Esta ley permitía que los jueces de paz pudieran decidir de forma rápida ciertos casos civiles de un valor de hasta 10 libras. A su vez, los jueces de paz podían resolver los casos sin condenar a la parte vencida a pagar los costos

y no los escasos seis o siete que la doctrina solía citar (TRENOR, “Judicial Review...”, p. 458). 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 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, *A Distinct Judicial Power...*, p. 222 y sgtes.).

¹⁵² 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 (Cfr. VAN LOAN, “Ten Pound Acts...”, p. 35).

¹⁵³ 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).

¹⁵⁴ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, pp. 109/115.

¹⁵⁵ La ley denominada “An Act for the Recovery of Small Debts in an Expeditious Way and Manner” fue sancionada el 9 de noviembre de 1785 (GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, pp. 117/118).

del reclamo¹⁵⁶. 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 revolucionaria¹⁵⁷. La ley abarataba 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. El problema se planteó a los pocos meses de sancionada la ley ya 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 sagrado¹⁵⁸. 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 1692¹⁵⁹. Los reclamos patrimoniales por encima de ese monto exiguo se resolvían tradicionalmente a través del juicio por jurados y en la *Inferior Courts of Common Pleas* de cada condado.

Apenas seis meses después de sancionada, la *Inferior Court of Common Pleas* del condado de Rockingham declaró inconstitucional 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 Sherburne, un abogado local que cuestionó la sentencia de un juez de paz que condenaba a su cliente a pagar. El argumento de Sherburne era que la “Ten Pound Act” contravenía la letra y el espíritu de la Constitución estatal de 1784, 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

¹⁵⁶ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, pp. 117/118.

¹⁵⁷ LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, p. 38.

¹⁵⁸ “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” (POORE, Benjamin Perley, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the United States*, 2^{da}. ed., Tomo II, Government Printing Office, Washington, 1878, p. 1282).

¹⁵⁹ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 118.

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 Court of Common Pleas* de cada condado. Presentada la apelación ante el tribunal del condado de Rockingham, sus cuatro jueces aceptaron el planteo constitucional y repitieron al pie de la letra ese argumento a la hora de declarar la inconstitucionalidad de la ley¹⁶⁰.

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 pueblo¹⁶¹. A partir de argumentos similares, los jueces Nathaniel Folsom, Timothy Walker, Jr., Abiel Foster y John Calfé de la *Inferior Court of Common Pleas* del condado de Rockingham resolvieron que la “Ten Pound Act” era manifiestamente contraria a la constitución del estado. 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 tribunal¹⁶².

¹⁶⁰LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, p. 41.

¹⁶¹LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, p. 44.

¹⁶² Todos los casos fueron documentados a partir de archivos oficiales por Richard Lambert quien da cuenta de la posible existencia de por lo menos cinco casos más, no solo en el con-

Las decisiones de los jueces del condado de Rockingham no pasaron desapercibidas. 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 estatal¹⁶³. En algunos casos, pidieron directamente la remoción de los jueces a través de un *impeachment*¹⁶⁴. En medio de ese conflicto, en noviembre de 1786, el tribunal declaró inconstitucional la “Ten Pound Act” en un sexto caso: “Young v. Davis”. Tal como sostiene Hamburger, en los “Ten Pound Cases” los jueces de tribunales inferiores “declararon inconstitucional de forma repetida una ley y esto es revelador. Sugiere que lejos de ejercer lo que consideraban un poder sobre la legislación, [esos jueces] simplemente entendieron que estaban cumpliendo con su deber”¹⁶⁵. Sin embargo, en diciembre de 1786, la Cámara Baja de la legislatura aprobó dos resoluciones reafirmando la constitucionalidad de la “Ten Pound Act” y declarando que las sentencias del tribunal del condado de Rockingham eran nulas. Posteriormente, se decidió analizar la apertura de un proceso de remoción de todos los jueces y se constituyó un comité para estudiar el caso. Ese comité, finalmente, 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 removidos por la causal de mal desempeño (“mal-administration”)¹⁶⁶. Al día siguiente, la Cámara Baja terminaría aprobando una votación para derogar la “Ten Pound Act” rápidamente apoyada por el Senado.

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 Filadelfia¹⁶⁷.

dado de Rockingham, sino también en el de Strafford (LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, pp. 40/47).

¹⁶³ La legislatura estatal estaba dividida en una Cámara Baja y un Senado.

¹⁶⁴ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 120.

¹⁶⁵ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 435.

¹⁶⁶ LAMBERT, “The ‘Ten Pound Act’ Cases...”, p. 50.

¹⁶⁷ GERBER, *A Distinct Judicial Power...*, p. 122.

II.3. “Marbury v. Madison” no fue el primer caso en que un tribunal ejerció el control de constitucionalidad sobre una ley federal en los Estados Unidos. Tampoco el primero en que se declaró la inconstitucionalidad de una ley federal en ese país.

Por supuesto, que 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 1790¹⁶⁸, incluido el propio Marshall, o que casi todos los *Justices* que actuaron en la Suprema Corte antes de la llegada del célebre *Chief Justice* al tribunal en 1801, defendieran el deber de invalidar leyes que contradigan la constitución solo permite corregir el mito acerca de su autoría. Lo propio ocurre con la existencia de numerosos precedentes judiciales a nivel estadual 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 constitucionalidad¹⁶⁹. Sin embargo, nada de esto quitaría mérito a su decisión en “Marbury v. Madison”: seguiría siendo la primera sentencia en que se declaró 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 no le reconoció expresamente, pero que todos entendían como necesaria. Esta variante del mito tampoco funciona. Nuevamente estamos frente a una afirmación errónea, que los hechos históricos desmienten.

El estudio del período anterior al ingreso de John Marshall a la Suprema Corte no generó el mismo entusiasmo entre académicos de diversas disciplinas¹⁷⁰. Sin embargo, es indispensable para verificar si, efectivamente, “Marbury v. Madison” fue el primer caso en que un tri-

¹⁶⁸ Delaware fue el primero de los trece estados originales en ratificar la Constitución. Rhode Island, que no participó de la Convención de Filadelfia en 1787, el último.

¹⁶⁹ 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*, N° 147/148, p. 153 [2016]).

¹⁷⁰ Cfr. WEXLER, Natalie, “In the Beginning: The First Three Chief Justices”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, pp. 1373/1374 (2006).

bunal 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 el 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 oficialmente¹⁷¹. 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 estrado¹⁷². Por eso, conforme la costumbre imperante, hasta por lo menos el año 1800, las decisiones escritas de la Corte eran la excepción, no la regla¹⁷³.

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 actual. 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 fallo¹⁷⁴. Dallas reconstruyó, precisamente, el período corres-

¹⁷¹ Al respecto, ver JOYCE, Craig, “The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy”, en *Michigan Law Review*, Vol. 83, p. 1291 (1985).

¹⁷² JOYCE, “The Rise...”, p. 1298.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ Cfr. 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 re-

pondiente entre 1791 y el año 1800¹⁷⁵. 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”¹⁷⁶.

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 1898¹⁷⁷. 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 1964¹⁷⁸. A pesar de las limitaciones referidas, se pueden mencionar los siguientes casos:

portero 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.

¹⁷⁵ “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).

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ Cfr. BROWNING, James R. y GLENN, Bess, “Supreme Court Collection at the National Archives”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 4, N° 3, p. 243 (1960).

¹⁷⁸ SURRENCY, Edwin C. (editor), “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, N° 1, p. 67 (1961).

(i) La *Invalid Pensions Act* llega a tribunales: 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*”.

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 invalidez¹⁷⁹. El artículo 2 de la ley había dispuesto que las cortes federales de circuito recibieran los pedidos para acceder al beneficio en los diversos estados. Hay que recordar que, a pesar de no estar previsto en la Constitución, 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 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 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

¹⁷⁹ 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”).

permanecer al menos cinco días en cada circuito para poder recibir y atender los reclamos¹⁸⁰. Finalmente, el artículo 4 de la ley establecía que las decisiones 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 Congreso¹⁸¹.

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 tanto él como el *Justice* John Blair dudaban fuertemente acerca de la constitucionalidad de la *Invalid Pensions Act*¹⁸².

¹⁸⁰ “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”.

¹⁸¹ “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).

¹⁸² 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, 1/2/2021).

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 inconstitucional¹⁸³. Los jueces del tribunal dieron sus argumentos de forma oral desde el estrado¹⁸⁴.

La decisión de la Corte de Circuito no pasó desapercibida. En la sesión del 13 de abril de 1792 en la Cámara de Representantes, 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”¹⁸⁵.

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 había despertado la atención del público y la inquietud de quienes deseaban que el Congreso no fuera controlado¹⁸⁶.

Los diarios de la época también recalcaron la importancia de la decisión¹⁸⁷. El *National Gazette* de Filadelfia, por ejemplo, en su edición del 16 de abril de 1792, publicó lo siguiente:

¹⁸³ La fecha surge del facsímil del escueto reporte del secretario del juzgado, Samuel Caldwell, que se transcribe en MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, 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, “John Blair...”, pp. 167/169).

¹⁸⁴ Cfr. MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, p. 35.

¹⁸⁵ *Annals of Congress*, Vol. 3, p. 557 (1792).

¹⁸⁶ 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).

¹⁸⁷ Cfr. WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History*, Tomo I (1789-1821), Little, Brown & Co., Boston, 1922, p. 72 y sgtes.

“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 suponga una afectación de los derechos constitucionales de los individuos o de los estados serán sometidas, oportunamente, a revisión...”¹⁸⁸.

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 de un miembro del Poder Ejecutivo y, eventualmente, del Congreso. Finalmente, el deber

¹⁸⁸ *National Gazette*, Vol. I, N^o. 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, 1/2/2021). 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).

de los jueces independientes de aplicar la Constitución como norma suprema, tal como surge del juramento al asumir sus funciones¹⁸⁹.

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”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ 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 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).

¹⁹⁰ Cfr. MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, pp. 54/55. La

Los otros jueces de la Suprema Corte, especialmente James Iredell, también cuestionaban la constitucionalidad de la ley federal por motivos similares¹⁹¹. 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 Circuito, pero aclarando que no lo hacían en su condición de jueces, sino como “comisionados”¹⁹².

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 sentado¹⁹³. Inmediatamente, el *Attorney General* informó a la Suprema Corte que se presentaría a solicitarle que, de oficio, emitiera una orden (*writ of man-*

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).

¹⁹¹ Iredell enviaría una nota al presidente Washington el 8 de junio de 1792 (ver 2 U.S. (2 Dall.), pp. 412/414).

¹⁹² Cfr. MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo II – The Justices on Circuit, 1790-1794, 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).

¹⁹³ 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 Annulling 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, 1/2/2021).

damus) a esos jueces de circuito para aplicar la ley federal a pesar de la decisión que habían tomado¹⁹⁴.

La presentación se hizo en sucesivas audiencias, la última de ellas el viernes 10 de agosto de 1792¹⁹⁵. Al día siguiente, en el “Hayburn’s case”¹⁹⁶, antes de permitir a Randolph argumentar que la decisión de la Corte de Circuito de Pensilvania era incorrecta y que había que 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. Frente a esta negativa, Randolph insistió y se presentó nuevamente el mismo día, pero ahora, en representación del propio Hayburn¹⁹⁷. 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 1793¹⁹⁸. 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 caso¹⁹⁹. 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 1793²⁰⁰. 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.

¹⁹⁴ Cfr. SURRENCY, Edwin C. (editor), “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, N° 2, p. 167 (1961).

¹⁹⁵ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, N° 2, p. 170.

¹⁹⁶ “Hayburn’s case”, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).

¹⁹⁷ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, N° 2, pp. 171/172.

¹⁹⁸ 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).

¹⁹⁹ 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).

²⁰⁰ 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”).

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. De hecho, así lo hizo Iredell durante un tiempo²⁰¹. Sin embargo, James Wilson, el impulsor de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte de Circuito de Pensilvania, nunca dio el brazo a torcer²⁰². Como explica Maeva Marcus, “Wilson se mantuvo firme en su creencia en la teoría del control judicial de constitucionalidad y no hizo intento alguno para encontrar la forma de hacer cumplir el objeto ‘benevolente’ de la *Invalid Pensions Act*”²⁰³.

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 Constitución²⁰⁴. 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”²⁰⁵. Lo propio hace Charles Warren en su célebre historia sobre la Suprema Corte de los Estados Unidos²⁰⁶. 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 Unidos²⁰⁷. A instancias, especialmente, de la férrea voluntad de James Wilson.

²⁰¹ Cfr. TREANOR, “Judicial Review...”, p. 536, n. 419.

²⁰² 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, *Life...*, Tomo II, p. 361. Énfasis en el original).

²⁰³ MARCUS, “Wilson as a Justice”, p. 157, n. 52.

²⁰⁴ TUCKER, St. George, “Appendix...”, p. 5.

²⁰⁵ FARRAND, Max, “The First Hayburn Case, 1792”, en *The American Historical Review*, Vol. 13, N.º 2, p. 285 (1908).

²⁰⁶ 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”).

²⁰⁷ 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, *Tratado...*, Tomo III, p. 346).

(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 derogó los artículos 2, 3 y 4 de la ley de 1792. La ley de 1793 reguló exhaustivamente el tipo de pruebas a presentar a los 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 palabra²⁰⁸. 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”²⁰⁹. 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

²⁰⁸ “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”.

²⁰⁹ Luego de aclarar que ninguna persona que no estuviera en el listado de pensionados con anterioridad a la sanción de la nueva 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).

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 circuito²¹⁰.

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*”²¹¹ y “*United States v. Yale Todd*”²¹², dos casos no reportados de 1794, la Suprema Corte declararí­a por primera vez la inconstitucionalidad de una ley federal²¹³.

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

²¹⁰ 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 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”).

²¹¹ Los pormenores del caso fueron reconstruidos en SHERMAN, Gordon E., “The case of John Chandler v. The Secretary of War”, en *Yale Law Journal*, Vol. 14, p. 431 (1905).

²¹² Al respecto, ver RITZ, Wilfred J., “United States v. Yale Todd (U.S. 1794)”, en *Washington and Lee Law Review*, Vol. 15, p. 220 (1958).

²¹³ Ambos casos fueron tratados en instancia originaria en la Suprema Corte.

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 1802²¹⁴. Se conservan también las publicadas por *The American Journal of Legal History* en 1961²¹⁵. 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”²¹⁶. En el Archivo Nacional en Washington, D.C. se conservan ocho páginas referidas al caso²¹⁷.

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*²¹⁸. 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, no había sido aun incluido en la lista de beneficiarios. Luego de escuchar los argumentos de Chandler en dos audiencias consecuti-

²¹⁴ *Annals of Congress*, Vol. 11, pp. 903/904 (1802). 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”. En esa oportunidad, también se discutió acerca del control judicial de constitucionalidad.

²¹⁵ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, N° 2, pp. 188/193.

²¹⁶ 54 U.S. (13 How.) 40 (1852).

²¹⁷ Cfr. 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).

²¹⁸ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, N° 2, pp. 188/189.

vas²¹⁹, y de considerar tanto la ley de 1792 como la de 1793, la Corte rechazó el planteo el 14 de febrero de 1794²²⁰.

De acuerdo a la reconstrucción parcial que pudo hacer Walter Ritz en los archivos de la propia Corte en 1958²²¹, 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 Todd²²², 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.

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 pensionados²²³. 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 1792²²⁴.

²¹⁹ SURRENCY, “The Minutes...”, Vol. 5, N° 2, p. 190 y p. 192.

²²⁰ “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 Congress*, Vol. 11, p. 904).

²²¹ La copia certificada del reporte del caso por parte de Taney se encuentra en el Archivo Nacional en Washington, D.C. (Cfr. RITZ, “United States...”, p. 220. La minuta del caso se transcribe en el artículo en cuestión en las páginas 227 a 231).

²²² 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 210.

²²³ MARCUS, *The Documentary History...*, Tomo VI – Cases: 1790-1795, pp. 378/380.

²²⁴ 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 con-

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”²²⁵. El 21 de febrero de 1794, Knox notificó a ambas cámaras del Congreso²²⁶. 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. Allí ordenó al Secretario de Guerra a incluir 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”²²⁷. Los jueces federales pasarían así a dejar de tener cualquier tipo

ferred 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).

²²⁵ 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”).

²²⁶ 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 (idem).

²²⁷ 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

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 Congreso²²⁸. 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, lo cierto es que 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 otorgar 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.

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 [...]”.

²²⁸ Ver, por ejemplo, SHERMAN, “The case of John Chandler...”, pp. 437/438 (Chandler); RITZ, “United States...”, p. 227 (Yale Todd); DIONISOPOULOS y PETERSON, “Rediscovering...”, p. 72 (Chandler); 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.

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 Corte²²⁹. 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 fundacionales²³⁰. 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.

(iii) “Hylton v. United States” (1796)

Dos años después, en el caso “Hylton v. United States”²³¹ se cuestionó la constitucionalidad de la *Carriage Act* sancionada el 5 de junio de 1794²³². 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 se habían 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 Constitución²³³.

El nuevo impuesto encontró una rápida resistencia en algunos estados, especialmente en Virginia. Dos jueces de la corte estatal, Ed-

²²⁹ 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.

²³⁰ 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.

²³¹ 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

²³² 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).

²³³ Ver sesión de la Cámara de Representantes del 29 de mayo de 1794, en *Annals of Congress*, Vol. 4, pp. 729/730 (1794). 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”.

mund Pendleton y Spencer Roane, se negaron a pagarlo. Dadas las dudas de Alexander Hamilton 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.

Daniel Lawrence Hylton fue la persona elegida para ser demandado por los Estados Unidos ante la Corte de Circuito de Virginia²³⁴. 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, Cláusula 3 de la Constitución de 1787²³⁵. 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 libre²³⁶.

A pesar de no estar reportado, en el caso “United States v. Hylton”²³⁷, 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 la ley federal inconstitucional²³⁸.

²³⁴ 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. 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).

²³⁵ En su parte pertinente, el Artículo I, Sec. 2, Cl. 3 de la Constitución de 1787 dice: “*Los representantes y los impuestos directos se prorratarán entre los distintos estados que formen parte de esta Unión, de acuerdo con su población respectiva...*”.

²³⁶ Cfr. FRANKEL, Robert P., “Before Marbury: Hylton v. United States and the Origins of Judicial Review”, en *Journal of Supreme Court History*, Vol. 28, p. 6 (2003).

²³⁷ “United States v. Hylton” (C.C.D. Va. 1795).

²³⁸ Cfr. FISH, Peter Graham, *Federal Justice in the Mid-Atlantic South: United States Courts*

Temiendo que esa decisión pudiera afectar su posibilidad de ocupar una futura vacante en la Suprema Corte, Griffin enviaría una carta al presidente Washington en la que, entre otras cosas, le explicaría que “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”²³⁹.

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 1796²⁴⁰. 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 impuesto²⁴¹. Entre los abogados del gobierno federal estaba Alexander Hamilton, que buscaba que la Corte convalidara la constitucionalidad del impuesto. 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 2, Cláusula 3, ni el Artículo I, Sección 9, Cláusula 3 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?

from Maryland to the Carolinas, 1789-1835, Duke University, Administrative Office of the United States Courts, Washington, D.C., 2002, p. 37.

²³⁹ 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.

²⁴⁰ SURRENCY, 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).

²⁴¹ 3 U.S. (3 Dall.), p. 172.

Si se trata de un impuesto directo, es inconstitucional, ya que se ha establecido de conformidad con la regla de uniformidad y no con la regla de distribución [en proporción a la población de cada estado]²⁴². 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 constitucionalidad²⁴³. 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 impuesto²⁴⁴.

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 lo reconocieron expresamente²⁴⁵. De hecho, se trata del primer caso reportado de control de constitucionalidad de una ley del Congreso por parte de la Corte²⁴⁶.

(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 Corte. De hecho, Chase había mantenido una postura antifederalista en relación con la Constitución de 1787²⁴⁷. 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.

²⁴² 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).

²⁴³ 3 U.S. (3 Dall.), p. 175.

²⁴⁴ 3 U.S. (3 Dall.), pp. 183/184.

²⁴⁵ FRANKEL, "Before *Marbury*...", p. 11.

²⁴⁶ Cfr. 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) (WHITTINGTON, ob. cit, p. 72).

²⁴⁷ Al respecto, ver HAW, James, "Samuel Chase's 'Objections to the Federal Government'", en *Maryland Historical Magazine*, Vol. 76, N° 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*”, 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 nula²⁴⁸. En esta opinión, Chase enfatizó que la Constitución constituía un límite al legislador. Posteriormente, en “*United States v. Callender*”²⁴⁹, 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”.

Chase vinculó también el control judicial de constitucionalidad con el juramento de defender la Constitución previsto en el Artículo VI, Sección 3 y el mecanismo de reforma de la Constitución previsto en el Artículo V:

²⁴⁸ 3 U.S. (Dall.) 386, p. 388 (1798). Énfasis en el original.

²⁴⁹ 25 F. Cas. 239, N.º. 14, 709 (C.C. Va.) (1800).

“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”.

Chase concluyó que solamente el poder judicial podía ejercer el control de constitucionalidad de las leyes²⁵⁰:

“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 alguna ley sancionada por el Congreso (o cualquiera de las legislaturas estatales) es contraria a, o se sanciona en violación de, la constitución federal. [...] 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”²⁵¹.

²⁵⁰ 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”, en *William and Mary Law Review*, Vol. 43, p. 1507 [2002]).

²⁵¹ 25 F. Cas., p. 256. En esa misma página están todas las expresiones de Chase citadas.

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. Su absolución tuvo un gran impacto en la consolidación de la independencia del poder judicial, y por ende en la del control judicial de constitucionalidad²⁵². Ejerció el cargo de *Justice* hasta su muerte el 9 de junio de 1811.

(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 la Enmienda XI había sido ratificada por la cantidad de estados requerida por la Constitución para poder entrar en vigencia²⁵³. Esa enmienda constitucional había sido impulsada para revertir la decisión de la Suprema Corte en el caso “Chisholm v. Georgia”²⁵⁴, que reconoció la competencia originaria de la Corte en los casos en que un ciudadano de un estado había demandado a otro estado. Unas semanas después del anuncio de la entrada en vigencia 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”²⁵⁵, 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 con-

²⁵² 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.

²⁵³ *Annals of Congress*, Vol. 8, p. 809 (1798). 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”.

²⁵⁴ 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

²⁵⁵ 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798).

sideración de la Enmienda de la Constitución relacionada con los juicios contra los Estados, no tiene jurisdicción sobre esta causa”²⁵⁶. En el caso “Hollingsworth” y en el caso “Moultrie” la minuta, además, agrega que “en consecuencia, la Corte considera que la ley sea desechada”²⁵⁷. En definitiva, en todos estos casos, la Corte aplicó retroactivamente la Enmienda XI e invalidó así el artículo 13 de la *Judiciary Act* de 1789 que había permitido esos reclamos entre ciudadanos de un estado contra otro estado²⁵⁸. 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 Constitución²⁵⁹.

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 vigente debido a la aprobación de la Enmienda XI²⁶⁰.

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

²⁵⁶ Cfr. 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, N.º 3, p. 267 (1963).

²⁵⁷ “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).

²⁵⁸ 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”.

²⁵⁹ TREANOR, “Judicial Review...”, p. 547.

²⁶⁰ CURRIE, David P., “The Constitution in the Supreme Court: 1789-1801”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 48, N.º 4, p. 842 (1981).

al Ejecutivo para su aprobación²⁶¹. 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”²⁶².

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”²⁶³.

(vi) El caso “*Mossman*” (1800)

Algunos autores incluyen al caso “*Mossman v. Higginson*”²⁶⁴ 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”²⁶⁵.

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 parte²⁶⁶. Esa

²⁶¹ 3 U.S., p. 379.

²⁶² 3 U.S., p. 381.

²⁶³ DELLINGER, Walter, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process”, en *Harvard Law Review*, Vol. 97, p. 403 (1983).

²⁶⁴ 4 U.S. 12 (1800).

²⁶⁵ WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, pp. 73/74.

²⁶⁶ 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

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 por un mercader británico de apellido Higginson en un tribunal federal de circuito para cobrar una vieja deuda. La demanda se había iniciado en un tribunal federal bajo 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, alegaron 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 extranjeros²⁶⁷. 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 forma²⁶⁸.

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 Constitución²⁶⁹. 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”²⁷⁰.

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).

²⁶⁷ 4 U.S., p. 13.

²⁶⁸ “[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, 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).

²⁶⁹ 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).

²⁷⁰ Cfr. GOLDMAN, Brian Taylor, “The Classical Avoidance Canon as a Principle of Good-Faith Construction”, *Journal of Legislation*, Vol. 43, N° 2, p. 182 (2017).

(vii) Conclusión

“Marbury” no fue el primer caso en que un tribunal federal controló la constitucionalidad de una ley del Congreso en los Estados Unidos. Tampoco el primero en que se declaró inconstitucional una ley del Congreso. De la revisión de los casos reseñados²⁷¹, 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 Constitución²⁷². A pesar de que en la actualidad se la sigue evocando 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 el caso como una decisión trascendente que hubiera creado un nuevo poder o decidido algo especialmente importante en relación con el rol de los jueces²⁷³. Incluso más de un siglo después, en su clásico estudio sobre la Corte, Warren lo denomina como “el caso del mandamus” (“the *mandamus* case”)²⁷⁴. Cabe tener en cuenta, además, que 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 federal²⁷⁵. Por ello, es que no llama la atención que parte de la doctrina moderna en los Estados Unidos afirme ahora que la famosa

²⁷¹Parte de la doctrina norteamericana incluye otros casos como el voto en disidencia de James Iredell en “United Sates v. Ravara” de 1793 (TREANOR, “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.

²⁷² Cfr. WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, p. 81.

²⁷³WHITTINGTON, Keith E., “Judicial Review Before the Civil War”, en *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, p. 1286 (2009).

²⁷⁴WARREN, *The Supreme Court...*, Tomo I (1789-1821), p. 231 y sgtes.

²⁷⁵ Se ha dicho, con razón, que “judicial review [...] was part of the legal spirit of the time” (SCHWARTZ, *A Commentary...*, Tomo I, p. 18).

sentencia de Marshall “es bastante menos importante de lo que comúnmente se supone”²⁷⁶.

II.4. “Dred Scott v. Sandford” no fue el segundo caso en que la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso

En algunas de sus variantes, el mito de “Marbury” va también acompañado de un cuestionamiento implícito: 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. Y cuando lo volvieron a hacer en 1857, ayudaron a desatar la Guerra Civil norteamericana.

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 constitucionalidad, es falsa. En un libro minucioso 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 contra mayoritario de la *judicial review*)²⁷⁷. Es decir que el ejercicio del control de constitucionalidad fue mucho más habitual en la época 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 Jackson²⁷⁸.

²⁷⁶ KLARMAN, Michael J., “How Great Were the “Great” Marshall Court Decisions?”, en *Virginia Law Review*, Vol. 87, p. 1113 (2001). Aclaro que no comparto todas las críticas que Klarman hace a la sentencia en sí.

²⁷⁷ WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, p. 62.

²⁷⁸ WHITTINGTON, “Judicial Review...”, p. 1268.

Si bien existe discusión sobre algunos de esos precedentes en los que la Corte ejerció el control judicial de constitucionalidad antes de “Dred Scott”²⁷⁹, lo cierto es que los casos fueron, como mínimo, más de 50²⁸⁰. 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 legislativa²⁸¹, con cuestiones impositivas²⁸², con problemas asociados al otorgamiento de tierras²⁸³, al derecho a ser juzgado mediante el juicio por jurados²⁸⁴, 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 Congreso²⁸⁵. Así lo hizo, por ejemplo, en materia de federalismo en el marco de disputas por tierra²⁸⁶, para proteger el derecho de propiedad²⁸⁷, para extender la jurisdicción federal en casos de almirantazgo²⁸⁸, para limitar el poder del Congreso sobre los nuevos estados²⁸⁹, etc.

Una vez más recorro a Whittington, quien afirma que: “La práctica de revisar la constitucionalidad de la legislación federal y sus apli-

²⁷⁹ Ver, por ejemplo, MAHONEY, Dennis J., “A Historical Note on *Hodgson v. Bowerbank*”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 49, p. 725 (1982).

²⁸⁰ El listado completo de esos casos se puede consultar en WHITTINGTON, “Judicial Review...”, pp. 1330/1331.

²⁸¹ 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).

²⁸² “*Loughborough v. Blake*”, 18 U.S. (5 Wheat.) 317 (1820).

²⁸³ “*Reynolds v. M’Arthur*”, 27 U.S. (2 Pet.) 417 (1829) y “*United States v. Percheman*”, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833).

²⁸⁴ “*Parsons v. Bedford*”, 28 U.S. (3 Pet.) 433 (1830) y “*United States v. Phelps*”, 33 U.S. (8 Pet.) 700 (1834).

²⁸⁵ WHITTINGTON, “Judicial Review...”, p. 1308.

²⁸⁶ “*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).

²⁸⁷ “*Lylte v. Arkansas*”, 50 U.S. (9 How.) 314 (1850).

²⁸⁸ “*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).

²⁸⁹ “*Benner v. Porter*”, 50 U.S. (9 How.) 235 (1850) y “*McNulty v. Batty*”, 51 U.S. (10 How.) 72 (1850).

caciones 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 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”²⁹⁰.

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 1857²⁹¹.

III. La construcción de la historia oficial en los Estados Unidos

A la luz de lo expuesto, llama la atención que el mito de “Marbury” se haya impuesto con tanta contundencia. Máxime cuando, 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 Congreso²⁹². 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

²⁹⁰ WHITTINGTON, “Judicial Review...”, p. 1325.

²⁹¹ Cfr. WHITTINGTON, *Repugnant Laws...*, p. 60.

²⁹² Cfr. CLINTON, Robert, “The Strange History of *Marbury v. Madison* in the Supreme Court of the United States”, en *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 8, pp. 28/33 (1989).

similar recién en 1887²⁹³. ¿Qué es lo que explica, entonces, su aparente irrelevancia durante ese período fundacional de la historia constitucional estadounidense?

En los libros o artículos de doctrina referidos a cuestiones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad que fueron publicados durante esos primeros años no se hace especial referencia a “Marbury”, sino que se lo menciona como un caso más en una saga que empieza antes de la sanción de la Constitución en 1787 y se mantiene a partir de “Hayburn”²⁹⁴. Y, en algunas publicaciones, directamente ni se lo menciona²⁹⁵. Además, hasta 1894, el ejercicio del deber de los jue-

²⁹³ 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). En casos anteriores, “Marbury” es citado por la Corte solamente en el contexto de cuestiones jurisdiccionales o de casos relacionados con un *writ of mandamus*. De hecho, como ya dije, Warren lo denomina como “The Mandamus Case” (WARREN, *The Supreme Court...*, Tomo I (1789-1821), p. 231 y sgtes.).

²⁹⁴ Entre otros, J.H.M., “The Power of the Judiciary to Declare an Act of Congress Void for Unconstitutionality”, en *The American Law Register*, Vol. 18, N° 10, p. 585 (1870); ELLIOT, Charles B., “The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional”, *Political Science Quarterly*, Vol. 5, N° 2, p. 224 (1890); etc.

²⁹⁵ 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”, en *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 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 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” (ob. cit., pp. 10/11), pero no “Marbury v. Madison”.

ces 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. Sin embargo, el año 1895 marca un cambio rotundo a partir del caso “Pollock”²⁹⁶, 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 ley²⁹⁷, la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley federal que había establecido el impuesto a las ganancias²⁹⁸. 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 estadounidense²⁹⁹. Es en el marco de las polémicas suscitadas en relación con el caso “Pollock” que comenzó a tomar cuerpo el mito de “Marbury”.

Uno de los principales impulsores del mito fue el gobernador del estado de Oregon, Sylvester Pennoyer³⁰⁰. Siendo todavía gobernador publicó en la *American Law Review* una crítica inusualmente dura contra la sentencia de la Suprema Corte³⁰¹. Allí denunció la existencia de una oligarquía judicial, planteó la necesidad de remover a los jueces

²⁹⁶ “Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Company”, 157 U.S. 429 (1895).

²⁹⁷ “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).

²⁹⁸ 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).

²⁹⁹ Ver, entre otros, LEWIS, William Draper, “The Constitutionality of the Income Tax”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, N.º 3, p. 189 (1895); FOWLER, Robert Ludlow, “The Origin of the Supreme Court Power in the Federal Constitution”, *American Law Review*, Vol. 30, N.º 5, p. 711 (1895); TIEDEMAN, Christopher G, “The Income Tax Decisions as an Object Lesson in Constitutional Construction”, en *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, N.º 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”, en *Michigan Law Journal*, Vol. 5, N.º 6, p. 183 (1896); etc.

³⁰⁰ Pennoyer había perdido una propiedad en un caso unos años antes en la Suprema Corte (ver “Pennoyer v. Neff”, 95 U.S. 714 [1878]).

³⁰¹ 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).

a través del *impeachment* y afirmó que la Corte había usurpado una facultad legislativa que la Constitución no le había otorgado³⁰². 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 tenía³⁰³. 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 ganancias³⁰⁴.

Si bien los ataques de Pennoyer fueron descalificados ya en la misma época como “absurdos e indefendibles”³⁰⁵, lo cierto es que la insistencia en ese tipo de tesis fue ganando terreno durante las primeras décadas del Siglo XX³⁰⁶. En un escenario de gran activismo judicial³⁰⁷, 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 federal³⁰⁸. Así, no solo el poder judicial y, en especial, la Suprema Corte, sino también la propia Constitución³⁰⁹, serían sometidos a una crítica

³⁰² PENNOYER, “The Income Tax...”, pp. 556/558.

³⁰³ PENNOYER, Sylvester, “The case of Marbury v. Madison”, *American Law Review*, Vol. 30, p. 188 (1896).

³⁰⁴ PENNOYER, “The case...”, pp. 201/202.

³⁰⁵ CARSON, Hampton L., “Judicial Power and Unconstitutional Legislation”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, p. 796 (1895).

³⁰⁶ Cfr. WATSON, Bradley C.S., *Living Constitution, Dying Faith. Progressivism and the New Science of Jurisprudence*, Isi Books, Wilmington, 2009.

³⁰⁷ No uso el término “activismo” de forma peyorativa. Coincido con Barnett que, en realidad, se trata de un “cliché” constitucional (BARNETT, Randy E., “Constitutional Clichés”, *Capital University Law Review*, Vol. 36, pp. 493/496 [2007]).

³⁰⁸ 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.

³⁰⁹ 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 sus intereses económicos. 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.

sistemática en esos años³¹⁰. Especialmente desde la escuela del realismo y del movimiento político e intelectual conocido como “the American progressivism”³¹¹. Esas críticas, a su vez, se dieron en medio de una incipiente discusión, entre muchas otras cosas³¹², acerca del conflicto entre “individualismo y socialismo”³¹³, de una revisión radical del concepto de libertad³¹⁴, de un intento de convertir a la Constitución en una constitución no de derechos, sino de poderes³¹⁵, de un cuestionamiento abierto a la idea de que el sistema constitucional estadounidense había instaurado un gobierno de leyes y no de hombres³¹⁶, y, en definitiva, de una discusión fundamental acerca de cuál

³¹⁰ El estudio más completo al respecto 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.

³¹¹ 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 fueron Oliver Wendell Holmes, Woodrow Wilson, Charles Beard, Karl Llewellyn, Max Lerner, Edward Corwin, John Dewey, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo y Louis D. Brandeis.

³¹² 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”, en *Studies in American Political Development*, Vol. 11, p. 191 (1997).

³¹³ TIEDEMAN, “The Income Tax...”, p. 82.

³¹⁴ SMITH, George H, *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, pp. 7/25.

³¹⁵ 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).

³¹⁶ 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., en *The Politics of Aristotle*, Tomo I, Oxford at the Clarendon Press, Londres, 1885, p. 98]), lo cierto es que en el mundo anglosajón

era el valor fundamental que debía proteger la Constitución: la libertad o la democracia³¹⁷.

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 redactó la Constitución de Massachusetts de 1780, cuyo artículo 30 receptó 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, N^o. 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” (Cfr. KENNEDY, Walter B. “Portrait of the New Supreme Court II”, en *Fordham Law Review*, Vol. 14, N^o. 1, p. 24 [1945]).

³¹⁷ Cfr. HORWITZ, Morton J., “The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism”, en *Harvard Law Review*, Vol. 107, p. 30 (1993).

En ese contexto, es en 1909 que aparece por primera vez 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 Unidos³¹⁸. El creador de esa expresión fue Edward Samuel Corwin³¹⁹, politólogo de la Universidad de Princeton y presidente de la *American Political Science Association*³²⁰. Corwin tuvo una gran influencia en diversos campos, especialmente en su defensa de la idea de la existencia de una “constitución viviente”³²¹, y sus constantes cuestionamientos al control judicial de constitucionalidad³²². De hecho, fue uno de los grandes impulsores del mito de “Marbury”³²³. Por eso, no es casual que la historiadora Mary Sarah Bilder concluya que “Marbury no inventó la *judicial review*. Esa hazaña le corresponde a Corwin”³²⁴.

Más allá de la influencia de Corwin, lo cierto es que quienes rechazaban esa *judicial review* continuaban denunciándola, de forma abierta o subrepticia, como una usurpación³²⁵. O la cuestionaban por ob-

³¹⁸ Cfr. BILDER, Mary Sarah, “Expounding the Law: Law and Judicial Duty”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1131 (2010).

³¹⁹ CORWIN, Edward S., “The Supreme Court and the Fourteenth Amendment”, en *Michigan Law Review*, Vol. 7, p. 660 y p. 670 (1909).

³²⁰ Corwin ingresó a Princeton invitado por Woodrow Wilson en 1905.

³²¹ Cfr. GILLMAN, “The Collapse...”, p. 235.

³²² Entre muchos otros, destaco: CORWIN, Edward S., “The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress”, en *Michigan Law Review*, Vol. 4, p. 616 (1906); “The Establishment of Judicial Review – Part I”, en *Michigan Law Review*, Vol. 9, p. 102 (1911); “The Establishment of Judicial Review – Part II”, en *Michigan Law Review*, Vol. 9, p. 283 (1911); etc. Corwin afirma, erróneamente, que “the establishment of judicial review gave the constitution the character of law” cuando, en realidad, es exactamente al revés (CORWIN, “The Establishment of Judicial Review – Part I”, p. 110). Y se refiere al control judicial de constitucionalidad como “a retarding agency” (ob. cit., p. 113).

³²³ Además de criticar 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 Congreso (CORWIN, “The Supreme Court...”, p. 625). Corwin también fue el creador de la leyenda acerca del carácter maniobra política magistral de la decisión: “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).

³²⁴ BILDER, “Expounding the Law...”, p. 1144.

³²⁵ Ver, entre muchos otros, TRICKET, William, “The Great Usurpation”, en *American Law Review*, Vol. 40, N.º 3, p. 356 (1906); BOUDIN, Louis B., “Government by Judiciary”, en *Political Science Quarterly*, Vol. 26, N.º 2, p. 238 (1911); etc.

soleta ya que, en teoría, el surgimiento de los entes administrativos empezaba a desplazar a los tribunales como mediadores entre el Estado y el individuo³²⁶. O, peor aún, al igual que había hecho Pennoyer, la seguían atacando por ser un ejemplo del comportamiento de una oligarquía judicial que defendía los intereses de empresarios inescrupulosos³²⁷.

Como explica Clinton, 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*”³²⁸. Es en este contexto que, 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. Es también en ese ambiente de constantes críticas a “*Marbury v. Madison*” que el senador Albert Beveridge publica en cuatro tomos la biografía más completa que se haya publicado sobre Marshall, obra que colaboraría aún más para agigantar su figura³²⁹. Así es que 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 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 oficial³³⁰.

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 Constitución³³¹, y otras que advirtieron el

³²⁶ Ver, por ejemplo, CORWIN, Edward S., “*Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*”, en *Michigan Law Review*, Vol. 12, p. 572 (1913).

³²⁷ Ver, por ejemplo, LERNER, Max, “*The Supreme Court and American Capitalism*”, en *Yale Law Journal*, Vol. 42, p. 668 (1933).

³²⁸ CLINTON, “*The Strange History...*”, p. 18.

³²⁹ BEVERIDGE, Albert Jeremiah, *The Life of John Marshall*, Tomo I (Frontiersman, Soldier, Lawmaker 1755-1788), Houghton Mifflin Co., Boston, 1916. El último tomo se publicaría en 1919.

³³⁰ Por todos, ver LERNER, Max, “*John Marshall and the Campaign of History*”, en *Columbia Law Review*, Vol. 39, p. 396 (1939).

³³¹ BURR, Charles H., “*Unconstitutional Laws and the Federal Judicial Power*”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, N° 9, p. 624 (1912); CARSON, Hampton L., “*The Historic Relation of Judicial Power to Unconstitutional Legislation*”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, N° 10, p. 687 (1912); LANIER, Alexander S., “*Congress and the Supreme Court*”, en *The North American Review*, Vol. 218, p. 577 (1923); etc.

cambio que se estaba gestando³³², lo cierto es que luego de la reconfiguración total de la Suprema Corte durante las cuatro presidencias consecutivas de Franklin Delano Roosevelt³³³, esas voces fueron apagándose poco a poco. A su vez, el control judicial sufriría una drástica mutación para intentar reconciliarlo con el sistema mayoritario³³⁴. 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.

IV. La revisión de la historia 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 1960³³⁵, a través del cuestionamiento de algunas exageraciones impuestas por el progresismo

³³²Luego 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”, en *American Law Review*, Vol. 54, N° 3, p. 419 [1920]).

³³³ 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 (Cfr. 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 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.

³³⁴ Al respecto, ver 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, p. 303 y sgtes. (2009).

³³⁵ Ver, por ejemplo, JONES, Alan, “Thomas M. Cooley and ‘Laissez-Faire Constitutionalism’: A Reconsideration”, en *Journal of American History*, Vol. 53, N° 4, p. 751 (1967).

en la historiografía constitucional³³⁶. White, uno de los historiadores del derecho más importantes de los Estados Unidos, explica que el progresismo en la historiografía jurídica tenía como premisas centrales las siguientes: una lectura de la historia norteamericana como una lucha de clases e intereses, la consideración de la labor del poder judicial como algo meramente instrumental e ideológico y, 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)³³⁷.

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”³³⁸. Pero fue 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 del revisionismo 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”³³⁹.

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, 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 no solo significó el estudio completo de la ac-

³³⁶ 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”.

³³⁷ WHITE, G. Edward, “The Lost Origins of American Judicial Review”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, N° 6 p. 1147 (2010).

³³⁸ 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.

³³⁹ WHITE, “The Lost Origins...”, p. 1151.

tuación de la Suprema Corte anterior al ingreso de John Marshall en 1801³⁴⁰, a la que la historiografía constitucional oficial en general menospreciaba por considerarla de escasa importancia³⁴¹, sino también la elaboración exhaustiva de la biografía de sus integrantes³⁴². 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 tomos³⁴³, y el estudio exhaustivo de Stephen Presser sobre la figura de Samuel Chase, contribuyeron también para poder contar con todo el material disponible para el análisis del período indicado³⁴⁴.

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 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 ellos³⁴⁵.

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 sur-

³⁴⁰ Al respecto, ver GERBER, Scott Douglas, “The Supreme Court Before John Marshall”, en *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 14, N^o. 1, p. 27 (2018).

³⁴¹ 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*, 3^{ra}. 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.

³⁴² 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.

³⁴³ 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. Pude consultar seis de esos tomos para la revisión y corrección de este trabajo.

³⁴⁴ Ver, entre otros, PRESSER, Stephen B. y HURLEY, Becky Bair, “Saving God’s Republic: The Jurisprudence of Samuel Chase”, en *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”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, N^o. 2, p. 349 (2009).

³⁴⁵ Cfr. BILDER, “Expounding the Law...”, p. 1142.

gieron en los últimos años requeriría un nuevo trabajo de mi parte. Sin perjuicio de ello, puedo mencionar: las que van desde explicar el origen de la *judicial review* como una práctica judicial continua, que comienza con los numerosos casos de revisión de leyes por parte de tribunales de diversos estados previos a 1787³⁴⁶; 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 XVIII³⁴⁷; como una práctica originada en el derecho corporativo inglés que exigía la anulación de normas de diversa jerarquía³⁴⁸; o hasta la que encuentra el origen del control de constitucionalidad en el deber que tenían los jueces de resolver los casos aplicando el derecho vigente, incluida la constitución, también en la Inglaterra medieval³⁴⁹.

Estas teorías modernas tienen muy sólidos fundamentos en cada caso y son compatibles entre sí. De hecho, en muchos casos, se complementan. Sin perjuicio de ello, creo que la más convincente 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 reino³⁵⁰. 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 gobierno³⁵¹. Ese deber, a su vez, se reflejaba en el juramento que prestaban los jueces al momento de asumir el cargo³⁵². Durante una evolución que llevó cientos

³⁴⁶ TREANOR, William Michael, “Judicial Review before Marbury”, Vol. 58, p. 455 (2005).

³⁴⁷ GERBER, Scott Douglas, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.

³⁴⁸ BILDER, Mary Sarah, “The Corporate Origins of Judicial Review”, en *Yale Law Journal*, Vol. 116, p. 502 (2006).

³⁴⁹ HAMBURGER, Philip, *Law and Judicial Duty*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

³⁵⁰ Hamburger no otorga mayor relevancia al famoso *dictum* del juez Edward Coke en el caso “Bonham”, al que considera un caso de “equitable interpretation” (Cfr. HAMBURGER, *Law and Judicial...*, pp. 622/630). 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).

³⁵¹ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 101 y sgtes.

³⁵² HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 106 y sgtes.

de años y que incluyó debates riquísimos acerca de, por ejemplo, la discrecionalidad de los jueces ya en el Siglo XVI³⁵³, 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 controversias³⁵⁴. 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 Constitución³⁵⁵. 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”³⁵⁶.

Cualquiera sea la opinión que pueda tenerse sobre cuál es “la” teoría que explica mejor el origen de la *judicial review*, tema ajeno a este trabajo, 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.

³⁵³ HAMBURGER, *Law and Judicial...*, p. 132 y sgtes.

³⁵⁴ HAMBURGER, Philip, “A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1162 (2010).

³⁵⁵ 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 poder 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, 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.).

³⁵⁶ ALTHOUSE, “The Historical Ordinarity...”, p. 1123.

V. ¿Por qué es importante corregir el mito de “Marbury”?

Llegados a este punto, el lector podría plantear que todo lo expuesto es un mero ejercicio de revisión académica e histórica que no tiene otro sentido que corregir por corregir. O, peor aún, corregir lo que ya estaba corregido (aunque no tan difundido). Sin embargo, ese planteo sería un grave error. Rectificar de raíz el mito de “Marbury” es importante por las siguientes razones:

- 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. Pero es obvio que 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 correctamente³⁵⁷.

- 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 en medio de un conflicto político³⁵⁸. 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

³⁵⁷ Sobre el punto, ver BELZ, Herman, “History, Theory and the Constitution”, en *Constitutional Commentary*, Vol. 11, p. 45 (1994).

³⁵⁸ 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).

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 Jefferson³⁵⁹. Y se olvida también que la constitución, como norma de máxima jerarquía del orden jurídico, limita no solo al ejecutivo y al congreso, sino principalmente a los jueces cuyo rol es decidir casos y controversias de conformidad con lo previsto en la constitución³⁶⁰.

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”³⁶¹. 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 del control judicial de constitucionalidad, la aplicación de la presunción de constitucionalidad o no en diversas circunstancias, la idea de la existencia 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 se tenga de ella, como ocurre con frecuencia.

- 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 es³⁶². No me refiero a la autoridad que tienen los

³⁵⁹ 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).

³⁶⁰ 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”.

³⁶¹ ALTHOUSE, “The Historical Ordinarity...”, p. 1127.

³⁶² 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”, en *North Dakota Law Review*, Vol. 65, p. 491 [1989]).

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 particular³⁶³. Y eso no es lo que surge de “Marbury v. Madison”.

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”)³⁶⁴.

Lo cierto es que “Marbury” tampoco establece la *judicial supremacy*, ni pretende hacerlo³⁶⁵. 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 decidido³⁶⁶. Y una cosa es que

³⁶³ 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”, en *Constitutional Commentary*, Vol. 17, p. 455 (2000). La defensa de Alexander y Schauer no es en términos históricos, sino filosóficos.

³⁶⁴ Cfr. BARNETT, Randy E., “The original meaning of the judicial power”, en *Supreme Court Economic Review*, Vol. 12, p. 133 (2004).

³⁶⁵ Cfr. GARAY, Alberto F., “La enseñanza del caso ‘Marbury v. Madison’”, en *Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, Año 7, N° 13, p. 132 (2009).

³⁶⁶ 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 (Cfr.

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”³⁶⁷ en 1958, distorsionando lo decidido en “Marbury”³⁶⁸. Y, posteriormente, fue llevado al paroxismo en “Dickerson v. United States”³⁶⁹ en el año 2000.

Finalmente, el quinto 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” permite poner en contexto crítico la creación *ex nihil o* del llamado “control de convencionalidad” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 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 CADH³⁷⁰.

PAULSEN, Michael Stokes, “The Irrepressible Myth of *Marbury*”, en *Michigan Law Review*, Vol. 101, p. 2718 y sgtes. [2003]).

³⁶⁷ “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).

³⁶⁸ Al respecto, ver ENGBAHL, David E., “John Marshall’s ‘Jeffersonian’ Concept of Judicial Review”, en *Duke Law Journal*, vol. 42, p. 279 (1992).

³⁶⁹ “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).

³⁷⁰ 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 nor-

Ese control de convencionalidad pretende 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 dado que, además, en el caso “Almonacid Arellano” se 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 rígida³⁷¹. 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 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 convencionalidad³⁷², y que, en algunos casos, se pretenda trazar un paralelismo entre ambas sentencias³⁷³. De forma consciente

mas 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”).

³⁷¹ 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, N° 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.

³⁷² 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”, en *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, N° 8, p. 78 (2019).

³⁷³ “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

o no, el planteo parece ser: si lo hizo John Marshall, ¿por qué no lo podrían hacer los jueces de la Corte IDH?

VI. Conclusión

Nada de lo expuesto en este trabajo implica un demérito acerca de la figura de John Marshall. El planteo acerca de que no debe ser considerado como “el padre del control judicial de constitucionalidad” no desmerece en nada su actuación pública como juez, ni la importancia de su estudio. Fue, sin lugar a dudas, un *Chief Justice* brillante, que 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.

Tampoco debe leerse como un intento de desmerecer la importancia de la decisión en “*Marbury v. Madison*”, sino de ubicarla en una adecuada perspectiva histórica³⁷⁴. Sí quiero llamar la atención acerca de que el control judicial de constitucionalidad no fue una creación pretoriana como pretende el mito de “*Marbury*”. Y también advertir que la *judicial review* era considerada como un deber inherente a la función judicial prevista en la Constitución de los Estados Unidos y así había sido concebida mucho antes de 1803³⁷⁵.

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”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Número Especial de Jurisprudencia Argentina, t.2016-III, N° 3, p. 12).

³⁷⁴ 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 365, en especial cuando destaca la gran maestría con la que la sentencia está redactada, aspecto en el que coincido con el autor).

³⁷⁵ Así lo había advertido hace más de 130 años un observador tan lúcido como Bryce: “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 364.

Finalmente, como ya dije, no pretendo criticar a quienes, basados en fuentes bibliográficas norteamericanas, 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.

Para terminar, creo que la revisión del mito de “Marbury” es útil para recordar cuál es el rol que corresponde a los jueces en un sistema constitucional de tipo estadounidense. 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”³⁷⁶.

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, “The original meaning...”, p. 138).

³⁷⁶ “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), en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS-2-3-1.pdf>, última visita, 1/2/2021).

FUENTES INÉDITAS

- Carta de Edmund Randolph a George Washington, 5 de abril de 1792, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, 1697-1799, en https://www.loc.gov/resource/mgw4.101_1002_1003/?st=gallery (última visita, 1/2/2021).
- Carta de Edmund Randolph a George Washington, 5 de agosto de 1792, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, 1697-1799, en https://www.loc.gov/resource/mgw4.102_0336_0341/?sp=2 (última visita, 1/2/2021).
- National Gazette*, Vol. I, No. 49, 16 de abril de 1792, p. 195, *Chronicling America: Historic American Newspapers*, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, en <https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83025887/1792-04-16/ed-1/seq-3/> (última visita, 1/2/2021).

FUENTES ÉDITAS

- Annals of the Congress of the United States*, House of Representatives, Vol. 3 (1792).
- Annals of the Congress of the United States*, House of Representatives, Vol. 4 (1794).
- Annals of the Congress of the United States*, House of Representatives, Vol. 8 (1798).
- Annals of the Congress of the United States*, House of Representatives, Vol. 11 (1802).
- 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.
- “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), en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS-2-3-1.pdf> (última visita, 1/2/2021).
- Letters and other writings of James Madison*, Vol. I (1769-1793), J. B. Lippincott & Co., Filadelfia, 1865.
- The Constitution of North Carolina, adopted December 17, 1776; and the amendments there to, 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.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AHUMADA RUIZ, Mariana Ángeles, “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”, en *Fundamentos*, No. 4, p. 109 (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).

ALEXANDER, Larry y SCHAUER, Frederick, “Defending Judicial Supremacy: A Reply”, en *Constitutional Commentary*, Vol. 17, p. 455 (2000).

ALTHOUSE, Ann, “The Historical Ordinarity of Judicial Review”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1123 (2010).

AMAYA, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 5ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 2017.

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.

BARNETT, Randy E., “The original meaning of the judicial power”, en *Supreme Court Economic Review*, Vol. 12, p. 115 (2004).

- “Constitucional Clichés”, *Capital University Law Review*, Vol. 36, p. 493 (2007).

- *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*, Broadside Books, Nueva York, 2016.

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.

BERGER, Raoul, *Congress v. the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1969.

- BEVERIDGE, Albert Jeremiah, *The Life of John Marshall*, Tomo I (Frontiersman, Soldier, Lawmaker 1755-1788), Houghton Mifflin Co., Boston, 1916.
- 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.
- BILDER, Mary Sarah, "The Corporate Origins of Judicial Review", en *Yale Law Journal*, Vol. 116, p. 502 (2006).
- "Expounding the Law: Law and Judicial Duty", en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, p. 1129 (2010).
- BEARD, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Macmillan, Nueva York, 1913.
- BELZ, Herman, "History, Theory and the Constitution", en *Constitutional Commentary*, Vol. 11, p. 45 (1994).
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2^{da}. ed., Yale University Press, New Haven, 1962.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manuel de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- BOUDIN, Louis B., "Government by Judiciary", en *Political Science Quarterly*, Vol. 26, N^o. 2, p. 238 (1911).
- BRANDEIS, Louis D., "The Living Law", *Illinois Law Review*, Vol. 10, No. 7, p. 461 (1916).
- BROOKS, Robin, "Alexander Hamilton, Melancton Smith, and the Ratification of the Constitution in New York", *The William and Mary Quarterly*, Vol. 24, N^o. 3 p. 339 (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, N^o. 3, p. 241 (1960).
- BRYCE, James, *The American Commonwealth*, Tomo I, Liberty Fund, India-

nápolis, 1995.

- BURNS, Edward M., “Madison’s Theory of Judicial Review”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 24, N° 4, p. 412 (1936).
- BURR, Charles H., “Unconstitutional Laws and the Federal Judicial Power”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, N° 9, p. 624 (1912).
- CARSON, Hampton L., “Judicial Power and Unconstitutional Legislation”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, p. 796 (1895).
- “The Historic Relation of Judicial Power to Unconstitutional Legislation”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, N° 10, p. 687 (1912).
- CASTO, William R., “James Iredell and the American Origins of Judicial Review”, en *Connecticut Law Review*, Vol. 27, N° 2, p. 329 (1995).
- “Oliver Ellsworth”, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 1996, N° 2, p. 73 (1996).
- “There Were Great Men Before Agamemnon”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, p. 371 (2009).
- 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”, en *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 8, p. 13 (1989).
- CONNOR, Henry Groves, “James Iredell: Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 60, N° 4, p. 225 (1912).
- CORWIN, Edward S., “The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress”, en *Michigan Law Review*, Vol. 4, p. 616 (1906).
- “The Supreme Court and the Fourteenth Amendment”, en *Michigan Law Review*, Vol. 7, p. 643 (1909).
- “The Establishment of Judicial Review – Part I”, en *Michigan Law Review*, Vol. 9, p. 102 (1911).
- “The Establishment of Judicial Review – Part II”, en *Michigan Law Review*, Vol. 9, p. 283 (1911).
- “*Marbury v. Madison* and the Doctrine of Judicial Review”, en *Michigan Law Review*, Vol. 12, p. 538 (1913).
- “The Posthumous Career of James Madison as Lawyer”, *American Bar Association Journal*, Vol. 25, p. 821 (1939).

- CURRIE, David P., “The Constitution in the Supreme Court: 1789-1801”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 48, N° 4, p. 819 (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, p. 386 (1983).
- 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 (1984).
- EDWARDS, Percy L., “The Federal Judiciary and its Attitude Towards the People”, en *Michigan Law Journal*, Vol. 5, N° 6, p. 183 (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, N° 2, p. 224 (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.
- ENGDAHL, David E., “John Marshall’s ‘Jeffersonian’ Concept of Judicial Review”, en *Duke Law Journal*, vol. 42, p. 279 (1992).
- EPSTEIN, Richard A., “The Federalist Papers: From Practical Politics to High Principle”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 16, p. 13 (1993).
- FARRAND, Max, “The First Hayburn Case, 1792”, en *The American Historical Review*, Vol. 13, N° 2, p. 281 (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.
- FENWICK, Charles G., “The Authority of Vattel”, *The American Political Science Review*, Vol. 7, N° 3, p. 395 (1913).
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Judicial review en la pre-Marshall Court”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 28, p. 133 (2011).
- 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.
- FOWLER, Robert Ludlow, “The Origin of the Supreme Court Power in the Federal Constitution”, *American Law Review*, Vol. 30, N° 5, p. 711 (1895).
- FRANKEL, Robert P., “Before *Marbury*: *Hylton v. United States* and the Origins of Judicial Review”, en *Journal of Supreme Court History*, Vol. 28, p. 1 (2003).
- GARAY, Alberto F., “La enseñanza del caso ‘*Marbury v. Madison*’”, en *Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, Año 7, N° 13, p. 121 (2009).
- 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*, 4^{ta}. 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, N° 1, pp. 16/43 (2018).
- 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 Estudio Históricos, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003, pp. 139/157.
- 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.
- GHISIO, Antonela y JUNCO, Silvina, “Derechos Humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994”, en *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, N° 8, p. 78 (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, p. 191 (1997).
- GERBER, Scott Douglas, “Deconstructing William Cushing”, en GERBER, Scott Douglas (Editor), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*, New York University Press, Nueva York, 1998.
- *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.
 - “The Supreme Court Before John Marshall”, en *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 14, N° 1, p. 27 (2018).
- GOLDMAN, Brian Taylor, “The Classical Avoidance Canon as a Principle of Good-Faith Construction”, *Journal of Legislation*, Vol. 43, N° 2, p. 170 (2017).
- GRINNELL, Frank W., “The Anti-Slavery Decisions of 1781 and 1783 and the History of the Duty of the Court in Regard to Unconstitutional Legisla-

- tion”, en *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 2, N^o. 5, p. 437/462 (1917).
- “Some Forgotten History About the Duty of Courts in Dealing with Unconstitutional Legislation”, en *American Law Review*, Vol. 54, N^o. 3, pp. 419/430 (1920).
- 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, N^o. 1, p. 63 (2004).
- HAMBURGER, Philip A., “The Constitution’s Accommodation to Social Change”, en *Michigan Law Review*, Vol. 88, p. 239 (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, p. 1162 (2010).
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*, Jacob Gideon, Washington, 1818.
- HARRINGTON, James, *The Oceana of James Harrington, and his other works*, Booksellers of London and Westminster, Londres, 1700.
- HAW, James, “Samuel Chase’s ‘Objections to the Federal Government’”, en *Maryland Historical Magazine*, Vol. 76, N^o. 3, p. 272 (1981).
- HIGGINBOTHAM, Don (Editor), *The Papers of James Iredell*, Tomo II (1778-1783), North Carolina Division of Archives and History, Raleigh, 1976.
- HOBSON, Charles F., *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, Lawrence, 1996.
- 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 Fundamentality Without Fundamentalism”, en *Harvard Law Review*, Vol. 107, p. 30 (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.
- J.H.M., “The Power of the Judiciary to Declare an Act of Congress Void for Unconstitutionality”, en *The American Law Register*, Vol. 18, N° 10, p. 585 (1870).
- JONES, Alan, “Thomas M. Cooley and ‘Laissez-Faire Constitutionalism’: A Reconsideration”, en *Journal of American History*, Vol. 53, N° 4, p. 751 (1967).
- JOYCE, Craig, “The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy”, en *Michigan Law Review*, Vol. 83, p. 1291 (1985).
- KENNEDY, Walter B. “Portrait of the New Supreme Court II”, en *Fordham Law Review*, Vol. 14, N° 1, p. 24 (1945).
- KENT, C. A., “Power of the Judiciary to Declare a Law Unconstitutional”, en *The American Law Register*, Vol. 20, N° 12, p. 729 (1872).
- KETCHAM, Ralph, *James Madison. A biography*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1990.
- KLARMAN, Michael J., “How Great Were the “Great” Marshall Court Decisions?”, en *Virginia Law Review*, Vol. 87, p. 1111 (2001).
- KOCHE, Adrienne y PEDEN, William (editores), *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Random House, 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, p. 37 (2002).
- LANIER, Alexander S., “Congress and the Supreme Court”, en *The North American Review*, Vol. 218, p. 577 (1923).
- LAPLACETTE, Carlos José, *Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016.
- LEAHY, James E., “The Constitution is what the judges say it is”, en *North Dakota Law Review*, Vol. 65, p. 491 (1989).
- LEONARD, Gerald, “Iredell Reclaimed: Farewell to Snowiss’s History of Judicial Review”, en *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, p. 867 (2006).

- LERNER, Max, “The Supreme Court and American Capitalism”, en *Yale Law Journal*, Vol. 42, p. 668 (1933).
- “John Marshall and the Campaign of History”, en *Columbia Law Review*, Vol. 39, p. 396 (1939).
- LERNER, Ralph, “The Supreme Court as Republican Schoolmaster”, en *Supreme Court Review*, Vol. 1967, p. 127 (1967).
- 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).
- 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, p. 189 (1895).
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo III, 2^{da} 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, p. 153 (2016).
- 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.
- 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, p. 725 (1982).
- 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, “Wilson as a Justice”, en *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 17, p. 147 (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, p. 527 (1988).
- MCCLOSKEY, William Winslow, *The American Supreme Court*, 3^{ra}. ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2000.
- MCKENNA, Marian C., *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The court-packing crisis of 1937*, Fordham University Press, Nueva York, 2002.
- 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.
- MUNZ, Peter, “History and Myth”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 6, N° 22, p. 1 (1956).
- 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”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 10, pp. 351/368 (1957).
- “Justice Cushing’s Undelivered Speech on the Federal Constitution”, en *William and Mary Quarterly*, Vol. 15, N° 1, pp. 74/92 (1958).
- “The Pre-Marshall Court and the Role of William Cushing”, *Massachusetts Law Quarterly*, Vol. 43, N° 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.
- 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, p. 357 (1896).
- PATTERSON, Perry C., “James Madison and Judicial Review”, *California Law*

- Review*, Vol. 28, p. 22 (1939).
- PAULSEN, Michael Stokes, “The Irrepressible Myth of *Marbury*”, en *Michigan Law Review*, Vol. 101, p. 2706 (2003).
- 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).
- “The case of *Marbury v. Madison*”, *American Law Review*, Vol. 30, p. 188 (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, N° 3, p. 4.
- POORE, Benjamin Perley, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the United States*, 2^{da}. ed., Tomo II, Government Printing Office, Washington, 1878.
- PRAKASH, Saikrishna B. y YOO, John C., “The Origins of Judicial Review”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, p. 887 (2003).
- PRESSER, Stephen B., “Some Alarming Aspects of the Legacies of Judicial Review and of John Marshall”, en *William and Mary Law Review*, Vol. 43, p. 1495 (2002).
- “Samuel Chase: In Defense of the Rule of Law and Against the Jeffersonians”, en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 62, N° 2, p. 349 (2009).
- PRESSER, Stephen B. y HURLEY, Becky Bair, “Saving God’s Republic: The Jurisprudence of Samuel Chase”, en *University of Illinois Law Review*, Vol. 1984, p. 771 (1984).
- RAKOVE, Jack N., “James Madison and the Bill of Rights: A Broader Context”, en *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 22, N° 4, p. 667 (1992).
- RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, en *L.L.*, t. 1995-B, p. 773.
- 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).
- RITZ, Wilfred J., “United States v. Yale Todd (U.S. 1794)”, en *Washington and Lee Law Review*, Vol. 15, p. 220 (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”, en *Duquesne Law Review*, Vol. 7, N° 4, p. 515 (1969).
- ROSS, William G., *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890–1937*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1994.
- SCHWARTZ, Bernard, *A Commentary on the Constitution of the United States*, Tomo I, The Macmillan Co., New York, 1963.
- *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York, 1993.
- 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”, en *Yale Law Journal*, Vol. 14, p. 431 (1905).
- SMITH, George H., *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.
- SOLA, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- SPOONER, Lysander, *The Unconstitutionality of Slavery*, Bela Marsh, Boston, 1845.
- 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. 64.
- SURRENCY, Edwin C. (editor), “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, N° 1, p. 67 (1961).
- “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, N° 2, p. 166 (1961).
- “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, N° 1, p. 63 (1963).

- “The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806”, en *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, N^o. 3, p. 246 (1963).
- TAFT, William H., “Recent Criticism of the Federal Judiciary”, *The American Law Register and Review*, Vol. 43, N^o. 9, p. 576 (1895).
- TIEDEMAN, Christopher G, “The Income Tax Decisions as an Object Lesson in Constitutional Construction”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 6, p. 72 (1895).
- TREANOR, William Michael, “The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, p. 491 (1994).
- “Judicial Review before Marbury”, Vol. 58, p. 455 (2005).
- TRICKET, William, “The Great Usurpation”, en *American Law Review*, Vol. 40, N^o. 3, p. 356 (1906)
- 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.
- 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).
- 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, N^o. 2. p. 147 (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”, en *Yale Law Journal*, Vol. 32, p. 15 (1923).
- WATSON, Bradley C.S., *Living Constitution, Dying Faith. Progressivism and the New Science of Jurisprudence*, Isi Books, Wilmington, 2009.
- WEXLER, Natalie, “In the Beginning: The First Three Chief Justices”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, p. 1373 (2006).
- WHITE, G. Edward, “The Lost Origins of American Judicial Review”, en *The George Washington Law Review*, Vol. 78, N° 6 p. 1145 (2010).
- WHITTINGTON, Keith E., “Judicial Review Before the Civil War”, en *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, p. 1257 (2009).
- Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the present*, University Press of Kansas, Lawrence, 2019.

LEGISLACIÓN CITADA

- 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 (“An Act laying duties upon Carriages for the conveyance of Persons”) (1794).
- United States Statutes at Large, Vol. 1, 3rd Congress, 1st Session, Ch. 57, p. 392 (“An Act concerning Invalids”) (1794).

JURISPRUDENCIA CITADA

Court of Appeals of Virginia

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

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).

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).

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).

“Vanhome’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).

“Braisford 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).

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

“Aurora v. United States”, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813).

“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).
 “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).
 “Propeller Genesee Chief v. Fitzhugh (*The Genesee Chief*)”, 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).
 “New York Trust Co. v. Eisner”, 256 U.S. 345 (1921).
 “Cooper v. Aaron”, 358 U.S. 1 (1958).
 “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

CSJN, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ Acción declarativa de certeza”, Fallos 343:195 (2020).

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, N° 154.