
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



Junta General del Principado de Asturias

Versión original y en español en internet: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

COMITÉ DE HONOR

Excma. Sra. Presidenta de la Junta General del Principado de Asturias
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias

DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 4

LA REBELIÓN DE LAS LEYES
*Demos y nomos: la agonía de la justicia
constitucional*

Coordinador: Juan Luis Requejo Pagés



JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

2006

FUNDAMENTOS

ISSN: 1575-3433

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Dépósito legal: AS-3344/1998

ÍNDICE

Presentación	11
Autores	23

PRIMERA PARTE
EL DESTRONAMIENTO DE LA LEY
(Orígenes y fundamento de la jurisdicción constitucional)

1. Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional.	
LUIS PRIETO SANCHÍS	27
I. ¿Implica el constitucionalismo alguna determinada concepción sobre el Derecho? Precisiones conceptuales	29
II. La ideología del control de las leyes	40
1. El Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social	40
2. Del contrato social al constitucionalismo	48
a. En la independencia de los Estados Unidos	48
b. En la revolución francesa	60
III. La ideología del legalismo. Del contrato social a la supremacía de la ley	72
IV. El Tribunal Constitucional del positivismo: el modelo kelseniano	88
V. Esquema de conclusiones	101
2. Marbury versus Madison doscientos años (y más) después. MARÍA	
ÁNGELES AHUMADA RUIZ	109
I. El «gran caso» <i>Marbury</i>	111
II. El comentario de <i>Marbury</i> y la celebración del bicentenario	123
III. El relato de <i>Marbury</i> : ¿cuáles son los «hechos relevantes»?	134
IV. Conclusión: <i>Marbury</i> y el control de constitucionalidad	148
3. Marbury versus Stuart. BRUCE ACKERMAN	151
I. La conexión en el tiempo	153
II. Significado público	167
III. Las elecciones de 1802 y sus consecuencias	174
1. La Petición de los Jueces	175
2. El Congreso ordena	176

IV. <i>Marbury</i> y <i>Stuart</i> : prolongando la trama doctrinal	181
V. Los sonidos del silencio	190
VI. El problema de la síntesis intergeneracional	197
4. Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho.	
FRANCISCO RUBIO LLORENTE	203
I. Introducción	205
II. De los derechos humanos a los fundamentales. La constitucionalización de los derechos	209
III. El Estado de Derecho. Evolución histórica de una idea	216
IV. Derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho Internacional	229

SEGUNDA PARTE

LA ARTICULACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE CONTROL

(Los modelos de jurisdicción constitucional en su configuración actual)

5. La justicia constitucional italiana, entre modelo <i>difuso</i> y modelo <i>concreto</i>. ALESSANDRO PIZZORUSSO	237
I. Orígenes y variedades de la justicia constitucional	239
II. Control <i>político</i> y control <i>jurisdiccional</i> ; control <i>difuso</i> y control <i>concentrado</i>	240
III. Relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria; control <i>abstracto</i> (principal) y control <i>concreto</i> (incidental); control <i>preventivo</i> (<i>a priori</i>) y control <i>sucesivo</i> (<i>a posteriori</i>)	244
IV. Control con efectos <i>erga omnes</i> y control con efectos <i>inter partes</i>	247
V. La experiencia italiana: ¿control difuso o control concreto?	249
VI. El lugar de los hechos en el proceso constitucional incidental (en sentido estricto)	252
VII. El control del juez <i>a quo</i> acerca de la eventualidad de una cuestión manifiestamente infundada	255
VIII. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios	256
IX. La aplicación directa de la Constitución por parte de la Administración Pública	259
X. Observaciones conclusivas	260
6. Sobre la introducción hipotética del recurso individual ante el Consejo Constitucional. LOUIS FAVOREU	263

7. El control previo a los veinte años de su supresión. PEDRO CRUZ VILLALÓN	275
I. La experiencia española con el control previo	278
II. Coordinadas de la situación actual	280
1. Algunas buenas razones para recuperar el control previo	281
2. Dificultades objetivas del control previo	285
3. Condiciones del control previo en un contexto de jurisdicción constitucional sucesiva	286
III. Una posible alternativa al modelo vigente desde 1985	287
8. Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y JULIO BAQUERO ...	291
I. Introducción	293
II. Derecho constitucional comunitario	298
III. Características de la justicia constitucional comunitaria	306
IV. Control de la constitucionalidad del Derecho comunitario derivado ...	313
V. Conflictos interinstitucionales y garantía del equilibrio institucional ...	316
VI. La delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros	324
VII. Protección de los derechos fundamentales	331
VIII. El control preventivo de la compatibilidad de los acuerdos internacionales con el Tratado	334
IX. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa	338

TERCERA PARTE

**¿HACIA UNA NUEVA REPÚBLICA DE LAS LEYES?
(El devenir posible)**

9. Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales. IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ	349
I. Avance de unas reflexiones provocadoras	351
II. El coste de la tutela constitucional de los derechos fundamentales ...	356
III. Una anomalía en el sistema de control concentrado de constitucionalidad: la tutela de los derechos ante la jurisdicción constitucional	359
IV. ¿Quién paga el coste de la tutela constitucional de los derechos?	367
V. Subsidiariedad, irradiación de los derechos y objetivación del amparo. La jurisdicción constitucional como jurisdicción de mínimos	371
VI. El futuro de la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El punto de partida	376

10. Nuevos parámetros de constitucionalidad. PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ	385
I. Introducción	387
II. La necesidad de un nuevo parámetro de constitucionalidad complejo	390
1. Las razones de la necesidad	390
2. Algunos ejemplos de parámetros complejos	393
a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional	393
b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional	394
c. Remisiones a normas externas	398
3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural ..	400
III. Los «falsos» parámetros de constitucionalidad	406
1. Las razones de la «falsedad»	406
2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad	410
IV. Otros parámetros constitucionales novedosos	417
V. Conclusiones	424
11. Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría. J.J. GOMES CANOTILHO	425
I. Jurisdicción constitucional e inquietudes discursivas: la razón de ser de un título	427
II. Jurisdicción constitucional y positivismo metódico	428
1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional y pragmatismo filosófico	428
2. El procedimentalismo judicialista	430
3. La dislocación ponderativa	431
4. «Innecesidad de la Constitución» y «necesidad del Tribunal Constitucional»	433
III. Jurisdicción constitucional y comunidades inclusivas	434
1. El «topos» de la integración	434
2. El pluralismo normativo y comprensivo	435
3. El tacto hermenéutico	436
a. Apertura y límites de la justicia constitucional comprensiva ..	436
b. Minimalismo jurisprudencial	437
c. Aceptación racional y consistencia	438
d. Prioridad de normas de segundo orden	438
12. Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS	441

MARBURY *VERSUS* STUART

Bruce Ackerman*

SUMARIO

- I. La conexión en el tiempo.
- II. Significado público.
- III. Las elecciones de 1802, y sus consecuencias.
 1. La petición de los jueces.
 2. El Congreso ordena.
- IV. *Marbury* y *Stuart*: prolongando la trama doctrinal.
- V. Los sonidos del silencio.
- VI. El problema de la síntesis intergeneracional.

I. LA CONEXIÓN EN EL TIEMPO

«El señor Ross llama para decirme que está informado de que el Presidente de la Corte Suprema está dispuesto a ir tan lejos como pudiéramos desear», anota confiadamente el gobernador Morris en su diario el 5 de abril¹, el mismo día en que los Republicanos atacaban su segundo proyecto de Ley (*Bill*) Judicial en el Senado ante la oposición de federalistas como Ross y Morris. El diario de Morris confirma la carta del congresista Rutledge, dos semanas antes, trasladando la afirmación de Marshall de «que puede confiarse en la firmeza de la Corte Suprema».

Marshall ofrece todos los signos de estar revalidando el familiar papel de presidente irreflexivo. Así como se implica enérgica e imprudentemente en el nombramiento de los jueces de guardia, parece involucrarse también en su defensa frente al furioso ataque jeffersoniano.

El mismo día en que Morris expresa su confianza, Marshall se prepara para el siguiente acto del creciente drama. En una carta escrita desde Richmond, agradece a Wolcott que le haya enviado una copia de la propuesta de los republicanos de una segunda ley judicial: «Lamento que el período de sesiones finalice el próximo junio, pero no dudo de que se insistirá en la inmediata aprobación de la ley»². A pesar de lo que Monroe pueda pensar, Marshall no tiene dudas —Jefferson se moverá con decisión para impedir que los magistrados se reúnan en Washington y planeen su próximo

* Traducción del inglés de María Valvidares, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

¹ Morris, Diary (April 5, 1802), Library of Congress. No está claro si el informe de Ross se basa en una conversación reciente con Marshall o si Ross simplemente repite la información proporcionada por la carta de Rutledge de marzo dos semanas antes. Después de todo, Rutledge visitó a Marshall a petición de Ross, y Ross puede estar sencillamente reasegurando a Morris, en base a viejas noticias, que su derrota en el Senado no implica que todo esté perdido.

² Marshall a Wolcott, 5 de abril de 1802, 6 Papers 104.

movimiento—. A pesar de sus lamentos, Marshall no está preparado para allanarse y aceptar mansamente los hechos consumados por Jefferson. En vez de ello, intenta reanimar a sus colegas por medio de cartas.

Tan sólo cuatro de las cartas de Marshall permanecen en los archivos, pero todas defienden la misma postura. Si los magistrados consultaran los principios básicos, verían que la Constitución no les da opción: deben contravenir la nueva orden legal y negarse a acudir a los Tribunales de circuito. Para Marshall, un simple punto fue decisivo: cuando él y sus colegas fueron nombrados, recibieron órdenes de servir como magistrados de la Corte Suprema, y no como proveedores de todo tipo de servicios judiciales. La jurisdicción de los magistrados de la Corte Suprema se definió en el artículo III de la Constitución, y no incluyó una paga para desplazarse por todo el país y realizar juicios con los Jueces de distrito. Antes de que Marshall y los otros pudieran ser requeridos para realizar una labor jurisdiccional más extensa, el Presidente y el Senado tendrían que nombrarles para un segundo cargo diverso —según sus propias palabras en la carta a Cushing el 19 de abril: «Respecto a mí tengo más que dudas de la constitucionalidad de esta medida y de la obligación de realizar el circuito judicial sin un nombramiento como Juez de circuito»^{3*}.

No pueden albergarse dudas respecto a las convicciones de Marshall en este punto. Arrastró consigo, hasta el final de sus días, la profunda convicción de que la reanudación del circuito judicial era inconstitucional⁴. Pero mientras se acercaba el momento de la decisión, otros dos factores influyeron. En primer lugar, difícilmente podía Marshall negar que todos los Magistrados habían realizado el circuito a lo largo de 1790 sin sus-

^{3*} *Papers* de John Marshall, 108. Para juicios semejantes, véanse sus cartas a Paterson de 6 de abril, id. en (vols. n.ºs 105, 106, y de 3 de mayo, id. en 117. Su carta a Paterson del 19 de abril prosigue inmediatamente en la discusión del texto.

Circuit Courts o Tribunales de Circuito son Tribunales de Apelación que pertenecen al sistema judicial federal de los Estados Unidos (N. de la T.)

⁴ Cuando al anciano John Marshall, en su calidad de delegado de la Convención Constitucional de Virginia, se le preguntó su opinión respecto a la ley de derogación de 1802, respondió que la norma «nunca podría ser aceptada como definitiva y concluyente». Los republicanos rápidamente se alzaron para discrepar, incluido el anciano William Giles, quien fue determinante para conseguir la aprobación de la ley. Esto provocó que Marshall dejara claro que él permanecía inalterable: «El Sr. Marshall observó que el presente no era el primer ejemplo acaecido... en que diversos caballeros sostenían opiniones directamente opuestas entre sí». Véanse los *Proceedings and Debates of the Virginia State Convention of 1829-30*, 871-873 (1830).

citar ningún escrúpulo constitucional respecto de sus obligaciones. Si el circuito había sido aceptable anteriormente, ¿por qué no ahora?

Además había un segundo tipo de hechos indiscutibles. A Marshall no le era posible tomar la decisión por sí solo. Tendría que engatusar a sus cinco colegas para adoptar una posición unificada. Si un solo magistrado federalista retornaba a los circuitos, socavaría gravemente la fuerza política de la apelación de los demás al Pueblo. Podemos ver a Marshall lidiando con éstas y otras cuestiones en la carta más elaborada de las que permanecen en los archivos, la dirigida al magistrado William Paterson el 19 de abril:

Estimado señor:

Habiéndose hecho ahora evidente que no se celebrará sesión de la Corte Suprema de los Estados Unidos el próximo junio y que podremos ser enviados a los circuitos antes de que podamos debatir la actitud adecuada que debemos adoptar, me parece oportuno que los Jueces comuniquen sus impresiones al respecto a los demás para que puedan actuar de forma inteligible y en el mismo modo.

Creo que no necesito decir que no existe una persona que respete más que yo a aquéllos que aprobaron la ley original concerniente a los Tribunales de los Estados Unidos, y a aquéllos que actuaron bajo ella por primera vez. Tan profundamente respeto sus opiniones que no las habría examinado y habría procedido, sin una duda al respecto, a realizar las tareas que se me encomendaran si los recientes debates [en torno a la derogación de la ley Judicial] no hubiesen producido inevitablemente una investigación que de otro modo no hubiesen recibido nunca. El resultado de esta investigación ha sido la opinión, que yo no puedo eludir, de que la Constitución exige nombramientos y mandatos diferentes para los Jueces de los Tribunales inferiores y para aquéllos de la Corte Suprema. En cualquier caso es mi deber y mi disposición tanto en este como en otros casos ceñirme a la opinión de la mayoría de los Jueces, y debería por tanto haber procedido a ejecutar la ley en tanto que esa tarea me fuera asignada, si no hubiera creído probable que los Jueces se inclinarían a distinguir entre la condición original de ser nombrado para realizar tareas prefijadas antes de su nombramiento y la tarea de administrar justicia en nuevos Tribunales impuesta con posterioridad a sus nombramientos. No planteo esto porque esté personalmente convencido de que la distinción deba ser importante, pues no lo estoy, pero, puesto que podría tener importancia, me siento obligado a escribir a los Magistrados solicitándoles el favor de darme sus opiniones, que

posteriormente yo comunicaré a cada Magistrado. Mi propia conducta será ciertamente regulada por ellas.

Este es un asunto que no debe resolverse con ligereza. Las consecuencias de rechazar la aplicación de la ley pueden ser muy serias. Yo personalmente las rechazo, y estoy persuadido de que así lo hace todo caballero en el Tribunal cuando entra en contradicción con aquéllo que cree que es su deber, pero la convicción del deber habrá de ser muy fuerte antes de que se resuelva sobre la medida. Habiendo sido aplicada una vez la norma, no actuar ahora bajo sus prescripciones significaría una gran pérdida del mérito o la creencia ante la consideración pública en cuanto a la sinceridad de la determinación.

No sabiendo cómo dirigirme al Juez Cushing incluyo la carta dirigida a él en la presente y le pido a usted el favor de remitírsela.

Estaré muy complacido de tener noticias tuyas en Richmond, en donde estaré dentro de unos pocos días...⁵

Marshall se encuentra ante una misión especialmente delicada. Paterson habría sido la elección de Adams para magistrado jefe si la presión del tiempo no hubiera forzado al Presidente a nombrar a Marshall en su lugar. Paterson se hallaba presente, y Marshall no, en el momento de la creación constitucional en Filadelfia, y por tanto podía hablar con especial autoridad. Su decisión de unirse a la huelga no sólo era importante en sí misma considerada, sino que afectaría a la decisión de los demás.

Su paso siguiente es ofrecer educadamente a sus colegas un criterio legal que les permitiera desligarse de su desatino previo. Cuando originalmente el Presidente Washington le nombró para la Corte, quizás Paterson podría haber entendido que tal mandato autorizaba implícitamente la realización del circuito, puesto que éste era una parte esencial del trabajo tal y como en aquel momento lo definían las leyes. Pero una vez que la Ley Judicial Federalista de 1801 había liberado a Paterson de realizar el circuito, se enfrentaba a un problema legal distinto: ¿le autorizaba su *antiguo* nombramiento como juez de la Corte Suprema a aceptar *nuevas* obligaciones en los Tribunales?

Marshall no apura este particular con demasiada fuerza; después de todo, puesto que Marshall nunca realizó el circuito en la década de 1790, se halla en una posición distinta a la de sus colegas. Es a Paterson a quien

⁵ Id.

toca decidir si se puede desenterrar del agujero que cavó para sí mismo en la década de 1790. Todo lo que Marshall puede hacer es ofrecerle una pala.

Posteriormente nos encontramos el astuto párrafo que enfatiza los peligros de una huelga. Marshall no niega lo obvio: las consecuencias de desafiar a Jefferson pueden perfectamente «ser muy serias», y por ello la «convicción del deber ha de ser muy fuerte» antes de retarle. Pero leída en su conjunto, la carta sugiere que la batalla merece la pena. Después de todo, Marshall ya ha confesado que no puede «eludir» la convicción de que la realización del circuito es inconstitucional, y si su convicción es «insoslayable», significa que de hecho es «muy fuerte». La pregunta operativa a Paterson está suficientemente clara —¿es lo bastante valiente como para «menospreciar» los peligros y seguir la senda que exige el puro «deber»?

He trabajado el texto de Marshall porque recientes comentaristas lo han leído, de forma bastante infundada, como un argumento contra la guerra frente a los jeffersonianos⁶. Pero si Marshall quería apartarse del precipi-

⁶ Considérese, por ejemplo, la reciente nota sobre la participación de Marshall presentada por Jean Edward Smith en la elaborada biografía, *John Marshall: definidor de una nación* (1996). Para empezar, Smith omite totalmente las anteriores afirmaciones hechas por Marshall a políticos federalistas manifestando sus enérgicas intenciones de unirse a la resistencia judicial, y se lanza a leer la correspondencia que sustenta su visión general de Marshall como un moderado y casi imparcial hombre de Estado, más que como un protagonista involucrado. Así, dice que Marshall «no expresó interés» frente a la derogación en su carta a Wolcott de 5 de abril —pero de hecho aquél lamenta la cancelación del encuentro de junio, y no podía esperarse que abriera su alma a Wolcott cuando estaba a punto de comprometerse, con delicada diplomacia, con sus colegas magistrados—. Pasando a la carta a Paterson de 6 de abril, Smith dice que «Marshall sentía indiferencia frente a la abolición por el Congreso de la Ley de 1801» —una sorprendente interpretación de una carta en la que éste «[confiesa] que tiene ciertos prejuicios constitucionales bastante fuertes...»—. Smith pasa entonces brevemente a las cartas de Marshall de 19 de abril dirigidas a Cushing y Paterson, pero se centra principalmente en los pasajes proclives al circuito judicial, e ignora los pasajes más fuertes en que claramente defiende la huelga. También se equivoca en su discusión respecto al informe de Bayard sobre Marshall, al citar una carta del 17 de abril cuando parece estar hablando de una carta del 24 de abril, y sin conseguir situar esta carta en su contexto. En general, véase Smith, *supra*, 305-06.

Por otra parte, aunque el trabajo de Wythe Holt supone una contribución fundamental al asunto, el estudio que hace de la correspondencia es también altamente selectiva. Encuentra argumentos no existentes en la carta de 6 de abril: «Marshall escribía al Juez Paterson que, a pesar de sus “fuertes escrúpulos constitucionales” respecto a la derogación, el Congreso tenía sin embargo pleno poder constitucional para asignar diversas tareas a los Jueces federales, incluida la reasignación de las obligaciones de los Circuitos Judiciales existentes y

cio, tenía un camino fácil para hacerlo —simplemente escribir una carta anunciando inequívocamente su intención de obedecer las disposiciones normativas de los republicanos. Sometiéndose el magistrado presidente al cumplimiento del circuito judicial, era seguro que los demás seguirían su ejemplo.

de los Magistrados de la Corte Suprema... Marshall se concentró únicamente en el hecho del poder congresional para reasignar las obligaciones judiciales». Pero el texto de la carta simplemente no contiene esta concesión. Si bien Holt reconoce que Marshall «se mostraba más firme en sus objeciones constitucionales» dos semanas después, en su segunda carta a Paterson, trata el asunto como si Marshall, intimidado por la eventualidad del peligro, hubiera ya adoptado una decisión, y no toma en consideración por qué, si esto es así, Marshall mantiene aún en su tercera carta a Paterson de 3 de mayo la esperanza de una reunión desafiante.

Mi propia interpretación tiene más en común con las primeras aportaciones. En su clásica biografía, Albert Beveridge dice que «de hecho, cuando los republicanos derogaron la Ley Judicial Federal de 1801, Marshall había propuesto a sus compañeros del Tribunal que rechazaran ser Jueces de circuito, y “se expusieran a las consecuencias”. En virtud de la Constitución, decía, eran exclusivamente Magistrados de la Corte Suprema; sus mandatos probaban que habían sido nombrados únicamente para dichos cargos; y la disposición por la que se les requería para ejercer en Cortes inferiores era inconstitucional. Los otros miembros de la Corte Suprema, sin embargo, no tuvieron el valor de adoptar la heroica conducta recomendada por Marshall. Estuvieron de acuerdo en que sus consideraciones eran correctas, pero insistieron en que, puesto que la Ley Judicial de Ellsworth había sido consensuada con posterioridad a la adopción de la Constitución, la validez de tal Ley tenía que darse ahora por establecida. En consecuencia, Marshall abandonó a regañadientes su temerario plan. Mucho antes, la *New York Review* de 1838, en homenaje al último Magistrado Presidente, no había tenido problemas a la hora de identificar su papel en el asunto:

»Cuando esta última Ley fue aprobada, el Magistrado Presidente Sr. Marshall dirigió una circular a todos los demás Jueces de la Corte suprema, manifestando que, por encima de todo examen y consideración, había llegado a la conclusión de que los Jueces de la Corte suprema no podían ser requeridos constitucionalmente para entender de ninguna otra causa que no fueran las de la Corte Suprema y no podían ser obligados a juzgar en ningún otro tribunal; en consecuencia manifestaba a sus cofrades que si ellos compartían dicha opinión, él declinaría conocer de los pleitos en los Tribunales inferiores y se expondría a las consecuencias. Todos sus cofrades le respondieron compartiendo plenamente su opinión de que los Jueces de la Corte Suprema no podían, constitucionalmente, ser requeridos para juzgar en ningún otro tribunal; pero le recomendaban realizar el circuito, al considerar que ese argumento había sido desautorizado por la aquiescencia de los Jueces que habían realizado los circuitos hasta el año 1801. En consecuencia, siguió su consejo y acudió a los circuitos». 3 *New York Review* 328, 347 (1838).

A pesar de que estos primeros relatos contienen errores de detalle —probablemente sus escritores no tenían acceso a todos los documentos relevantes— se apartan de la hagiográfica tendencia de los escritores más modernos que prefieren ver a Marshall como una gran fuerza moderadora en interés del barco del Estado que navega en peligrosos mares.

La única finalidad de la carta de Marshall es dejar abierto el camino a todo tipo de confrontación. Seguramente, no apela directamente a la huelga, pues esto habría sido contraproducente. Si otros apoyaran su gesto hacia el sublime pero peligroso deber judicial, habría tiempo de sobra para considerar lo que debería suceder a continuación⁷.

El juez Samuel Chase no necesitó que le preguntaran dos veces. Como Paterson, también fue obsequiado con una carta de Marshall el 19 de abril⁸, y para el 24 de abril respondía con un memorando de 3000 palabras atacando la constitucionalidad de la derogación: «El honor de despojar el cargo a partir del Magistrado, y no al Magistrado a partir del cargo lo considero pueril y sin sentido». Tras un poderoso análisis de los aspectos constitucionales, Chase pasa a examinar la respuesta judicial apropiada:

Tengo tres objeciones que hacer a los Magistrados de la Corte Suprema que atienden el circuito judicial. Primera. Si la Ley de derogación no ha abolido los Tribunales del Circuito, lo que ciertamente no ha hecho,...y si la Ley de derogación no ha extinguido los cargos de los Magistrados nombrados, or-

⁷ Mi análisis de esta carta se sustenta aún más en contraste con la que Marshall había enviado a Paterson dos semanas antes, el 6 de abril:

«Confieso que poseo fuertes escrúpulos constitucionales. No puedo comprender bien la manera de defender la obligación de que los Jueces de la Corte suprema hayan de realizar el circuito Judicial. Si la cuestión fuera nueva tendría recelos de actuar sin haber consultado a los Magistrados; pero la considero ya decidida y cualquiera que sean mis escrúpulos estoy sujeto por la decisión. Sin embargo, no puedo sino lamentar la ausencia del período de sesiones de junio. Habría deseado que los Magistrados se hubiesen juntado antes de que procedieran a poner en marcha el nuevo sistema». *Papers of John Marshall* 108, 109. Como en la última carta, Marshall es claro en lo tocante a sus «fuertes escrúpulos constitucionales» frente al circuito judicial, pero parece resignado al hecho de que sus cofrades serán reacios a reconsiderar su antigua aceptación de la práctica —al menos si se ve restringido a las cartas escritas y se le priva de la oportunidad de hablar con sus compañeros cara a cara.

En cualquier caso, dos semanas después, ya no acepta la derrota sino que busca persuadir a sus compañeros de reabrir la discusión, para que consideren seriamente la posibilidad de una huelga judicial.

Seguramente, este acercamiento indirecto representa una suavización substancial de su confiada visión, relatada a políticos federalistas el mes anterior, de que «podía tenerse confianza» en la Corte. Pero esto sugiere simplemente que Marshall se había movido desde el enérgico rechazo de la derogación a la pragmática tarea de determinar si sería capaz de llevar a su Corte tras de sí.

⁸ No ha sobrevivido ninguna copia de la carta de Marshall a Chase, pero la respuesta de Chase comienza con un acuse de recibo agradecimiento por «su carta del 19 del presente» y parece razonable suponer que la carta de Marshall era similar en estilo y sustancia a la escrita a Paterson.

denados y cualificados bajo la Ley derogada; ha de concluirse que los cargos de dichos Magistrados se ejercen plenamente; y, en consecuencia, ningún Magistrado de la Corte Suprema...puede ejercer el cargo de Juez en tales Tribunales, sin vulnerar la Constitución. Segunda. Si la Ley de derogación como para intentar extinguir el cargo de los (que son) Magistrados bajo la ley derogada, y un Magistrado de la Corte Suprema ... debiera ejercer su cargo en los Tribunales del Circuito, creo que él estaría sirviendo de instrumento para la aplicación de una Ley inconstitucional... Si una persona ejerce un cargo para el que otro posee un título legal, es un malhechor, y debe ser destituido; y el malhechor debería ser readmitido en su cargo. ¿Debería un Magistrado ser un malhechor?...

[Tercera.]⁹ Pienso [tal y como ahora aconsejo] que un Magistrado de la Corte Suprema no puede admitir ni actuar bajo un mandato como Magistrado de los Tribunales de Circuito. La Constitución...da a la Corte Suprema jurisdicción originaria en causas de Embajadores etc. etc.; y la jurisdicción en apelación de los casos enumerados. Me parece que el Congreso no puede, por Ley, dar a los Magistrados de la Corte Suprema la jurisdicción originaria de los mismos casos en los que ella [la Constitución] expresamente le otorga la jurisdicción en apelación. Si una causa se origina en los Tribunales de Circuito, y se juzga allí, el Magistrado de la Corte Suprema puede solo (o con el Juez de Distrito) oír y decidir un caso sobre el que la Constitución le otorga expresamente la jurisdicción en apelación. La Constitución pretendió que los Magistrados de la Corte Suprema no tuvieran jurisdicción originaria, salvo en los pocos supuestos enumerados. Precisamente de ello se infiere que, puesto que la Constitución tan sólo da a la Corte Suprema jurisdicción originaria en unos pocos casos especificados, pretendía excluirla de la jurisdicción originaria en todos los demás supuestos...Pienso que está en manos de los Magistrados reunirse en Washington el próximo julio, o agosto; y desearía que usted impeliera a ello...

La carga de resolver tan gravemente el asunto, y bajo las actuales circunstancias de nuestro País, puede ser muy grande para todos los Magistrados unidos; pero un Magistrado individual, que declinara realizar el Circuito, se hundiría bajo ella¹⁰.

⁹ Aunque Chase comienza diciendo que ofrecerá tres razones, no identifica explícitamente la tercera parte de su alegato. Pienso que esto es lo que tenía en mente.

¹⁰ Existe una reimpresión de la carta de Chase en Haskins y Jonson, 172-177, n.º 182, y también en 4, *The Papers of John Marshall*, 109-116.

Los argumentos de Chase van más allá de los anunciados previamente por el magistrado presidente. Para Marshall, es suficiente con insistir en que los magistrados de la Corte Suprema no pueden realizar el circuito sin recibir antes un segundo nombramiento como tales jueces de circuito. Chase ataca también la constitucionalidad de la propia derogación, en tanto que la correspondencia jurídica de Marshall guarda silencio sobre este importante asunto¹¹. Con toda probabilidad, el rechazo de Marshall a tomar una decisión sobre la derogación habría conducido a una situación peliaguda si los magistrados hubiesen ido a la huelga. A menos que la Corte declarara inconstitucional la derogación, el resultado sería un vacío jurisdiccional bajo el que no podría celebrarse ningún tipo de juicio federal. Por un lado, los magistrados de la Corte Suprema no celebrarían juicios, toda vez que ello iría más allá de su mandato; por otro, los jueces de guardia tampoco, puesto que la norma habría sido constitucionalmente derogada. Seguramente, este vacío habría sido temporal: suponiendo que los republicanos hubiesen ganado la batalla de la opinión pública en relación a la Corte, el Congreso habría creado sin duda otra tanda de Tribunales de circuito, tripulados por leales jeffersonianos, para ocupar el lugar de los Magistrados. Sea como fuere que este vacío podría haberse llenado, es un grave error para los historiadores modernos tratar el limitado enfoque de Marshall como indicativo de una actitud comprometida. Al contrario, si quería conseguir apoyo para una huelga, sólo sería razonable dirigir la atención de sus colegas hacia el más estrecho campo legal que justificaba ese resultado, aislándola de los demás motivos colaterales suscitados por la más amplia crítica de Chase¹².

¹¹ Además, Chase llega tan lejos como para sugerir que una norma que autorizara el otorgamiento de un segundo mandato a los magistrados sería en sí misma inconstitucional. Pero estas especulaciones son evidentemente innecesarias para decidir el presente problema —toda vez que los magistrados no tenían de hecho un segundo mandato, y era extremadamente improbable que el Presidente republicano y el Congreso se lo otorgara nunca, el razonamiento de Marshall era más que suficiente para el problema presente.

¹² Aunque Marshall guardaba silencio respecto a la mayor parte de los asuntos en su correspondencia jurídica, Bayar le atribuye el siguiente punto de vista en una conversación privada contemporánea:

«Él [Marshall] considera que la última ley de derogación es operativa en cuanto a privar a los Magistrados de su poder, derivado de la ley derogada. El cargo que ostenta aún constituye una mera capacidad, sin un nuevo nombramiento para recibir y ejercer cualquier otra potestad judicial nueva que el Legislador quiera conferir. Se ha considerado aquí que el camino más prudente... para los Tribunales de Circuito... es suspender su actividad general al final de su próxima sesión, y dejar lo que falte por hacer a la Corte Suprema». Carta de

Es más importante que las diferencias legales entre Marshall y Chase no nos hagan perder de vista el punto principal —ambos estaban a favor de la huelga. De hecho, sus diferentes enfoques eran más complementarios que competitivos: Chase discutiendo más ampliamente todos los aspectos, y

Bayard a Hamilton (25 de abril, 1802), 25 Hamilton Papers 614; véase también la carta de Bayard a Bassett (24 de abril, 1802) Bayard MS, Maryland Historical Society, Baltimore, MD (advirtiendo a su suegro, quien es también un juez de guardia, de que la derogación ha quitado el poder a los Tribunales del circuito).

Bayard no cuenta, sin embargo, qué es lo que el magistrado presidente cree que «falta por hacer» por la Corte Suprema —¿será una huelga o la sumisión a las órdenes del Congreso?

El Gobernador Morris cuenta en su diario el 24 de abril la conversación de Bayard, pero no de tal forma que permita una respuesta clara:

Llamada al Sr. Bayard por la tarde. Una reunión en mi cámara para debatir qué puede ser lo mejor en relación a la Judicatura. El Sr. Bayard, el Sr. Griswold y el Sr. Odien. El Sr. Bayard hace un informe de parte del Presidente de la Corte. No estoy ni sorprendido ni decepcionado ya que se corresponde con mi concepto del Magistrado y con la opinión previamente expresada por el informador [Sr. Bayard]. Después de marcharse el Sr. Bayard, estamos de acuerdo en que este asunto no debe terminar aquí». *Gouverneur Morris Papers, Library of Congress, DC.*

A pesar de sus declaraciones en sentido contrario, Morris está evidentemente decepcionado al enterarse de que Marshall ya no expresa la determinación incondicional anotada en su diario el 6 de abril. Pero sería ir demasiado lejos sugerir que Morris da definitiva cuenta de la rendición de Marshall. Al contrario, esta anotación es perfectamente coherente con el hecho de que Morris ha averiguado la verdad —que Marshall había arrojado a sus colegas un balón de prueba invitándoles a tomarse en serio la huelga, pero era demasiado pronto para decir si ellos estarían o no conforme. Dada la anterior manifestación de confianza de Morris en la firmeza de Marshall, se habría sentido decepcionado ante cualquier signo de duda. De hecho, la afirmación con la que concluye —«este asunto no debe terminar aquí»— no sugiere que el informe de Bayard fuese demasiado desalentador.

Es complicado exponer la comunicación Bayard-Morris más allá de la estricta cronología. Si, como parece probable, Bayard habló con Marshall el —o hacia el— 24 de abril, el presidente de la Corte no podría haber recibido ya la carta de Chase en fuerte apoyo de la huelga —y por tanto, las anotaciones de Bayard no pueden informarnos de si el punto de vista de Marshall había cambiado tras leer los argumentos de Chase. Más aún, es posible que en el preciso momento en que Marshall había recibido la carta con la negativa de Washington, no hubiera recibido aún la carta afirmativa de Chase (no podemos estar seguros toda vez que la carta de Washington está perdida, y de su existencia sólo se da cuenta el 3 de mayo). Si la carta de Washington había llegado, habría hecho a Marshall aún más cauteloso —puesto que, al tiempo de hablar con Bayard, ésta habría sido la *única* evidencia que poseía del punto de vista de sus colegas, y no podía saber que Chase entraría pronto en la contienda con una resonante afirmación del imperativo constitucional de acudir a la huelga. Teniendo todas estas cosas en consideración, lo relatado por Bayard-Morris requiere mucho *tea-leaf reading* para mi gusto...

Marshall enfocando las cuestiones clave. Esta combinación dio a los jueces un buen conocimiento del territorio, pero ¿querían ellos ir hasta allí?

Washington fue el primero en decir «no», y tan rápidamente que el memorando de Chase probablemente no podía haberle llegado. Así es como Marshall describe la situación a Paterson el 3 de mayo:

El Sr. Washington también manifiesta su opinión de que la cuestión relativa al derecho constitucional de los Magistrados de la Corte Suprema a actuar como Jueces de Circuito debe considerarse zanjada y no debe tocarse de nuevo. Yo no albergo ninguna duda, pero este programa político dicta una decisión para todos nosotros. Los Magistrados son, en cualquier caso, aquéllos de entre todos los hombres con menor derecho a obedecer sus dictados. Yo mismo me sentiría satisfecho, en privado, si ésta fuera la opinión de la mayoría y con gran placer estaría de acuerdo con ella; aunque, si sobre el asunto no se discutiera nunca, yo mismo me sentiría realmente avergonzado al respecto.

También he recibido una carta del Magistrado Chase cuya opinión es totalmente opuesta a la del Magistrado Washington, pero expresa un encarecido deseo, que me ha pedido que traslade a cada miembro del Tribunal; que deberíamos reunirnos en Washington con el propósito de determinar la pauta de la conducta a seguir en este asunto. Debo informar al Magistrado Moore y le agradecería que escribiera al Magistrado Cushing sobre este asunto y me hiciera saber el resultado.

Si ciertamente llegamos a la determinación de proceder a realizar las obligaciones del circuito, considero que será en todo punto innecesario que nos reunamos en agosto. Si nos inclinamos por la opción contraria, o estamos indecisos, deberíamos reunirnos y expresarnos de palabra unos a otros nuestras dificultades¹³.

Una vez más, la gran sorpresa es que Marshall aún mantiene la posibilidad de la huelga como una opción abierta. Tal como la carta de Chase ponía de manifiesto, probablemente una huelga no podría tener éxito sin un frente unido, y Washington ya había dicho que él no estaba interesado. Sin embargo, Marshall responde menospreciando sutilmente la posición de Washington: votar «no» es pragmáticamente adecuado, pero las meras consideraciones de «política» son indignas para los magistrados. Así como

¹³ 4 Papers 117, 117-118.

el presidente de la Corte se sentiría satisfecho «en privado» si la mayoría estuviera de acuerdo con Washington, se sentiría muy «avergonzado» si sobre el asunto «no se discutiera nunca», lo que es, de hecho, muy probable¹⁴. Más que aceptar el veto de Washington como decisivo, Marshall aún sugiere la necesidad de un encuentro cara a cara si «nos inclinamos por la opción contraria o estamos indecisos» —sin mencionar que esa reunión desafiaba la nueva planificación convertida en ley la semana anterior¹⁵. En vez de ello, simplemente le pide ayuda a Paterson para conocer la opinión de los demás magistrados¹⁶, y Paterson coopera enviando su relato acerca de Chase y Washington a Cushing el 25 de mayo¹⁷.

Así, por un lado, el esfuerzo republicano de reventar los procesos deliberativos de la Corte ha fracasado por completo. Bajo el liderazgo de Marshall y Chase, la Corte se niega a aceptar la derogación aprobada por el Congreso como un hecho consumado. Cada uno de los magistrados está confrontando honradamente los graves problemas constitucionales destacados por el restablecimiento del circuito judicial. Pero por otro lado, el esfuerzo republicano sí ha tenido éxito, tal y como sugiere la respuesta de Paterson a finales de mayo:

¹⁴ No tengo conocimiento de ninguna evidencia de los años 1790, que sugiera que los magistrados hubieran tenido seriamente en consideración el problema constitucional en algún aspecto.

¹⁵ No sugiero que la reunión habría sido estrictamente ilegal —toda vez que la ley no prohibía explícitamente a los magistrados tener trato personal entre sí, sino que simplemente posponía la siguiente sesión plenaria de la Corte hasta febrero de 1803.

¹⁶ Nótese que Marshall no pide a Paterson que le pregunte al magistrado Washington respecto a una eventual reunión en agosto, ni tampoco sugiere que lo vaya a hacer él en persona. En vez de eso, Marshall asume la negativa de Washington, pero parte de la premisa de que un solo voto negativo no es dispositivo. Incluso en una fecha tan tardía como el 28 de mayo, Chase aún cree que habrá un encuentro cara a cara:

«Me he cruzado al Magistrado Chase en mi camino. Dice que habrá una reunión de los Magistrados en Washington antes de que la nueva Ley entre en vigor —con la finalidad de determinar si ayudarán o no en su ejecución. No creo que lo haga, estando todos los demás en su contra. La conciencia de la gente se está preparando —ya está de hecho preparada para sancionar lo que los Jueces hagan.» Carta de Stoddert a Wolcott, 28 de mayo, 1802, New York Historical Society.

A pesar de que Chase era un hombre extremadamente terco, normalmente no dejaba que su dogmatismo sacara partido de su sentido de la realidad práctica. Siendo Stoddert una persona sólida y de confianza, creo que su relato es fiable.

¹⁷ Paterson to Cushing, Massachusetts Historical Society. Chase envía una copia de su análisis completo a Cushing a primeros de junio, pero la fecha precisa no se señala en el sobre que se encuentra actualmente en los archivos de la MHS.

Respecto del derecho constitucional de los Magistrados a actuar como Jueces de circuito, mi opinión es coincidente con la del Magistrado Washington. La práctica ha fijado la interpretación, y es demasiado tarde para alterarla. Si estuviera abierta a discusión, merecería ser tomada seriamente en consideración; pero el análisis práctico es demasiado antiguo, fuerte y obstinado como para ser debilitado o restringido. La cuestión está zanjada. Si ésta debe ser la opinión preponderante, y no hay ningún otro asunto, nuestra reunión sería una pérdida de tiempo¹⁸.

Nótese la precaución: «Si estuviera abierta a discusión, merecería ser tomada seriamente en consideración». La respuesta de Cushing expresa dudas similares: admite que «las dudas habrían surgido» si el problema de la realización del circuito se hubiese planteado desde el principio, pero concluye que la práctica seguida desde la década de 1790 requiere de los Magistrados «ser consecuentes...debemos comportarnos según las viejas costumbres [y] permitir al compañero Chase ejercer su Particular Jurisdicción en agosto»¹⁹.

Estas líneas sugieren que la segunda ley de los republicanos, quebrantando el proceso deliberativo de la Corte, podría perfectamente haber logrado el éxito en su objetivo estratégico básico. Si los magistrados se hubieran reunido en una de sus acostumbradas deliberaciones cara a cara, la dinámica habría sido muy diferente. Después de que Chase presentara su poderoso alegato en persona, Marshall bien podría haber conducido sutilmente a sus débiles colegas hacia una posición más fuerte, tal y como intentará hacer en muchas ocasiones en el futuro. Pero dadas las cartas que tenía ante sí, el presidente de la Corte no tenía más opción que dar por terminado el asunto y ordenar a Chase que retomara sin más sus obligaciones en cuanto al circuito. Llamando a las cosas por su nombre: a pesar de los desvelos de Monroe, Jefferson probó que tenía mayor control de la posición

¹⁸ La carta original de Paterson no ha sobrevivido, pero aparentemente envió una copia al magistrado Cushing, cuya esposa, Hannah, la transcribió en una carta a Abigail Adams, que sí pervivió en los Adams Papers en Massachussets. El pasaje clave se encuentra en 4, Marshall Papers 118, n. 6.

¹⁹ Haskins en 177, citando una carta de Cushing a Paterson (8 de junio de 1802), *Miscellaneous Manuscripts Cushing*, New York Historical Society, New York City. Cushing expresa sentimientos similares a estos en una carta a Chase del 11 de junio, esta vez recogida por la Massachussets Historical Society.

No ha sobrevivido ninguna evidencia de una respuesta de Moore.

estratégica, presionando agresivamente hasta bloquear las deliberaciones de la Corte, podría perfectamente haber provocado que los magistrados retrocedieran del precipicio.

Pese a lo fascinante de estas hipótesis no deben distraernos de los sucesos que indiscutiblemente *sucedieron*, los cuales no son tan sólo importantes de por sí, sino que iniciaron modelos constitucionales que se presentaron repetidamente en momentos cruciales de la historia americana. Los republicanos fueron el primer movimiento político, pero no el último, en conseguir un amplio control sobre las asociaciones políticas sobre la base de (lo que gustaban en llamar) un mandato electoral del Pueblo; tampoco fueron los últimos en enfrentarse a una Corte Suprema llena de defensores de una era ya pasada; ni los últimos en responder buscando interrumpir los esfuerzos de la Corte de decidir sobre la constitucionalidad de las iniciativas de transformación de los nuevos movimientos.

Seguramente, la naturaleza precisa de la amenaza de los republicanos era difusa. Si la Corte hubiera mantenido una reunión desafiante que culminara en una huelga judicial, su llamada al Pueblo podría haberse probado persuasiva, tal como temía Monroe, en el terreno de la opinión pública; pero si no, la futura posición de la Corte estaba en peligro. Aprobando la segunda ley de 29 de abril, los republicanos pusieron sobre aviso a la Corte federalista de que no debía tratar el problema al estilo del *Caso Hepburn*, es decir, como parte del usual toma y daca generado por la separación de poderes. Al contrario, el Congreso puso a la Corte sobre aviso de que una mayor resistencia a sus iniciativas supondría cuestionar su futura legitimidad como actor independiente en el emergente sistema de la separación de poderes. Si se puede olvidar la jerga, diría que la perjudicial ley republicana lanzó una *amenaza no convencional*²⁰.

Los magistrados no tuvieron dificultad en descifrar el mensaje, que hablaba de «graves consecuencias». Pero no se arrugaron sin más ante la apisonadora republicana. Bajo el liderazgo de Marshall, se comportaron como un tribunal, tomando en consideración de forma sensata los pros y los contras de una mayor resistencia. Pero de forma característica —mientras la mayoría apreciaba los puntos principales avanzados por Marshall y Chase—, al final, se persuadieron más por consideraciones de diferente tipo.

²⁰ Hago un análisis de posteriores episodios que contienen amenazas no convencionales en *We the People: Transformations*.

Llámesele el argumento de las apariencias políticas. Habiendo obedecido el mandato federalista de realizar el circuito durante la década de 1790, ¿cómo sería visto el que los magistrados expresaran repentinamente sus escrúpulos constitucionales ahora que eran los republicanos quienes daban la orden? ¿Aceptaría la opinión pública esta construcción constitucional novedosa cuando los republicanos la denunciaban como el colmo de la parcialidad en favor los federalistas?

Este es el punto central de la objeción planteada por Cushing y Paterson: «La práctica ha fijado la interpretación, y es demasiado tarde para alterarla». Y tal como la historia revela, veremos que estas voces que pedían su aceptación eran totalmente acertadas: una huelga judicial habría finalizado en desastre para la Corte Suprema. Pero por ahora, dejemos que los documentos muestren cómo, en este primer momento decisivo para la historia constitucional, los magistrados tomaban honradamente en consideración la amenaza nada convencional proferida por Thomas Jefferson y su Congreso republicano, cuestionándose sensatamente si podrían o no ganar la posterior batalla ante la opinión pública, y escogieron acomodarse a la iniciativa presidencial sacrificando sus convicciones constitucionales.

Llámesese a esto la conexión en el tiempo.

II. SIGNIFICADO PÚBLICO

Mientras todo esto sucedía en privado, las manifestaciones en público comenzaron con el rechazo formal de la Ley Judicial federalista el 1 de julio de 1802. A juzgar por las apariencias, las perspectivas de una confrontación demoledora todavía eran altas. Después de todo, los magistrados habían servido previamente como baluarte de los federalistas, ayudando a las Administraciones de Washington y Adams en incontables ocasiones en tareas delicadas. Y durante las últimas elecciones, habían llegado a grandes cotas de apoyo al régimen. Cuando realizaron el circuito en 1800, hicieron una vigorosa campaña a favor de Adams y Pinckney, transformando sus solemnes cargos como jurado en discursos políticos partidistas. Persiguieron agresivamente a los editores republicanos al amparo de la Ley de Sedición, despertando las voces de la oposición en un momento crucial. Para hacer los problemas aún más ominosos, la Corte había sido en ese momento reforzada con el nombramiento, a última hora, de un presidente cuyo reciente cargo como secretario de Estado no prometía —por decirlo suavemente— moderación.

Además, los magistrados federalistas que hacían el circuito judicial no estaban preparados para aceptar la derrota sin haber luchado. Tras numerosa correspondencia y un encuentro privado²¹, el magistrado de circuito Richard Bassett hizo circular una prolija protesta pública en nombre de sus «compañeros de oficio»²². El *Protest* de Bassett está escrito como una *opinion* judicial —y una que en todos sus aspectos suena familiar a cualquier lector de *Marbury*. Basando su llamada a la nulidad judicial de la ley jeffersoniana «en las palabras y expresiones del *Pueblo*, contenidas en la Constitución, tal y como salió de sus manos», desarrolla una comprensión marshalliana de la naturaleza de los mandatos judiciales como derechos investidos:

Con este mandato y la compensación económica en su mano; con la ley del Congreso, que crea su cargo y fija la compensación, autorizándola; y con la *Constitución* de los Estados Unidos ante sus ojos, asegurándole positivamente que percibirá su *cargo* y su *salario en tanto que se comporte adecuadamente*, lo acepta bajo las condiciones ofrecidas. Y ¿debe ser privado de ambos, *cargo* y *salario*, el mes o año próximo? O cuando el legislativo, que no es más que una de las *tres* partes de ese pacto solemne, se complazca en decir «ya no eres

²¹ La reunión fue convocada por los magistrados del Tercer Circuito, véase Holt, en el 16, y aunque parecía haber generado una copiosa correspondencia —he hallado, por ejemplo, un tesoro oculto, escritos constitucionales de Oliver Wolcott, en la Connecticut Historical Society—; de hecho, sólo cuatro magistrados se reunieron en Filadelfia a principios de junio. Bassett, uno de los magistrados del Tercer Circuito, estaba presente, y su *Protest* describe su relación con sus colegas:

«Si existe alguna *diferencia* de opinión entre mis *colegas* y yo, se refiere exclusivamente al *momento temporal* para expresar nuestras opiniones. Puedo con confianza afirmar que, en cuanto a la discusión, *coinciden* conmigo en otros aspectos». *New England Palladium*, 2 (3 de septiembre de 1802).

²² Bassett era el suegro de James Bayard, y un experto cree que *Protest* fue en realidad escrito por su yerno, Holt en 16. Esta idea se ve apoyada por un editorial del periódico republicano de Boston, el *Independent Chronicle*, que afirma que *Protest* «se considera una obra de cierto peso; porque se considera el producto del trabajo conjunto de Bayard y Bassett». Cito la versión impresa por *The New England Palladium* de 31 de agosto y 3 de septiembre, de 1802. La fecha original de *Protest* es de 24 de agosto. Id. en el 2 (3 de septiembre de 1803).

Aunque tengo una gran deuda con el novedoso ensayo del profesor Holt, no puedo convenir con él en su decisión de seguir al profesor Ellis acusando al *Protest* de Barrett de «largo, tedioso y a menudo tortuoso». Antes al contrario, la visión de Holt-Ellis es deudora de una desafortunada tendencia de los historiadores políticos de menospreciar la importancia de los argumentos legales complejos en el desarrollo constitucional.

necesario ni conveniente, podemos encontrar Magistrados para ejercer tu cargo por menos dinero, o que vayan a ser más dóciles a nuestros deseos»²³.

El *Protest* de Bassett evidencia la sensación de lo fácil que habría sido para la Corte presidida por Marshall haber escrito una opinión del estilo *Marbury* en defensa de los mandatos para los magistrados de circuito. Por ahora, es suficiente resaltar que el *Protest* concluye con un llamamiento a los magistrados de la Corte Suprema para que se declaren en huelga — «para rehusar cualquier *cooperación*, que ejecutara, o *contribuyera* a ejecutar... la norma prohibida aprobada por el legislativo»²⁴.

Cuando se hizo evidente que los magistrados declinaban esta invitación, los abogados federalistas abrieron un segundo frente. En cuanto los magistrados comenzaron a realizar el circuito una vez más, rápidamente pusieron objeciones desde el estrado. Cuando se hizo el reparto de asuntos relativos al período primaveral, los principales abogados federalistas desafiaron la jurisdicción de los nuevos Tribunales²⁵. Estos casos estaban aún, hablando con propiedad, ante el tribunal compuesto por los tres magistrados de apelación que habían conocido del caso en primavera, por la simple razón de que la ley de apelación era inconstitucional. En cualquier caso, los abogados y jueces federalistas, más que seguir presionando con estos desafíos, se integraron en una danza característica. En respuesta al inicial desafío lanzado a la jurisdicción, la Corte suspendió su actividad de un día para otro, dando tiempo a que los magistrados y el consejo hablaran entre sí con franqueza. Y al día siguiente, los abogados federalistas desistieron de sus pretensiones sin mayores argumentos.

El silencio oficial difícilmente encubrió los trascendentales asuntos en cuestión. He aquí el republicano *Independent Chronicle*, describiendo la escena en el momento en que el magistrado William Cushing y el juez de Distrito John Davis abrían sus Tribunales de apelación para conocer de los asuntos, en Boston el 11 de octubre de 1802:

Cuando los Magistrados se reúnen, forman las listas de jurados, y el alguacil anuncia la organización de la Corte, se da por supuesto que la potestad juris-

²³ Id. en el 1 (3 septiembre, 1802).

²⁴ Id.

²⁵ Tenemos importantes pruebas substanciándose esta situación en cuatro de las seis apelaciones.

dicional está autorizada por la Constitución. En la actualidad, si un particular busca detener el procedimiento, con un alegato que ataca su existencia, es un acto de presunción que requiere la autoridad más alta para su conducta... Como ciudadanos, tenemos el derecho de preguntarnos ¿En base a qué autoridad una parte de los asuntos de la presente Corte fue suspendida por intervención suya?...Se entiende, señor, que su alegato atañe no solamente a la jurisdicción de la Corte en una acción particular, sino que se ataca los fundamentos sobre los que fue construida la superestructura judicial. Los Magistrados, con extrema deferencia, han dado traslado de su demanda para que sea discutida a las diez en punto del próximo día. Entre tanto, la Corte fue suspendida en su actividad, y ciertas acciones postergadas hasta que usted hubiera ofrecido los argumentos para apoyar sus alegaciones.

Durante esta interrupción, el espíritu del público estaba agitado; se consideraba que los Tribunales de justicia estaban paralizados; los procedimientos pendientes se suspendieron por ser dudoso su asunto; se retrasó el cumplimiento de las obligaciones del jurado; en resumen, muchos consideraron que durante veinticuatro horas las leyes del país caminaban, si no a la aniquilación, sí al menos hacia la disolución.

Llegó la hora, señor, en que esta interesante cuestión debía dilucidarse. La Corte se reunió y celebró en medio de un solemne suspense una vista sobre si debía considerarse o no una jurisdicción constitucional, competente a los efectos de juzgar todas las causas que figuraban en el listado de asuntos. En medio de esta horrible crisis se anunció que usted había promovido el examen de esta cuestión, la cual el día previo se había comprometido a suscitar personalmente, ¡o hablando alto y claro, que Theophilus Parsons, abogado, había permitido a la Corte de justicia continuar con sus asuntos sin mayores interrupciones!

Un individuo como éste que hace perder el tiempo a una Corte de justicia es, en mi opinión, una de las mayores indecencias posibles²⁶. Debe resaltarse que Theophilus Parsons no es un simple abogado, sino un gigante entre los federalistas de Massachussets; de hecho, John Adams encontró tiempo para nombrarle fiscal general durante los últimos y desesperados días de

²⁶ «Old South» LXXI, citado por el texto ligeramente revisado impreso en Benjamín Austin, Jr. [»Old South«], *Constitutional Republicanism in Opposition to Fallacious Federalism* (Boston, 1803), 297-302.

su presidencia. El nombramiento, confirmado el 20 de febrero de 1801²⁷, fue puramente honorífico; difícilmente tuvo Parsons el tiempo de ejercer sus obligaciones oficiales, excluyendo tal vez cuando se hizo cargo de las actividades relatadas por el *Independent Chronicle*.

En este momento, Parsons ya era el ex fiscal general, pero sus acciones estaban teñidas por su cargo, demostrando elocuentemente la complejidad de la respuesta federalista a la purga judicial jeffersoniana. Tal vez pudiéramos apreciar mejor la sutileza de la actuación de Parsons contrastándola con alternativas más evidentes. Por un lado, Parsons y su ilustre compañero podrían haber adoptado una posición de intransigencia absoluta —boicoteando todas las sesiones de la Corte y conduciendo a la Nueva Inglaterra federalista a una campaña de resistencia civil frente a los usurpadores judiciales. Por otro lado, podría haber defendido vigorosamente sus objeciones constitucionales, exigiendo que Chase y Davis se justificaran de forma oficial. En contraste con ello, su conducta de desafío y resignación significa algo diferente: una imperecedera objeción constitucional federalista a la legitimidad del *status quo*, más un amargo reconocimiento de que la prolongación del debate no tenía sentido. Describiré este momento —cuando el silencio habla más fuerte que las palabras— como un ritual de resignación.

Dicho ritual se repitió por actores igualmente notables más allá del sur: el congresista Roger Griswold se había situado en el mismo centro de la oposición federalista a la derogación, pero ahora se arrodillaba ante el Segundo Tribunal de Circuito en Connecticut, como hicieron Robert Goodloe Harper y Luther Martin ante el Tercer Tribunal de Circuito en Nueva Jersey²⁸. Y justo en ese momento en que el significado de este baile parecía inequívoco, sufrió un giro inesperado al presidir John Marshall la Corte de apelación en Virginia el mes de diciembre.

Una vez más, la *dramatis personae* no podría haber sido más distinguida. El magistrado presidente en su estrado lanza un desafío a su jurisdicción ayudado por Charles Lee —el fiscal general de Adams hasta los decadentes días de la Administración, cuando el presidente le nombró magistrado presidente del recién creado Tribunal de tres magistrados establecido para el

²⁷ El nombramiento fue hecho el 18 de febrero, 1 Sen. Exec. J. 381 (18 febrero, 1801), y confirmado dos días después, id. en 383 (20 febrero, 1801).

²⁸ Véase Holt, en 16-18, para una descripción más amplia de estos sucesos. A pesar de que mis investigaciones en los archivos apoyan las fuentes que él cita en la nota 50, no sugieren la necesidad de una modificación substancial.

Cuarto Circuito (creando de este modo la coyuntura para el nombramiento honorífico de Parsons)²⁹. Pero en la lucha de Adams y Marshall por crear juzgados de guardia, éstos parecen haber malinterpretado las intenciones del fiscal. Tan pronto como Lee tuvo conocimiento de la oferta la rechazó, requiriendo a Adams para que nombrara un sustituto una semana después³⁰.

Lee emerge ahora de las sombras para cumplir como el paladín de la Corte cuya suprema magistratura desdeñó. Una vez más, un ilustre federalista suscita un desafío constitucional por la transferencia de un caso pendiente de la Corte de tres magistrados a las nuevas/antiguas Cortes de apelación. Pero esta vez no hay ningún ritual de resignación. El fiscal general de Adams no rehuye su desafío a la jurisdicción de la Corte presidida por el magistrado presidente de Adams. Sin embargo, Marshall toma la decisión final del asunto en diciembre de 1801 en un caso llamado *Stuart v. Laird*. No ha perdurado ningún informe³¹, pero el senador William Plumer, una fuente fiable por lo general, rápidamente escribe que «el Magistrado Presidente Marshall ha denegado una instancia dirigida a la Corte de Apelación de Virginia, sin decidir si la derogación de la norma Judicial era constitucional...»³².

En este momento de los autos, el concreto razonamiento del presidente de la Corte es menos importante que el simple hecho de su decisión. Una vez que rechazó el desafío a la jurisdicción motivado por los fundamentos de derecho, Lee podía acudir en apelación directamente a la Corte Suprema, momento en el que el magistrado presidente sería libre de cambiar de opinión, si así lo decidía. Lee tomó con ansia la oportunidad, e igual hizo la Corte, la cual inmediatamente relegó el caso *Stuart* al conocimiento del pleno, junto con *Marbury v. Madison*, en el período de sesiones de febrero próximo, primera vez en catorce meses en que se reunirían como un cuerpo colegiado.

Este desvío de última hora dio un giro diferente a los ritos de resignación que le habían precedido. En aquellos primeros encuentros, ¿les dijeron los

²⁹ 1 Sen. J. 381 (18 febrero de 1801).

³⁰ 1 Sen. J. 385 (25 febrero de 1801).

³¹ He buscado en los archivos pertinentes.

³² Plumer a Livermore, 21 de diciembre, 1802, Plumer Papers, Library of Congress. Una búsqueda en los archivos pertinentes de Virginia solamente ha destapado papeles oficiales de la Corte de apelación, pero ninguna huella de la opinión manifestada por el presidente de la misma.

jueces del Circuito federalistas a los abogados federalistas que no había necesidad de presionar las cosas toda vez que el magistrado presidente y Lee ya se las habían arreglado para hacer llegar el asunto hasta la Corte Suprema?

Puede que sí, aunque nadie ha encontrado una evidencia consistente³³. Aun cuando ilustres federalistas pudieran haber alcanzado un acuerdo secreto, su importancia no debería exagerarse. Ningún acuerdo secreto podría contrapesar el sólido efecto legitimador creado por el simple hecho de que los jueces hubieran obedecido las órdenes jeffersonianas y rechazado hacer la huelga. Una vez que los magistrados federalistas habían presidido las sesiones en toda la nación, iba a ser mucho más difícil para ellos preparar un ataque frontal.

Sin embargo, la decisión de recurrir el caso *Stuart* fue importante y no sólo porque dio a la Corte una última y clara oportunidad de trastocar su posición servicial. Además, transformó la característica fundamental de la ley constitucional que emergería de la precipitada retirada de la Corte ante el presidente y el Congreso. Hasta este momento, hemos observado la creación de derecho constitucional a través de *hechos consumados*: las acciones de los presidentes de las Cortes han sido más elocuentes que sus palabras. De hecho, no estaba nada claro si llegaría el momento en que la Corte Suprema afrontaría públicamente las numerosas cuestiones constitucionales desperdadas con su comportamiento.

Pero con su decisión de admitir el caso *Stuart*, la Corte definitivamente cambia su estilo, desde el hecho consumado hasta el desarrollo razonado. Fuera cual fuera la resolución de los magistrados, tendrían que decir *algo* al respecto. Es más, el precedente constitucional que crearon en *Stuart* no estaría solo, tendría que convivir, de un modo u otro, con lo afirmado en *Marbury*. Tomando dos casos para su decisión, la Corte estaba creando un todo constitucional que era más grande que la suma de sus partes; invitando al auditorio, y a la posteridad, a construir un modelo de *common law*. En caso de que este punto se malograra, se podía contar con Charles Lee para hacerlo más comprensible, ya que el fiscal general de Adams no era sólo el abogado en *Stuart*, sino también en *Marbury*, y sus argumentos resaltarían los temas comunes que ambos asuntos habían desperezado.

³³ Al describir estos eventos, Holt dice que sucedieron «como si hubiera existido un preacuerdo», pero no ofrece ninguna prueba que sustente su versión.

Pero antes de que la Corte afrontara el momento de la verdad constitucional, los votantes tendrían la oportunidad de dar su opinión.

III. LAS ELECCIONES DE 1802, Y SUS CONSECUENCIAS

El ataque jeffersoniano a los Tribunales de circuito fue un factor principal en las elecciones de 1802. La protesta de Barreto, por ejemplo, fue ampliamente difundida por la prensa federalista³⁴, mientras que los periódicos Republicanos, como el *Independent Chronicle* de Boston, no tenían empacho en desenmascararlo como propaganda electoral: «Por qué el Magistrado Bassett se arriesga a dirigirse a la gente en este momento, es evidente. Su yerno, Bayard, es candidato al Congreso, y si unos cuantos débiles pueden ser agitados, su labor no habrá sido en vano —ya que su yerno resultaría elegido representante de Delaware»³⁵. Dejando a un lado la hábil disertación de Bassett, federalistas y republicanos se acusaban mutuamente respecto a la legitimidad del ataque jeffersoniano al poder judicial.

Pero al final, los votantes no se dejaron influir por el llamamiento federalista a defender los principios de la independencia judicial. Los jeffersonianos sepultaron a los federalistas con una abrumadora victoria electoral, ensalzada aún más por la reorganización de distritos realizada por el censo de 1800. Mientras la anterior Cámara de Representantes contaba con 69 republicanos y 36 federalistas, la nueva acogía a 102 republicanos y 39 federalistas; y tan sólo cinco federalistas permanecerían en el Senado³⁶.

Las consecuencias de esta derrota fueron profundas. A pesar de hablar de «revolución», Jefferson no había ganado, en realidad, la mayoría del voto popular en 1800; su victoria en el colegio electoral se debió por completo al plus del Sur esclavista. La arrolladora victoria de 1802 aumentó enormemente la reclamación del partido de un mayor apoyo popular, especialmente desde que el Pueblo había tenido en ese momento la oportunidad de comprobar lo que valía en la práctica el programa jeffersoniano de un gobierno reducido y bajos impuestos.

El impacto de la victoria electoral se hizo visible de inmediato ya que el Congreso no reelegido recurrió a Washington en enero de 1803. Por estas fechas, no se habían recibido todos los resultados de los escrutinios ya que

³⁴ Véanse, por ej., el *New York Commercial Advertiser*, de 24 y 25 de agosto de 1802; *The Centinel of Freedom* [New Jersey], de 7 de septiembre de 1802.

³⁵ *Independent Chronicle* en el n.º 1 (2 septiembre de 1802).

³⁶ D. Bacon, vol. 3, *Encyclopedia of the U.S.*, Congreso p. 1556 (1995).

no todos los Estados programaron las elecciones para el mismo día, e incluso algunos habían postergado sus elecciones para la primavera del nuevo año. Sin embargo, la amplitud de la derrota electoral ya era evidente. En consecuencia, los republicanos que estaban en el Congreso recibieron con mucha frialdad el posterior esfuerzo que hicieron los magistrados de circuito para incrementar los apoyos de sus reivindicaciones constitucionales.

1. La petición de los jueces

Los magistrados de circuito aún no habían abandonado. Esta vez fue Oliver Wolcott, de Connecticut, quien tomó el relevo, aumentando el apoyo general de los magistrados de circuito a favor de una petición formal sometida al Congreso el 27 de enero de 1802³⁷:

En virtud de los nombramientos realizados bajo la Constitución de los Estados Unidos, los abajo firmantes fueron investidos con los cargos así creados, y recibieron órdenes autorizándoles a realizar los mismos, con los emolumentos consiguientemente pertinentes, en tanto observaran un correcto comportamiento...

Inducidos por el sentido del deber público, de la manera más respetuosa requieren al Congreso...que defina los deberes que han de ser cumplidos por los abajo firmantes...

El derecho de los abajo firmantes a sus compensaciones, lo consideran honestamente garantizado por la Constitución, sin perjuicio de cualquier eventual modificación hecha por el Ministerio de Justicia que, en opinión del Congreso, recomiende la utilidad pública. Este derecho, en cualquier caso, que implica un interés personal, será tranquilamente sometido a examen y consideración judicial, en la forma en que la sabiduría y la imparcialidad del Congreso puedan prescribirlo»³⁸.

³⁷ Originariamente, Adams nombró a dieciséis magistrados de circuito, pero los tres del Quinto Circuito más al sur rechazaron los cargos, y John Lowell, el magistrado presidente del Primer Circuito, murió el 2 de mayo, véase el *Independent Chronicle*, de 11 de octubre de 1802. Uno de los doce que quedaban, McClung, era el único juez de guardia para el fronterizo Sexto juzgado del circuito, y estaba fuera del círculo de correspondencia y encuentros que unían a los demás.

La petición de Wolcott se discutió en noviembre en una reunión celebrada por un número indeterminado de magistrados de circuito, en Philadelphia. Para el tiempo en que se sometió al Congreso, los once magistrados federalistas restantes lo habían firmado, sin contar a McClung.

³⁸ El texto completo de la petición de los magistrados está reimpresso por Haskins & Jonson, en 179-180.

2. El Congreso ordena

Actuando con notoria celeridad, la Cámara de Representantes se ocupó del asunto el mismo día en que éste se sometió a su consideración. El líder republicano, John Randolph, rechazó el nombramiento de un comité parlamentario especial, con el argumento de que «el asunto, en todas sus manifestaciones, había padecido la más completa investigación, [realizada] no sólo por cada miembro presente en esa sala, sino por cada persona juiciosa de los Estados Unidos»³⁹.

Un fascinante debate tuvo lugar a continuación, rechazando el congresista Nicholson la pretensión federalista de que la apelación al poder judicial era la vía más justa para resolver sobre el status constitucional de las obligaciones de los magistrados, así como su reclamación de una compensación:

En su opinión, dijo el Sr. Nicholson, el mejor método para utilizar el derecho del Congreso a derogar la ley Judicial había estado en funcionamiento por un tiempo, y lo estaba aún. Los ciudadanos constituían el gran tribunal ante el que debía someterse la constitucionalidad de las leyes del Congreso, y ellos debían decidir este asunto. Algunos de ellos lo han hecho ya, y el resto decidirá con sus votos electorales. Es un tribunal imparcial al que todos debemos acudir, y su sentencia nos vincula a todos. A su decisión ha sido ya sometido, y a ellos deseaba encomendársela más que a ninguna Corte de justicia⁴⁰.

El mismo día que se ocupó de la petición de los magistrados, la Cámara la rechazó en una votación sometida a disciplina de partido.

El Senado fue más cauteloso, y encomendó el asunto a una comisión parlamentaria, que lo devolvió a la Cámara el 3 de febrero:

Resuelto. Que el Presidente de los Estados Unidos sea requerido para proporcionar información, al estilo de un *quo warranto*, que fuera completada por el Fiscal General contra Richard Bassett, uno de los antedichos peticionarios, con el propósito de dar una respuesta judicial a sus reclamaciones⁴¹.

Durante el debate subsiguiente, fue el senador Wright quien se mostró de acuerdo con Richardson:

³⁹ 12, *Annals*, 430.

⁴⁰ *Id.* en n.º 438.

⁴¹ *Id.* en n.º 52.

En cuanto a la ley de la última sesión, por la que estos Magistrados han sido desprovistos de sus cargos, el Sr. Wright no tiene dudas de que la Corte Suprema, o cualquier otra, intentaría anularla. El conjunto de la nación ha aprobado la medida, como muchos de los que se oponen a ella han fatalmente comprobado⁴².

Una vez más, la petición de los magistrados fue rechazada por una votación sometida a una estricta disciplina de partido: 15 a 13.

Para comprender el significado de este (pobremente entendido) episodio⁴³, imagínese un escenario diferente. Más que «experimentar fatalmente» la cólera de los votantes, suponga que los federalistas hubieran salido victoriosos de las elecciones. ¿Habría esto cambiado el resultado del debate? Después de todo, durante el anterior debate sobre la derogación, los propios republicanos estaban indecisos respecto a la cuestión de la compensación; indecisión que los federalistas recordaron continuamente durante el debate. Considérese, en este contexto, cómo podría haber resonado el llamamiento del senador Morris, el presidente de la Comisión Parlamentaria del Senado:

¿No es el deber de todo buen ciudadano curar, en la medida de lo posible, las heridas de la sociedad? ¿Calmar las irritaciones que disturbán su reposo? ¿Remover todo aquello que puede alarmar, afligir o exasperar?

Hemos oído de aquéllos en los que nuestro Gobierno confía más que en nosotros... que hay razones para creer que este país está al borde de una guerra. Espero que no. Espero que no seamos visitados por una desgracia tan grande. Pero si éste es nuestro destino, preparémonos para afrontarlo como hombres, con valentía, con unanimidad. Desterremos y destruyamos cualquier circunstancia que pueda suscitar o mantener vivo un espíritu de división...⁴⁴.

Si los federalistas hubiesen ganado las elecciones, ¿no habrían visto los republicanos mayor sentido común en este llamamiento a trascender los intereses de partido?

⁴² *Id.* en el n.º 60 (énfasis suplido).

⁴³ Me aflige informar que el profesor Haskins estropea la narración en su *historia* de Holmes Devise, fracasando al relatar el debate en la Cámara, ofreciendo datos y citas erróneos del debate del Senado.

⁴⁴ *Id.* en los n.ºs 52-53.

Bajo este escenario, los federalistas habrían afirmado *con razón* que los resultados de las elecciones de 1802 habían puesto claramente en duda el límite hasta el que el Pueblo respaldaba el ataque jeffersoniano al legado federalista. Dada la reciente decisión de los votantes, ¿no se serviría mejor a la causa de la unidad nacional haciendo un «llamamiento [al Presidente] para que proporcionara información, al estilo de un *quo warranto*, que completase el fiscal general contra Richard Bassett, uno de los antedichos peticionarios, con el propósito de dar una respuesta judicial a sus reclamaciones?»⁴⁵.

Tan sólo hay una cosa clara. Tal resultado habría provocado un profundo impacto en el curso subsiguiente de la comprensión constitucional. *Estados Unidos v. Bassett*, y no *Marbury v. Madison*, habría sido el gran caso que erigiera la reivindicación por la Corte de la revisión judicial. Más que emerger de un litigio privado iniciado por un decepcionado juez de paz, el pronunciamiento de Marshall habría derivado de un litigio provocado por el derecho *público*, iniciado por el fiscal general con el apoyo del Congreso, en un esfuerzo de afianzar el Estado de Derecho. Nuestro caso inicial, en resumen, se habría asemejado más al tipo de revisión constitucional que ahora es familiar en la Europa continental, donde los Tribunales resuelven con regularidad asuntos fundamentales a petición del Parlamento o del presidente, sin ninguna pretensión de participación privada⁴⁶.

Pero, por supuesto, nada podía evitar que Wolcott y sus colegas acudieran a los Tribunales antes o después de ser desairados por el Congreso. En estas circunstancias, *Wolcott* se habría unido a *Stuart y Marbury* en el listado de casos de la Corte, permitiendo a los magistrados construir una respuesta más matizada a la revuelta jeffersoniana. En contraste con *Marbury*, *Wolcott* no era un simple juez de paz, nombrado por un plazo de cinco

⁴⁵ *Id.* en el n.º 52.

⁴⁶ En el curso del debate, algunos republicanos negaron que la autorización expresa del Congreso de una acción legal exigiendo la revisión judicial fuera constitucionalmente apropiada. El congresista Richardson, por ejemplo, recalcó que era «un poco sorprendente que esta solicitud debiera hacerse», toda vez que los federalistas habían previamente afirmado que la Corte tenía potestad para realizar la revisión judicial independientemente de la autorización del Congreso:

«Si ellos [los magistrados] tienen este derecho, no necesitamos conferírsele; si no lo tienen, no se lo podemos dar. Si los magistrados peticionarios pueden traer su caso ante la Corte Suprema, dejémosles hacerlo; mi voluntad nunca lo autorizaría.»

Id. en n.ºs 437-438. Véase también *Id.* en n.º 59 (senador Wright). Pero, como sugiere el retazo de Richardson, el argumento está hecho en un tono de provocadora confianza nacida de la victoria electoral republicana.

años bajo un estatuto mundano, y gobernando el Distrito de Columbia. Era un verdadero magistrado nombrado por el Presidente y el Senado de forma vitalicia, al menos, por todo el tiempo en que estuviese libre de acusación. En claro contraste con Marbury, Wolcott ya estaba en posesión de su mandato judicial. Para garantizarle una compensación, la Corte no necesitaba involucrarse en una grave confrontación con el secretario de Estado, en un esfuerzo para incitarle a entregar un mágico trozo de papel. En vez de eso, podía simplemente ordenar a un funcionario de la Tesorería que continuara pagándole a Wolcott su salario judicial.

A mayor abundamiento, *Wolcott* habría sido un caso mucho más sencillo de manejar que *Stuart*. Como ya hemos visto, *Stuart* no requirió a la Corte para que expidiera una orden limitada a la Tesorería en orden a lanzar un desafío constitucional a la revuelta jeffersoniana. Les incitó a hacer huelga, poniendo con ello en peligro sus puestos de trabajo.

Frente a esto, nuestro hipotético proceso causado por Wolcott ofrecía la deliciosa perspectiva de una huelga quirúrgica. Considérese, por ejemplo, cómo trata Joseph Story las cuestiones suscitadas por la derogación en su clásico comentario constitucional:

El resultado de esta ley [de derogación] es, por tanto... que, a pesar de que el cargo constitucional de los Magistrados de Tribunales inferiores permanece en tanto observe un comportamiento correcto, el Congreso puede, en cualquier momento, por un simple acto legislativo, privarles de sus oficios a capricho, y quitarles desde sus títulos a sus salarios. Cómo pueda reconciliarse esto con los términos, o el ánimo de la Constitución, es más de lo que ningún razonamiento ingenioso ha logrado nunca, por ahora, demostrar... Puede afirmarse, sin ningún miedo o contradicción, que la ley se ha hecho en contra de la opinión de una gran mayoría de los más competentes juristas de la época; y probablemente ahora, cuando las pasiones del día se han apaciguado, podrán hallarse pocos juristas que defiendan la constitucionalidad de la norma. *Nadie puede cuestionar la total autoridad del Congreso de rediseñar los Tribunales de Justicia, o de conferir o separar su jurisdicción según su voluntad. Pero la cuestión es si pueden privarles del derecho a su oficio y a sus salarios, después de haber sido constitucionalmente investidos en ellos*⁴⁷.

⁴⁷ 3 Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 495, n.º 2 (1833). He tomado las dos primeras frases de esta nota del libro de Story, p. 495, en tanto que el resto procede de la adición de una nota a pie de página que Story añade en una re-

Story divide el problema constitucional —admitiendo la potestad del Congreso de reorganizar los Tribunales inferiores, pero negando vehementemente que pueda privar a los actuales Magistrados de los derechos a sus salarios y comisiones con que han sido investidos. Nótese la seguridad del juicio vertido por Store: trata el asunto como si «pocos juristas» se atrevieran seriamente a rebatirlo.

Seguramente, Story publicó los *Comentarios* en 1833. Su tratado es un compendio de jurisprudencia federalista, y su identificación de un «caso fácil» sirve como muestra fidedigna de la opinión dominante defendida en el Tribunal por John Marshall y sus colegas federalistas⁴⁸. De hecho, Story se apoya en fundamentos sólidos al indicar que el consenso respecto de este pequeño punto se extendió más allá de los círculos federalistas; incluso durante el calor del debate del Congreso, dirigentes republicanos expresaron sus dudas respecto a que se privara a los magistrados de sus salarios.

Para abreviar, nuestro hipotético *Wolcott* habría sido para la Corte un vehículo muy superior a *Marbury* o *Stuart*, permitiendo a los magistrados un desafío constitucional más importante que *Marbury* con menor coste que *Stuart*. Esto nos conduce a una pregunta obvia: ¿por qué *Wolcott* y sus colegas Magistrados *no* buscaron apoyo en otros compañeros federalistas del Tribunal? ¡Después de todo, tenían *interés* en que se les pagara, eran perfectamente *capaces* de manejar un caso legal apremiante, y ciertamente estaban bien relacionados con hombres como Charles Lee y John Marshall!

Volveré a este asunto después de analizar lo que realmente sucedió en *Stuart* y *Marbury*. Por ahora, nuestra discusión de lo que podría haber sido construye de forma útil las realidades legales emergentes. Primero, la postura oficial de los partidos políticos en el Senado de rechazar la petición de los Magistrados el 3 de febrero, significa que la Corte tomaría en consideración los casos *Marbury* y *Stuart* sin ninguna muestra de apoyo del Congreso o del Presidente a las pretensiones constitucionales de los magistrados. En efecto, los abogados de Madison boicotearon todo el procedimiento de *Marbury*, evidenciando la sombría visión del presidente de los esfuerzos de la Corte para hacerle responsable bajo los términos de la Constitución de 1787.

dacción posterior. No creo que esta elisión quebrante el significado dado por Story. Como mucho, el conjunto del examen hecho por Story posee aún más énfasis que el pasaje que yo he presentado aquí.

⁴⁸ Véase la nota anterior.

Segundo, y como consecuencia de lo anterior, la Corte se vería obligada a construir su desafío constitucional como si en él se vieran implicados problemas de derecho privado, tales como conseguir una comisión u obtener legítima jurisdicción sobre un propio oponente. Ciertamente, el parecido de *Marbury* a un litigio ordinario era forzado, dada la negativa de Madison a defender a la Administración. Medido por estándares normales, Stuart se acercaba más a un litigio convencional en que *ambas* partes comparecían ante la Corte, buscando cada una promover sus opuestos intereses privados. Pero incluso en este punto, las casualidades del *common law* habían conspirado para presentar un vehículo nada atractivo para la consideración constitucional. Gracias a la decisión de Wolcott y sus compañeros de ignorar los Tribunales y buscar apoyo exclusivamente del Congreso, los magistrados no estaban en situación de construir una respuesta ajustada a la revolución jeffersoniana. Al contrario, estaban constreñidos por *Stuart*, un caso que les obligaba a ponerse en huelga para destapar el problema constitucional, y por *Marbury*, un asunto que sólo tangencialmente tenía relación con los principales problemas creados por la purgación jeffersoniana hecha en el poder judicial.

De hecho, si hubiesen dirigido los litigios dos abogados diferentes, habría sido fácil que cualquiera de ellos ignorara toda potencial relación doctrinal entre los casos. Pero también desde esta perspectiva, *Marbury* y *Lee* se apartan de la norma del *common law*, constituyendo el primer ejemplo histórico de una estrategia de litigación de «interés público» coordinada que hoy día los abogados dan por supuesta. Como hemos visto, Charles Lee fue designado consejero en ambos casos, y el fiscal general de Adams hizo un experto trabajo al transformar *Marbury* y *Lee* en un todo doctrinal mucho más grande que la mera suma de sus partes.

IV. *MARBURY* Y *STUART*: PROLONGANDO LA TRAMA DOCTRINAL

Antes de que transcurriera una semana tras el rechazo por el Senado de la petición de Wolcott, la Corte Suprema tuvo por fin la ocasión de volver al campo de batalla. Tras catorce meses sin una sesión plenaria, comenzó el 10 de febrero el período fijado para conocer de los asuntos pendientes, con la defensa de Charles Lee a favor de *Marbury*, que tuvo por respuesta un ominoso silencio por parte de la Administración jeffersoniana. Justamente dos semanas después, el presidente de la Corte Suprema comunicó su opinión en el asunto *Marbury*, y una vez más Charles Lee se encontraba

en el estrado, esta vez defendiendo el caso *Stuart*⁴⁹. Lee respondió al pronunciamiento de Marshall con una espectacular actuación como abogado, integrando de inmediato los fundamentos de *Marbury* en su argumentación legal. Concluyó ante los magistrados la dificultad, debida a un problema de lógica doctrinal, de retornar a los Tribunales de circuito una vez que *Marbury* había sido dictada.

Pero los magistrados permanecieron indiferentes ante el espléndido ejercicio de geometría doctrinal hecho por Lee. Sin tomar en consideración el precio a pagar en su integridad jurídica, cedieron ante las órdenes jeffersonianas de volver a los Tribunales de circuito, y redactaron unos débiles fundamentos reconociendo de forma implícita el carácter problemático de su decisión. Por una parte, su capitulación no constituyó ninguna sorpresa, después de todo, ya habían retornado a los Tribunales de circuito a pesar de las objeciones de Chase y Marshall, y Stuart simplemente sirvió como el estandarte oficial de la rendición. Pero, por otro lado, el triunfo de Lee en la defensa intensifica nuestra lectura de *Stuart-Marbury* en clave de precedente, ya que establece, como una cuestión de dominio público, que los magistrados, y el común de la gente, eran perfectamente conscientes de lo que estaban haciendo cuando la Corte abandonó la defensa de la Constitución de 1787 y permitió que los jeffersonianos purgaran el poder judicial en nombre del Pueblo de 1801.

Para apreciar la proeza de Lee como abogado en *Stuart*, será suficiente con un esquema sumario de las conclusiones de Marshall en el caso *Marbury*. Comienzo con el tratamiento hecho por el magistrado presidente de los mandatos judiciales. Estos documentos, enfatiza, no deben tratarse sin importancia, como meras piezas de papel que no significan nada. Al contrario, crean una especie de «derechos adquiridos»⁵⁰, cuya protección legal llega hasta la «verdadera esencia de la libertad civil». Yendo aún más

⁴⁹ Lee comenzó su defensa del asunto *Stuart* el 23 de febrero, y continuó con ella el 24, después de que (la sentencia) *Marbury* fuera notificada. Véase *Minutes of the Supreme Court of the United States* (National Archives Microfilm Publications, 1954), Series 215, Reel 1, Pág. 134, columna izquierda. Posteriormente destacaré los argumentos utilizados por Lee en su defensa oral, sugiriendo que los hizo después de que se dictara sentencia para el caso *Marbury*. En cualquier caso, las actas de la Corte no recogen con claridad este extremo, existiendo la lejana posibilidad de que Lee usara dichos argumentos en su primer día de la defensa, en cuyo caso tuvo una extraordinaria visión del camino que Marshall seguiría en *Marbury*.

⁵⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 154-162.

lejos, Marshall niega que América pueda ser una nación gobernada por el principio del Estado de Derecho si ella «no provee ningún remedio frente a la violación de un derecho legalmente adquirido»⁵¹. Para resumir la larga explicación de la opinión de Marshall, diré que trata los mandatos judiciales como *legalmente determinados y privilegios de poder protegidos*.

Llegados a este punto, la opinión de Marshall realiza un famoso cambio de dirección: declara que la Corte no puede garantizar la reparación judicial que la justicia y la legalidad exigen imperativamente. Aunque el problema pudiera parecer técnico, Marshall nos asegura que es constitucional. Significativamente para los propósitos presentes, concierne al poder de los magistrados de la Corte Suprema para celebrar los juicios. El magistrado presidente subraya que el texto constitucional enfoca la Corte [Suprema] realizando un papel de apelación, y sólo otorga a los magistrados la potestad de celebrar juicios en dos casos especialmente delicados. Desde el momento en que [el caso] *Marbury* no tiene cabida en ninguna de esas categorías, la Corte sólo puede celebrar un juicio en dicho asunto si el Congreso puede expandir constitucionalmente la jurisdicción original de los magistrados, y esto es precisamente lo que Marshall niega, derribando la provisión legal que autorizaba a Marbury a proceder directamente ante la Corte sin litigar previamente ante un tribunal ordinario. Si Marbury deseaba obtener justicia, entonces tendría que llevar su caso ante un tribunal apropiado. La Corte Suprema no podía intervenir en este estadio del litigio.

Por supuesto, hay mucho que decir en relación a este análisis legal. Pero por ahora, es suficiente con resaltar cómo descansa en la apreciación de Marshall de que *ampliar la jurisdicción original de la Corte Suprema es inconstitucional*.

Nos encontramos ahora en posición de apreciar el brillante modo en que Lee respondió al pronunciamiento de Marshall tan rápido como lo escuchó en audiencia pública. Recuérdese que *Stuart*, no menos que *Marbury*, afectaba al *status* de los mandatos judiciales, aunque los mandatos en cuestión eran aquéllos sostenidos por Marshall y sus cofrades. En particular, ellos autorizaron a los magistrados a obedecer la orden jeffersoniana de regresar a los Tribunales de circuito y desplazar con ello a los jueces de circuito nombrados por John Adams. Una vez dictada *Marbury*, era fácil saber que

⁵¹ Id. en 163, 163.

la respuesta doctrinal acertada era «no». Considérese el siguiente silogismo constitucional:

1. Los mandatos de los magistrados de la Corte Suprema no deben ser tratados como mera verborrea en un papel. Al contrario, definen *privilegios de poder legalmente determinados y protegidos*.

2. En cualquier caso, estos mandatos, no pueden autorizar a los magistrados a dirigir todos los pleitos que se presenten en los Tribunales de circuito. Después de todo, la jurisdicción original de la Corte Suprema se halla estrechamente limitada por el texto constitucional y *ampliar la jurisdicción original de la Corte Suprema es inconstitucional*.

3. De ello se desprende que ningún magistrado de la Corte Suprema puede conocer de un litigio en un tribunal de circuito salvo y en cuanto le sea dado un mandato distinto como juez de circuito. Pero antes de que esto pudiera suceder, Marshall y sus colegas deberían ser nombrados para este otro cargo por el Presidente y confirmados por el Senado.

4. Esto no ha sucedido. Más que haber dado nuevos mandatos a Marshall y sus colegas, Jefferson y el Congreso simplemente se saltaron una ley ordenándoles ejercer como jueces de circuito. Pero esto es inconstitucional por la misma razón que la ley en *Marbury* es inconstitucional.

5. Se deduce que la decisión de Marshall en la Corte inferior en el caso *Stuart* debería ser revocada sobre la base de *Marbury*, y que los magistrados de la Corte Suprema no deberían en el futuro conocer de los litigios en los Tribunales de circuito. *Quod est demonstratur*.

Obsérvese ahora qué estrechamente rastrea Lee este silogismo en su propio argumento, tal y como fue resumido por el secretario de la Corte:

Las leyes son... inconstitucionales, porque ellas... suponen un nombramiento legislativo y no ejecutivo de los Jueces para ciertos Tribunales. Por la Constitución, todos los funcionarios de los Estados Unidos, incluidos los Jueces, han de ser nombrados e investidos por el Presidente, por y con el consejo y consentimiento del Senado, y han de recibir mandato del Presidente.

La ley de 29 de abril de 1802, nombra al «actual Magistrado Presidente de la Corte Suprema», Juez de los Tribunales de circuito en ella establecidos. Aquél podría haber sido igualmente nombrado Juez del tribunal de circuito del territorio de Columbia, o de Mississippi. Además, *en cuanto Magistrado de la Corte Suprema*, no podría ejercer los deberes o la jurisdicción asignada al tribunal del quinto circuito ya que, según la Constitución de los Estados Unidos,

la Corte Suprema sólo tiene *jurisdicción para conocer en apelación*, salvo en los dos supuestos en que un Estado o un ministro extranjero sean parte. Siendo la jurisdicción de la Corte Suprema, por tanto, sólo de apelación, ninguno de sus Magistrados, en cuanto tales, estaría autorizado a conocer en un tribunal de jurisdicción originaria. Ninguna ley del Congreso puede extender la jurisdicción original de la Corte más allá de los límites marcados por la Constitución⁵².

Lee debe haber llevado estos argumentos mucho más lejos, pero el resumen del taquígrafo basta para mostrar con qué fuerza presentó el silogismo, afirmando en el primer párrafo citado la primera proposición de *Marbury*; en el segundo, la segunda; y la frase inicial estableciendo la conclusión. Habiendo trabajado la geometría constitucional de *Marbury*, Lee se encaró con el precedente contrario establecido por los años que los magistrados habían realizado los Tribunales de circuito durante la década de 1790:

Si se afirma que la práctica de los años 1789 a 1801 nos es contraria, respondemos que dicha práctica era incorrecta, que se consolidó de repente, sin consideración y sin oposición; el Congreso al menos vio el error, y en 1801 lo corrigió, situando el sistema judicial en el grupo en que siempre debiera haber permanecido. Por la ley de 13 de febrero de 1801, el precedente fue roto, de manera que hoy día existen precedentes en ambos sentidos. Si hay doce años de práctica en contra nuestra, hay tan sólo un año a nuestro favor⁵³.

Una vez más, todo esto tendría que haber sido muy familiar para la Corte; como hemos visto, la primera correspondencia de Marshall había incluso animado a sus colegas a desligarse de los desafortunados precedentes creados por su anterior conducta al ejercer en los Tribunales de circuito.

Pero Paterson y los otros no estaban convencidos entonces, y tampoco lo estaban ahora. Tampoco estaban impresionados por los más ambiciosos esfuerzos de Lee para convencerles de declarar toda la purga judicial federalista nula e invalidada, en la manera defendida por Chase en su anterior memoranda⁵⁴. Tras apenas una semana de tomarlo en consideración, Pater-

⁵² *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299, 304-5 (1803). (Argumento de Charles Lee, para el demandante por error).

⁵³ *Id.* en el núm. 305.

⁵⁴ Como el resumen del reportero lo presenta: «[El Congreso] podría modificar los Tribunales, pero no puede destruirlos, si con ello priva a un magistrado de su cargo... Las

son transmitió su parecer a la Corte rechazando todos los alegatos de Lee, y reafirmando su determinación colectiva de retornar a los Tribunales de circuito.

Su razonamiento comienza con un breve resumen de los ataques de Lee a la ley de derogación. A pesar de su enérgico razonamiento de que la derogación había destruido inconstitucionalmente los cargos de los magistrados, Paterson afirmaba suavemente que la única cuestión suscitada por el caso era si el Congreso podía derivar litigios de un Tribunal a otro inferior cuando «en su caso, lo juzgara necesario». La consecuencia era suficientemente clara: si los magistrados de circuito como Wolcott quisieran protestar contra el trato otorgado por la ley, tendrían que utilizar otro litigio.

En contraste con su despectiva actitud hacia todos los ataques de Lee (y Chase) a la ley, Paterson reconoce la relevancia del silogismo constitucional de Lee en relación al litigio que se está conociendo en el Tribunal:

Otra razón para el cambio (la revocación) es que los Magistrados de la Corte Suprema no tienen derecho a actuar como Magistrados de circuito, ya que no son nombrados en cuanto tales, o, en otras palabras, deberían recibir nombramientos diversos para esa finalidad. Frente a esta objeción, de fecha reciente, es suficiente observar que la práctica y la aquiescencia a ésta durante un período de varios años, comenzando por la organización del sistema judicial, permite una respuesta ineluctable, y que de hecho ha fijado su interpretación. Es una explicación contemporánea de la más poderosa naturaleza. Esta demostración práctica es demasiado fuerte y obstinada para ser desalentada o controlada, y ahora no debe perturbarse⁵⁵.

Nótese que Paterson no dice que los magistrados puedan realizar el circuito *correctamente*, ni tampoco sostiene que el Congreso pueda rectamente despojar a los magistrados de circuito de sus mandatos, ni hace mención a *Marbury*. Simplemente dice que la «demostración práctica es demasiado fuerte y obstinada para ser desalentada o controlada» — ignorando las implicaciones doctrinales de la majestuosa opinión expresada por el magistrado Presidente. *Marbury* es el pasado, y el presente es el presente.

palabras *durante el buen comportamiento* no pueden significar *mientras quiera el Congreso*». *Id.* en los n.ºs 303-304 (1803).

⁵⁵ *Id.* en n.ºs 308-309.

A lo largo de esta solemne ceremonia de capitulación, Marshall permanece callado lo que, diciéndolo con suavidad, no era su costumbre. Entre 1801 y 1804, Marshall escribió las veinticuatro *opinions* del Tribunal que presidió, contribuyendo los demás magistrados con tan sólo una concurrente y ninguna que disintiera. El monopolio de Marshall contrastaba fuertemente con la praxis anterior, cuando cada magistrado escribía su propia e individual *opinion* en los litigios más importantes⁵⁶. ¿Por qué, entonces, un silencio tan considerable?

El relator de la Corte lo explica: «El Magistrado Presidente, habiendo conocido de dicha causa en el anterior Tribunal, declinó dar su *opinion*»⁵⁷. Pero esto era tan sólo una excusa. Seguramente los magistrados tenían la costumbre de abstenerse de las apelaciones hechas a sus propias decisiones en tanto que Jueces de circuito. Pero «no había una norma prefijada»⁵⁸, y es fácil encontrar magistrados que hicieran excepciones sin incurrir en la censura⁵⁹. Dos años después, el propio Marshall dictó una *opinion* para la Corte en un caso de su propio circuito en 1805⁶⁰. De hecho, toda la Corte

⁵⁶ Cada uno de los magistrados expedía sucesivamente *opinions* en casi un quinto de los casos que se conocieron antes de 1801. Generalmente, estos se refirieron a los más importantes asuntos, incluyendo: *Georgia v. Brailsford*, 2 Da. 402 (1792); *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall. 419 (1793); *Bingham v. Cabot*, 3 Dall. 19 (1795); *Penhallow v. Doane's Administrators*, 3 Dall. 54 (1795); *Talbot v. Janson*, 3 Dall. 133 (1795); *Hylton v. United States*, 3 Dall. 171 (1796); *Ware v. Hylton*, 3 Dall. 199 (1796); *Fenemore v. United States*, 3 Dall. 357 (1797); *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798); *Cooper v. Telfair*, 4 Fall. 14 (1800); y *Bas v. Tingy*, 4 Dall. 37 (1800).

⁵⁷ Stuart, n.º 308.

⁵⁸ Véase Charles Hobson, *The papers of John Marshall*, n.º 371 (1990).

⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. (1 Cranch) 1 (1801) (Washington); *Mason v. Ship Blaireau*, 6 U.S. (2 Cranch) 240 (1804) (Chase).

⁶⁰ *Hepbrun & Dundas v. Ellzey*, 6 U.S. (2 Cranch) 445 (1805) (Marshall). El caso se refería a un litigio entre un ciudadano del Distrito de Columbia y un ciudadano de otro Estado. El problema era si el tribunal de circuito tenía jurisdicción en virtud de la diversidad de ciudadanía de los litigantes. Escribiendo para la Corte Suprema, Marshall sostuvo que el Distrito de Columbia no era un «Estado» en sentido relevante, y que el Tribunal carecía de competencia.

En resumen, *Hepburn* era similar a *Stuart* en cuanto a plantear el problema de la jurisdicción del Tribunal —salvo en que era infinitamente menos importante que los asuntos suscitados en 1803. Si Marshall consideró apropiado saltarse la regla en 1805, nada le impedía hacer lo mismo en 1803, salvo, por supuesto, por el hecho de que no quería explicar por qué no estaba siguiendo la doctrina de *Marbury*.

Para ser justos con la recusación de Marshall, éste parece haber continuado su costumbre general de abstenerse después de que la Corte la abandonara en 1808, rompiendo con ella tan sólo después de 1817, aproximadamente. Sin embargo, su *opinion* en *Hepburn*

repudió la práctica en 1808, iniciando una era en la que tomaban parte con regularidad en las apelaciones hechas a sus propias sentencias⁶¹.

Más aún, si Marshall hubiera estado realmente motivado por consideraciones de corrección jurídica, habría elegido un caso completamente distinto para abstenerse. Más que ausentarse de *Stuart*, habría permanecido en silencio en *Marbury*, puesto que *éste* era el caso que le involucraba en una estridente infracción de la ética judicial. Después de todo, la negligencia de Marshall era la causa del problema de *Marbury*. Fue él quien, como secretario de Estado, olvidó dar al juez de paz su mandato. Al escribir para la Corte en el caso *Marbury*, Marshall estaba quebrantando el principio más esencial de todos: ¡si tú causas el problema, deja que otro decida el litigio!

Esto no era una simple moralina, sino que planteaba serios obstáculos legales a los demandantes: «*Marbury* tenía dificultad para procurarse la prueba de la existencia de su mandato ya que la persona que debería haber sido su principal testigo era el magistrado que presidía el tribunal que estaba conociendo del caso»⁶².

La abstención era aún más imperativa cuando una de las partes, el secretario de Estado Madison, rehusó defenderse a sí mismo. Esto situó a Marshall en la ultrajante situación de redactar una *opinion* que exculpaba sus propios errores como secretario de Estado a la vez que culpaba al actual

muestra que él no tenía ninguna objeción principal a participar. Más aún, su costumbre de abstenerse podía perfectamente haber sido un medio de calmar a aquellos colegas que deseaban realizar las *opinions*; en cualquier caso, sin renunciar a la reivindicación de Marshall en cuanto al protagonismo al hablar por la Corte como norma general.

⁶¹ Véase *Rose v. Himley*, 8 U.S. (4 Cranch) 241 (1808) (tres de los jueces presentes habían emitido *opinions* con anterioridad, y la abstención los habría dejado sin quórum); *Shirrs v. Caig*, 11 U.S. (7 Cranch) 34 (1812) (confirmando el abandono oficial de la práctica de la abstención, incluso cuando no era exigido por necesidad).

Los lectores modernos se sentirán sin duda molestos por una práctica según la cual los magistrados conocían con normalidad de las apelaciones hechas a sus propias resoluciones, y pueden sorprenderse al conocer que la Corte acogió esta práctica en 1808, en vez de moverse en la dirección señalada por los modernos conceptos de justicia.

Pero existían verdaderos problemas administrativos involucrados en una práctica en la que cada caso sufría el receso de uno o más de los magistrados. Uno debería tener también en cuenta que la práctica de los Tribunales superiores de Inglaterra era muy parecida —sus magistrados también participaban regularmente en la decisión de casos en Westminster de los que habían tenido conocimiento en los Tribunales de circuito. Véase James Oldham, *The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century*, p. 131 (1992).

⁶² Véase William Van Alstyne, *A Critical guide to Marbury v. Madison*, 1969 Duke L. J., 1, 8 (1969).

secretario *sin escuchar los argumentos de este último*. ¡Si hubo alguna vez un momento para la abstención, sin duda éste fue el momento de permitir a uno de los magistrados el honor de hablar en nombre de la Corte!⁶³.

Marshall no se apartó de *Stuart* por un ataque repentino de ética judicial. Se apartó porque no quería escribir una *opinion* de la Corte explicando por qué los mandatos judiciales de los magistrados de la Corte Suprema no eran tan constitucionalmente sacrosantos como el mandato de *Marbury* en cuanto humilde juez de paz. No quería escribir una *opinion* explicando por qué, aunque era inconstitucional para el Congreso extender la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, era totalmente correcto ordenar a los magistrados de la Corte Suprema conocer de toda clase de litigios sin jurisdicción federal. Y tampoco quería escribir una *opinion* ignorando *Marbury*, ya que con ello podría sugerir que ésta podría ser olvidada cuando su doctrina resultara inconveniente. Dejemos que Paterson lo haga.

Además, él tampoco quería disentir. Odiaba disentir en general, y especialmente en un caso en que un desacuerdo público tan sólo incrementaría el triunfo de los jeffersonianos. Así que se agarró a cualquier excusa decente para desvincularse de una *opinion* que anunciaba la rendición de la Corte y el eclipse de *Marbury*.

Desgraciadamente para su colega incendiario, el magistrado Samuel Chase no podía procurarse a sí mismo una tapadera similar. Tan sólo le quedó la opción de retorcerse en silencio en el estrado mientras su colega Paterson presentaba la «*opinion* de la Corte» como si no hubiera discrepancias.

No es que los partidarios de Washington fueran engañados. En cuanto supieron que *Stuart* se encontraba ante la Corte, el senador William Plumer escribió a su natal New Hampshire: «se dice que la Corte Suprema, *con dos votos particulares disidentes*, confirmará la decisión» que sigue.

Tampoco Chase tuvo mucho éxito en mantener la boca cerrada con el paso del tiempo. En un par de meses, realizó una campaña pública frente al ataque republicano a la ley judicial de 1801, llevando rápida-

⁶³ Uno de los momentos más extraños del caso *Marbury* es la descripción hecha por Marshall de su compromiso frente al silencio de Madison:

«Después de buscar ansiosamente los principios en que podía sustentarse una *opinion* contraria, no he encontrado ninguno que parezca lo suficientemente fuerte como para apoyar la doctrina opuesta.

»Han sido examinados tan cuidadosamente como la capacidad de la Corte podía permitir, y después de darles la justa consideración que nos parecía posible, no sostienen la *opinion* que ha sido formada». *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 158 (1803).

mente al presidente a agravar su ataque al sector judicial federalista consiguiendo que la Cámara de Representantes realizara un *impeachment* contra Chase.

Pero estoy avanzando demasiado. Antes de pasar a la nueva gran campaña jeffersoniana de purga del poder judicial, deberíamos ahondar más en la historia de *Marbury-Stuart*.

V. LOS SONIDOS DEL SILENCIO

La decisión de Marshall de permanecer callado en el caso *Stuart* fue una de las más sabias de su carrera. Si él y Chase hubiesen armado un gran alboroto con un disentimiento formal, las generaciones posteriores habrían construido los grandes pronunciamientos de *Marbury* en contraste con la amarga protesta de Marshall ante el fracaso de la Corte de realizarlos en *Stuart*. Al quedarse callado, Marshall deja que la floja capitulación de Paterson ante el furioso ataque de los jeffersonianos se olvide gradualmente con el discurrir del tiempo, hasta el punto de que la importancia de *Stuart* es totalmente ignorada en los principales textos de Derecho constitucional⁶⁴. Los autores clásicos presentan la retumbante defensa hecha por Marshall de la revisión judicial como si fuera el *único* resultado significativo de la revolución jeffersoniana.

No querría menospreciar las líneas maestras de Marshall. Al contrario, deberían ser leídas con mayor cuidado de lo que es costumbre. *Marbury* se entiende como el *locus classicus* de una teoría de la revisión judicial basada en una Constitución escrita. Pero una lectura más cuidadosa revela que Marshall construye su caso sobre un fundamento más profundo. Retomemos los párrafos con los que comienza:

La cuestión de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en una ley vigente del país es de gran interés para los Estados Unidos; pero, felizmente, su complejidad no es proporcional a su interés. Para resolver dicha cuestión, parece tan sólo necesario reconocer ciertos principios que se suponen han sido establecidos con tiempo y sensatez.

⁶⁴ El índice del relevante tratado de *leading case* del profesor Laurence Tribe contiene referencias en 63 páginas a *Marbury*, y ni una sola a *Stuart*. Compárese Tribe, *American Constitutional Law* (2000). Los principales libros de *leading case* reducen *Stuart* a una nota a pie de página, sin incitar a los estudiantes a reflexionar en su fundamental relevancia constitucional. Véase Gerald Gunther & Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law* 12, n.º 1 (1997).

La base sobre la que se ha erigido la totalidad del edificio americano descansa en la idea de que el pueblo tiene un derecho originario a establecer, para su gobierno futuro, los principios que en su opinión le conducirán a su propia felicidad. El ejercicio de este derecho originario supone un gran esfuerzo, que no debe ni puede ser repetido con frecuencia. Por tanto, los principios así establecidos se consideran fundamentales. Y, puesto que la autoridad de la que proceden es suprema, y sólo se manifiesta ocasionalmente, están destinados a ser permanentes⁶⁵.

La defensa de Marshall de la autoridad Judicial no comienza con las reflexiones respecto de una Constitución escrita, sino con la exigencia de una política constitucional como algo muy especial, y que requiere «un gran esfuerzo».

Esta reclamación es absolutamente central en la argumentación de Marshall —si la política constitucional exitosa fuese un suceso cotidiano, la defensa de Marshall de la revisión judicial no podría realizarse con arreglo a tales términos. Después de todo, reconoce explícitamente que la soberanía es la verdadera «base» de todo el sistema de gobierno americano. Marshall reconoce implícitamente que, si fuera sencillo para un movimiento político hablar con la voz del Pueblo, no sería de la competencia de la Corte anular las decisiones legales del Congreso y del Presidente.

Si el magistrado presidente confía en reconciliar la revisión judicial con la soberanía popular, está lógicamente obligado a insistir en que la política constitucional se da ocasionalmente. Sólo entonces puede conseguir un espacio legítimo para la revisión judicial. Una vez que la política constitucional se ha definido como una proeza rara y difícil, Marshall puede presentar a la Corte como defensora de los principios fraguados por el Pueblo tras un gran esfuerzo y ejercicios previos de política constitucional.

Pero antes de que el magistrado presidente pueda llegar a su deseada conclusión, hace falta una premisa más. No es suficiente para él con glorificar el gran trabajo de los federalistas de 1787; además, debe denigrar la calidad de la política practicada por los republicanos en 1803. En principio, Marshall reconoce que los principios constitucionales no son inmutables, y pueden ser legítimamente alterados por el pueblo americano tras otro período de «gran esfuerzo». En resumen, para admitir la defensa hecha por

⁶⁵ Marbury, 175-176.

Marshall de la revisión judicial, hemos de aceptar su denuncia implícita de que los jeffersonianos tenían intereses meramente particulares y que no se habían comprometido ellos mismos en uno de esos «grandes esfuerzos» por la soberanía popular que asemejaban las heroicas luchas que tuvieron lugar entre 1776 y 1789.

Llegados a este punto, por supuesto, todos los republicanos de pensamiento lúcido estuvieron en desacuerdo con el magistrado presidente. Para ellos, aquél estaba siendo perverso al no querer reconocer que, de hecho, los republicanos eran valiosos herederos de la tradición de la soberanía popular de 1776 y 1787. Así como Jefferson levantó la voz contra el rey en su gran Declaración de 1776, protestó contra la opresión federalista de los años 1790 — esta vez junto a Madison — en las resoluciones de Kentucky y Virginia⁶⁶. Y así como la ciudadanía exaltada oyó la llamada de Jefferson para expulsar a los británicos, el Pueblo se puso de nuevo en marcha. Aunque por esta vez la guerra civil se había evitado por poco, las elecciones de 1800 dejaron claro que el Pueblo no toleraría más intentos Federalistas de quebrar su voluntad. Considérese, por ejemplo, la forma en que Jefferson describe el significado de su victoria nada más llegar a la Presidencia. Está contestando a una carta de John Dickinson, escrita tan pronto como su admirador tuvo conocimiento de que el *impasse* en la Cámara de Representantes había sido superado pacíficamente, y a favor de los republicanos:

No puede haber mayor placer que el que he tenido al leer su carta del 21 pasado [es decir, tras tener conocimiento de la resolución relativa al *impasse* de la Cámara]. Fue como la alegría que se espera en las casas de los bienaventurados cuando, recibidos con los abrazos de nuestros padres, somos bienvenidos con su bendición como si hubiéramos sido una parte valiosa de ello. En efecto, la tormenta a través de la que hemos pasado ha sido colosal. Los vigorosos costados de nuestra *Argosy** han sido probados por ella. Su fuerza ha contenido las olas a las que fue guiada con la intención de hacerla naufragar. Ahora hemos de colocarla en su rumbo republicano, y nos enseñará gracias a la belleza de

⁶⁶ Madison redactó la Resolución de Virginia, pero Jefferson era la fuerza dominante de todo el esfuerzo.

* La forma peculiar de ciertas carabelas ragusinas (procedentes de Ragusa, situada en Dubrovnik, Croacia, una gran potencia marítima en los siglos xv-xvii) dieron origen a la expresión poética del idioma inglés «argosy», que significa una nave galana y con carga preciosa, un galeón. (*N. de la T.*)

su movimiento la habilidad de quienes la construyeron. Imágenes aparte, nuestros conciudadanos han sido cegados en sus principios por una extraordinaria combinación de circunstancias. Pero la venda se ha quitado y ahora pueden ver por sí mismos. Espero presenciar en breve una consolidación perfecta, a cuyo efecto no ahorraré esfuerzos por mi parte⁶⁷.

Jefferson, en igual medida que Marshall, se está situando a sí mismo dentro del relato construido en la gran década revolucionaria de los años 1776 a 1787. Simplemente ha cambiado la identidad de los partidistas; ahora son Adams y Marshall y su grupo quienes condujeron la nave del Estado «con la intención de hacerla naufragar», en tanto que él y sus compañeros republicanos «quitaban la venda» partidista y hablaban por una ciudadanía que «ahora ve por sí misma». Ciertamente, al prometer su lealtad a «los principios de la revolución», Jefferson no está sugiriendo que quiera traicionar la Constitución de 1787, nuestra «Argosy». Su argumento es más sutil; el de que cualquier interpretación de la Constitución que no repare en el rechazo del Pueblo a la distorsión de los federalistas, tal y como representó la victoria republicana de 1800, es ilegítima.

Existe entonces una cierta lógica en el rechazo de Jefferson a defender la conducta de su Administración ante la Corte en el caso *Marbury*. Como hemos visto, consideraba el nombramiento de Marshall para la Corte, una vez que los resultados electorales eran conocidos, como paradigmático de la conspiración de la retaguardia federalista para desprestigiar y desconocer la voz del Pueblo. La sola idea de que un «juez de guardia» como John Marshall pudiera decidir sobre la reclamación de otro «juez de guardia» como William Marbury era suficiente, a ojos de Jefferson, para condenar todo el proceso como una distorsión partidista con relevancia constitucional, y seguramente no ayudó el hecho de enterarse de que el abogado del reclamante era el ministro de Justicia y fiscal de la Corte Suprema de Adams.

Más que dignificar estas disputas partidistas involucrándose en el asunto, Jefferson escogió presionar con su argumento lugares más adecuados, notablemente, el Congreso republicano. Como veremos, su boicot del caso *Marbury* es parte de una campaña más amplia para convencer al Senado de purgar la Corte Suprema acusando a sus miembros federalistas más ilustres. Esta estrategia podría haber parecido razonable en su momento, pero a largo plazo

⁶⁷ Thomas Jefferson a John Dickinson, 6 de marzo de 1801, edit. Merrill Peterson, *Thomas Jefferson, Writings* 1084 (1984).

el boicot de Jefferson resultó ser un error. Seguramente, nunca podremos saber lo que hubiera dicho Madison si Jefferson no le hubiera amordazado. Pero todos los indicios apuntan a que hubiese transformado el monólogo de *Marbury* en uno de los más grandes diálogos de nuestra tradición.

En los grandes debates, los protagonistas no hablan simplemente uno detrás de otro, en el modo en que los barcos se suceden en la noche. Dan voz a profundos desacuerdos en tanto que mantienen una estructura común de mutua comprensibilidad. Si ésta es la receta para la grandeza, Madison v. Marshall tiene todos los ingredientes. Ambos hombres comparten los mismos presupuestos constitucionales. No sólo está la soberanía popular en el centro del pensamiento constitucional de Madison, sino que él también está de acuerdo con Marshall en que la política constitucional requiere un «gran esfuerzo» y no debe repetirse a la ligera⁶⁸. Estos principios comunes, en consecuencia, habrían guiado a ambos protagonistas a una misma pregunta: Tras luchar para movilizar la opinión popular contra la represión federalista a finales de 1790, ¿deberían entenderse las victorias electorales de 1800 y 1802 como un mandato popular para repudiar la interpretación de la Constitución hecha por los federalistas?

Por supuesto, había muchas vías doctrinales diferentes en que Madison podía haberse preguntado y dado respuesta a esta cuestión. Mi queja principal frente a las enseñanzas académicas legales modernas es su fracaso en compensar el silencio de Madison. Más que situar *Marbury* dentro de un proceso más amplio de transformación constitucional, tratamos el monólogo de Marshall como si fuera la única manifestación duradera que definiera el significado constitucional de la revolución jeffersoniana⁶⁹. Al fracasar en penetrar el silencio de Madison, ignoramos por completo la crítica jeffersoniana a las premisas de *Marbury*⁷⁰.

⁶⁸ Presento los puntos de vista de Madison en este punto en Ackerman, *We the people: Foundations*, cap. 7 (1991), y en Ackerman, *Revolution on a Human Scale*, 108 *Yale Law Journal*, n.º 29, pp. 2279, 2299 (1999).

⁶⁹ Entre los más recientes comentaristas, la fuerza distintiva de James O'Fallon es su insistencia en que *Marbury* se lea como una respuesta a la revolución jeffersoniana. Desafortunadamente, en cualquier caso, también él insiste en que la defensa de la revisión judicial hecha conscientemente por Marshall es un aspecto relativamente poco importante de la *opinion*, y por tanto, fracasa al avanzar la discusión en este frente en particular. Estoy de acuerdo con Dean Alfange en que éste es un lamentable fallo en el esclarecedor ensayo de O'Fallon, véase Alfange, *supra* n.ºs 331-232.

⁷⁰ Mi crítica es muy diferente a la de Bickel.

No es sólo que el tratamiento estándar de *Marbury* sea demasiado conmemorativo. Cuando se les presenta a los estudiantes de Derecho americanos los misterios de *Marbury* en sus primeras semanas de estudio, el rito del pasaje se transforma en una demostración de la inadecuación técnica de dicha *opinion*. A través de todo el país, los profesores de Derecho demuestran que el pronunciamiento del magistrado presidente sobre la revisión judicial era totalmente innecesario; es un juego de niños explicar la ley sospechosa en términos que eviten toda duda sobre su constitucionalidad. Casi tan embarazosa es la indebidamente larga disquisición de la Corte relativa a los límites del poder presidencial. Si *Marbury* no tenía jurisdicción sobre la aplicación de *Marbury* por su turno, no era asunto suyo dar voz a las bondades de su disputa con Madison y con el jefe de Madison, Jefferson. No tener jurisdicción significa exactamente eso, no tener *juris dictio*, no tener capacidad para decidir cuál es el derecho aplicable. Así que, ¿por qué Marshall no descartó simplemente el caso sin entretenernos con sus *dicta* respecto a los poderes presidenciales?⁷¹

Mientras que estas demostraciones de virtuosidad técnica pueden crear la ilusión de progreso en las mentes de los ansiosos estudiantes de Derecho, no les ayudan en nada a comprender la relación de *Marbury* con la más amplia batalla sobre la legitimidad constitucional en la que se incardina. Una generación antes, Robert McCloskey abrió nuevos caminos al situar estas cuestiones dentro de un sistema institucional más amplio. Rechazó ver las discusiones de Marshall sobre los poderes presidenciales y del Congreso dentro del estrecho margen de los hechos concretos del caso *Marbury*. Nos incitó a entender la *opinion* del magistrado presidente como una experta respuesta al ascenso de los jeffersonianos en la presidencia y en el Congreso:

Si [la Corte] defendiese a *Marbury* y ordenara que se expidiera el mandato, seguramente la orden sería ignorada por Madison y la Corte dejada en evidencia por impotente... Si, por el otro lado, no defendieran a *Marbury*, darían ayuda y sostén a Jefferson y parecería que apoyaban su denuncia de los nombramientos [de los Jueces] «de guardia».

Pero Marshall estaba a la altura de la situación. El mandato de *Marbury*, dijo, está siendo ilegalmente retenido por la Administración jeffersoniana, y puede

⁷¹ Para ver críticas perceptivas junto con estas líneas, véase Alfange, *supra* pp. 368-372, 393-406; O'Fallon, *supra* pp. 243-259.

dirigirse apropiadamente un oficio ejecutivo a un oficial del gabinete cuando éste abandona sus obligaciones. En cualquier caso, la Corte Suprema no es el Tribunal apropiado para proporcionar a *Marbury* un remedio en este caso... Pues la jurisdicción original de la Corte está definida en la Constitución, y un acto del Congreso [extendiéndola al permitir a la Corte un mandato ejecutivo de *mandamus*] sería, por tanto, inconstitucional...

Sería difícil imaginar una serie de preguntas y respuestas más hábiles. El peligro de un choque frente a frente con los jeffersonianos se conjuró al denegar la jurisdicción; pero, al mismo tiempo, la declaración de que el mandato había sido retenido ilegalmente cerraba cualquier impresión de que la Corte perdonaba el comportamiento de la Administración... La Corte se encontraba en la deliciosa situación, tan común en su historia pero tan confusa para sus críticos, de rechazar y asumir el poder en una única respiración...⁷²

McCloskey está, al menos, parcialmente acertado. Una vez que reconstruimos el caso en términos institucionales, el *non sequitur* de Marshall respecto a los poderes congresionales y presidenciales toma una apariencia diferente, tramada exquisitamente para imposibilitar que el Presidente y el Congreso respondieran eficientemente a las pretensiones de la Corte.

Pero también está parcialmente equivocado. El problema surge cuando afirma que, al escribir *Marbury*, Marshall «cerraba toda impresión de que la Corte perdonaba el comportamiento de la Administración». Esta impresión se mantiene sólo en tanto ignoremos la íntima relación doctrinal que une los casos *Marbury* y *Stuart*. Una vez que se ha traído el segundo a colación, la sugerencia de McCloskey es claramente insostenible. En el caso *Stuart*, la Corte, más que evitar perdonar el trato dado por los jeffersonianos a los Jueces de guardia, se estaba estableciendo a sí misma como colaboradora de la voluntad de la Administración. *Al regresar a los Tribunales de circuito, los magistrados estaban degradando sus propios mandatos judiciales de una manera que Marshall había declarado constitucionalmente intolerable en Marbury*⁷³. A pesar de las orgullosas declaraciones de Marshall de

⁷² Robert McCloskey, *The American Supreme Court* 26-7 (Sanford Levinson ed., 1994) (suprimido el énfasis).

⁷³ Es un fallo característico de McCloskey, quien, en tanto que jurista positivista, está sistemáticamente ciego a las complejidades doctrinales. Aunque él es uno de los pocos comentaristas que se han dado cuenta de la existencia de *Stuart*, *id.* en núm. 30, tan sólo destaca sus implicaciones políticas, no las legales. Por el contrario, Dean Alfange destaca acertadamente la importancia doctrinal de *Stuart*, véase Alfange, *supra* pp. 362-264, 371,

que el Congreso no podía extender la jurisdicción original de la Corte, los magistrados se preparaban para un período de pleitos; a pesar de su declaración de que los términos del mandato Judicial garantizaban derechos legalmente adquiridos, los magistrados continuarían conociendo de litigios en los Tribunales de circuito sin un mandato legal apropiado, desafiando los mandatos judiciales sostenidos por los jueces de circuito federalistas nombrados por Adams (y Marshall)*.

No sería la colaboración jeffersoniana anunciada en *Stuart* un momento efímero en la historia de la Corte Federalista. John Marshall se vería obligado a saborear su irónica relación hacia *Marbury v. Madison* en cada comida miserable, en cada lecho duro y en cada carretera llena de baches que encontró en su interminable viaje alrededor del circuito. Cada indignidad diaria tan sólo podía grabar en él el triunfo de la Constitución de Thomas Jefferson, tal y como había sido codificada por su propia Corte en *Stuart v. Laird*. Y cada vez que el gran magistrado presidente comenzaba un nuevo juicio, establecía nuevamente que era la Constitución de 1801 y no la de 1787, la que servía de fundamento a la justicia en el país. Tampoco viviría Marshall lo suficiente como para cumplir la promesa hecha en *Marbury* respecto a la revisión judicial de la legislación federal.

VI. EL PROBLEMA DE LA SÍNTESES INTERGENERACIONAL

No querría ser muy duro con McCloskey, puesto que su trabajo abrió y preparó el camino para mi crítica. Como él, intento entender la Corte que presidía Marshall en términos de realidades políticas que los Fundadores no habían nunca previsto; el auge de partidos políticos nacionales y la consiguiente transformación constitucional de la presidencia. McCloskey se equivoca sólo al analizar *Marbury* de forma muy limitada, fracasando al no apreciar su papel característico en un patrón más extenso y complejo de respuesta judicial a la Revolución jeffersoniana.

Considérese a *Marbury* la hora de la resistencia conservadora. Este es el momento cuando la Corte, llena de miembros nombrados por Administraciones anteriores, se presenta a sí misma como una defensora del antiguo régimen dispuesta para la batalla, luchando por preservar los disputados

391-92. Pero su ensayo busca tan sólo criticar el trabajo de otros, y no propone una interpretación afirmativa del significado permanente de la pareja *Marbury-Stuart*. En cualquier caso, estoy en deuda con su discusión por haberme estimulado a hacer este esfuerzo.

* Cursiva en el original. (*N. de la T.*)

principios del pasado frente a las temerarias transformaciones propuestas en el presente en nombre del Pueblo.

Pero después de *Marbury* viene *Stuart*, y la hora de la complacencia judicial. A pesar de las declaraciones de Marshall de fidelidad a los «grandes esfuerzos» del pasado constitucional, la Corte del caso *Stuart* rehúsa seguir la lógica doctrinal tan vigorosamente presentada en *Marbury*. En vez de echar por tierra la asombrosa iniciativa realizada por el actual portavoz del Pueblo, la Corte establece una conexión en el tiempo, participando —de forma reacia, en cualquier caso— en la legitimación del nuevo orden constitucional.

Seguramente, la *opinion* de Patterson busca esquivar la magnitud de su traición doctrinal. Pero sus implicaciones en el mundo real son evidentes para todos los ojos. Gracias a *Stuart*, el esfuerzo federalista para crear un sistema más fuerte en la administración de la justicia federal fracasa en picado, permitiendo a los Tribunales estatales dominar la escena por un largo tiempo en el futuro. A pesar de su valiente discurso respecto al carácter sagrado de los mandatos judiciales, los magistrados de la Corte Suprema habían pasado a ser los principales colaboradores de Jefferson. Más que ocuparse de sus asuntos en tanto que magistrados de apelación, ignoraron la sentencia *Marbury* y siguieron las órdenes republicanas en orden a desplazar a los jueces de circuito federalistas, recreando un desvencijado sistema de justicia federal. Fueron ellos y nadie más, quienes transformarían la visión jeffersoniana de un gobierno federal débil en una realidad operativa en las salas de Tribunales de los Estados Unidos.

Todo esto sucede con una rapidez de vértigo en *Marbury-Stuart*. A la Corte le lleva tan sólo una semana atacar y batirse en retirada, nombrarse a sí misma representante privilegiada del grandioso pasado constitucional y capitular ante los representantes populares del presente constitucional.

El análisis de McCloskey ayuda a explicar cómo la Corte podía mantener una mínima apariencia de credibilidad a pesar de este desconcertante cambio de opinión. Subraya correctamente cómo se designa cuidadosamente a *Marbury* como una sentencia sin consecuencias en la vida real. Al denegar a los jueces de paz cualquier satisfacción, la decisión de Marshall consigue con esfuerzo un espacio simplemente ineficaz para el discurso. Habiendo creado este espacio etéreo, el magistrado presidente se aprovecha brillantemente de dos grandes silencios —el de Madison en *Marbury*, y el de Marshall en *Stuart*— para crear la apariencia de un duradero e incontestable monumento a la revisión judicial.

Pero este logro retórico era consustancialmente incierto. A pesar del silencio de Marshall en *Stuart*, no había contradicción. En su primera confrontación en el mundo real con los republicanos que ascendían en la presidencia y el Congreso, la Corte federalista había capitulado, sin lograr seguir los dictados de *Marbury* en un «sencillo» caso en el que se veía implicada la integridad de sus propios mandatos como magistrados. Si continuaban replegándose ante las triunfantes tribunas del Pueblo en casos futuros, el esfuerzo hecho por Marshall para presentar la Corte como la defensora de la Constitución federalista de 1787 se desvanecería en el aire. No importaba lo que la Corte dijera, o no consiguiera decir, se haría cada vez más evidente que, en todos los asuntos controvertidos, sería la visión jeffersoniana sostenida por el Pueblo en 1800 y no la interpretación marshalliana de los principios federalistas de 1787, la que serviría como motor de la Constitución viva.

Exponiendo el problema en sentido positivo, la desatinada actuación de la Corte condicionó el escenario para la batalla siguiente con un problema de interpretación característico: ¿cómo reconciliar la interpretación de la Constitución de 1787 con la visión jeffersoniana de 1800? Llámese a este problema la cuestión de la *síntesis inter-temporal*, y es fácil deducir por qué la combinación *Marbury/Stuart* posiblemente no podía servir de respuesta final. Por un lado, *Marbury* sugería que desde 1787 todas las cosas habían sobrevivido, incluso el derecho de un insignificante juez de paz a exigir su mandato al Presidente de los Estados Unidos. Por otro, *Stuart* sugería que de hecho *nada* había perdurado —ni siquiera la autoridad de los magistrados para defender la integridad constitucional de sus propios mandatos como tales. Era casi como si la Corte estuviese anulando la ley de Aristóteles del tercero excluido, proclamando que A y no-A son simultáneamente verdaderas.

Marbury/Stuart fue más la manifestación de un problema futuro que la confiada afirmación de una solución permanente. En un escenario futuro, la Corte Suprema podría conseguir en última instancia la autoridad para declarar que *Marbury* contenía la regla general y *Stuart* la excepción puntual —*Stuart* afectaba a un caso puntual, los Tribunales de circuito. Y simplemente sostenía que no nos enfrentaríamos seriamente a un nuevo desafío constitucional a su legitimidad a la luz de nuestra previa aquiescencia en la práctica. Más allá de esta consecuencia concreta, *Stuart* no avanza nada respecto a nuestro desarrollo constitucional futuro.

Pero en 1803, sólo un tonto habría apostado por esta solución al problema de la síntesis intertemporal. Al contrario, era mucho más probable que *Stuart* proveyera las claves del futuro: en el momento en que la Corte de Marshall anunciara una interpretación federalista de los principios de 1787, su iniciativa constitucional se colapsaría bajo el peso de la oposición jeffersoniana. Con cada retroceso judicial, la promesa de *Marbury* se vaciaría más: tras repetidos fracasos, ¿abandonaría finalmente la Corte la intención de reafirmar (alguno) de los principios federalistas de 1787 en el hostil mundo constitucionalista creado por Thomas Jefferson en nombre del Pueblo?

Esta descorazonadora perspectiva nos permite penetrar en uno de los rasgos más desconcertantes de nuestra historia. Como hemos visto, la Corte Suprema no era la institución que adoptara el mayor número de decisiones constitucionales en febrero de 1803. Justo una semana antes de que se resolviera el caso *Marbury*, el Senado había echado abajo una petición de los Jueces de circuito federalistas relativa a sus salarios. Entonces, ¿por qué no respondieron los jueces de circuito a la Sentencia *Marbury* comenzando un litigio por propia iniciativa?

Oliver Wolcott, el promotor de la petición al Congreso, era totalmente capaz de escribir una queja similar para iniciar una acción ante los Tribunales. Tenía además un interés apremiante, ya que se balanceaba al borde de la bancarota en ese instante, y un salario judicial anual garantizado de 2.000 dólares le habría venido ciertamente como anillo al dedo.

Además, hemos visto que su queja habría encontrado una calurosa respuesta por parte de sus compañeros federalistas del Tribunal Supremo. Pese a cuál pudiera ser el poder del Congreso para cambiar la estructura legal de las Cortes inferiores, es muy difícil explicar por qué el mandato de Wolcott no le daba derecho a un salario en tanto que él estaba deseoso y era capaz de cumplir cualquier deber que el Congreso quisiera asignarle. A menos que se le removiera de su cargo por medio de un *impeachment*, él era aún un juez federal, y la Constitución afirma que

Tanto los Magistrados de la Corte Suprema como de los Tribunales inferiores, mantendrán su cargo en tanto observen un recto comportamiento, y deben, en los períodos señalados, recibir una compensación en pago por sus servicios, la cual no debe ser disminuida mientras continúen en su cargo⁷⁴.

⁷⁴ Artículo III, sección 1.

Tras lo expuesto, es difícil entender por qué Wolcott no acudió a los Tribunales y exigió que el Derecho cumpliera la promesa hecha en *Marbury*⁷⁵. Después de todo, el propio magistrado presidente declaró que los mandatos judiciales eran una especie de «derechos adquiridos», que exigían protección judicial en cualquier nación sometida al Estado de Derecho. ¿Cómo podría dejarse sin valor el mandato de Wolcott sin hacer patente que *Marbury* era papel mojado?

Seguramente, incluso si la Corte hubiera defendido la queja de Wolcott, el pobre juez no habría recibido su paga de forma rápida. Marshall y sus colegas podían expedir todos los mandatos judiciales que quisieran, pero correspondía al Ministerio de Hacienda decidir cuándo habían de obedecer y pagar los 2.000 dólares por año asignados al mandato judicial de Wolcott. Desde que el secretario de Estado Madison había boicoteado [el caso] *Marbury*, no había razón para suponer que el secretario de Hacienda Gallatin cooperaría en [el caso] *Wolcott*. Después de todo, tras ambos secretarios se alzaba la figura de Thomas Jefferson, y su opinión de los partidismos en la Corte era suficientemente clara.

Sin embargo, si Wolcott hubiese estado interesado exclusivamente en los dólares y los céntimos, la perspectiva de la resistencia jeffersoniana no le habría desalentado del pleito. Incluso si la Administración actual rehusaba pagar, la victoria judicial de Wolcott tendría igualmente un sustancioso valor económico. Una vez obtenida de los Tribunales una decisión judicial firme, podría cobrarla —con intereses— en cuanto llegara al poder una Administración más afín. Puesto que Wolcott vivió hasta 1833, las perspectivas de una última reclamación eran bastante prometedoras. Y, por supuesto, él era tan sólo uno de los once jueces de circuito con perspectivas similares. Todos ellos tenían tanto el interés como la capacidad para causar un juicio. ¿Por qué, entonces, ese silencio universal?⁷⁶

Precisamente porque estos caballeros estaban mucho más interesados en el futuro de la Corte Suprema federalista que en el futuro de sus saldos contables en el banco. El despectivo rechazo de Gallatin a honrar el mandato de

⁷⁵ Presumiblemente Wolcott habría comenzado su litigio en los Tribunales de circuito, obedeciendo las enseñanzas de *Marbury* relativas a la jurisdicción originaria. Sólo así llegaría el asunto a la Corte [Suprema] en apelación.

⁷⁶ El supuesto de una limitación de los jueces de circuito sugiere mucho más una coordinación política que el caso del propio *Marbury*. El valor financiero del cargo de juez de paz era trivial, y la posición duraba tan sólo cinco años.

la Corte en *Wolcott* podría perfectamente haber exterminado, de una vez por todas, el esfuerzo de *Marbury* por preservar los principios federalistas de 1787 frente a la revolución jeffersoniana de 1800. Aunque una futura Corte federalista podría recuperarse del daño hecho por *Stuart*, sería mucho más arduo resucitar las pretensiones de *Marbury* si a *Stuart* le siguiera inmediatamente un segundo episodio que evidenciara que la Corte de Marshall era un tigre de papel dentro del nuevo orden constitucional creado por Thomas Jefferson en nombre del Pueblo de los Estados Unidos.

Nótese que no es que el futuro de *Marbury* se hubiera asegurado por la auto-limitación colectiva de los jueces de circuito. Como mucho, dejó el significado último de *Marbury* en el limbo. Por un lado, *Stuart* había dejado dolorosamente claro que la Corte no desafiaría activamente la legitimidad de los puntos centrales de la agenda de transformación presentada por un Presidente triunfante y su partido. Pero el orgulloso pronunciamiento de *Marbury* permanecería suficientemente vivo como para hacer notar a Jefferson y sus republicanos que la Corte no se batiría en retirada al modo de *Stuart* más adelante, cuando la exigencia jeffersoniana de un fuerte mandato por parte del Pueblo pudiera ser más problemática.

Con toda seguridad, la Corte de Marshall no había comenzado aún ni siquiera a señalar el hilo discursivo y a identificar los principios federalistas de 1787 que defenderían pese a la visión opuesta de la orden constitucional dada por Jefferson y su partido en 1800. Menos aún había establecido que podría defender con éxito su manera de comprender los principios de 1787 frente a futuros ataques republicanos. Pero, gracias a la auto-restricción practicada por los jueces de circuito, aún no quedaba claro que el problema de la síntesis intergeneracional sería siempre e infaliblemente resuelto a favor de la revolución jeffersoniana de 1800 a costa de los principios federalistas de 1787. Al menos permanecía abierta una cuestión, la de si la interacción dinámica de los federalistas en la Corte Suprema y los republicanos en el Congreso y la presidencia produciría un todo constitucional más amplio que la suma de sus partes, sintetizando los principios de 1787 y 1800 de forma que no se apoyara por completo en ninguna de sus partes sino que ambas pudieran convivir.