

JAMES OTIS Y EL *WRITS OF ASSISTANCE CASE* (1761)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

SUMARIO

I.—INTRODUCCIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL *DICTUM* DEL *BONHAM'S CASE*. II.—EL FUERTE IMPACTO SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO COLONIAL AMERICANO DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL JUEZ EDWARD COKE EN EL *BONHAM'S CASE*. III.—APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE JAMES OTIS Y A LA DE ALGÚN OTRO PERSONAJE DEL CASO. IV.—EL *WRITS OF ASSISTANCE CASE* (1761): 1.—El instituto del *writ of assistance*. 2.—Los hechos del caso. 3.—La brillante argumentación de Otis. 4.—Suspensión del proceso y ulterior decisión del Tribunal (noviembre de 1761). V.—LA TRAYECTORIA POSTERIOR DE JAMES OTIS.

RESUMEN

El célebre *dictum* del Juez Edward Coke formulado en el *Bonham's case* enunciaba la teoría constitucional de la revisión judicial de la legislación. Aunque el significado último del *dictum* de Coke ha sido objeto de una acalorada discusión, el Profesor Plucknett fue el primero en defender que «la solución que Coke encontró residía en la idea de un derecho fundamental que limitaba a la Corona y al Parlamento indistintamente».

El pensamiento jurídico de Coke tendría un notable impacto en las colonias americanas. Los hombres de la Revolución americana se nutrieron intelectualmente de los escritos de Lord Coke, en particular de sus *Institutes*. Y su *dictum* se convirtió en la doctrina según la cual, un tribunal podía considerar nula una ley promulgada por una asamblea legislativa limitada por un derecho fundamental cuando el tribunal considerara que la ley había transgredido sus límites.

James Otis, en el famoso caso de los *writs of assistance* (1761) iba a sostener en las colonias la doctrina del Juez Coke. El abogado bostoniano adujo que los *writs* tenían la

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

naturaleza de mandamientos generales, que aunque antiguamente existía la práctica de conceder mandamientos generales para buscar mercancías robadas, sin embargo, desde hacía muchos años, esta práctica había sido alterada, y los jueces de paz sólo concedían mandamientos especiales, para buscar en lugares enunciados en los mandamientos, y por lo tanto el *writ* era contrario a los principios fundamentales del Derecho; particularmente, se oponía al privilegio de la casa, porque «un hombre que está tranquilo, está tan seguro en su casa como un príncipe en su castillo, no obstante todas sus deudas y los procesos civiles de cualquier tipo». Por último, Otis calificará el mandamiento de búsqueda general como «el peor instrumento de poder arbitrario, el más destructivo de la libertad inglesa y de los principios fundamentales del Derecho que nunca se haya encontrado en la jurisprudencia inglesa».

Palabras clave: John Adams; Caso de Bonham; Edward Coke; Derecho fundamental; Mandamiento de asistencia; James Otis; Provincia de la Bahía de Massachusetts; Revisión judicial de la legislación; Emmerich Vattel.

ABSTRACT

The famous Edward Coke Judge's *dictum* formulated in the Bonham's case did enunciate the constitutional theory of the judicial review of legislation. Even if the final meaning of the Coke's *dictum* has been the object of a heated discussion, the Professor Plucknett was the first in upholding that «the solution which Coke found was in the idea of a fundamental law which limited Crown and Parliament indifferently».

The juridical thought of Coke would have a remarkable impact upon the American colonies. The men of the American Revolution were intellectually nourished for the Lord Coke's writings, particularly for his *Institutes*. And his *dictum* was converted in the doctrine according which, a court could consider void an act promulgated by a legislative assembly limited by a fundamental law when the court would consider that the act had transgressed his boundaries.

In the famous *writs of assistance case* (1761), James Otis should uphold in the colonies the Judge Coke's doctrine. The Bostonian lawyer argued that the writs were of the nature of general warrants; that although formerly it was the practice to issue general warrants to search for stolen goods, yet, for many years, this practice had been altered, and the justices of the peace issued special warrants only for searching in places set forth in the warrants, and therefore, the writ was against the fundamental principles of law, it was particularly opposed to the privilege of house, because «a man, who is quiet, is as secure in his house, as a prince in his castle, notwithstanding all his debts, & civil processes of any kind». Finally, Otis shall label the general search warrant as «the worst instrument of arbitrary power, the most destructive of English liberty and the fundamental principles of law, that ever was found in an England law-book».

Key words: John Adams; Bonham's case; Edward Coke; Fundamental law; Judicial review of legislation; Massachusetts-Bay Province; James Otis; Emmerich Vattel; Writ of assistance.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL *DICTUM* DEL *BONHAM'S CASE*

El celeberrimo *dictum* sentado por el no menos famoso Juez Edward Coke en el *Bonham's case* (1610) es tan conocido por cualquier mínimo estudioso de la justicia constitucional como para que nos sintamos exentos

de la obligación de entrar en la exposición del caso, algo que, por lo demás, no constituye el objeto de este trabajo. Ello no obstante, sí queremos recordar mínimamente la reflexión en la que Coke va a formular la teoría constitucional de la *judicial review*, aunque no falten autores que no han visto en el *dictum* del juez inglés sino la mera enunciación de una máxima de la interpretación constitucional, polémica en la que tampoco podemos entrar aquí¹.

El argumento más recordado, aunque sea tan sólo uno de los cinco en los que Coke va a apoyar su decisión, es, simplificándolo al máximo, el de que los censores del *Royal College of Physicians* de Londres que iban a sancionar a Thomas Bonham (que, no se olvide, había obtenido el grado de la licenciatura en Medicina por la Universidad de Cambridge) por ejercer la medicina en la ciudad de Londres con vulneración de lo previsto en los estatutos que regían el citado *College*, al no haber sido autorizado por el mismo para dicho ejercicio, actuaban al unísono como juez y parte, y ello era claramente contrario al *common law*.

Quizá convenga recordar que el *Royal College of Physicians* había sido fundado en 1518, siendo Canciller el famoso cardenal Wolsey. Una ley del Parlamento confirmó su *charter*, que había sido aprobada durante el reinado de Enrique VIII; de conformidad con la misma, el *College* obtuvo el derecho a actuar como un tribunal en orden a enjuiciar a todos los que practicaban la medicina en Londres, lo que se traducía en la admisión como miembros del *College* (quedando por lo mismo habilitados para el ejercicio de la práctica médica) de quienes los censores del Colegio consideraran académicamente cualificados, en la concesión de licencias a quienes, sin una cualificación académica, hubieren demostrado su experiencia práctica, y en el castigo de quienes ejerciesen la medicina deficientemente y sin su autorización. El Colegio de médicos londinense estaba legalmente habilitado no solo para la imposición de multas, sino (tras una ley del primer Parlamento de la Reina María) también para decidir la prisión de quienes ejercieran la medicina deficientemente y sin su autorización. Los dignatarios del Colegio podían mantener en prisión a tales personas a su voluntad. Es de notar la particularidad de que el montante de las multas impuestas por los censores (así se les conocía) del *College* se repartía a partes iguales entre el Rey y el propio *Royal College*. Y también es un

¹ Nos hemos adentrado en esta polémica en otro lugar. Cfr. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 111 y ss.

² Harold J. COOK: «Against Common Right and Reason: *The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*», en *Law, Liberty, and Parliament* (Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke), edited by Allen D. Boyer, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, 2004, pp. 127 y ss.; en concreto, p. 130.

dato que recuerda Cook², que con tales previsiones, la autoridad jurídica del Colegio se alzaba frente a la pretensión del *common law* de que para practicar la medicina uno no necesitaba más que el consentimiento del paciente. Todo ello, al margen ya de que las competencias del *College* para autorizar la práctica de la medicina se superponían con las de los obispos, de otorgar licencia a los médicos y cirujanos («physicians and surgeons»), y con la obvia capacidad de las Universidades de emitir títulos que habilitaban para la práctica de la medicina y cirugía.

En su decisión, suscitada por una demanda de Thomas Bonham en cuyos detalles no vamos a entrar, Coke iba a argumentar que los censores no podían ser jueces, secretarios y partes («the Censors cannot be Judges, Ministers, and parties»); jueces para dictar sentencia, secretarios para hacer requerimientos, y partes para tener la mitad de la multa o confiscación, «*quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem*» (porque nadie debe ser juez en su propia causa, es una injusticia para cualquiera ser el juez de su propia propiedad), y uno no puede ser juez y fiscal para cualquiera de las partes («and one cannot be Judge and Attorney for any of the parties»).

La idea de que debía de haber, al menos, tres personas, el demandante, el demandado y el juez, para que pudiera existir un caso judicial y alcanzarse una sentencia, e implícita en ella, la de que la decisión no podía alcanzarse adecuadamente a menos que las tres personas de la trinidad fueran distintas, estaba perfectamente asumida desde tiempo atrás³. Henry de Bracton, en el siglo XIII (aunque la obra no se publicaría hasta 1569), en su importante libro *De legibus et consuetudinibus angliae*, escribiría, que un juez sería descalificado con base en fundamentos tales como el parentesco, la enemistad o la amistad con una de las partes, o a causa de que estuviere subordinado en su «status» a una de las partes, o hubiere actuado como su abogado, si bien parece que Bracton tomó prestada esta consideración del Derecho canónico, y no cabe olvidar que mientras los tribunales eclesiásticos aplicaban claramente estas reglas para la recusación del *suspectus iudex*, no parece que ese fuera el caso en los tribunales ingleses, o por lo menos, no se menciona ningún caso en que análogas reglas hubieren sido aplicadas en los *Year Books*⁴.

Justamente tras la reflexión precedentemente expuesta, Coke añadía la celeberrima reflexión que connota su sentencia:

³ Ya Fleta había escrito al respecto: «Est autem iudicium trinus actum trium personarum ad minus, actoris, iudicis et rei, sine quibus legitime consistere non potest». *Apud* D. E. C. YALE: «*Iudex in propria causa: An Historical Excursus*», en *Cambridge Law Journal (Cambridge L. J.)*, Vol. 33, 1974, pp. 80 y ss.; en concreto, p. 80.

⁴ D. E. C. YALE: «*Iudex in propria causa...*», *op. cit.*, p. 81.

«And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void»⁵. (Y aparece en nuestros libros, que en muchos casos el *common law* controla (tiene autoridad sobre) las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho común y la razón, contradictoria, o imposible de ser cumplida, el *common law* debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula).

Este conocido pasaje ha venido siendo considerado por un buen número de autores, desde tiempo atrás, como el acta de nacimiento de la doctrina de la revisión judicial de la legislación. Plucknett fue el primero en pronunciarse con meridiana claridad al respecto, en un artículo que sigue siendo un verdadero clásico de la literatura jurídico-constitucional norteamericana. Para el eminente Profesor de Harvard, «the solution which Coke found was in the idea of a fundamental law which limited Crown and Parliament indifferently»⁶. Bien distinta a la de Plucknett iba a ser la interpretación de la decisión dada por Thorne⁷, que en pocas palabras podría compendiarse en ver en el pasaje de Coke una máxima de la interpretación estatutaria.

Tan sólo añadiremos, para zanjar la controvertida cuestión, que con independencia de cuál fuera la pretensión última de Edward Coke, lo cierto y verdad será que la interpretación que a su *dictum* se dio en las colonias americanas, a las que llegó a través de los *Digests* y *Abridgments* de su época, se iba a incardinar dentro de la teoría constitucional de la *judicial review*. Y de ahí que Sherry haya podido escribir: «It seems to be fairly widely accepted that Edward Coke was one of the primary sources of the American institution of judicial review»⁸. Y Schwartz haya subrayado asimismo la fundamental contribución de Coke al constitucionalismo nor-

⁵ *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, edited by Steve SHEPPARD, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, 2003, Vol. One, p. 275. Hemos respetado el texto transcrito en un inglés antiguo, a salvo el término que figura en el mismo «sometimes», que hemos cambiado por «sometimes», por parecernos que se trata más bien de un error tipográfico.

⁶ Theodore F. T. PLUCKNETT: «Bonham's Case and Judicial Review», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XL, 1926-1927, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 31. Este trabajo está publicado asimismo en *Law, Liberty and Parliament* (Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke), edited by Allen D. Boyer, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, 2004, pp. 150 y ss.

⁷ Samuel E. THORNE: «Dr. Bonham's Case», en *Law Quarterly Review* (*L. Q. Rev.*), Vol. 54, 1938, pp. 543 y ss.

⁸ Suzanna SHERRY: «Natural Law in the States», en *University of Cincinnati Law Review* (*U. Cin. L. Rev.*), Vol. 61, 1992-1993, pp. 171 y ss.; en concreto, p. 174.

teamericano, por cuanto al sostener la supremacía del Derecho, su doctrina fue de gran importancia para los *Founders* de la República. «When they spoke of a government of laws and not of men, they were not indulging in mere rhetorical flourish»⁹. Ciertamente, no se puede olvidar la harto diferente coyuntura política de las colonias, bien reticentes frente al Parlamento británico, considerado, no sin buenas razones, como un órgano opresor, lo que rápidamente posibilitó que el *dictum* de Coke, interpretado en el sentido expuesto, pronto se incorporara al arsenal de armas utilizadas frente al Parlamento inglés. Desde este punto de vista, el *Writ of Assistance Case* y la figura de James Otis son paradigmáticas.

II. EL FUERTE IMPACTO SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO COLONIAL AMERICANO DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL JUEZ EDWARD COKE EN EL *BONHAM'S CASE*

I. El pensamiento jurídico de Coke iba a tener un notabilísimo impacto en las colonias, un impacto que aunque tendemos a centrarlo en la doctrina de la *judicial review*, desbordó con creces ese ámbito. Los hombres de la Revolución americana se nutrieron intelectualmente de los escritos de Coke, particularmente de sus *Institutes*. Para ellos, Coke era el «coloso contemporáneo del Derecho». John Adams lo calificó como «our juvenile oracle». No ha de extrañar que así fuera por cuanto en la figura de Edward Coke se vio un gran juez, un profundo comentarista del Derecho y el paladín parlamentario frente a la tiranía regia. Coadyuvó también en la acentuación de esta admiración la enorme erudición de nuestro personaje, una de cuyas manifestaciones más evidentes era su conocimiento del Derecho antiguo, por así llamarlo, hasta el punto de que fuera considerado en este orden de cosas como un verdadero anticuario¹⁰, que además contribuyó enormemente a la apertura de nuevos campos del saber, siempre enfocados desde la óptica propia de un auténtico defensor del *rule of law*.

Por lo demás, su *dictum*, como antes anticipábamos, era muy fácilmente accesible, puesto que aparecía recogido en los *Abridgments*¹¹, verdade-

⁹ Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 5.

¹⁰ Mullet se refiere a la erudición de Coke en estos términos: «(H)is learning, antiquarian to the core, opened up vistas and past crises as history scarcely could». Charles F. MULLET: «Coke and the American Revolution», en *Economica* (The London School of Economics and Political Science), No. 38, November, 1932, pp. 457 y ss.; en concreto, p. 471.

¹¹ La doctrina suele concordar en que los tres *Abridgments* más importantes fueron los de Bacon (1736), Viner (1741-1756) y el *Digest* de Comyn (1762). Así, por ejemplo, Dudley Odell MCGOVNEY: «The British Origin of Judicial Review of Legislation», en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), Vol. 93, 1944-1945, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 7.

ras enciclopedias del Derecho inglés, muy manejados y estudiados por los abogados de las colonias. El *dictum* del *Bonham's case* se repitió en los *Abridgments* de Viner, Bacon y Comyns, y como dice Goebel¹², en los litigios ante los tribunales americanos de esa época Coke tuvo un lugar preeminente en el «stock» usado por los abogados en los *common law cases*. Y todo ello sin contar con que muchos de esos abogados coloniales se habían educado en Inglaterra¹³. A este respecto, recuerda Mullett, que al famoso abogado y político Patrick Henry le bastaron seis semanas dedicado al estudio de Coke para que fuera admitido en el prestigioso Colegio de Abogados de Virginia, lo que explica que el mencionado autor visualice a Coke en esa época como «la lámpara a cuyo través los jóvenes Aladinos del Derecho aseguraban sus tesoros jurídicos» («the lamp by which young Aladdins of the law secured their juristic treasures»)¹⁴.

Son múltiples los ejemplos que podrían aportarse acerca de su influencia sobre relevantes políticos y abogados. Aludiremos tan sólo a algunos de ellos. Refiriéndose al famoso *Commentary upon Littleton* de Coke, Jefferson dijo de él que era «el libro elemental universal para los estudiantes de Derecho», y que «nunca un más competente *Whig*, ni de más profunda erudición sobre las doctrinas ortodoxas, escribió sobre las libertades británicas»¹⁵. También John Adams, al que antes hemos aludido, tuvo un gran respeto a Coke. De él, dirá Mullett¹⁶, sacó la creencia de que el *common law* era *common right* y el mejor patrimonio del súbdito, y sin él no había Derecho. John Rutledge, de Carolina del Sur, un importante personaje de la época revolucionaria, escribió que los *Institutes* de Coke «parecen ser casi los fundamentos de nuestro Derecho». En fin, James Wilson, de Pennsylvania, posiblemente la mejor cabeza jurídica de la época, miembro desde 1789 de la *Supreme Court*, acaso el más profundo estudioso en la América pre-revolucionaria del pensamiento de Coke, derivó del *Calvin's case* su defensa general de algunas de las pretensiones coloniales, especialmente la de que las colonias no se hallaban vinculadas por el Derecho estatutario inglés.

Y si nos centramos ahora en el *dictum* del *Bonham's case*, su significado en la América colonial fue inequívoco. El pensamiento germinal que

¹² Julius GOEBEL, Jr.: «Ex Parte Clio» (Book Review), en *Columbia Law Review* (*Colum. L. Rev.*), Vol. LIV, 1954, pp. 450 y ss.; en concreto, p. 455.

¹³ Hubo un tiempo, escribe Kramer, en que era popular leer la sentencia de Sir Edward Coke en el *Dr. Bonham's Case* y sus *Reports* de los debates en *Prohibitions del Roy* y en las *Proclamations*, como un temprano, aunque fracaso, esfuerzo para establecer algo sobre las líneas de la *judicial review*. Larry D. KRAMER: «We the Court» (The Supreme Court 2000 Term. Foreword), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 115, 2001-2002, pp. 5 y ss.; en concreto, pp. 24-25.

¹⁴ Charles F. MULLETT: «Coke and the American Revolution», *op. cit.*, p. 458.

¹⁵ *Apud* Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶ Charles F. MULLETT: «Coke and the American Revolution», *op. cit.*, pp. 469-470.

Coke expresara en 1610 había evolucionado y se había convertido en la doctrina de que un tribunal podría considerar nulo un texto legal, promulgado por una asamblea legislativa limitada por un *fundamental law*, cuando el tribunal considerara que la ley en cuestión había transgredido sus límites. Hall ha ido aún más lejos en la apreciación de la trascendencia de la doctrina de Coke, lo que deja meridianamente claro cuando escribe¹⁷, que en el siglo XVIII los líderes de la incipiente Revolución americana extrajeron una importante lección de la sentencia de Coke. Ellos vinieron a sostener que un Derecho superior judicialmente aplicable («a judicially enforceable higher law») limitaba la autoridad del señor imperial, lo que a su vez tenía unas importantes consecuencias prácticas para la *judicial review*, porque significaba que los jueces podían legítimamente reivindicar «a policy-making role» sin necesidad de un directo apoyo popular. En fin, en 1915, en un informe de un comité de la *New York Bar Association*, se podía leer lo que sigue: «En resumen, la Revolución americana fue una revolución de abogados para aplicar la teoría de Lord Coke de la nulidad de las leyes del Parlamento que deroguen el *common right* y los derechos de los ingleses¹⁸. Y aunque es obvio que se trata de una afirmación un tanto exagerada, es con todo sintomática del peso específico de las doctrinas de Coke en esos trascendentales momentos de la historia americana.

II. La doctrina sentada en el *Bonham's case*, o por lo menos la interpretación que de la misma se iba a extraer en las colonias inglesas surgidas al otro lado del Atlántico, encontraría en ellas un marco idóneo para su re-*viscencia*. La supremacía de un *fundamental law*, que no necesariamente había de encerrarse dentro del *common law* inglés, iba a encontrar entre los

¹⁷ Kermit L. HALL: *The Supreme Court and Judicial Review in American History* (Bicentennial Essays on the Constitution), Washington D. C., American Historical Association, 1985, p. 4.

¹⁸ De ello se hace eco George P. SMITH, IIº: «Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence», en *University of Washington Law Review* (*Wash. L. Rev.*), (School of Law. University of Washington. Seattle, Washington), Vol. 41, 1966, pp. 297 y ss.; en concreto, p. 313. Y también Louis B. BOUDIN: «Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power», en *New York University Law Review* (*N. Y. U. L. Rev.*), Vol. 6, 1928-1929, pp. 223 y ss.; en concreto, p. 223. La única discrepancia entre ambos autores es la de que mientras Boudin da como fecha del informe del comité el año 1915, Smith lo data en 1917. A la vista de los datos que ofrecen ambos autores, la fecha correcta nos parece la de 1915, pues el Comité especial que aprobó ese informe lo hizo a instancias de una resolución adoptada en la reunión anual de 1914 de la *New York Bar Association*, que instó al presidente de la Asociación a nombrar un comité especial de cinco miembros «to examine and report upon the historical aspect of the right and duty of the United States Supreme Court to declare laws in excess or in contravention of the federal constitution to be null and void».

¹⁹ Edward S. CORWIN: «The Progress of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention», en *The American Historical Review* (*Am. Hist. Rev.*), Vol. 30, No. 3, April, 1925, pp. 511 y ss.; en concreto, p. 515.

colonos de allende el Atlántico unos muy fieles seguidores. Según Corwin¹⁹, la doctrina en cuestión se correspondió exactamente con las necesidades contemporáneas de muchas de las colonias en los primitivos días de su existencia, lo que explica que la misma representara «the teaching of the highest of all legal authorities before Blackstone appeared on the scene». Desde luego, la teoría de la supremacía legislativa tan ardientemente defendida por Blackstone, y con la que tan identificados se sentirían los *Whigs*, no significó en su origen que las asambleas legislativas existieran para elaborar las leyes, determinar la política a seguir o integrar los diversos intereses de una sociedad cada vez más mercantilizada, sino que su objetivo primigenio era otro. En la *Glorious Revolution*, con el dogma de la supremacía parlamentaria sobre la Corona no se pretendía tanto que el buen pueblo de Inglaterra promulgara las leyes que deseara, cuanto impedir a un monarca arbitrario que decidiera en su propio nombre y sin consentimiento parlamentario. Trasladada esta doctrina a las colonias, su significado aún se hacía más patente: prevenirse frente a las actuaciones unilaterales de un ejecutivo, el Gobernador británico, nombrado desde Londres, a fin de garantizar que fuera la expresión del consentimiento popular lo que verdaderamente diera su legitimidad a la ley. De otro lado, el Parlamento británico se hallaba muy alejado de ser el héroe idealizado de los colonos, que lejos de ello lo iban a contemplar como un cuerpo distante y falto de comprensión, en cuyas deliberaciones, además, no tenían parte. Así, la arraigada idea de la existencia de un *fundamental law*, el rechazo frente a las arbitrariedades del Parlamento y también un cierto temor ante los abusos de las asambleas legislativas coloniales, iban a ser determinantes para que el mundo jurídico colonial volviera la vista hacia Coke y su doctrina de la *judicial review*. Más aún, los colonos iban a acudir al gran Juez inglés para fundamentar su credo de que ese *fundamental law* garantizaba derechos tales como el de «no taxation without representation» o el de «trial by jury».

Coke había hablado de algo situado más allá de la invención humana («of something beyond human invention»); Blackstone, por el contrario, no conocía tal límite sobre los legisladores («knew of no such limit on human lawmakers»)²⁰. Los abogados americanos, fervorosos seguidores desde tiempo atrás de Coke, se vieron así confrontados con las tesis de Blackstone. En la resolución de esta opción entre uno y otro resultó determinante el rechazo colonial de la opresión parlamentaria británica. Sin con ello querer dar a entender que la influencia de Blackstone fuera fugaz, lo que en absoluto fue

²⁰ Barbara Aronstein BLACK: «An Astonishing Political Innovation: the Origins of Judicial Review», en *University of Pittsburg Law Review (U. Pitt. L. Rev.)*, Vol. 49, 1987-1988, pp. 691 y ss.; en concreto, p. 694.

²¹ No se muestra muy de acuerdo con esta posición Hamburger, quien, sosteniendo una tesis que no compartimos, aunque admite, como no podía ser de ootro modo, que en los años 1760

así, los colonos depositaron su confianza en la doctrina de Coke²¹. Ello tenía una lógica aplastante si se piensa que durante el siglo XVIII casi todos los ingleses de ambos lados del Atlántico habían reconocido algo que identificaban como un *fundamental law* que, como dice Wood²², era una guía para la rectitud moral («a guide to the moral rightness») y para la constitucionalidad del Derecho ordinario y de la política. Para darnos una idea de lo arraigada que en la mentalidad jurídica inglesa se hallaba esa noción de un *fundamental law* nos bastará con recordar, que aún un tan reconocido déspota como Cromwell pudo decir siglo y medio antes de *Marbury v. Madison* que: «In every government there must be something fundamental, somewhat like a *Magna Charta* which would be inalterable». Y en lo que hace a los colonos del otro lado del Atlántico, encontraron atractivas las ideas de Coke en cuanto que las mismas sintonizaban con su idea de lo que había de ser el Derecho.

No ha de extrañar por todo ello que durante la etapa de la guerra revolucionaria, las bases teóricas para la *judicial review* fueran asentadas en las constantes apelaciones de los colonos a un *higher law* para sostener que determinadas leyes del Parlamento británico o disposiciones del Rey eran nulas. De esta forma, el sistema norteamericano de la *judicial review* —del que en realidad podría decirse con Grant²³, que «is nothing more than the absence of any special system»— se iba a presentar estrechamente conectado con la experiencia colonial, anterior pues a la Independencia.

A ello seguiría la recepción de las grandes construcciones dogmáticas de Vattel, Burlamaqui o Pufendorf, por citar tan sólo a algunos de los más significativos autores, que coincidían cercanamente con los menos refinados, pero igualmente fructíferos *dicta* del *Chief Justice* Edward Coke. Vale la pena, haciendo un breve *excursus*, recordar el posicionamiento adoptado por Emmerich de Vattel (1714-1767) en su obra clave, publicada en 1758, año en que justamente fue llamado por el Elector de Dresde para el ejercicio de funciones propias de un consejero. Nos referimos a su obra

algunos abogados mencionaron el *Bonham's case* en sus argumentos constitucionales contra los *writs of assistance* y la *Stamp Act*, cree que en la medida en que el *Bonham's case* aludía a la posibilidad del *judiciary* de declarar nulas las leyes del Parlamento, bien de conformidad con el Derecho natural (*natural law*) o con el *common law*, rápidamente cayó en desprestigio, y cuando los abogados americanos aprendieron de los *Commentaries* de Blackstone, lo abandonaron considerablemente como un precedente. Philip HAMBURGER: «Law and Judicial Duty», en *George Washington Law Review* (*Geo. Wash. L. Rev.*), Vol. 72, 2003-2004, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 6.

²² Gordon S. WOOD: «The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less», en *Washington and Lee Law Review* (*Wash. & Lee L. Rev.*), Vol. 56, 1999, pp. 787 y ss.; en concreto, p. 794.

²³ James Allan C. GRANT: «Judicial Control of Legislation», en *The American Journal of Comparative Law* (*Am. J. Comp. L.*), Vol. III, number 2, Spring, 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 189.

Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souveraines. En el capítulo III del Libro 1º de su libro Emmerich de Vattel trata «la Constitución y los deberes y derechos de las naciones a este respecto»²⁴. Es la parte clave de la obra en lo que ahora interesa.

En esta obra capital se contiene la primera e inequívoca declaración de que una constitución es una ley fundamental que limita el poder de los cuerpos legislativos. Según Vattel, la legislación no estaba tan sólo limitada por el Derecho natural, sino por cualesquiera normas que el pueblo optara por incluir en su constitución. Para el pensador suizo, el respeto a la constitución es decisivo, como también es de la mayor relevancia el respeto a la ley («The constitution of a State —escribe Vattel— and its laws are the foundation of public peace, the firm support of political authority, and the security for the liberty of the citizens. But this constitution is a mere dead letter, and the best laws are useless if they be not sacredly observed. It is therefore the duty of a Nation to be ever on the watch that the laws be equally respected, both by those who govern and by the people who are to be ruled by them»). El autor suizo acuña la idea de que la constitución escrita es el fundamento de toda autoridad pública, a la par que deja meridianamente clara la distinción entre la ley fundamental y las leyes ordinarias. Y en relación a la cuestión que venimos abordando, esto es, hasta dónde alcanza la capacidad del poder legislativo en relación a la constitución: ¿Alcanza a modificar la constitución o, por el contrario, ésta no puede ser alterada por ese poder?, la respuesta de Vattel es de una asombrosa modernidad, no obstante haber sido escrita hace más de un cuarto de milenio. Hela aquí:

«The question arises whether their power extends to the fundamental laws, whether they (the legislative power) can change the constitution of the State. The principles we have laid down lead us to decide definitely that the authority of these legislators does not go that far, and that the fundamental laws must be sacred to them, unless they are expressly empowered by the nation to change them; for the constitution of a State should possess stability; and since the Nation established it in the first place, and afterwards confided the legislative power to certain persons, the fundamental laws are excepted from their authority. It is clear that the society had only in view to provide that the State should be furnished with laws enacted for special occasions, and with that object it gave to the legislators the power to re-

²⁴ E. DE VATTEL: *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, (translation of the edition of 1758 by Charles G. Fenwick), New York/London, Oceana Publications Inc./Wildy & Sons Ltd., reprinted, 1964; el capítulo III del Libro 1º en pp. 17-19.

peal existing civil laws, and such public ones as were not fundamental, and to make new ones. Nothing leads us to think that it wished to subject the constitution itself to their will. In a word, it is from the constitution that the legislators derive their power; how, then, could they change it without destroying the source of their authority?»

(«La cuestión que se plantea es la de si su poder —el de los legisladores o poder legislativo— se extiende a las leyes fundamentales, si ellos pueden cambiar la constitución del Estado. Los principios que hemos establecido nos conducen a decidir definitivamente que la autoridad de estos legisladores no va tan lejos, y que las leyes fundamentales deben ser sagradas para ellos, a menos que sean expresamente facultados por la nación para cambiarlas, pues la constitución de un Estado debe poseer estabilidad, y ya que la nación la estableció en primer lugar y después confió el poder legislativo a ciertas personas, las leyes fundamentales están exceptuadas de su autoridad. Es claro que la sociedad tenía solamente en consideración disponer que el Estado fuera equipado con leyes promulgadas para ocasiones especiales, y con ese objetivo dio a los legisladores la facultad de derogar las leyes civiles existentes y las públicas que no fueran fundamentales, y hacer nuevas leyes. Nada nos lleva a pensar que deseara sujetar la misma constitución a su voluntad. En una palabra, es de la constitución de donde los legisladores derivan su poder; ¿cómo, entonces, podrían cambiarla sin destruir la fuente de su autoridad?»).

La argumentación de Vattel nos parece impecable. Su reflexión final de que la modificación por el legislativo de la constitución equivaldría a destruir la fuente de autoridad en que aquél se apoya es incontrovertible, y deja manifiestamente puesta de relieve la idea de una constitución superior a las leyes y limitadora de la actuación del poder legislativo, idea que Alexander Hamilton desarrollará en el núm. LXXVIII de los *Federalist Papers*.

La trascendencia que todo ello iba a tener sería enorme, pues como concluye el espléndido ensayo de Plucknett²⁵, fue con base no sólo en las doctrinas de Vattel y otros acerca de la existencia de un *fundamental law*, sino también en la firme fe de que «what my Lord Coke says in *Bonham's Case* is far from any extravagance», por lo que iban los americanos a establecer el audaz experimento de hacer una Constitución escrita que tendría a los jueces y a un tribunal (la *Supreme Court*) como sus guardianes.

III. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE JAMES OTIS Y A LA DE ALGÚN OTRO PERSONAJE DEL CASO

I. Nacido en 1725 en West Barnstable, James Otis iba a asistir entre 1739

²⁵ Theodore F. T. PLUCKNETT: «*Bonham's Case and Judicial Review*», *op. cit.*, p. 70.

y 1743 al *Harvard College*. En 1748 comenzó el ejercicio de la actividad forense en Plymouth, en la parte sur de la provincia en la que su padre había tenido una importante presencia como abogado. Tres años después, la *Superior Court* de circuito de Bristol le nombraba «Attorney for the Lord King». En los nueve o diez primeros años de ejercicio de la abogacía en Boston, Otis tuvo una escasa presencia en los asuntos públicos. Aunque fue nombrado Juez de paz en el condado de Suffolk, este nombramiento era tan sólo una prueba de su progresivo reconocimiento social.

En 1757 era nombrado Gobernador de la Provincia de *Massachusetts Bay* Thomas Powell; con él mantendría Otis unas muy cercanas relaciones, si bien es posible que las mismas no tuvieran otra razón que el común interés sentido por el estudio de los clásicos, por los que Otis siempre se mostró un seguidor apasionado, en lo que ciertamente coincidiría con otros personajes públicos de la época, sin ir más lejos con Jefferson y Hamilton. Cabe recordar al respecto, que en 1760 Otis publicó *The Rudiments of Latin Prosody with a Dissertation on Letters and the Principles of Harmony in Poetic and Prosaic Composition*. Algo más de un siglo después, Tyler consideraba la obra como «a book which shows that its author's natural aptitude for eloquence, oral and written, had been developed in connection with the most careful technical study of details. No one would guess.... that it was written by perhaps the busiest lawyer in New England»²⁶. Poco antes de cesar en el cargo, en el otoño de 1760, el Gobernador Pownall iba a habilitar a James Otis para que actuara como *Advocate general* de la provincia, curiosamente, el cargo más directamente relacionado con los intereses de la Aduana en la *Vice-admiralty Court*. Otis ejerció como tal en el período de la Administración provisional de Thomas Hutchinson, que, siendo Vicegobernador, actuó como Gobernador en funciones hasta tanto llegó a Boston el nuevo Gobernador, Bernard.

Con la rápida sucesión de los acontecimientos, antes de la primavera de 1761, Otis había experimentado un giro radical, situándose frontalmente enfrentado con el Gobernador y las Aduanas, y en la posición de llevar a cabo el más violento asalto a la *Vice-admiralty Court* sufrido por este tribunal en los últimos treinta años. En mayo de 1761, el antes apolítico abogado se convertía en miembro de la *House of Representatives* de la provincia. Aunque no se conoce la fecha exacta de su cese en el cargo gubernamental que ocupaba, al tener el mismo relación directa con el caso de que nos estamos ocupando, parece razonable suponer que su dimisión no debió ser posterior al 24 de diciembre de 1760, pues ese mismo día

²⁶ M. C. TYLER: *The Literary History of the American Revolution 1763-1783*, Vol. I, New York, 1987, p. 37. Cit. por Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, Berkeley/Los Angeles/London, University of California Press, 1978, p. 314.

Otis era el portavoz de una petición formulada ante la Asamblea de representantes acerca de la ilegalidad de los honorarios a pagar ante la *Vice-admiralty Court*, frente a la que ya se situaba en abierto conflicto. Relatando cómo se le pidió, en función de su cargo gubernamental, que interviniera en favor del *writ of assistance*, Otis se refería a su cese como Abogado general de la provincia aduciendo:

«I was solicited to argue this cause as Advocate-General, and because I would not, I have been charged with a desertion of my office; to this charge I can give a very sufficient answer, I renounced that office, and I argue this cause from the same principle; and I argue it with the greater pleasure as it is in favour of British liberty....»²⁷.

Estas palabras transmiten la impresión de que es a causa del problema jurídico desencadenado por el *writ of assistance* por lo que Otis abandona su relevante cargo de Abogado general; incluso, que él lo deja con vistas a poder intervenir en la posición contrapuesta, esto es, en contra de la solicitud de tales *writs*. Siendo esto verdad, aunque, dicho sea al margen, no dejan de existir todavía hoy dudas al respecto, se incrementa la importancia histórica de la controversia jurídica acerca de la figura de los *writs of assistance*.

II. Vale la pena recordar a continuación algo sobre Hutchinson, un personaje muy relevante en el caso y también en la historia de Massachusetts. Hutchinson estaba destinado a ser el último Gobernador civil de la Provincia de Massachusetts. Nacido en 1711, tras graduarse en el *Harvard College*, dedicó los primeros años de su vida profesional a los negocios comerciales de su familia, comenzando en 1737 su carrera pública, siendo elegido poco después miembro de la *House of Representatives* de la provincia. En 1740 viajó a Inglaterra para defender la petición de Massachusetts en una disputa sobre límites territoriales con New Hampshire. De regreso en 1742 a Boston, retornó a la Cámara de Representantes, de la que poco después sería elegido *Speaker*. Nombrado en 1750 miembro del *Council*, un órgano legislativo del *General Court*, dos años más tarde Hutchinson accedió al cargo de juez. La muerte de su esposa en 1753 acentuó la dedicación de Hutchinson a la vida pública, hasta el extremo de acusársele de tener una auténtica voracidad por los cargos públicos a partir de esa época²⁸.

Hutchinson mantendría una relación de cordial amistad con Charles Paxton, quien daría también su nombre al caso que nos ocupa, que se suele identificar asimismo como el *Paxton's Case*, lo que se explica por ser

²⁷ *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 323.

²⁸ Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, pp. 98-99.

Paxton el oficial de justicia (*marshall*) de la *Vice-admiralty Court* de la ciudad de Boston, y tener como tal un especial protagonismo en los *writs of assistance* desencadenantes del caso. Hutchinson, ya *Chief Justice* de Massachusetts, presidiría el tribunal que conocería del célebre caso. Al final de sus años, Hutchinson escribió una importante obra, *The History of the Colony and Province of Massachusetts-Bay*, cuyos tres volúmenes se publicarían sucesivamente en 1764, 1767 y 1828, ofreciendo en ellos un testimonio de primera mano del desarrollo del *Paxton's Case*.

4. EL WRITS OF ASSISTANCE CASE (1761)

Será en este célebre caso donde la doctrina sentada por Coke alcance el cenit de su influjo, pudiendo verse incluso como un aspecto crucial en el desarrollo del conflicto entre Inglaterra y las colonias. No en vano Coke, como vamos a ver a continuación, recurrirá en su argumentación ante la *Massachusetts Superior Court* a la autoridad del gran *Chief Justice* inglés. El *Writs of assistance Case*, también conocido como el *Paxton's Case*, y asimismo como *Petition of Lechmere*, constituye por lo demás un hito histórico de la mayor trascendencia en el proceso histórico revolucionario que habrá de culminar en la independencia de los Estados Unidos.

1. El instituto del *writ of assistance*

La mejor comprensión del caso exige comenzar la exposición del mismo refiriéndonos, a título previo, al importante instituto de la época conocido con la denominación de *writ of assistance*. De conformidad con el *common law* las únicas cosas que podían dar lugar al otorgamiento a la autoridad de un poder de búsqueda («a power of search») eran las cosas robadas. Para la concesión de un poder de tal naturaleza para cualquier otra cosa era necesaria una norma aprobada en sede parlamentaria. La legislación para la búsqueda de mercancías de contrabando en Inglaterra ya se hallaba legalmente contemplada en este país a través de dos leyes, una de 1660 (*Act to prevent Frauds and Concealments of his Majesty's Customs*) y la otra de 1662 (*Act of Frauds*), cuando el Parlamento inglés buscó establecerla asimismo para el régimen aduanero en las colonias en 1696. La Ley de 1660, con la finalidad de localizar mercancías que se hubieran desembarcado o transportado fuera sin que el aduanero recaudador formalizase su debida entrada (o salida), y respecto de las cuales se debiera el pago de los derechos de aduanas, subsidios u otros aranceles, ya preveía la emisión de un mandamiento u orden a cualquier persona o personas, facultándoles a través de ella «with the assistance of a Sheriff, Justice of Peace or Constable, to enter into any House in the Day-time

where such Goods are suspected to be concealed». Como fácilmente se atisba, de esta previsión derivó el nombre de *writ of assistance*.

Las poco complacientes actitudes frente a las facultades de las autoridades de entrada y búsqueda («entry and search») tenían que ver con la preocupación desde antiguo del *common law* por el mantenimiento de la paz, pues pocas cosas podían causar mayores disturbios que la intromisión de alguien en la casa y en la familia de un particular. De ahí que en los años 1660 las exigencias del *common law* se traducían no sólo en la aprobación en debida forma de una específica norma legal habilitante de esa facultad, ese «power of entry and search», sino también en una regulación determinada, algo que se ponía de manifiesto de modo muy particular en la legislación aduanera («the legislation for customs search») para perseguir el contrabando. A este respecto, la *Act of Frauds* de 1662, desarrollando lo ya establecido por la Ley de 1660, prescribía en su Sección 5 (2):

«And it shall be lawful to or for any Person or Persons, authorized by Writ of Assistance under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer, to take a Constable, Headborough or other Public Officer inhabiting near unto the Place, and in the Day-time to enter, and go into any House, Shop, Cellar, Warehouse or Room, or other Place, and in Case of Resistance, to break open Doors, Chests, Trunks and other Package, there to seize, and from thence to bring, any Kind of Goods or Merchandize whatsoever, prohibited and uncustomed, and to put and secure the same in his Majesty's Storehouse, in the Port next to the Place where such Seizure shall be made».

Particularmente significativa era la limitación de que la entrada en el domicilio, almacén o bodega de un particular se llevara a cabo a la luz del día, exigencia que no derivaba tanto de la doctrina establecida por el *common law* cuanto de la posición sustentada en su día por una de las grandes figuras del Derecho de aquella época, que se ha equiparado incluso a Coke, Sir Matthew Hale, quien, en su *History of the Pleas of the Crown*, trató con cierto detalle las disposiciones del *common law* acerca de ese «power of entry» para la búsqueda de mercancías robadas («the common law search warrant for stolen goods»)²⁹. Es asimismo de destacar que esta disposición ampliaba las mercancías cuya búsqueda podía requerir un *writ of assistance* a las «prohibited and uncustomed», esto es, no sólo a aquellas por las que no se hubiesen pagado los correspondientes derechos aduaneros, sino también a aquellas otras que estuviesen prohibidas.

²⁹ En uno de sus comentarios al respecto, Hale escribía: «It is fit that such warrants to search do express, that search be made in the day-time, and tho I will not say they are unlawful without such restriction, yet they are very inconvenient without it, for many times under pretense of searches made in the night robberies and burglaries have been committed, and at best it causes great disturbance». *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 26.

Recuerda Smith³⁰, que los documentos llamados *writs or warrants of assistance* se conocían en las colonias mucho antes de que surgiera en Massachusetts la controversia que nos ocupa. Sin embargo, aunque la disposición para la entrada y búsqueda de mercancías con el auxilio de un *writ of assistance* —la ya transcrita Sección 5 (2) de la *Act of Frauds* de 1662— pudo haber molestado a las autoridades aduaneras coloniales, propiciando sus intentos de burlar tal disposición, la realidad es que ni siquiera ello era necesario por cuanto en América no se aplicaba la mencionada Ley de 1662. Como antes se dijo, no fue hasta la aprobación de la *Act of Frauds* de 1696 cuando esas previsiones comenzaron a aplicarse también en América³¹.

En Massachusetts, los comerciantes tenían la inveterada costumbre de tratar con un arrogante desdén las exigencias contempladas por la legislación relativa a la navegación y a las aduanas. Este hábito de desobediencia a la ley se conocía habitualmente como *smuggling* (contrabando). Frente a esta actuación ilegal operaba lógicamente el *writ of assistance*, que, particularmente en esta etapa pre-revolucionaria, venía a entrañar el efecto del embargo de la mercancía. Como es obvio, la utilidad de la orden de búsqueda de mercancías radicaba en la existencia de un medio a cuyo través conseguir una decisión confiscatoria de las mismas. Se comprende por ello mismo, que no fuera a los tribunales provinciales de *common law* a quienes correspondiera, en su caso, adoptar tal decisión; su adopción siempre habría chocado con el jurado; consiguientemente, la jurisdicción a la que se encomendó en Boston la adopción de tales decisiones iba a ser la *Court of Vice-admiralty*, cuyo origen se remontaba justamente a los tribunales coloniales del Vicealmirantazgo, que hicieron acto de presencia poco después de la *Act of Frauds* de 1662.

2. Los hechos del caso

I. Una sucinta descripción de los hechos de este caso³² exige comen-

³⁰ Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, op. cit., p. 95.

³¹ La Sección 6ª de la *Act of Frauds* de 1696 comenzaba estableciendo lo que sigue: «And for the more effectual preventing of Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade in America, be it further enacted by the Authority aforesaid, That all Ships coming into, or going out of, any of the said Plantations, and lading or unlading any Goods or Commodities, whether the same be His Majesty's Ships of War, or Merchants Ships, and the Masters and Commanders thereof, and their Ladings, shall be subject and liable to the same Rules, Visitations, Searches, Penalties and Forfeitures, as to the entering, lading or discharging their respective Ships and Ladings, as Ships and their Ladings, and the Commanders and Masters of Ships, are subject and liable unto in this Kingdom, by virtue of an Act of Parliament made in the fourteenth Year of the Reign of King Charles the Second, intituled, *An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in His Majesty's Customs*».

³² Para una exposición más detallada, cfr. F. W. GRINNELL: «The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813», chapter IV («The

zar recordando, que en 1759, el general Amherst anunciaba a las autoridades británicas de Massachusetts la conquista de Montreal y la subsiguiente aniquilación del gobierno francés en América. De inmediato, esas mismas autoridades concebían el proyecto de someter las colonias inglesas en esos territorios del Norte a la autoridad ilimitada del Parlamento británico, lo que hacía ineludible la recaudación de fondos económicos adicionales. Con tal intención, las autoridades inglesas de Boston cursaban órdenes a Charles Paxton, recaudador de aduanas de la ciudad, para que instara a la autoridad judicial la concesión de *writs of assistance* a fin de permitir a los funcionarios de aduanas que pudieran ordenar a todos los *sheriffs* y miembros de la policía que les ayudaran en la apertura y allanamiento de casas, almacenes, tiendas, bodegas, barcos, fardos, baúles y embalajes de todo tipo a fin de buscar mercancías y objetos que hubieran sido importados en contra de las prohibiciones existentes o sin el preceptivo pago de los impuestos aduaneros establecidos por ciertas leyes del Parlamento, las denominadas *Acts of Trade*. Para justificar tan excepcional medida se adujo que las órdenes de registro específico se habían mostrado ineficaces para combatir el contrabando y la evasión de impuestos.

Según parece, con anterioridad a la fecha mencionada, ya la *Superior Court of Massachusetts* había concedido varios *writs* de esta naturaleza. En marzo de 1760, el tribunal otorgó dos *writs of assistance*, uno en Boston y otro en Salem, sin que aparentemente se produjera incidente o protesta alguna. A las necesidades económicas derivadas del hecho antes referido se iba a añadir otra circunstancia: tras la muerte del Rey Jorge II (acaecida el 25 de octubre de 1760) se hacía necesaria la solicitud a la *Superior Court* de Massachusetts de la concesión de nuevos *writs of assistance*, emitidos ahora en nombre de Jorge III, el nuevo Rey, pues, como recuerda la doctrina³³, los viejos *writs* perdían su vigencia seis meses después del fallecimiento del Monarca. Como se acaba de decir, tales *writs* otorgaban a las personas a las que se concedían una autoridad general muy amplia, aplastante incluso, para la búsqueda de mercancías introducidas de contrabando, suponiendo por lo mismo un eficaz instrumento recaudatorio. Aunque en marzo de 1760 la concesión de los dos *writs* mencionados no suscitara rechazo público, algo ciertamente extraño, diez meses después la situación era hartamente diferente y el rechazo popular que suscitó la concesión de nuevos *writs* se convirtió en masivo y clamoroso.

En estas circunstancias, el Sr. Paxton debió pensar que no era prudente

Anti-Slavery Decisions of 1781 and 1783 and the History of the Duty of the Court in Regard to Unconstitutional Legislation», en *Massachusetts Law Quarterly* (*Mass. L. Q.*), Vol. II, Number 5, May, 1917, pp. 437 y ss.; en concreto, pp. 443 y ss.

³³ Andrew C. MCLAUGHLIN: *A Constitutional History of the United States*, New York/London, D. Appleton-Century Company, 1935, p. 25.

te comenzar sus actividades de búsqueda y confiscación en Boston, por lo que iba a dar instrucciones a su recaudador adjunto en Salem, el Sr. Cockle, para que solicitara a la *Superior Court*, entonces actuando en esa misma pequeña ciudad, los *writs of assistance*. Stephen Sewall, en ese momento (noviembre de 1760) *Chief Justice* del Tribunal, iba a expresar grandes dudas acerca de la legalidad de tales *writs* y de la autoridad del Tribunal para otorgarlos. Más aún, según parece, ninguno de los miembros de la mencionada Corte dijo una palabra en favor de tal concesión. Sin embargo, al tratarse de una petición de la Corona la misma debía ser objeto de una vista y de la subsiguiente decisión, a cuyo efecto se fijó el siguiente período de sesiones de febrero de 1761 en la ciudad de Boston.

La alarma se extendió entre todos los comerciantes de Salem y de Boston, pues nada era más incompatible con la concepción de la libertad que tenían los colonos que los registros generales (*general searches*), que violaban su apreciada máxima de que «a man's house is his castle». Así, de inmediato buscaron oponerse jurídicamente a la concesión de tales *writs of assistance*. Al efecto, buscaron un abogado que llevara el caso; tras la renuncia de un primer letrado, pidieron a Otis y a Thacher su defensa ante el Tribunal. James Otis se hallaba tan resueltamente opuesto a la concesión de estas órdenes generales de registro que, como ya hemos señalado, no sólo rehusó llevar el caso en nombre de la administración de aduanas, como hubiera sido su obligación como Abogado del Rey (*Advocate general*) en la provincia, sino que, tras su cese en ese cargo y rehusando cualquier honorario, se prestó a la defensa de los comerciantes conjuntamente con el otro abogado, el Sr. Thacher, quien desempeñó un rol muy secundario en el litigio.

En febrero de 1761 comenzó la vista pública del caso. Describiendo el desarrollo de la misma ante él y los restantes miembros del Tribunal, Hutchinson, quien, recordémoslo, presidió la Corte, en su *History of Massachusetts-Bay*, pondría de relieve que la objeción principal a la concesión de los *writs* tenía que ver con su peculiar naturaleza: «the nature of general warrants». Aunque se admitió la existencia de precedentes de este tipo de *writs*, se afirmó ante el Tribunal (según Hutchinson, sin prueba, aunque lo cierto es que el propio presidente del Tribunal recogió en una nota a pie de página de su escrito, que se había presentado como prueba un extracto de un ejemplar del *London Magazine* de marzo de 1760, que hay que presuponer que no se admitió como prueba válida), «that the late practice in England was otherwise, and that such writs issued upon special information only»³⁴. Y es de interés recordar, que en esa publicación se abordaba frontalmente la cuestión, informándose acerca de una petición

³⁴ *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 132.

formulada por varios comerciantes londinenses ante la *House of Commons* en relación a la necesidad de interpretar la legislación relativa al «power of searching and seizing», contemplada por la ley en términos muy generales, en el sentido, en lo que ahora interesa, de que un *writ of assistance* del *Exchequer* nunca sea concedido sin una información, expresada bajo juramento, de que la persona que lo solicita tiene razones para sospechar que las mercancías prohibidas o introducidas de contrabando se hallan ocultas en la casa o lugar respecto del cual solicita un poder de búsqueda, y en cuanto al otorgamiento por el juez del mandato de búsqueda, se pedía que la autoridad judicial, antes de otorgarlo, debiera de tener tal información; más aún, esa información debía de ser enunciada sobre la base de los fundamentos de sospecha del denunciante, «and if those grounds appear to be groundless, no such warrant ought be granted»³⁵. No debe extrañar la referencia hecha por Hutchinson, pues la cuestión que realmente suscitó la acre controversia judicial no era otra sino la de así a los funcionarios de aduanas británicos se les podían facilitar unos mandatos generales de registro (*general search warrants*) que les facultaran para llevar a cabo una búsqueda de mercancías introducidas de contrabando.

II. A modo de circunstancia un tanto colateral a la vista, es de interés recordar que John Adams, entonces un jovencísimo abogado de Boston, recién nombrado (junto a Samuel Quincy) *barrister*, esto es, habilitado como abogado para defender causas ante los tribunales superiores británicos, estuvo presente a lo largo de todo la vista judicial, recogiendo posteriormente sus impresiones acerca de su desarrollo³⁶, uniéndose con ello a Thomas Hutchinson, quien, como ya se ha dicho, en su *History* se ocupó del proceso con algún detenimiento. «The council chamber —escribió Adams— was as respectable an apartment as the House of Commons or the House of Lords in Great Britain.... In this chamber, round a great fire, were seated five Judges, with Lieutenant Governor Hutchinson at their head, as Chief Justice, all arrayed in their new, fresh, rich robes of scarlet English broadcloth; in their large cambric bands, and immense judicial wigs»³⁷. El enorme impacto que tuvo el caso no sólo en Massachusetts sino en la totalidad de las colonias es deudor en gran medida de lo que John Adams dejó escrito.

³⁵ El «extract» del *London Magazine* de marzo de 1760 puede verse en Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, pp. 537-539.

³⁶ Smith recoge en un Apéndice de su libro (*Appendix I*) las notas escritas por John Adams, bajo el rótulo de «John Adams's contemporaneous notes of the writs of assistance hearing in February 1761». Cfr. al respecto, Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, pp. 543-547. Como «Appendix J» de la misma obra figura lo que Smith rotula como «John Adams's Abstract». Puede verse en pp. 548-555.

³⁷ *Apud* Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 5-6.

Más allá de ello, el dramático ataque jurídico de Otis sobre las arbitrarias órdenes de registro inspiró profundamente a John Adams. Otis se convirtió en su amigo e instructor en la vida política, y la gran capacidad de Adams pronto le otorgó una relevancia equiparable a la de su maestro. No ha de extrañar que Adams liderara la oposición a la *Stamp Act* de 1765, manteniéndose después siempre beligerante frente a aquellas actuaciones británicas que él consideraba que iban en perjuicio de las libertades de los colonos. A lo largo de su vida, quien había de ser el segundo Presidente de los Estados Unidos recordó con frecuencia el caso como el verdadero punto de partida en el movimiento de América hacia la Independencia. Son célebres las palabras que escribió al respecto, expresando el sentimiento que experimentó tras oír la brillante intervención de Otis ante el Tribunal: el discurso de Otis «breathed into this nation the breath of life» (daba a esta nación un aliento de vida), para añadir de inmediato que «then and there the child Independence was born» (entonces y allí nació el niño Independencia). Y como añadiría casi siglo y medio después Corwin³⁸, John Adams habría podido muy bien escribir que «then and there American constitutional theory was born». Y ello a su vez por cuanto, como escribiría en sus Notas a los *Quincy's reports* el Juez Horace Gray, «Otis denied that (Parliament) was the final arbiter of the justice and constitutionality of his own acts; and (...) contended that the validity of statutes must be judged by the courts of justice; and thus foreshadowed the principle of American constitutional law, that it is the duty of the judiciary to declare unconstitutional statutes void»³⁹ (Otis negaba que el Parlamento fuera el árbitro último de la justicia y constitucionalidad de sus propias leyes, y sostenía que la validez de las leyes ha de ser enjuiciada por los tribunales de justicia, prefigurando así el principio del Derecho constitucional americano de que es deber del poder judicial declarar nulas las leyes inconstitucionales).

3. La brillante argumentación de Otis

I. El núcleo del problema al que Otis se iba a enfrentar en el caso iba a ser el alcance o, si así se prefiere, el sentido en que la idea de constitución, esto es, la idea de un *higher law*, podía ser concebida en cuanto limitación sobre el poder de los cuerpos legisladores. Y lo iba a hacer en una época en que la doctrina de la supremacía legislativa seguía siendo dominante, por lo menos en Inglaterra, si bien, aunque la misma se había

³⁸ Edward S. CORWIN: «The Establishment of Judicial Review» (I), en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Vol. IX, 1910-1911, pp. 102 y ss.; en concreto, p. 106.

³⁹ *Apud* Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 6.

transmitido a las colonias (el impacto fundamental de tal doctrina se debería a la obra de Blackstone, que no comenzaría sin embargo a publicarse hasta 1765, cuatro años después del caso que nos ocupa), esa doctrina apenas reflejaba la realidad de la visión jurídica colonial, mucho más proclive a la idea de la existencia de un *higher law* exigible judicialmente. En cualquier caso, el predominio entre los órganos de extracción inglesa de la doctrina de la soberanía parlamentaria, unido a la misma composición del Tribunal de Massachusetts, explican que no resultara ninguna sorpresa que Otis perdiera el litigio. Pero ello es por entero irrelevante a los efectos que nos ocupan.

Digamos a título previo que, en nombre de la Corona, intervino Jeremiah Gridley, quien, como queda reflejado en las *Notas* de John Adams, sostuvo como argumento principal, que la facultad de conceder estos *writs* podía inferirse de la necesidad del caso⁴⁰, apoyándose asimismo, aunque sin insistir tanto en ello, en que la concesión se hallaba amparada por normas estatutarias.

James Otis iba a comenzar su intervención ante el Tribunal admitiendo la legalidad de cierto tipo de *writs*, particularmente, los *special writs*. Su posición es perfectamente visible en esta reflexión:

«I will proceed to the subject of the writ. In the first, may it please yours Honours, I will admit, that writs of one kind, may be legal, that is, special writs, directed to special officers, and to search certain houses & c. especially set forth in the writ, may be granted by the Court of Exchequer at home, upon oath made before the Lord Treasurer by the person, who asks, that he suspects such goods to be concealed in those very places he desires to search»⁴¹. (Pasaré al tema del *writ*. Primeramente, y esto puede agrandar a sus Señorías, admitiré que los *writs* de un cierto tipo pueden ser legales, esto es, los *writs* especiales, dirigidos a funcionarios particulares para registrar determinadas casas.... especialmente enunciadas en el *writ*, pueden ser concedidos por el Tribunal del Tesoro dentro del país, con base en el juramento prestado ante el Lord del Tesoro por la persona que lo pide, que sospecha que tales mercancías están ocultas en aquellos mismos lugares que desea registrar).

Otis iba a continuación a objetar ante el Tribunal que los *writs* que habían suscitado la controversia judicial no se acomodaban al tipo de los

⁴⁰ «The Constables —puede leerse en las Notas de John Adams en relación a la posición sostenida por Gridley— distraining for Rates, more inconsistent with Eng. Rts. & liberties than Writs of assistance. And Necessity, authorizes both». *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 543.

⁴¹ *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 331.

precedentemente mencionados, pues se trataba de *writs* de naturaleza general, y éstos debían de sujetarse a ciertas condiciones que no se daban en los que se discutían en sede judicial. En su *History of Massachusetts-Bay*, Hutchinson relata del siguiente modo esta parte de la intervención del abogado bostoniano:

«It was objected to the writs, that they were of the nature of general warrants; that, although formerly it was the practice to issue general warrants to search for stolen goods, yet, for many years, this practice had been altered, and special warrants only were issued by justices of the peace, to search in places set forth in the warrants; that it was equally reasonable to alter these writs, to which there would be no objection, if the place where the search was to be made should be specifically mentioned, and information given upon oath. The form of a writ of assistance was, it is true, to be found in some registers, which was general, but it was affirmed, without proof, that the late practice in England was otherwise, and that such writs issued upon special information only»⁴². (Se objetó a los *writs* que tenían la naturaleza de los mandamientos (o mandatos) generales, que aunque antiguamente existía la práctica de conceder mandamientos generales para buscar mercancías robadas, sin embargo, desde hacía muchos años esta práctica había sido alterada, y los jueces de paz sólo concedían mandamientos especiales, para buscar en los lugares expuestos en los mandamientos, que era igualmente razonable alterar estos *writs*, a lo que no habría objeción si el lugar donde el registro tuviera que hacerse fuera específicamente mencionado y la información, dada bajo juramento. La figura de un *writ of assistance*, ciertamente, tenía que encontrarse en algunos registros, lo que era algo general, pero se afirmó sin prueba que la última práctica en Inglaterra era de otro modo, y que tales *writs* se concedían solamente con base en una información especial).

Ya nos hemos referido precedentemente al apoyo que buscó Otis con su referencia al *London Magazine*, prueba que, como claramente revela la exposición de Hutchinson, no se admitió como tal. El abogado bostoniano puso un especial énfasis en que sólo los mandamientos especiales (*special warrants*) eran legales, lo que, a la inversa, se traducía en la ilegalidad de un mandamiento judicial general, como era el caso. Es significativo que se mostrara dispuesto a avenirse a admitir los *writs of assistance* cuestionados si eran modificados, transformándose en mandamientos especiales.

Otis iba inmediatamente después a tratar de justificar el porqué de la ilegalidad de un *writ* de naturaleza general. Acudiendo de nuevo a las Notas tomadas por John Adams, puede leerse en ellas lo que sigue:

⁴² *Apud* Maurice H. SMITH, en *Ibidem*, p. 332.

«This Writ is against the fundamental Principles of Law. – The Priviledge of House. A Man, who is quiet, is as secure in his House, as a Prince in his Castle – notwithstanding all his Debts, & civil processes of any Kind»⁴³. (Este *writ* es contrario a principios fundamentales del Derecho. El privilegio de la casa. Un hombre que está tranquilo, se halla tan seguro en su casa como un príncipe en su castillo, no obstante todas sus deudas y los procesos civiles de cualquier tipo)⁴⁴.

Otis aducirá a continuación cuatro denuncias de las que, a su juicio, se infiere la ilegalidad de los pretendidos *writs of assistance*. La primera de ellas es que se trata de un *writ* universal, esto es, dirigido a todos los jueces, *sheriffs*, policías y cualesquiera otros funcionarios, «so that in short it directed to every subject in the king's dominions; every one with this writ may be a tyrant». La segunda es que se trata de un *writ* perpetuo; es un *writ* sin retorno, y por ello, con él, «every man may reign secure in his petty tyranny, and spread terror and desolation around him». La tercera es que genera la más absoluta arbitrariedad, pues con tal *writ* una persona, a las horas del día, puede entrar en cualquier casa o tienda a su voluntad («at will») y ordenar a todos que le asistan. En fin, con este *writ* no sólo a los habilitados por el mismo, sino incluso a sus criados y sirvientes les es permitido tratarnos despóticamente («to lord it over us»). No debe extrañar a la vista de la argumentación expuesta que Otis tildara el *general search warrant* como «the worst instrument of arbitrary power; the most destructive of English liberty and the fundamental principles of law, that ever was found in an English law-book»⁴⁵.

II. En su defensa de los comerciantes frente a las autoridades aduane-

⁴³ *Apud* Maurice H. SMITH, en *Ibidem*, p. 339. Asimismo, en p. 544. Al párrafo transcrito sigue este otro del siguiente tenor: «But For flagrant Crimes, and in Cases of great public Necessity, the Priviledge may be (encroached ?) on. —For Felonies an officer may break, upon Process, and oath.— i. e. by a Special Warrant to search such an House, sworn to be suspected, and good Grounds of suspicion appearing».

⁴⁴ Smith ha transcrito otro texto de Otis que recoge una más amplia perspectiva constitucional del mismo tema, que no parece que lo utilizara ante el Tribunal, sino, según el propio autor, en el «coffee house». Creemos que tiene algún interés transcribirlo:

«Now one of the most essential branches of English liberty, is the freedom of one's house. A man's house is his castle; and while he is quiet, he is as well guarded as the prince in his castle. —This writ, if it should be declared legal, would totally annihilate this privilege. Custom house officers may enter our houses when they please— we are commanded to permit their entry —their menial servants may enter— may break locks, bars and every thing in their way —and whether they break through malice or revenge, no man, no court can inquire— bare suspicion without oath is sufficient». *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 344.

⁴⁵ *Apud* Charles Grove HAINES: *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley (California), University of California Press, 2nd edition, 1932, p. 59.

ras inglesas, siglo y medio después del *Bonham's case*, y en su ataque contra los *general writs of assistance*, Otis iba a invocar finalmente el célebre fallo de Coke, al que había accedido a través de los *Abridgments* de Bacon y de Viner. Antes de referirnos a ello, quizá convenga recordar a título previo una idea a la que ya hemos aludido: la relevancia del *common law* en esta etapa pre-revolucionaria. Bailyn lo manifestó con toda claridad cuando escribió que «the common law was manifestly influential in shaping the awareness of the Revolutionary generation»⁴⁶. Y ya nos hemos hecho eco del extraordinario protagonismo que tuvo Coke en la difusión y conocimiento del *common law*. Bien podría decirse, pues, que la influencia del *common law* suponía la extraordinaria relevancia del pensamiento de Edward Coke, si bien no es menos cierto que no todos los abogados y juristas de esta etapa interpretaron a Coke del mismo modo. Las diferentes interpretaciones de Otis y Hutchinson podrían servir como ejemplo paradigmático.

En el resumen que John Adams iba a hacer de la posición crucial de Otis se puede leer: «As to acts of Parliament. An act against the Constitution is void: an act against natural Equity is void: and if an act of Parliament should be made, in the very words of the petition, it would be void. The Executive Courts must pass such Acts into desuse.— 8. Rep. 118, from Viner»⁴⁷. Este deber de los tribunales de declarar las leyes que acabamos de mencionar en desuso, en definitiva, de inaplicarlas, tenía como punto de apoyo la consideración de que «la razón del *common law* controla toda ley del Parlamento», que no era sino lo que ya Coke había señalado. En su razonamiento, el abogado bostoniano, como el propio Adams comentaba medio siglo después, sostenía que «the writ is against the fundamental principles of law (...) the privilege of house»⁴⁸.

Otis, desde luego, no utilizó los términos literales del *dictum* de Coke. Aunque su referencia a la «reason of the common law to control an Act of Parliament», como se acaba de señalar, corresponde claramente al mencionado *dictum* (recordémoslo: «When an Act of Parliament is against common right and reason... the common law will controul it»), no son exactamente los mismos términos, lo que, según Smith⁴⁹, sugiere una dualidad de focos

⁴⁶ Bernard BAILYN: *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (Massachusetts), The Belknap Press of Harvard University Press, 13th printing, 1976, p. 31.

⁴⁷ *Apud* Edward S. CORWIN: «The <Higher Law> Background of American Constitutional Law» (I y II), en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XLII, 1928-1929, pp. 149 y ss. y pp. 365 y ss., respectivamente; en concreto, en II, p. 398.

⁴⁸ Carta de John Adams a William Tudor, fechada el 29 de marzo de 1817. De ella se hace eco F. W. GRINNELL: «The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions...»), *op. cit.*, pp. 446-447.

⁴⁹ Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 359.

de influencia, que tendría como epicentros no sólo el célebre *dictum*, sino también el *Report* de Coke sobre las *Prohibitions del Roy*. En cualquier caso, de la argumentación de Otis, de que todo *writ of assistance search* debía de ir precedido por una específica decisión judicial, creemos que podría inferirse que en cuanto la peculiar naturaleza de un *general writ* impedía tal proceso judicial previo, de hecho, estos *writs* generales estaban convirtiendo a los funcionarios aduaneros en *judex in propria causa*.

Llegados aquí cabe formular un interrogante: ¿Qué era la Constitución que una ley del Parlamento no podía infringir? ¿No era —se iba a interrogar Bailyn⁵⁰— sino un conjunto de principios y reglas establecidos, distinguibles de, antecedentes a y más fundamentales que?, y concibiéndose de tal modo, estaban llamados a controlar el funcionamiento de las instituciones de gobierno, hallándose destinados por lo tanto a ser operativos, en cuanto limitaciones constitucionales, frente a la actuación del Parlamento. Y siendo así, el propio autor se pronunciaba críticamente frente a la ambigua respuesta dada por Otis, para quien la principal autoridad en que se iba a apoyar iba a ser la de Coke, siendo discutible, por lo menos según Thorne, si Coke tenía en mente la existencia de principios superiores de Derecho y justicia que el Parlamento no pudiera contravenir. Frente a tal consideración hay que decir, que Otis no parece, desde luego, que se circunscribiera a la autoridad de Coke, pues se halla fuera de toda duda que también pareció tener en mente otro no menos familiar *dictum*, el de Lord Hobart en el igualmente famoso caso *Day v. Savadge*: «Even an act of Parliament made against natural equity, as to make a man judge in his own case, is void in itself»⁵¹. La entrada en juego del canon de la *natural equity*, que Otis vincula inextricablemente con el Derecho natural y con los principios inmutables de la razón y la justicia, no deja lugar alguno a la duda acerca de esta última influencia, pues el *Justice* Hobast convirtió el principio de que «nadie puede ser juez de su propia causa» (*nemo judex in propria causa*) en canon de la *natural equity*, y ésta, a su vez, en *standard* a través del cual juzgar si una ley del Parlamento era respetuosa con esos principios de Derecho y justicia arraigados en el *common law* que encarnaban ese *fundamental law*.

Aún convendría añadir algo más. Cuando Otis sostuvo que el *writ* era contrario a «fundamental principles of law», frente a lo que aduce Bailyn, nos parece bastante evidente que lo que estaba expresando es que las le-

⁵⁰ Bernard BAILYN: *The Ideological Origins of the American Revolution*, op. cit., pp. 176-177.

⁵¹ Adicionalmente, James Otis aludió a otro no menos conocido posicionamiento jurisprudencial, el de Lord Holt en el caso *City of London v. Wood* (1702): «What my Lord Coke says in Dr. Bonham's case in his 8 Rep. is far from any extravagancy, for it is a very reasonable and true saying, That if an act of Parliament should ordain that the same person should be party and judge, or what is the same thing, judge in his own cause, it would be a void act of Parliament».

yes del Parlamento se hallaban limitadas por tales principios, principios que, como tiempo atrás expresara McLaughlin⁵², presumiblemente, eran los «fundamental principles of British freedom». Dicho de otro modo, Otis se halla lejos de limitarse a traer a la memoria el *dictum* de Coke, al apelar fervientemente a los sagrados derechos de los ingleses, que consideraba vulnerados con la aprobación de estos *writs*; de esta forma, el abogado bostoniano estaba visualizando la Constitución inglesa como algo real y tangible, claramente tajante y concluyente en sus limitaciones. La conclusión lógica de su razonamiento era que una ley inconstitucional no era necesariamente una ley mala o inadecuada; que una ley que navegaba en contra de tradiciones muy queridas por los ingleses no era en absoluto ley o Derecho, pues era un texto nulo y cualquier tribunal debía declararlo así. Desde esta óptica, el argumento de Otis era verdaderamente profético del sistema constitucional que iba a arraigar en Norteamérica con el paso del tiempo. A su vez, bien puede decirse que la doctrina de Coke fue tan precoz como profética, aunque hundiera sus raíces en el pensamiento medieval inglés reverdecido por Lord Coke y por otros en el siglo XVII.

No faltan autores que traslucen una posición crítica. Tal es el caso, por ejemplo, de Bowen, una de las biógrafas de Coke⁵³, para quien el Juez inglés se habría asombrado al ver el empleo que de su *dictum* se iba a hacer por Otis y por quienes siguieron sus pasos, reflexión hartamente discutible, dicho sea al margen. Incluso admitiendo que el abogado bostoniano hubiera ido mucho más allá de lo que pretendía Sir Edward Coke, no cabe ignorar que, en fondo, Otis estaba haciendo algo similar a lo que Coke expresaba con esta gráfica frase: «Let us now peruse our ancient authors, for out of the old fields must come the new corne»⁵⁴. No otra cosa hacían Otis y quienes le siguieron al utilizar a Edward Coke como el fundamento de todo el edificio constitucional.

Pero es que además, frente a la crítica expuesta, no puede dejar de ponerse de relieve la importancia que en aquel preciso momento tuvo ese acercamiento que Otis hizo hacia las posiciones de Coke, en unas circunstancias que parecían idóneas para atraer la atención popular. No cabe la más mínima duda acerca del impacto de su posición. A raíz de su invocación por James Otis se ha dicho⁵⁵, que la doctrina de Coke se convirtió en

⁵² Andrew C. McLAUGHLIN: *A Constitutional History of the United States*, op. cit., p. 26.

⁵³ Catherine Drinker BOWEN: *The Lion and the Throne* (The Life and Times of Sir Edward Coke. 1552-1634), London, Hamish Hamilton, 1957.

⁵⁴ Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, op. cit., p. 6.

⁵⁵ Raoul BERGER: *Congress v. the Supreme Court*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2nd printing, 1974, p. 25. «Sound or not —escribe Berger— Coke's statement became a rallying cry for Americans in 1761 when it was resoundingly invoked by James Otis. If an Act of Parliament had the effect claimed for it, he argued in the *Writs of Assistance case*,

un «rallying cry» (un grito de adhesión, de unión) para los americanos. El 12 de septiembre de 1765, el Gobernador Hutchinson, refiriéndose a la oposición generalizada de los colonos a la *Stamp Act*, escribía: «The prevailing reason at this time is, that the act of Parliament is against Magna Carta, and the natural rights of Englishmen, and therefore, according to Lord Coke, null and void»⁵⁶, para añadir a renglón seguido: «This, taken in the latitude the people are often enough disposed to take it, must be fatal to all government, and it seems to have determined great part of the colony to oppose the execution of the act with force»⁵⁷. Y en lo que a la *judicial review* se refiere, el *Writs of assistance case* se ha considerado como la corneta de llamada en favor de la *judicial review* («a clarion call for judicial review») y un claro desafío a la entonces dominante doctrina de la supremacía legislativa⁵⁸.

Al margen ya de todo lo anterior, la argumentación de Otis se iba a convertir en la principal prueba de la reivindicación del *Bonham's case* como una fuente muy significativa del pensamiento colonial acerca de la *judicial review* y como un importante elemento para su ulterior desarrollo, pues la reivindicación de la interpretación llevada a cabo por Coke iba a permitir a los jueces tomar en cuenta la idea de un *fundamental law*, lo que, a juicio de Kramer, contrasta con la aparición tan sólo ocasional del *Bonham's case* en los *cases law* y en la literatura jurídica de los años 1770 y 1780, lo que lleva a este autor a relativizar el peso específico de la decisión de Coke en el desarrollo de una argumentación en favor de la *judicial review*, no obstante que admita que con posterioridad el *Bonham's case* se convirtió en parte de la «American judicial mythology»⁵⁹.

La reviviscencia del *dictum* de Coke así interpretado suscitó además adhesiones de la mayor relevancia en el pensamiento jurídico-político norteamericano de la época. Ya nos hemos referido al entusiasmo que la doctrina de James Otis desencadenó en John Adams, quien se mostró desde el primer momento un decidido defensor de las tesis sustentadas por el abogado bostoniano⁶⁰. Adams, como es bien sabido, tendría junto a Jeffer-

it would be <against the Constitution> and therefore void, an argument that John Adams, with Otis concurring, repeated in 1765 in opposition to the Stamp Act».

⁵⁶ *Apud* Edward S. CORWIN: «The Establishment of Judicial Review» (I), *op. cit.*, p. 106.

⁵⁷ *Apud* Theodore F. T. PLUCKNETT: «Bonham's Case and Judicial Review», *op. cit.*, p. 63.

⁵⁸ William E. NELSON: *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 2000, p. 36.

⁵⁹ Larry D. KRAMER: «We the Court», *op. cit.*, p. 31, nota 105 *in fine*.

⁶⁰ En una carta escrita en 1776 por John Adams al Justice Cushing, quien sería uno de los primeros miembros de la *Supreme Court*, a la que accedió en 1790, puede leerse lo que sigue: «Usted tiene mi sincero acuerdo al hablar al jurado sobre la nulidad de las leyes del Parlamento («the nullity of acts of Parliament»). Estoy decidido a morir por esa opinión («I am determined

son un muy relevante rol en la preparación de la Declaración de Independencia y de los documentos y manifiestos más importantes de la época. Parece lógico suponer que, entre las bases del Derecho constitucional norteamericano, tratara de establecer el punto de vista de Lord Coke, revivido en Boston por James Otis. William Cushing, uno de los primeros *Associate Justices* de la futura *Supreme Court*, en 1776, en los mismos momentos iniciales del estallido de la guerra revolucionaria, se dirigía a un jurado de Massachusetts instándole a ignorar determinadas leyes del Parlamento londinense, al considerarlas nulas y, por lo mismo, inaplicables. La declaración de Otis se repetiría con frecuencia en el curso de los debates políticos y jurídicos prerrevolucionarios, de lo que ilustra el hecho de que en 1773 un periódico de Boston reprodujera el célebre *dictum*. El caso creó un estado de opinión que tendría con posterioridad un reflejo concreto en el Estado independiente de Massachusetts, cuya Constitución, en el art. XIV del *Massachusetts Bill of Rights*, adoptó una disposición específica contra los registros irrazonables («unreasonable searches»).

4. Suspensión del proceso y ulterior decisión del Tribunal (noviembre de 1761)

Retornando al desarrollo del proceso, hemos de decir que tras la intervención de Otis, en el tribunal, según la versión dada por Hutchinson, su propio presidente, en su *History of Massachusetts-Bay*, se iban a manifestar fundadas dudas. El tribunal se hallaba convencido de que un *writ* o *warrant* emitido tan sólo en aquellos casos en que se hubiera dado bajo juramento una información especial, raramente, si es que en alguna ocasión, sería aplicado, en cuanto ningún informador se expondría a la furia del pueblo. Ello no obstante, algunos jueces, ante la duda acerca de si tales *general writs* estaban todavía en uso en Inglaterra, parecieron mostrarse a favor de la excepción, y como admite Hutchinson, «if judgment had been then, it is uncertain on which side would have been»⁶¹. Así las cosas, el *Chief Justice* expresó su deseo de obtener información de la práctica seguida en Inglaterra sobre esos *writs*, por lo que el juicio fue suspendido.

El 5 de marzo de 1761, Hutchinson escribió a William Bollan, en ese momento residente en Londres como agente de la provincia de Massachusetts en Gran Bretaña, quien a su vez le contestó el 13 de junio, en viándole una copia de un reciente *writ* que demostraba la aplicabilidad en Inglaterra de los *general writs*. Finalmente, el 14 de noviembre de 1761 la

to die of that opinion»...». *Apud* Charles B. ELLIOTT: «The Legislatures and the Courts: the Power to Declare Statutes Unconstitutional», en *Political Science Quarterly* (*Pol. Sci. Q.*), Vol. 5, No. 2, June 1890, pp. 224 y ss.; en concreto, p. 232.

⁶¹ *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 387.

Corte se reunía para decidir el caso en cuestión, y la consideración de que la práctica judicial inglesa mostraba que el *Exchequer* seguía concediendo *general writs*, fue suficiente para admitir la misma práctica en la colonia de Massachusetts. James Otis podía haberse equivocado en su apreciación empírica, pero ello en modo alguno suponía un debilitamiento de su impecable argumentación jurídica.

Josiah Quincy iba a redactar un resumen del desarrollo de la vista celebrada ante la *Superior Court* el 18 de noviembre de 1761⁶². Es interesante recordar algunos pasajes de determinadas intervenciones. El *Chief Justice* Hutchinson iba a recordar en su intervención que los funcionarios aduaneros habían apelado con frecuencia al Gobernador en solicitud de este tipo de *writs*, que además se les habían otorgado y, por lo mismo, aunque careciera de competencia para otorgarlo, esta circunstancia eliminaba el argumento de la falta de empleo del *writ*. Jeremiah Gridley, quien como ya se ha dicho actuó en nombre de la Corona, iba a tratar de minimizar el efecto de este tipo de *writs* al sostener que en realidad no se trataba de *writs of assistance*, sino de *writs of assistants*, pues con tales instrumentos procesales no se otorgaba a los funcionarios aduaneros un mayor poder, sino que más bien se establecía un control sobre ellos, por cuanto no podían entrar en ninguna casa, tienda o almacén sin la presencia del *sheriff* o de una autoridad civil. Frente a tales posicionamientos James Otis se iba a reafirmar en su posición acerca de la ilegalidad de este tipo de *writs*, aduciendo al respecto lo siguiente:

«It is worthy Consideration whether this Writ was constitutional even in England; and I think it plainly appears it was not; much less here, since it was not there invented till after our Constitution and Settlement. Such a Writ is generally illegal». (Es digno de consideración si este *writ* era constitucional incluso en Inglaterra; yo creo que parece claramente que no lo era; mucho menos lo podía ser aquí, ya que allí no fue inventado hasta después de nuestra constitución y establecimiento. Tal *writ* es por lo general ilegal).

La vista concluyó con la decisión unánime de los jueces de que el *writ* podía ser concedido, y algún tiempo después, efectivamente, fue otorgado.

Innecesario es aludir a la insatisfacción política que desencadenó la decisión del tribunal en Massachusetts, que encontró su manifestación en la propia Legislatura provincial unas semanas después. El 20 de febrero de 1762, el *Council* envió un proyecto de ley a la *House of Representatives* con ánimo de lograr su apoyo «for the better enabling the Officers of

⁶² «Report of the resumed writs of assistance hearing, 18 November 1761, by Josiah Quincy junior». Puede verse en Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, pp. 556-558.

his Majesty's Customs to carry the Acts of Trade in Execution». En el texto, el *general writ of assistance* recientemente afirmado y concedido por la *Superior Court* era desplazado por un «writ or warrant of assistance good for the one sworn occasion only», lo que era tanto como desplazar los *general writs* por los *special writs*, que presuponían un juramento previo para su concesión.

El *writs of assistance bill* no se convirtió finalmente en ley, y ello no porque no fuera aprobado por la legislatura, sino porque, tras serlo, el Gobernador Bernard lo vetó el 6 de marzo de 1762, en una sesión de la Asamblea provincial que previamente vio prorrogadas sus funciones. En su intervención ante la Asamblea el Gobernador declaró que el *bill* era «so plainly repugnant and contrary to the Laws of England (...) that if I could overlook it, it is impossible it should escape the penetration of the Lords of Trade...»⁶³. El Gobernador asoció claramente el *bill* con el conflicto de los comerciantes de la provincia con la administración aduanera, lo que lógicamente en nada debía sorprender.

V. LA TRAYECTORIA POSTERIOR DE JAMES OTIS

I. La popularidad ulterior de James Otis no tuvo límites. En mayo de 1761 fue elegido miembro de la *House of Representatives* con un apoyo casi unánime. Pero lo que aún interesa ahora más, entre 1761 y el inicio de la Revolución, el abogado bostoniano publicó una serie de escritos de entre los que es de destacar su *Vindication of the Conduct of the House of Representatives* y, sobre todo, *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved*, un panfleto este último publicado en 1764, a modo de respuesta frente a la aprobación por el Parlamento británico de la *Sugar Act*, obra que en su día alcanzó una extraordinaria popularidad. En ella, Otis iba a verter ideas que eran tributarias de Locke, Rousseau, Grocio, Pufendorf e incluso Vattel, cuyas citas entrecomillaba con todo detalle⁶⁴. El abogado bostoniano combinaba de este modo la tradición inglesa de un *fundamental law* con las doctrinas provenientes de la teoría del Derecho público del pensamiento europeo de la Ilustración.

Otis parte de la existencia de un *fundamental law* que asegura a todos los hombres los derechos naturales, muy particularmente, la vida, la libertad y la propiedad. Refiriéndose justamente a los derechos naturales, en el texto de Otis hace acto de presencia un notable pasaje entresacado de Vattel, cuya influencia sobre el posterior desarrollo del Derecho norteamericano hemos puesto ya de relieve:

⁶³ Apud Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, op. cit., p. 426.

⁶⁴ De ello se hace eco Bernard BAILYN, en *The Ideological Origins...*, op. cit., p. 27.

«It is here demanded whether, if their power (legislative power) extends so far as to the fundamental laws, they may change the constitution of the state? The principles we have laid down lead us to decide this point with certainty, that the authority of these legislators does not extend so far, and that they ought to consider the fundamental laws as sacred, if the nation has not in very express terms given them the power to change them. For the constitution of the state ought to be fixed»⁶⁵. (Se requiere aquí si sus competencias —las del poder legislativo— se extienden hasta las leyes fundamentales, ¿puede este poder cambiar la constitución del Estado? Los principios que hemos establecido nos llevan a decidir esta cuestión con seguridad, que la autoridad de los legisladores no llega tan lejos, y que deben considerar las leyes fundamentales como sagradas, si la nación no les ha dado en términos expresos la facultad de cambiarlas. Pues la constitución del Estado debe estar fija).

El carácter sagrado que Otis atribuye a las leyes fundamentales ya presupone que sobre el legislador recaen límites insoslayables. Otis enfatiza así que el poder legislativo se halla limitado por la constitución, de la que deriva su autoridad. El relevante abogado bostoniano deje muy claro este aspecto, sobre el que se pronuncia en los siguientes términos:

«... (I)t will not be considered as a new doctrine that even the authority of the Parliament of Great Britain is circumscribed by certain bounds which if exceeded their acts become those of mere power without right, and consequently void. The judges of England have declared in favour of these sentiments when they expressly declare that acts of Parliament against natural equity are void. That acts against the fundamental principles of the British constitution are void»⁶⁶. (No se considerará como una nueva doctrina que incluso la autoridad del Parlamento de Gran Bretaña está circunscrita por ciertos límites que si se sobrepasaran, sus leyes se convertirían en las de un mero poder sin derecho, y consecuentemente en nulas. Los jueces de Inglaterra han declarado en favor de estas opiniones cuando proclaman expresamente que las leyes del Parlamento contrarias a la equidad natural son nulas. Que las contrarias a los principios fundamentales de la Constitución británica son nulas).

Esta idea, en el fondo, era tributaria de la creencia de Otis en la primacía del *natural law* y de los principios inmutables de la razón y la jus-

⁶⁵ Apud Andrew C. McLAUGHLIN: *A Constitutional History of the United States*, op. cit., p. 33.

⁶⁶ Apud Thomas C. GREY: «Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought», en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Vol. 30, 1977-1978, pp. 843 y ss.; en concreto, p. 865.

ticia, o lo que es igual, en la primacía de un *higher law*; de ahí que, como ya había señalado en el *writ of assistance case*, y ahora reitera, toda ley que contradiga la *natural equity* deba ser considerada nula. El *natural law* proporcionaba a Otis los standards morales con los que enjuiciar la actuación de las autoridades públicas. Análoga trascendencia otorgaría Otis a la *reason of the common law*, tras la que laten aquellos principios fundamentales que se supone que han sido establecidos por el constitucionalismo británico, justamente los que en el pasaje transcrito identifica como «fundamental principles of the British constitution». Este pensamiento no era por entero nuevo; es bien significativo que el propio Otis aluda a que no está formulando una doctrina nueva, pues aunque es verdad que en la etapa colonial pre-revolucionaria no hubo un debate profundo sobre cuestiones propias de la teoría constitucional, los pronunciamientos habidos tenían un poso común que provenía, como ya se ha dicho, del pensamiento iuspublicista de la Ilustración. Hay, pues, un claro común denominador doctrinal; de ahí que no deba extrañar que algunas de las ideas de Otis, compartidas por otros muchos, se vieran reflejadas posteriormente en la Declaración de Independencia y, más tarde, en la Constitución de Massachusetts.

II. Particular interés presentan asimismo algunas de las reflexiones vertidas por Otis en su obra *The Rights of the British Colonies* en relación al ejercicio de la libertad de expresión, y consiguientemente de crítica, respecto de la legislación aprobada, o pendiente de aprobación, por el órgano legislativo. Estas son algunas de sus consideraciones:

«Cada sujeto —escribe Otis— tiene un derecho a comunicar sus opiniones al público («a right to give his sentiments to the public») acerca de la utilidad o inutilidad de toda ley, cualquiera que fuere, aún después de que sea aprobada, lo mismo que cuando esté pendiente de serlo. La equidad y la justicia de un proyecto pueden ser cuestionadas con perfecto sometimiento al órgano legislativo. Pueden darse razones de por qué una ley debe ser derogada; sin embargo, debe obedecerse hasta que tenga lugar la abrogación. Si los argumentos que pueden darse contra una ley son tales como para demostrar claramente que es contraria a la equidad natural («is against natural equity») los tribunales declararán tal ley nula («will adjudge such act void»). Puede cuestionarse por algunos de ellos, no tengo duda de ello, si no están obligados por sus juramentos a declarar tal ley nula. Si no hay un derecho a ejercer un juicio personal que alcance al menos a la petición de abrogación («petition for a repeal») o a decidir la oportunidad de arriesgar un proceso jurídico, el Parlamento podría convertirse él mismo en arbitrario, lo que no puede ser imaginado por la Constitución. Creo que todo

hombre tiene un derecho a examinar libremente la procedencia, fuente y fundamento de cada poder y medida en una comunidad, como parte de una curiosa maquinaria o de un notable fenómeno de la naturaleza, y que no debe ofender más decir que el Parlamento ha errado o se ha equivocado en una cuestión de hecho o de derecho, que decirlo de un hombre particular»⁶⁷.

James Otis, por supuesto, reconoce que el Parlamento británico, suprema legislatura del reino, tiene derecho a elaborar leyes para el bienestar general, incluyendo entre quienes se hallan vinculados a su cumplimiento a los colonos, al igual que a los restantes súbditos del reino. Ahora bien, dicho esto, el abogado bostoniano precisa, que ninguna autoridad asume un derecho de actuar con arbitrariedad, ni ningún poder supremo puede «to take from any man part of his property, without his consent in person, or by representation», lo que entrañaba una reivindicación del ejercicio de los principios de representación en todo el Imperio. Otis estaba condenando categóricamente el establecimiento de impuestos al margen de la representación popular, esto es, la «taxation without representation», considerándola como una violación de «the law of God and nature», del *common law* y de los derechos de propiedad, que ningún hombre o cuerpo de hombres, no exceptuando en ello ni siquiera al Parlamento, puede coherentemente con la constitución sustraer. En otro lugar de la misma obra, Otis iba a insistir en una idea que tenía muy arraigada: la de que si una ley del Parlamento vulnerara «natural laws», «which are immutably true», estaría violando por eso mismo «eternal truth, equity and justice», por lo que tal ley sería consecuentemente nula, «porque el supremo poder de un Estado es solamente *jus dicere*, mientras que el *jus dare*, estrictamente hablando, pertenece tan sólo a Dios». Otis nos estaba diciendo pues, que una ley del Parlamento sólo podía ser ley si se acomodaba a los principios superiores de la razón universal y de la justicia; consiguientemente, cuando una ley se opusiera a cualquiera de estos principios del Derecho natural, que eran verdades inmutables, no podía ser sino nula.

III. Otis no iba, sin embargo, a dejar de presentar un flanco oscuro, que ya se ponía de manifiesto en una argumentación inequívocamente contradictoria con buena parte de lo que se ha expuesto hasta ahora acerca de su pensamiento. En el mismo libro que venimos comentando, el célebre abogado bostoniano señalaba que los americanos tenían un deber de obedecer una ley inconstitucional del Parlamento británico si éste insistía en ello:

⁶⁷ *Apud* F. W. GRINNELL: «The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813», chapter IV («The Anti-Slavery Decisions...»), *op. cit.*, pp. 448-449.

«The power of Parliament —escribe Otis— is uncontrollable but by themselves, and we must obey.... There would be an end of all government if one or a number of subjects.... should take upon them so far to judge of the justice of an act of Parliament as to refuse obedience to it.... Therefore, let the Parliament lay what burdens they please on us, we must, it is our duty to submit and patiently bear them till they will be pleased to relieve us»⁶⁸. (El poder del Parlamento es incontrolable salvo por él mismo y nosotros debemos obedecer.... Habría una destrucción de todo gobierno si un súbdito o un grupo de ellos fueran tan lejos como para juzgar la justicia de una ley del Parlamento en cuanto a rehusar la obediencia a la misma.... Por lo tanto, dejemos al Parlamento establecer las cargas que deseen sobre nosotros; debemos, es nuestro deber, someternos y aguantarlas pacientemente hasta que les complazca liberarnos).

La resistencia de los colonos, en el sentir que del pensamiento de Otis se desprende de este texto, tan sólo parecía hallarse justificada cuando hubiesen apreciado la intención inconfundible del Parlamento de esclavizarlos, lo que como es evidente resultaba algo difícilmente constatable. Así las cosas, lo que tenían que hacer los colonos era convencer al Parlamento de lo inadecuado de su legislación, en cuanto vulneradora de los principios propios del *natural law* y de la Constitución británica.

La yuxtaposición de las reflexiones que preceden con la declaración de Otis sobre la nulidad de los impuestos no aprobados por la representación del pueblo iba a presentarse como harto contradictoria. Bailyn lo ha enjuiciado con cierta dureza, al considerar que, al llevar el lenguaje del Derecho del siglo XVII a la lucha constitucional del siglo XVIII, Otis viró hacia unas posiciones que él no estaba ni intelectual ni políticamente preparado para aceptar⁶⁹. Otros autores, como Mullet, lisa y llanamente, lo han tachado de contradictorio. Ferguson cree por su parte⁷⁰, que la confusión intelectual de Otis podría verse como una tensión entre, de un lado, sus ideas avanzadas, y de otro, sus puntos de vista tradicionales, tensión que se habría suscitado de resultas de las dos principales fuentes conformadoras de su pensamiento: la doctrina del *natural law* y el concepto de soberanía.

No faltan, desde luego, quienes, como Grey⁷¹, creen que Otis no fue ni incoherente ni anacrónico. Frente a la acusación de incoherencia, el

⁶⁸ Apud Thomas C. GREY: «Origins of the Unwritten Constitution...», *op. cit.*, pp. 871-872.

⁶⁹ Bernard BAILYN: *The Ideological Origins...*, *op. cit.*, p. 178.

⁷⁰ James R. FERGUSON: «Reason in Madness: The Political Thought of James Otis», en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 36, No. 2, April, 1979, pp. 194 y ss.; en concreto, p. 195.

⁷¹ Thomas C. GREY: «Origins of the Unwritten Constitution...», *op. cit.*, p. 872.

Profesor de Stanford no ve contradicción lógica entre la propuesta de que el Parlamento está legalmente sujeto a un *fundamental law* y la consideración de que, no obstante lo anterior, al órgano legislativo le corresponde la última palabra para decidir el significado de ese derecho fundamental, y ello, siempre según Grey, porque una constitución vinculante no necesita ser judicialmente aplicable, pues una legislatura, lo mismo que un tribunal, puede disponer de la autoridad final para interpretar una constitución escrita o no escrita. No podemos mostrarnos en absoluto de acuerdo con este planteamiento. El propio Grey trata de buscar una explicación armónica frente a la aducida incongruencia de Otis. Si éste creía que el Parlamento era, en último término, supremo en su interpretación de la constitución, ¿en qué sentido pensaba que los tribunales podían declarar la nulidad de las leyes parlamentarias? Otis, esgrime el Profesor de Stanford⁷², pudo considerar que los tribunales poseían una facultad inicial de anular los estatutos inconstitucionales, aunque creyendo que si el Parlamento persistía en su apoyo al estatuto declarado inconstitucional, el órgano legislativo tendría la última palabra. En cualquier caso, las observaciones de Otis sobre la supremacía parlamentaria las hizo no en el contexto de un debate sobre la *judicial review*, sino como un consejo frente a la desobediencia popular ante impuestos supuestamente inconstitucionales. Por lo demás, esta posición táctica encontró bastantes adeptos entre los oradores de su tiempo (Grey se refiere a que la misma «was quite general among Americans spokesmen in 1764»), pues la *Stamp Act* aún no se había promulgado y los colonos todavía creían posible persuadir al Parlamento británico para que no llevara a cabo la aprobación de esa ley.

En 1765, una vez que las noticias acerca de la aprobación de la *Stamp Act* habían llegado a las colonias, desatando numerosas intervenciones en favor de una resistencia activa, Otis publicaba un nuevo folleto *Brief Remarks on the Defence of the Halifax Libel*. Atisbando con claridad, y también con temor, la posibilidad de desórdenes civiles, Otis giraba instintivamente hacia la autoridad establecida. En su nueva publicación ya no insistía en ningún argumento para lograr una verdadera representación de los colonos en el Parlamento británico; en lugar de ello, enfatizaba la competencia y autoridad del Parlamento «to bind the colonies by all acts wherein they are named». El gran abogado bostoniano estaba ahora decantándose por un punto de vista de los asuntos imperiales que fácilmente compartirían los propios ministros británicos, visión que bien podría compendiarse en la consideración de que el poder absoluto del Parlamento de Londres demandaba «a meek and patient acquiescence in their determinations»⁷³.

⁷² *Ibidem*, p. 873.

⁷³ James R. FERGUSON: «Reason in Madness: The Political Thought of James Otis», *op. cit.*, p. 208.

La confusión de James Otis se manifestó de nuevo cinco meses más tarde con una nueva publicación, *Considerations on Behalf of the Colonists*, folleto en el que siguió sosteniendo el incuestionable poder soberano del Parlamento y la necesidad de preservar los vínculos de las colonias con Gran Bretaña. Aunque no dejara de mostrarse crítico con la actitud del Parlamento, lo cierto es que su idea acerca de los derechos naturales de los colonos parecía haber quedado postergada, mientras que su proclividad hacia el derecho del Parlamento británico a establecer impuestos sobre los colonos permaneció incuestionada. Otis reconocía que negar la lógica de la representación virtual equivalía a cuestionar la legitimidad de la autoridad parlamentaria sobre las colonias; quizá por ello escribía, que «the supreme legislative, in fact as well as in law, represent(s) and act(s) for the realm, and all the dominions»⁷⁴. Pero paradójicamente, aunque el Parlamento representara de hecho a todo el reino, lo cierto es que en él no tenían representación alguna los colonos.

La reacción frente a los nuevos posicionamientos de Otis por parte de un sector de los bostonianos no se iba a hacer esperar mucho tiempo. El 5 de mayo de 1766 el *Boston Evening Post* publicaba un artículo firmado por «A Friend to Liberty» en el que, airadamente, se denunciaban las incoherencias y equívocas posiciones de James Otis. La carta parecía hacerse eco de un punto de vista ampliamente compartido por los bostonianos, que se mostraban de acuerdo en que Otis había traicionado la causa de la *American liberty*, justamente por las contradicciones que se acaban de exponer. John Adams recordaría apenadamente en sus escritos que «He (Otis) was called a reprobate, an apostate, and a traitor, in every street in Boston»⁷⁵. Otis, que era plenamente consciente de las duras acusaciones acerca de su contradictoria actitud, siempre rechazó las críticas, insistiendo en que él había actuado de modo «positively consistent».

Una explicación adicional se ha dado, y tiene que ver con la inestabilidad mental que Otis, supuestamente, iba a experimentar a partir del año 1765. «As early as 1765 —escribe de nuevo Ferguson⁷⁶— his mental instability was clearly evident in his confused and erratic behavior, and in what John Adams called his “great inequalities of temper”».

IV. James Otis fracasó ciertamente en sus intentos de resolver los problemas intelectuales planteados por la crisis revolucionaria; su rechazo a cuestionar la legitimidad de las instituciones británicas resultó determinante en su fracaso final ante la comunidad bostoniana. Pero ello, siendo la-

⁷⁴ *Ibidem*, p. 212.

⁷⁵ *Apud* James R. FERGUSON: «Reason in Madness...», *op. cit.*, p. 194.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 194-195.

mentable, no puede conducir al olvido de sus extraordinarias aportaciones al desarrollo del pensamiento revolucionario. Otis, en cierto modo, fue la chispa que encendió la mecha de la revolución; esa chispa finalmente se eclipsó, quizá por la propia inestabilidad mental de quien había desencadenado el fuego, pero la deuda del movimiento revolucionario americano hacia las posiciones defendidas inicialmente por este patriota no puede considerarse amortizada por las tristes circunstancias que se presentaron al final de su vida.

Los acontecimientos posteriores, que se suceden de modo vertiginoso en la decena o poco más de años inmediatamente anteriores a la Revolución americana, van a revelar desde diferentes perspectivas la vivacidad de la doctrina inicialmente expuesta por Otis en el *Writs of assistance case*, pues desde muy diversos foros no sólo se va a presuponer la existencia de un *fundamental law*, dentro del cual los derechos de los colonos van a ocupar un lugar preeminente, sino que se va a postular que cualquier ley que contrarie ese *higher law* debe ser fiscalizada en sede judicial y declarada *null and void*. En esos años, a los ojos de muchos americanos, como sería el caso de John Adams, la Revolución se había completado, y ello acaecía mucho antes de que se iniciase la lucha armada contra los ingleses. Y es que la «verdadera Revolución» iba a tener lugar no en los campos de batalla sino en la mentalidad de la población, que iba a experimentar un cambio radical en sus opiniones, afectos y sentimientos. Y el pensamiento jurídico no era ajeno, más bien todo lo contrario, a ese cambio revolucionario.

En 1770, John Quincy, de Massachusetts, sostenía que los tribunales se limitaban a impartir justicia de conformidad con el Derecho, «which was thought to be “founded in principles that are permanent, uniform and universal”»⁷⁷. En sintonía con esta idea, absolutamente compartida en la época, se iba a considerar que los tribunales, al impartir justicia, lejos de ir contra el pueblo, no hacían otra cosa sino trabajar armónicamente junto a él a fin de proteger y hacer efectivos los principios y valores que la mayoría de la comunidad consideraba como propios. En similar dirección, John Adams creía que todo posible caso judicial debía de decidirse en conformidad con el precedente, de forma tal que no dejase resquicio alguno a la «uninformed reason of prince or judge». Todo ello casaba a la perfección con el pensamiento magistralmente expuesto en su primera etapa de vida pública por James Otis, un verdadero abanderado del pensamiento jurídico de los años pre-revolucionarios.

⁷⁷ Apud William E. NELSON: «*Marbury v. Madison* and the Establishment of Judicial Autonomy», en *Journal of Supreme Court History (J. Sup. Ct. Hist.)*, Vol. 27, Issue 3, 2002, pp. 240 y ss.; en concreto, p. 241.