

que destronó a su padre, mutilándolo para que no pudiera tener descendencia, y más tarde devoró a sus hijos para impedir que se sublevaran contra él, esa situación de hobbesiana raíz en la que, en el

conflicto permanente que enfrenta a todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), no hay peor enemigo para el ser humano que el propio hombre (*homo homini lupus*).

LAWRENCE GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, Walker & Company, New York, 2008, 294 pp.

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO\*

I. Es sobradamente conocido que entre las numerosas decisiones trascendentales que la Corte Suprema norteamericana ha pronunciado en sus más de 220 años de vida, ninguna ha tenido el eco y el impacto, dentro y fuera de los Estados Unidos, que la dictada en el celeberrimo *Marbury versus Madison case* (1803), que se ha convertido, como se afirma en el libro, en «a cornerstone of American government itself». La sentencia no concernía a un caso de especial trascendencia, pues los cuatro demandantes que desencadenaron el proceso (William Marbury, Dennis Ramsay, William Harper y Robert Townshend Hooe), todos ellos nombrados por el Presidente Adams jueces de paz del distrito de Columbia (en los condados de Washington y Alexandria), tan sólo pretendían que la *Supreme Court* emitiera al Secretario de Estado de la nueva Administración republicana, James Madison, un *writ of mandamus* a cuyo través se le ordenara entregar a los cuatro frustrados jueces el despacho de nombramiento, sin el que no podían ocupar su cargo, despacho o credencial que, al no haber podido ser entregado por la Administración federalista en tiempo oportuno, dado que estos nombramientos se ubican dentro de los llamados *Midnight Judges*, cargos judiciales que Adams, en las vísperas mismas de su cese y subsiguiente traspaso

de poderes a la nueva Administración jeffersoniana, proveyó con personas afines a él y a su partido, el Presidente Jefferson se negó a entregar. La sentencia, en lo que atañe al litigio concreto que la desencadenó, fue además, en cierto modo, inocua, pues terminó negando la emisión del requerido *mandamus*, pero iba a pasar a la posteridad al sentar la universalmente conocida doctrina de la *judicial review*. Pocas decisiones han suscitado entre la doctrina norteamericana tanta polémica como ésta, discusión que además es intemporal.

Es en el ámbito de esa discusión en donde se ha de ubicar el libro que comentamos. En él, su autor, Lawrence Goldstone, Doctor en estudios constitucionales americanos, historiador y autor, entre otras obras históricas, de la valuada *Dark Bargain: Slavery, Profits, and the Struggle for the Constitution*, trata de mostrar que la *judicial review* no sólo no está contemplada en ninguna parte de la Constitución, sino que ni tan siquiera fue tomada en consideración por sus autores, que nunca habrían otorgado tal facultad en un sistema de equilibrios («a checks-and-balances system») a funcionarios no elegidos por el pueblo que habían además de desempeñar su cargo con carácter vitalicio. De ahí que el instituto de la *judicial review* no sea para el autor sino el fruto del activismo del

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

Chief Justice John Marshall, quien, a su entender, con su decisión, abrió la puerta para la expansión de la autoridad judicial en áreas no anticipadas, o pretendidas, por los *framers*, esto es, por los autores de la Constitución. Anticipemos ya desde este mismo momento, que no compartimos en modo alguno las tesis de Goldstone, que, por supuesto, siguen un buen número de autores, aunque, a nuestro juicio, ésa no deje de ser hoy una posición minoritaria, pero ello, como es obvio, en nada obsta a que apreciemos el interés subyacente en este libro y en los argumentos con los que el autor defiende su posición, aunque sea tan solo por nuestra parte a efectos puramente dialécticos. Añadamos, que no se trata tanto de un libro jurídico cuanto de una obra de talante histórico-político. Y esto entraña un deber importante en el libro, pues el posicionamiento ante la *judicial review* exige, como es obvio, atender con un cierto detenimiento a la argumentación jurídica de la sentencia *Marbury*. Pero además, exige asimismo tener presentes los antecedentes históricos de este instrumento procesal, algo a lo que tampoco atiende en demasía el autor.

La obra se estructura en tres partes, cuyos enunciados no por genéricos dejan de ser significativos: «creando un *Judiciary*» (parte I); «la más débil de las tres» (parte II), y «construyendo la Corte Suprema» (parte III). El libro se cierra con dos apéndices que incluyen la *Marbury decision* y la sentencia dictada el 2 de marzo de 1803 (por tanto, seis días después de que se fallara, el 24 de febrero, el caso *Marbury*) en el importante caso *Stuart v. Laird*. En la primera parte, se trata el diseño de la Constitución por la Convención de Filadelfia y el posterior proceso de su ratificación por las Convenciones estatales, prestándose una particularísima atención a las Convenciones de Virginia y Nueva York. En la segunda, se aborda la situación de la Corte en el período anterior a Mars-

hall, en el que el supremo órgano jurisdiccional se califica como el más débil de las tres grandes ramas, departamentos o poderes federales («the weakest of the three»), estableciendo un paralelismo con la vida de John Marshall en esos años. En fin, la última parte, la más extensa, circunscribe la investigación a los primeros años de la *Marshall Court*, aborda el proceso a cuyo través Marshall sentará los cimientos del posterior espectacular crecimiento del Tribunal.

II. El libro se abre con un primer capítulo que, bajo el título de «Law and Politics», se nos presenta como una suerte de Introducción. En él, el autor ironiza acerca de la posición de un bien conocido Juez del sector más conservador de la Corte Suprema, el *Justice Antonin Scalia*, nombrado por el Presidente Reagan en 1986, y que todavía hoy desempeña el cargo. Recuerda Goldstone, que en una conferencia pronunciada por Scalia en la Universidad Católica, con el título de «A Theory of Constitutional Interpretation», temática por cierto bien próxima a las inquietudes intelectuales de este relevante Juez (recordemos el libro de Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997), observó: «Yo pertenezco a una escuela, una pequeña pero resistente escuela, llamada «textualistas», también «literalistas» («textualists») u «originalistas» («originalists»), afirmación con la que el Juez Scalia no revelaba nada nuevo, pues su posición es bien conocida, por lo menos en los Estados Unidos. Describiendo el significado de esos términos, Scalia observaba que para un «originalista» no podía ser Derecho algo que no se hallara específicamente enunciado por la Constitución. Pero el *Justice Scalia* admitía una relevante excepción en los siguientes términos: «The Constitution of the United States nowhere says that the

Supreme Court shall be the last word on what the Constitution means. Or that the Supreme Court shall have the authority to disregard statutes enacted by the Congress of the United States on the ground that in its view they do not comport with the Constitution. It doesn't say that anywhere. We made it up».

Scalia, en pocas palabras, entendía que la Constitución no contemplaba la posibilidad de que la *Supreme Court* tuviera la última palabra acerca del significado de la Constitución, no obstante lo cual la Corte había suplido esa omisión, había inventado esa potestad y se la había atribuido para sí misma, y no obstante su posición «textualista», Scalia se estaba mostrando absolutamente de acuerdo con esa interpretación de la Corte tan arraigada históricamente. Nuestro autor no esconde una velada crítica (que no terminamos de ver justificada) al posicionamiento de Scalia, que, por lo demás, le da pie para trasladarse a ese «seminal case» de la jurisprudencia americana que es *Marbury*.

Goldstone, con carácter previo al desarrollo de su exposición, hace hincapié en las consecuencias a que condujo la sentencia. *Marbury* tenía derecho al nombramiento, pero su demanda fue desestimada por cuanto, tras declararse inconstitucional la cláusula de la *Judiciary Act* en la que sustentaba la petición del *mandamus*, ya no disponía de una norma legal válida en la que apoyar su pretensión. De esta forma, escribe Goldstone, Marshall había tenido éxito en su denuncia a Jefferson por la violación de los derechos civiles de *Marbury* sin verse forzado a conceder un *writ of mandamus* que Jefferson, por supuesto, habría ignorado. Con ello, Jefferson estaba metido en un lío («was in a bind»). Si no hacía nada, estaba tácitamente otorgando a la Corte controlada por los Federalistas el poder de supervisar la constitucionalidad de los actos legislativos, una alternativa repulsiva («a repugnant alternative»). El único modo de evi-

tar el establecimiento de tal precedente era entregar los despachos de nombramiento a *Marbury* y a los otros jueces frustrados, socavando completamente a través de ello su autoridad. En definitiva, tras estas reflexiones late implícitamente una crítica que otros muchos autores, con unos u otros matices, han formulado desde hace al menos un siglo: Marshall adoptó una decisión guiado por una maquiavélica estrategia política antijeffersonianiana, pues cualquier reacción del Presidente frente a la sentencia tenía incuestionables costes políticos.

Jefferson optó por no entregar los nombramientos y, siempre según nuestro autor, de esta forma «the power of judicial review was born». De resultas, con su decisión, Marshall expandió para siempre el rol del *federal judiciary* en la vida americana. Con su dilatado servicio en la Corte (hasta 1835, en que falleció), se convirtió en «the second father of the Constitution—the man who made the Court supreme».

Tras *Marbury* —escribe Goldstone— la Corte Suprema llegó a ser no simplemente el instrumento para decidir cuestiones de «law and equity», tal como se especificaba en el art. III, Sección 2ª de la Constitución, sino también la autoridad última sobre el significado y aplicación de la propia Constitución. El derecho a interpretar la ley, a decir lo que la Constitución significa, pasó de la legislatura al *judiciary*, y esto no fue puramente accidental, sino algo planeado por el *Chief Justice*: «This was no accident or unintended byproduct—in his *Marbury* opinion. Chief Justice Marshall announced his intention of claiming that very role».

De todo ello nuestro autor extrae una posterior conclusión. Sin el incruento golpe de Marshall en *Marbury*, nos dice, términos tales como «originalism», «textualism», «strict construction», «broad construction», y «original intent» tendrían que haber quedado simplemente como «pienso» («fodder») para los

teóricos del Derecho. Con *Marbury*, sin embargo, estos términos y los puntos de vista que los mismos representan rebotan sobre las principales corrientes políticas y llegan a ser una de las más acaloradamente discutidas cuestiones de gobierno.

Con este bien discutible sustrato argumental de fondo, el autor considera vital aclarar las cualidades políticas y judiciales tanto de la Constitución como de la Corte Suprema, y para ello, en el contexto histórico, cree necesario determinar en qué medida *Marbury v. Madison* fue un acto judicial y en qué medida igualmente proporciona una idea de hasta qué punto el «originalismo» es una doctrina judicial o política. Y a partir de aquí, el autor pasa a dar su visión de los hechos históricos.

III. La creación del *Judiciary* lleva a nuestro autor a atender a la actuación de la Convención reunida en Filadelfia entre el 25 de mayo y el 17 de septiembre de 1787, al proceso de ratificación del texto por las Convenciones estatales y al período, que él considera de transición, que se abre con el Primer Congreso.

A) Del repaso de los distintos posicionamientos de los delegados en Filadelfia, Goldstone extrae la conclusión de que no puede percibirse de los debates si los delegados aceptaron la *judicial review* como un principio. Sus discusiones vinieron referidas no tanto a las facultades del *judiciary* cuanto al equilibrio de poder entre el legislativo y el ejecutivo. Faltando datos específicos para demostrar que los delegados en Filadelfia consideraron la *judicial review* como una obvia y aceptada facultad de la Corte Suprema, ningún «textualista» puede correctamente extrapolar tan impresionante («awesome») y prácticamente desenfrenado («virtually unchecked») poder del Art. III de la Constitución.

No es este el lugar adecuado para esgrimir argumentos encaminados a con-

trarrestar la posición del autor. Nos limitaremos a recordar que en un trabajo clásico («The Supreme Court—Usurper or Grantee?», en *Political Science Quarterly*, Vol. 27, No. 1, March 1912, pp. 1 y ss.), Charles Beard demostró que de los 55 miembros de la Convención Federal que estuvieron presentes en sus reuniones, hubo 25 que, por razón de su personalidad, su capacidad y la asiduidad de su asistencia, fueron el elemento dominante en la Convención; pues bien, de ellos 17 se pronunciaron directa o indirectamente a favor del *judicial control*, mientras que otros miembros menos influyentes también parecieron entender y aprobar esta función judicial. Por su parte, Wolfe (en *The Rise of Modern Judicial Review*, Basic Book, Inc., Publishers, New York, 1986) apostilla que, de entre quienes hablaron acerca de la *judicial review* en la Convención, sólo dos delegados rechazaron claramente que el *judiciary* pudiera disponer de tal facultad. Y todo ello al margen ya de la consideración de que, aunque, ciertamente, la Constitución no contempla de modo específico la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, no es menos cierto que la arquitectura del documento, de resultas especialmente de la yuxtaposición de los artículos III y VI y del espíritu del *rule of law* que lo impregnó en su totalidad, parecía conducir hacia algunas formas de control judicial.

B) Se centra el libro a continuación en la lucha por la ratificación que iba a tener lugar a nivel estatal, deteniéndose especialmente en los Estados de Virginia y Nueva York. Sin embargo, en su exposición el autor no ofrece ningún argumento específico que revele que se explicitara en los Estados (tampoco en Virginia o en Nueva York) una posición mayoritaria de rechazo de la *judicial review*. De la exposición más bien parece entresacarse que habría sido el gran influjo de Blackstone sobre el pensamien-

to jurídico norteamericano de la época lo que habría imposibilitado el reconocimiento de esa facultad de revisión judicial. Aceptada que la Constitución era una ley superior («a super law», en los términos del *Justice* Scalia), la legislatura quedaría vinculada por ella, y la cuestión a resolver sería la de «which arm of government should be entitled to determine when the legislature has overstepped its bounds», por utilizar los términos del autor. Éste nos conduce de inmediato a William Blackstone, a quien tilda de «spiritual godfather of conservative judges throughout the English-speaking world», y por quien Marshall sentía verdadera reverencia.

Son bien conocidos, por supuesto, los duros ataques que Blackstone, en sus célebres *Commentaries*, dirigió a las tesis del Juez Coke, proclives a la función de revisión judicial («Though I know—escribía Blackstone en el vol. I de sus *Commentaries on the Laws of England*— it is generally laid down more largely, that acts of parliament contrary to reason are void. But if the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power that can control it»), que a la postre resultarían determinantes en orden a la postergación definitiva de la doctrina en Inglaterra. Pero no es menos sabido que, en lo que ahora nos interesa, en las colonias fue la doctrina de Coke, y no la de Blackstone, la que terminó imponiéndose. James Otis y el *writs of assistance case* ejemplifican a la perfección este hecho. Y en cuanto a Marshall, su supuesta admiración por Blackstone no se traduciría, ni mucho menos, en que siguiera su doctrina en la Convención de ratificación de Virginia, de la que fue miembro. Todo lo contrario, en las intervenciones que tuvo en ella anticipó la doctrina que unos años después plasmaría en la *Marbury opinion*. El propio Madison confirmaría ante los delegados que la Constitución autorizaba la facultad de revisión judicial. Ni siquiera los

anti-Federalistas más furibundos negaron la existencia de tal facultad de revisión judicial de la legislación federal. Su ataque provino justamente de la consideración de que este instrumento, que no cuestionaban, era ineficaz para combatir los excesos del Congreso. Y si de Virginia pasamos a Nueva York, uno de los debates más apasionantes, como el propio autor admite, no fue el que tuvo lugar en Poughkeepsie, el pequeño lugar a orillas del río Hudson, 75 millas arriba de Nueva York, en el que se celebró la Convención de ratificación entre el 17 de junio y el 28 de julio de 1788, sino el que se desarrolló por las mismas fechas en algunos diarios, batalla literaria que iniciaría el Gobernador anti-Federalista Clinton, pero en la que brillarían con luz propia Alexander Hamilton y Robert Yates, dos de los delegados de Nueva York en la Convención de Filadelfia, aunque con posturas radicalmente antagónicas. Pues bien, enormemente significativo al respecto es el hecho de que tanto los comentarios del Federalista Alexander Hamilton, particularmente los vertidos en el n° 78 de *The Federalist Papers*, como las reflexiones vertidas en sus escritos por «Brutus», seudónimo, según todos los indicios, del Antifederalista Robert Yates, concordaran en que la *judicial review* estaba incluida en las disposiciones constitucionales. Por lo demás, la doctrina (es el caso de Prakash y Yoo, en «The Origins of Judicial Review», en *University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003, pp. 887 y ss.) ha recordado que, en al menos siete de las Convenciones estatales, los líderes de los delegados declararon que la Constitución autorizaba la *judicial review* de la legislación federal. En ninguna de esas Convenciones negó nadie que los tribunales pudieran rehusar hacer cumplir las leyes federales que consideraran inconstitucionales. Ni nadie admitió en ellas en ningún momento que desconociera o ignorara el mecanismo de la revisión judicial.

C) Cierra la primera parte de la obra un capítulo en el que el autor se ocupa de la actuación del *First Congress*, y de modo muy particular del debate y aprobación del que posiblemente sería el más relevante texto legal aprobado por ese Congreso, la *Judiciary Act* de 1789. Durante el arduo debate sobre el tema de la jurisdicción —escribe— uno podría haber esperado que cualquier cláusula que expandiera el ámbito jurisdiccional de los tribunales federales (como podría ser el caso de la Sección 13) hubiere sido atacada, pero no sería este el caso, y la cláusula en cuestión no fue nunca mencionada. Aunque no existen actas completas de los debates habidos en el Congreso en torno a la *Judiciary Act*, no consta ninguna indicación de que el párrafo relativo al instituto del *mandamus* fuera cuestionado en ningún momento. Que por lo visto, tan inocua cláusula (la relativa al *mandamus*) pasara a ser fundamental («pivotal»), no es sorprendente. Lo que debe sorprender, a juicio de nuestro autor, es que tan flagrante violación de un corto y aparentemente claro («a short and seemingly straightforward») Artículo III escapara a la atención de las dos Cámaras del Congreso durante las seis semanas de frenético y a menudo mezquino («furious and often petty») debate en el que no menos de ocho de los principales delegados de la Convención de Filadelfia tomaron parte.

El autor, a nuestro entender, desvía un tanto la atención en torno a la cuestión central, pues lo que debe abordarse, en coherencia con el hilo conductor del libro, no es tanto cuál fue la posición del Congreso en torno a la Sección 13 de la *Judiciary Act*, sino cuál fue su posicionamiento en torno a la *judicial review*. La norma realmente clave del texto legal al respecto era su Sección 25, que contemplaba la jurisdicción de apelación de la *Supreme Court*, otorgándole a través del llamado *writ of error*, competencia para conocer de las sentencias de los tri-

bunales superiores de los Estados y, por lo mismo, para revocarlas o confirmarlas, cuando hubieren invalidado una ley federal o un tratado o rechazado demandas en que se cuestionase la validez de una ley estatal o de cualquier acto adoptado en ejercicio de la autoridad estatal, con fundamento en su contradicción con la Constitución federal, con los tratados suscritos por los Estados Unidos o con las leyes federales. Cuestión subyacente a la interpretación de esa Sección sería la de si en ella se podía entender recepcionada la *judicial review* de la legislación federal. Para un autor tan relevante como Corwin (Edward S. Corwin: «The Establishment of Judicial Review» (II), en *Michigan Law Review*, Vol. IX, 1910-1911, pp. 283 y ss.), la cuestión no admitía la más mínima duda: que la *Judiciary Act* —escribiría hace un siglo— contemplaba, en el pensamiento de su autor, Oliver Ellsworth, el ejercicio de un poder de revisión por los tribunales nacionales de las leyes del Congreso es algo que apenas puede ser puesto en tela de juicio, pero hasta qué punto aceptaron este punto de vista, es algo imposible de conjeturar. A juicio de Corwin, lo que la Sección 25 venía a decir era que la Corte Suprema podía revisar o reafirmar una decisión de un tribunal estatal considerando inconstitucional una ley federal. Siendo así, no era irrazonable sostener, que quienes habían establecido esa norma pensaban que la propia *Supreme Court* podía declarar inconstitucionales leyes del Congreso, independientemente de las decisiones de los tribunales estatales. Parecería absurdo entender que una ley del Congreso podía ser anulada por un tribunal estatal con la aprobación de la *Supreme Court*, pero no por ésta directamente. En fin, hace tres cuartos de siglo, otro relevante autor, Louis B. Boudin (en «Majority Rule and Constitutional Limitations», en *Lawyers Guild Review*, Vol. 4, 1944, pp. 1 y ss.), en similar dirección, consideraba que la Sección 25 establecía las bases

técnicas para el posterior desarrollo de la doctrina de la *judicial review*. Que Marshall estuviera o no acertado en su consideración como inconstitucional de la cláusula del mismo texto legal atinente al *writ of mandamus*, es una cuestión puntual que en nada empece a la anterior.

IV. La segunda parte del libro contempla la situación y el rol de la Corte Suprema anterior a Marshall, esto es, la que abarca el tracto temporal que va desde el 1º de febrero de 1790, día en que la Corte se reunió por primera vez en sesión pública en el *Royal Exchange* de Nueva York, hasta el 4 de febrero de 1801, fecha en la que John Marshall prestaba juramento del cargo de *Chief Justice*. Goldstone analiza algunas de las diversas vicisitudes por las que iban a atravesar la Corte y algunos de sus miembros, y ciertos avatares de la vida del propio Marshall. Nuestro autor se refiere, sucesivamente, al largo y frustrante paseo de la Corte, bajo las riendas de su primer Presidente, John Jay, a la colisión entre Jay y Marshall, colisión a nuestro juicio inexistente, pues no se puede tildar de tal el hecho de que Marshall acudiera a la Corte a litigar en defensa de los intereses de algunos deudores virginianos que, de conformidad con el Tratado de París de 1783, respaldado por el propio Marshall, venían obligados a pagar las deudas que hubieren contraído con acreedores británicos de buena fe con anterioridad a la guerra revolucionaria que condujo a la Independencia de las antiguas colonias. Las ausencias del *Chief Justice* John Jay son asimismo analizadas. Por encargo del Presidente Washington, Jay, sin renunciar a la *Chief Justiceship*, aceptará su nombramiento como enviado especial a Inglaterra para negociar el nuevo Tratado firmado entre ambos países en 1795. Su ausencia le impedirá presidir la Corte durante los períodos de sesiones de agosto de 1794 y febrero de 1795, re-

nunciando finalmente al cargo el 29 de junio de 1795. Estos hechos, ciertamente, redundaron en el desprestigio de la Corte. También Marshall acaparó un notable protagonismo en el ejercicio de misiones diplomáticas. Aunque en junio de 1797 Marshall rechazó la propuesta de Washington de nombrarle Ministro para Francia, poco tiempo después, no pudo declinar su incorporación, a instancias del Presidente Adams, a la Comisión diplomática (conocida bajo el extraño nombre de «the XYZ mission to France») creada para intentar resolver las diferencias con Francia (Comisión de la que también formarían parte C. Pinckney y Elbridge Gerry) en los días de Talleyrand. Aunque la Comisión fracasaría en su objetivo de llegar a un acuerdo con los franceses, Marshall sería aclamado a su retorno a los Estados Unidos como una especie de héroe nacional.

No terminamos de ver que de estos acontecimientos históricos se pueda extraer una conclusión válida para la cuestión fundamental que ocupa al autor del libro, y si alguna se pretendiera extraer de la *pre-Marshall Court*, habría lógicamente de atender a los pronunciamientos de la Corte para ver si en ellos hubo alguna toma de posición en torno a la *judicial review*. Haciéndolo así, veríamos que algunas de sus decisiones permiten, sin género alguno de dudas, anticipar la doctrina sentada por Marshall en 1803. Como ha escrito Schwartz (en *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993), la Corte comenzó a asentar los fundamentos de la *judicial review* poco después de que entrara en funcionamiento, siendo varios los casos de particular significado al respecto. Recordemos, sin ánimo exhaustivo, los casos *Hylton v. United States* (1796), *Ware v. Hylton* (1796) y *Calder v. Bull* (1798).

V. En la última parte, el libro se ocupa del acceso de John Marshall a la Presidencia de la Corte y del impulso dado

a la misma por el virginiano, prestando lógicamente una particular atención a la *Marbury decision*.

Goldstone, bajo el sugerente rótulo de «Sunset at Midnight», dedica un capítulo a los hechos acontecidos en la noche del día 3 de marzo de 1801, que iban a estar en la base del *Marbury case*: firma por Adams de los nombramientos de los 42 jueces de paz del distrito de Columbia creados por la *Organic Act of the District of Columbia*, refrendo por su Secretario de Estado, el propio John Marshall, que hasta el último suspiro de la Administración federalista compaginó sus cargos de *Chief Justice* y Secretario de Estado, estampado en las comisiones de nombramiento del Gran Sello de los Estados Unidos y entrega a los interesados de tales comisiones o despachos de nombramiento. A las 4 de la madrugada del 4 de marzo, día de inicio de sus funciones por la nueva Administración Jeffersoniana, Adams, ya en ese momento un ciudadano particular más, abandonaba su residencia presidencial para dirigirse a su casa, pues sería uno de los dos Presidentes (el otro sería curiosamente su propio hijo, John Quincy Adams) que no asistirían a la toma de posesión de su sucesor en el cargo, Jefferson en este caso. Es sobradamente conocido que no todos los despachos de nombramiento serían entregados y que, cuando Jefferson tuvo conocimiento de ello, ordenó que bajo ningún concepto fueran entregados los que aún no lo habían sido. Así surgiría el *Marbury case*.

El autor se ocupa en otro capítulo con detalle de la *Repeal Act*, de 8 de marzo de 1802, a cuyo través la nueva mayoría republicana del Congreso abrogó la *Judiciary Act* de 1801, aprobada por el inmediato anterior Congreso de mayoría federalista, en los estertores finales de su mandato, ley (la *Repeal Act*) a la que seguiría otra de 29 de abril, que paralizaría el funcionamiento de la Corte durante catorce meses, cambiando las fechas de sus sesiones y determinan-

do que la próxima convocatoria de la *Supreme Court* no tendría lugar hasta febrero de 1803, lo que explica el sensible retraso con el que la Corte se pronunciaría en el *Marbury case*. Goldstone se hace eco del juicio que Jean E. Smith (*John Marshall. Definer of a Nation*, Henry Holt and Company, New York, 1996) da de la reacción de Marshall a las dos leyes de la mayoría republicana, destacando la tranquila acogida que les dio, sus posteriores comentarios acerca de que los textos legales suponían una mejora («an improvement») del anterior sistema, la buena voluntad («the willingness») con la que aceptó volver al *circuit-riding*, esto es, a que los *Supreme Court Justices* integraran los tribunales de circuito. Esa reacción es para Smith la prueba fehaciente de que lo único que realmente interesaba a Marshall era mantener a la Corte libre de la política partidista. No parece estar muy de acuerdo nuestro autor con tal apreciación cuando, ante ella, se limita a formular un interrogante: «But what choice did he (Marshall) have?», para, unas líneas después, escribir: «That he (Marshall) would say nothing about a situation in which he could do nothing was the very essence of the man» (p. 200). El *Chief Justice*, desde luego, era un hombre pragmático que sabía adaptarse a las circunstancias. Y para él, el fortalecimiento de la Corte, al que iba inextricablemente unido el fortalecimiento de la Unión, siempre marcó el norte a seguir. No vemos por tanto ninguna inconsistencia en la referida reacción de Marshall.

A modo de proemio de la *Marbury decision*, el autor aborda, bajo el llamativo, aunque pensamos que injustificado, rótulo del «abrazo suicida» («Suicide Squeeze: Hamilton v. Marshall») la estrategia urdida por los Hamiltonianos, el ala más radical de los Federalistas, frente a la legislación aprobada por el Congreso de mayoría republicana a que antes nos referíamos. A su juicio, los



«High Federalists» (como se conocía al ala hamiltoniana de los Federalistas) decidieron un plan que consistía en tres entrelazadas estrategias encaminadas, en último término, a aislar a la «renegada Corte» (renegada porque se había plegado a cumplir las previsiones de las leyes aprobadas por el Congreso entre marzo y abril de 1802) para forzarla a enfrentarse a las mismas cuestiones constitucionales que, supuestamente, Marshall había con tanta habilidad eludido. De entrada, no compartimos este planteamiento. Marshall y sus colegas, quizá con la siempre chirriante oposición del *Justice* Samuel Chase, se limitaron a cumplir la ley que, entre otras previsiones, dispuso la vuelta de los *Justices* a los tribunales de circuito, tarea de la que habían quedado al margen con la *Judiciary Act* de 1801. Pero cuando el *Chief Justice* se vio obligado, al hilo del ejercicio de su función judicial, a enfrentarse al problema de fondo, ni mucho menos lo soslayó. No habría de pasar mucho tiempo para ello, pues en los primeros días de diciembre de 1802, el 5º Tribunal de Circuito se reunía en Richmond (Virginia) bajo la presidencia de John Marshall para, entre otros asuntos, enfrentarse al caso *Stuart v. Laird*, en el que Charles Lee, antiguo *Attorney General* y abogado asimismo de William Marbury, cuestionaba la autoridad del Congreso para imponer a los Jueces de la Corte Suprema el cumplimiento de deberes en los *Circuit Courts*. Marshall, lisa y llanamente, desestimó este alegato, y Lee apeló su decisión ante la Corte Suprema a través de un *writ of error*. Como en un momento anterior expusimos, la Corte, pocos días después de resolver el *Marbury case*, se pronunció en el caso *Stuart v. Laird*, dictando una sentencia ciertamente lacónica en la que el Juez William Paterson expuso la *opinion of the Court*, convalidando la legitimidad constitucional de la *Repeal Act*. Ni Marshall ni la Corte soslayaron el cumplimiento de sus funciones. Y en

cuanto a que el *Chief Justice* mantuviera en Richmond una posición contraria a su verdadero sentir, pues, según Goldstone, nunca mantuvo en secreto su idea de que la «circuit-riding provision» era inconstitucional, no deja de ser una mera especulación, que aún si fuera cierta, no daría pie sin más a la crítica, pues bajo ningún concepto se puede ignorar, que los órganos que ejercen la justicia constitucional deben tener siempre en cuenta las consecuencias de sus decisiones. Por lo demás, que Marshall y Hamilton mantenían en determinadas cuestiones puntos de vista dispares, es algo bien conocido, pues Marshall siempre militó junto a Adams, esto es, en el sector más moderado de los Federalistas, enfrentado a veces con el ala de los «High Federalists». Pero no logramos ver qué consecuencia puede extraerse de estas divergencias en relación al asunto que nos ocupa.

El autor se enfrenta finalmente a la *Marbury v. Madison decision*, sin desde luego llevar a cabo un análisis jurídico en profundidad de los diversos argumentos jurídicos vertidos en la sentencia, que ni mucho menos se iba a limitar a reconocer la facultad de revisión judicial. Su enfoque es más político que jurídico, y desde tal perspectiva no duda en calificar con dureza la decisión. Constata Goldstone que la sentencia ha sido calificada de muy diversos modos: desde brillante hasta fraudulenta («deceitful»), desde que fue concisa hasta que se trató de una decisión tediosa, pero, añade el autor ya por su cuenta, lo que quizá también resultó ser *Marbury* fue la más hábil exhibición de prestidigitación judicial llevada a cabo por un juez en la historia de la nación («the most adroit exhibition of judicial legerdemain by any judge in the nation's history») (p. 216), juicio que complementa haciendo suyo la opinión de algún autor, que no menciona, de que no se trató en absoluto de una sentencia, sino más bien de un *obiter dicta*. No cabe

contraargumentar frente a tales juicios, de un componente político indiscutible. Por nuestra parte, tan sólo queremos añadir que Marshall, desde luego, pudo razonablemente conducir la decisión a través de otros vericuetos. El Art. III de la Constitución era lo suficientemente impreciso como para no propiciar una interpretación única y excluyente de cualquier otra. Pero ello no es razón suficiente para descalificar el razonamien-

to seguido por el *Chief Justice*, tildándolo de puramente político. Tal razonamiento, a lo largo y ancho de toda la decisión, responde a una lógica incuestionable, si bien, en ocasiones, el poder de su retórica podía llegar a ocultar la lógica del razonamiento, pero la lógica será justamente una de las claves del modo característico de pensar y razonar sobre la Constitución por parte de John Marshall.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

Por ALBERTO OEHLING DE LOS REYES\*

Seguir reflexionando sobre el concepto de dignidad humana, como base de los derechos fundamentales, es decir, pensar sobre qué es la justicia y cuál es el origen último del Derecho en toda su amplitud, es tarea de todo sistema social, de todo colectivo que no quiera ver reducido su ordenamiento jurídico a un matemático y huero régimen formal de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. Esto no es fácil, como tampoco lo es reflexionar sobre nuevas vías de refuerzo de garantía de los derechos fundamentales. En el plano jurídico-filosófico esto sobrelleva una dosis adicional de dificultad, pues, en última instancia, el estudio sobre la razón última del Derecho y la justicia remite a la clásica dicotomía Derecho natural-Derecho positivo. Deriva en la típica diferencia entre la comprensión kelseniana de la Constitución como mera «regla que determina el procedimiento por el cual se

producen las normas jurídicas»<sup>1</sup> y la afirmación de propuestas sin pretensiones excesivas de racionalidad, no tan evidentes, pero entre lo racional y lo práctico, y, desde luego, más exigentes a la hora de calificar un ordenamiento como «Derecho». El fin último del Derecho y de la justicia es además un misterio de larga historia —iniciado con aquel apoteigma, de validez universal, de Ulpiano, *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, desarrollado después por, entre otros, Sócrates, Cicerón, Jesús de Nazaret, Manetti, Pico della Mirándola, Pérez de Oliva y Kant, finalmente, tras la II Guerra Mundial, determinado como noción jurídica definida (la Ley Fundamental de 1949)<sup>2</sup>—, fue actualizado en España, desde una perspectiva jurídico-práctica moderna, en *La dignidad de la persona*, como un hecho identificado en el respeto a la dignidad humana y como una de

\* Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional de la Universitat de les Illes Balears (España).

<sup>1</sup> Hans KELSEN, «Die Grundlage der Naturrechtslehre», (diskussionen), en en Franz-Martin SCHMOLZ (edit.) *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Viena, Springer-Verlag, 1963, p. 147.

<sup>2</sup> Sobre la construcción filosófica del concepto, véase, por ejemplo, Alberto OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 55-130.