

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

BENEDETTA BARBISAN: *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 2008, 249 págs.

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. La profesora Benedetta Barbisan enseña Derecho constitucional comparado en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Macerata (Italia). Ha sido *visiting scholar* en la *Boston College Law School*, *research assistant* en la *Harvard Law School* y *visiting professor* en la *Central Michigan University*. Esta trayectoria docente, tan común en la Europa culta, y tan excepcional ahora en nuestro país, dada la perversión del sistema de acceso a las plazas docentes, en el que hoy los elementos prevalentes son: el padrino, dando a este término el sentido de la obra maestra de ese genial director cinematográfico que es Francis Coppola; la falta de un sistema objetivo de selección de los miembros integrantes de las comisiones que han de juzgar el acceso a las plazas docentes, y, de resultas de lo anterior, el habitual compadreo de los miembros de esas comisiones en favor del «candidato local», por acémila que este sea, con base en esa perversa regla no escrita de «hoy por ti y mañana por mí». Todo ello explica, que en Italia y en otros países de nuestro más inmediato entorno el Derecho comparado sea objeto de especial atención, siendo frecuente la publicación de valiosas obras en este ámbito científico, lo que normalmente va unido a estancias de investigación en el extranjero, lo que a su vez presupone, como es obvio, que el profesorado tenga un cierto conocimiento de alguna o algu-

nas otras lenguas, y nada de ello es tan frecuente en nuestras Universidades, o para ser más preciso, en nuestras Facultades de Derecho, que son las que conozco, aunque creo que en las Facultades de Ciencias o en las Escuelas de Ingeniería existe muchísimo más rigor en todo. El fenómeno expuesto es el resultado de la política universitaria seguida durante tantos años por los socialistas (y, por supuesto, mantenida por los populares): igualar en la mediocridad, política cuyos frutos son hoy bien visibles: auténticos ignorantes, científicamente hablando, convertidos en catedráticos. Precisemos de inmediato que no pretendemos otorgar un rango de absoluta generalidad a esta afirmación, por cuanto es obvio que en nuestras Facultades siguen existiendo profesores de la mayor excelencia, pero ello sucede pese al sistema.

Volviendo al libro objeto de este comentario, el primer elogio que nos merece es el de su propia existencia. Es curioso constatar que la sucesión intemporal, indefinida, de artículos, incluso libros, a que ha dado lugar en los Estados Unidos la célebre sentencia *Marbury v. Madison* ha tenido un mínimo reflejo en Europa, no obstante recoger la decisión en cuestión el reconocimiento y el elogio casi unánime por parte de la doctrina científica europea. No queremos con ello decir, que en nuestro continente John Marshall y la jurisprudencia sentada con carácter general por su Tri-

bunal, y la *Marbury decision* en particular, hubieran debido recibir una atención similar a la que han tenido en Norteamérica, pero, dada la trascendencia universal de los postulados establecidos por Marshall, sí hubiera sido razonable encontrar un número significativo de monografías en torno a sus *leading cases*. Desgraciadamente no ha sido así. De ahí que hayamos de dar la bienvenida a una obra de una profesora europea, italiana como ya se ha dicho, que por lo demás nos parece excelente.

Añadamos que el libro se ubica en una colección digna del mayor encomio, el «Laboratorio di Storia costituzionale “Antoine Barnave”», cuya coordinación corre a cargo del profesor Roberto Martucci, y en la que encontramos varias obras que bien podríamos calificar de verdaderas «joyas históricas». El ingenio y el rigor italianos son siempre admirables.

II. El libro que nos ocupa se estructura en cinco partes o capítulos. Como no podía ser de otro modo, la primera de ellas se centra en el contexto histórico previo a la sentencia: las elecciones presidenciales de 1800, la *Judiciary Act* de 1801 y, como bien lo llama la autora, el *casus belli* de los «jueces de medianoche». La segunda parte gira ya en torno a la *Marbury opinion*, centrándose en su contenido, en el método seguido por Marshall y en el tratamiento del fondo. No podía faltar en un estudio de la *Marbury decision* una recapitulación sobre si realmente esta sentencia puede ser considerada como el punto de partida de la *judicial review* o si, por el contrario, esta doctrina, como creemos sin el más mínimo atisbo de duda, tenía claros y rotundos precedentes muy anteriores a la época de Marshall. En la cuarta parte, la autora se ocupa del triste devenir inicial de *Marbury* en la jurisprudencia de la *Supreme Court*. Es cierto, lejos de ser en un primer momento una sentencia que encandile, bien podrá decirse que durante mucho tiempo pasará sin pena ni gloria. Hacia fines del XIX rena-

cerá con una fuerza insospechada que el devenir precedente hacía difícil imaginar, hasta convertirse en la verdadera estrella especialmente rutilante del firmamento jurídico norteamericano. La obra se cierra con una parte que lleva por rótulo este sugestivo interrogante: ¿Y si *Marbury* se hubiese arrojado al Potomac, esto es, al río que atraviesa la capital federal? Aquí, la autora, entre otras consideraciones, se plantea la que suele llamarse la *counter-majoritarian difficulty*. Basta con la somera enunciación de las cinco partes en que se vertebra la obra para que seamos plenamente conscientes de que, con independencia ya de la mayor o menor profundidad con que pensemos que la autora ha abordado los distintos aspectos tratados, la profesora italiana no se ha dejado en el tintero nada que creamos básico para una plena comprensión de la *Marbury v. Madison decision*.

Marbury, como bien recuerda la autora, se considera convencionalmente la sentencia inaugural del control de constitucionalidad en los Estados Unidos, por no decir que en todo el mundo, consideración universalmente sentida en la totalidad del planeta, o por lo menos en Occidente. Pero lo curioso, y aun paradójico, es que, periódicamente, una sentencia sobre la que se han vertido no ríos, sino océanos de tinta, vuelve a ser estudiada, reinterpretada, alabada o incluso criticada, al ser considerada por algunos como el fruto de la pura manipulación políticamente activista de John Marshall. Nada extraño es por tanto que la autora considere que «la dottrina americana sembrerebbe ancora ben lontana dal pacificarsi sul suo autentico significato, se nos fosse per il valore inaugurale universalmente riconosciute».

III. En el primer capítulo, como acabamos de decir, se aborda el *background* del *Marbury case*. Como sustrato de base de lo institucional, nos encontramos, como la autora pone de relieve, con un visceral en-

frentamiento personal que va a contraponer a Thomas Jefferson y a John Marshall, unidos además por un vínculo familiar (eran primos terceros, descendiendo ambos de William Randolph of Turkey Island, uno de los primeros colonos de Virginia). De la recíproca antipatía personal que se profesaban puede dar una idea el hecho de que Jefferson siempre aludiera a su primo como «that gloomy malignity». A la recíproca, cuando en la contienda electoral de noviembre de 1800 se produjo en un primer momento el descalabro del presidente Adams y el inesperado empate entre Jefferson y Aaron Burr, Marshall, aun estando de acuerdo con Hamilton en que Burr era la peor opción, le manifestó por medio de una carta fechada el 1.º de enero de 1801, su imposibilidad de ayudar a Jefferson, expresando una objeción insuperable, al considerar a su primo «totally unfit for their chief magistracy». Y junto a tales recíprocos rechazos, Jefferson y Marshall iban a simbolizar las enfrentadas convicciones constitucionales de la época: Jefferson, un defensor ardiente de los derechos de los Estados, lo que se tradujo, como con su habitual agudeza escribiera Crosskey, en que «in the national sphere, Jeffersonism was a negative, do-nothing policy»¹. Marshall, un creyente apasionado en la inexcusabilidad de un poder federal fuerte, para lo que era necesario un sólido *judiciary*. Nuestra autora describe muy bien los contrapuestos mundos ideológicos de ambos personajes cuando señala que Jefferson consideraba a Marshall como un apóstata, un virginiano vendido a la causa de los federalistas, mientras que Marshall detestaba la suntuosa andadura familiar que Jefferson mantenía en la célebre hacienda de Monticello, con esclavos —apostillamos por nuestra cuenta— incluidos.

Se ocupa la profesora Barbisan a continuación, y con cierto detalle, del desarrollo de las elecciones presidenciales de noviembre de 1800, a las que ya hemos hecho alguna referencia con anterioridad. La posición de Marshall era sobradamente conocida, pues no en vano era persona próxima al presidente, ejerciendo el cargo de secretario de Estado, pero, a diferencia de la autora, no creemos que la contienda electoral tuviera incidencia en el desarrollo del caso litigioso que desembocaría en la sentencia, aunque Barbisan se hace eco de la posibilidad, manejada en aquellos días, de que Marshall fuera el autor de un editorial («The Presidential Knot») de un periódico federalista, suscrito, como era muy normal en la época, con el seudónimo de *Horatius*, que, sin poder entrar en él, debió sentir muy mal entre las huestes republicanas de Jefferson. En cualquier caso, la acritud de los choques entre republicanos y federalistas no había hecho sino ir *in crescendo* desde el acceso a la presidencia (1797) de John Adams. El libro no alude a hitos significativos de ese enfrentamiento como fue la sesgada y arbitraria aplicación por los federalistas de la *Sedition Act* y la muy criticable reacción republicana con la aprobación de las *Virginia and Kentucky Resolutions*, que a nuestro entender es la última *ratio* del ambiente de irreconciliable conflicto entre las dos formaciones. En comparación, el choque electoral no será un episodio tan traumático.

Se detiene el libro con acierto en la conflictiva aprobación de la federalista *Judiciary Act* de 13 de febrero de 1801, de reforma de la Ley de 1789, piedra de escándalo de los republicanos, al aprobarse por un Congreso ya periclitado, por decirlo de algún modo, pues también la composición del Congreso iba a cambiar radicalmente tras las elecciones de noviembre de 1800.

¹ WILLIAM WINSLOW CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Vol. II, Chicago, The University of Chicago Press, 2nd edition, 1955, p. 1038.

Y lo que aún iba a resultar más sangrante para los republicanos, el nombramiento en el último minuto de ejercicio de la función presidencial por Adams de los llamados *midnight Judges*, nombramiento *in articulo mortis*, como con gracia escribe Barbisan. Uno de ellos fue William Marbury y, como es de sobra conocido, la no entrega al mismo de su nombramiento sería el desencadenante del célebre litigio judicial

IV. El capítulo segundo del libro se centra en la sentencia propiamente dicha, no sin antes aludir a la *Repeal Act* de 1802, que al derogar la Ley de 1801, restablecía con fecha de 1.º de julio de 1802 la vigencia de todas las leyes relativas a la organización del *judiciary* vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1801. No dejaría de ser paradójica la discutible confirmación de la constitucionalidad de la *Repeal Act* por la *Supreme Court*, en el caso *Stuart v. Laird*, decidido tan solo seis días después de *Marbury*, a lo que también se alude en el libro.

Se ocupa la autora a continuación del rico contenido de la sentencia y de lo que podríamos llamar el *iter* argumental seguido por la misma, para terminar haciéndose eco del controvertido fallo, en el que tras admitir el derecho de Marbury a la plena titularidad del derecho reivindicado y la idoneidad al caso del instrumento procesal del *writ of mandamus*, la Corte concluye que entre sus prerrogativas no se halla la de expedir un *writ of mandamus*, en tanto en cuanto esta atribución que le confiere la *Judiciary Act* de 1789 se halla en contradicción con el artículo III de la Constitución; consecuentemente, la norma legal atributiva de tal competencia debe considerarse nula.

¿Cómo valorarla? Esto es lo que se plantea la obra a renglón seguido. Barbisan

nos viene a decir que la sentencia se construye con base en razonamientos que tienden a la argucia y que son contradictorios, con la salvedad de aquellos en que sustenta la *judicial review*. Se hace eco asimismo de algunos posicionamientos de la doctrina norteamericana que han hablado de un auténtico fraude y de la consiguiente falta de integridad de Marshall. Con toda razón, la autora se muestra crítica hacia la estructura de la sentencia, esto es, hacia lo que nosotros, en otro lugar², hemos considerado como su significativo apartamiento del orden procesal normal. No es lógico entrar en el fondo del asunto, dando la razón a Marbury para después admitirse que se carece de competencia para ordenar la emisión del *mandamus*, supuestamente llamado a reparar la violación del derecho del propio William Marbury. En cuanto al fondo del asunto, a la autora le resultan aún más ambiguos los argumentos avanzados por Marshall en reconocimiento del derecho de Marbury, opinión de la que discrepamos por entero. No así de sus razonables objeciones en cuanto a la argumentación que conduce a Marshall y a su Tribunal a decidir la inconstitucionalidad de la cláusula de la *Judiciary Act*. No es del todo claro que el *mandamus* presupusiera el ejercicio de una jurisdicción, y siendo así el artículo III de la Constitución en nada se veía constreñido. Y ello, al margen ya de que a Marshall se le ofrecían varias alternativas argumentativas para la no constatación de la inconstitucionalidad, declinando todas ellas. Discutible fue asimismo, y de ello también se hace eco la obra, el uso selectivo que Marshall hizo de los escasos precedentes que podían aportarse al caso. El juicio final de la autora nos parece en exceso duro, cuando dice que todavía hoy la sentencia parece más bien el número de un prestidigitador. Con su sentencia, Mar-

² FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 629-634.

shall da la impresión de haber logrado una actuación propia de un consumado político («da navigato uomo politico») más bien que la de un hombre de leyes como se preparaba a ser. Que Marshall pudo razonablemente conducir su decisión por otros vericuetos, es algo de lo que no puede caber la más mínima duda. Baste con recordar que el artículo III era lo suficientemente impreciso como para no propiciar una interpretación única y excluyente. Pero a nuestro juicio, y al de amplios sectores de la doctrina norteamericana, ello no es razón suficiente para descalificar el razonamiento del *Chief Justice*, tildándolo de puramente político, como, entre otros, hacen Corwin y Crosskey, posición en la que también parece ubicarse la autora. Recordemos al respecto unas célebres palabras de Charles Warren, el historiador por excelencia de la Corte Suprema, quien, como epígono de la sentencia escribió: «In comprehensive and forceful terms, which for over one hundred years have never been successfully controverted, he proceeded to lay down the great principles of the supremacy of the Constitution over statute law, and of the duty and power of the Judiciary to act as the arbiter in case of any conflict between the two»³.

V. El capítulo tercero trata de dar respuesta a si efectivamente, como durante tanto tiempo ha sido una consideración habitual, *Marbury* inventa la *judicial review*. Y para intentar responder a tal cuestión, Barbisan hace un recorrido por los precedentes teórico-doctrinales y judiciales anteriores a 1803. A tal efecto, con un orden sistemático que no nos parece el más lógico posible, el libro se va deteniendo en la sensibilidad despertada por la *judicial review* en los trabajos constituyentes, en las soluciones dadas por las Constituciones estata-

les promulgadas entre 1776 y 1780 a la hora de contemplar los respectivos poderes legislativos coloniales, que, como es bien conocido, cometieron notables abusos, frente a los cuales trataría de dar respuesta el llamado *Virginia Plan*, presentado en Filadelfia por Edmund Randolph, en el que, entre otros fines, se buscaba imponer controles lo suficientemente efectivos para hacer frente a tales abusos. Y en este clima, nos dice la autora, germinó la idea de una ley fundamental superior a cualquier otra en grado tal de aceptar el reto que la desilusión de aquellos años había arrojado para el mantenimiento del gobierno republicano. Se refiere después al pensamiento en relación con el instituto que nos ocupa de algunos contemporáneos de Marshall, deteniéndose de modo particular en Iredell y aludiendo al caso *Bayard v. Singleton*, planteado en Carolina del Norte; como no podía ser de otra forma, también alude a Alexander Hamilton y a su brillante construcción del N.º 78 de los *Federalist Papers*. Sigue una referencia un tanto superficial a la época colonial, haciéndose eco del caso *Winthrop v. Lechmere*, que tratamos justamente en el artículo de nuestra autoría que se publica en este mismo número del Anuario. Se detiene la autora más adelante en la *judicial review* en la jurisprudencia de los tribunales estatales, que separa en dos periodos: antes y después de Filadelfia, analizando varios casos célebres, de los que destacaríamos el planteado en Virginia con anterioridad a la Convención de Filadelfia, *Commonwealth v. Caton*. Este capítulo se cierra con un repaso de algunos importantes casos resueltos por la jurisdicción federal, el *Hayburn's Case* el primero de ellos, en los que se planteó el tema de la revisión judicial. Barbisan, en el epígrafe final de este capítulo, relativo al valor de la aportación de Marshall («il merito di *Marbury*»), nos viene a

³ CHARLES WARREN, *The Supreme Court in United States History*, revised edition in two volumes, Boston, Little, Brown, and Company, 1932, Vol. I (1789-1835), p. 243.

decir que, con anterioridad a 1803, la sensibilidad existente ante la *judicial review* no era muy distinta de la profesada por Marshall, pero eso sí, ninguna de las decisiones precedentes a *Marbury* ofrecerán la lúcida, silogística y universal presentación teórica de la *judicial review* que se recepciona en la *Marbury opinion*. Ese fue el enorme mérito del gran *Chief Justice*. No nos cabe duda de que la doctrina formalmente consagrada en la sentencia de 1803 se halla lejos de poder considerarse una creación *ex novo* de Marshall, debiendo enmarcarse en la tradición jurídica norteamericana, y así lo ha entendido la enorme mayoría de la doctrina estadounidense. Valgan como ejemplo unas claras palabras de Schwartz, para quien, aunque Marshall fue un *legal colossus*, no escribió la *Marbury decision* sobre una pizarra en blanco («on a blank slate»). Por el contrario, la regla formulada por el *Chief Justice* se hallaba inextricablemente entrelazada con la expuesta por sus contemporáneos y predecesores. La autora es claro que comparte esta visión; en un momento dado, al hilo del caso *Calder v. Bull*, y refiriéndose a Iredell, escribe: «Insomma, per Iredell quello che conta è la presenza di una norma fondamentale, la Costituzione, unica fonte in ragione della quale le corti giudicano della legittimità dell'azione del Legislativo». Y así es, efectivamente. Pero traemos a colación esta referencia de la autora porque justamente en ella se alude a la idea de una norma fundamental, que, como antes se dijo, Barbisan considera que surge en el contexto de los abusos llevados a cabo por las Asambleas legislativas de los Estados, una vez accedidos a la Independencia. Sin embargo, el libro prescinde de cualquier referencia a las grandes construcciones dogmáticas de autores tales como Vattel o Burlamaqui, por solo referimos a algunos, y al enorme impacto que tuvieron sobre el pensamiento jurídico-político norteamericano de la época colonial. Ello nos parece uno de los mayores debes de la obra. También en ella se pasa por la figura de Edward Coke

como de puntillas; nos resulta en verdad sorprendente que se haya prescindido por completo en este capítulo de James Otis y del *Writs of Assistance Case*.

VI. La cuarta parte («L'invenzione di *Marbury v. Madison*»), en la que nos vamos a detener mínimamente, recorre el devenir sufrido por la sentencia de Marshall en la historia judicial de los Estados Unidos. Habrá que esperar hasta 1887 para ver renacer, por así decirlo, la atención por la *Marbury opinion*. La autora se ocupa del *Pollock Case* (marzo de 1895), primero en el que se la menciona para justificar el ejercicio de la *judicial review*. En el caso se cuestionó la *Tax Law* de 1894, siendo desde siempre el tema fiscal objeto de grandes polémicas. Por lo demás, la sentencia no constituyó ningún precedente por cuanto la XVI Enmienda la desarbó. La diatriba desencadenada por el fallo se trasladó a la legitimidad de la *judicial review*, muy cuestionada por ciertos sectores de la doctrina americana a principios del siglo xx. Como nos dice la autora, los partidarios de la *Pollock opinion*, aprovecharon la ocasión que les brindaba el año 1901, centenario de la designación de Marshall para la *Chief Justiceship*, para encumbrar la figura del virginiano. Desde entonces, la polémica no se ha eclipsado en ningún momento, habiéndose manifestado opiniones para todos los gustos, por así decirlo. Sería imposible llevar a cabo un análisis exhaustivo al respecto, y, desde luego, no lo hace la autora, aunque sí plantea algunos de los temas que han acompañado a la discusión.

VII. ¿Y si *Marbury* hubiese sido arrojado al río Potomac? Este sugestivo interrogante da paso a las conclusiones de la autora. Barbisan comienza poniendo de relieve, y con ello creemos que pone el dedo en la llaga, que ante el *Chief Justice* se plantearon en el controvertido caso dos opciones aparentemente alternativas, pero igualmente indeseables (lo que los anglosajones lla-

man «la elección de Hobson»): conceder el *mandamus* requerido habría desencadenado una posiblemente brutal descalificación de Jefferson y los republicanos, acusándole de partidista y poniendo sobre su cabeza la guillotina del *impeachment*; si hubiese negado a William Marbury el reconocimiento de su derecho, sus colegas de partido lo habrían considerado un traidor. La autora, sin embargo, pasa por alto otra circunstancia, que a nuestro juicio es bastante más importante que lo expuesto. Marshall estaba decidido a convertir la *Supreme Court* en el fulcro de todo el sistema político, y creemos que también era consciente de que el otorgamiento del *mandamus* hubiera sido olímpicamente ignorado por Jefferson y Madison, y ello se hubiera traducido en una desautorización en pleno de la Corte, una Corte, no se olvide, que hasta la llegada de Marshall a ella contaba bien poco en la vida norteamericana. Y esto es lo que realmente bajo ningún concepto quiso Marshall, y como, por otro lado, estaba convencido de que a William Marbury le asistía toda la razón, por ello alteró el orden procesal normal, pues ello le permitió reconocer el derecho de Marbury, violado por la actuación arbitraria de la nueva Administración republicana. Esa es nuestra interpretación al menos, que aún no siendo estrictamente coincidente con la de la autora, sí converge con ella en la apreciación de que las circunstancias políticas en juego eran mucho más apremiantes que los intereses de los actores implicados.

La autora no se olvida de la *judicial supremacy*, tan vinculada a la *judicial review*, aunque con esta expresión se aluda a un concepto de mucho más amplio alcance, como tampoco del obstáculo que se le opone: la *countermajoritarian difficulty*.

No nos vamos a detener en ello. De sus consideraciones finales, destacaremos esta reflexión: «Priva di implicazioni filosofiche e dottrinali, *Marbury* si staglia nel panorama giuridico americano come un perfetto distillato di logica giuridica: nessun dilemma morale, nessuna sofferenza umana, nessuna inaccettabile ingiustizia giace al fondo de questo caso». Dicho de otro modo, no hay un sustrato ideológico, solo sutilezas silogísticas. Muy diversas apostillas podríamos hacer a este juicio un tanto ácido que destila la autora. No podemos detenernos en ello; en otro lugar hemos tratado de desbrozar los rasgos configuradores de la primera doctrina sobre la *judicial review*⁴, y a ello nos remitimos. Sí diremos ahora, con una perspectiva de más largo alcance que la que nos puede dar la *Marbury opinion*, que Marshall siempre asumió que la Constitución no era simplemente un documento formal que exaltaba unos vagos ideales, sino que era un documento sustantivo, con un significado que se podía tratar de averiguar a través de un proceso de cuidadosa interpretación. El intérprete debía captar el significado de la Constitución y ser fiel al mismo, y la *judicial review*, como escribiera Wolfe⁵, no era sino el acto de preferir esa encarnación de la voluntad deliberada y fundamental del pueblo a sus más transitorias expresiones.

Estamos ante un libro perfectamente documentado, muy meditado, muy claro, y que —aunque, como ya se ha dicho, en él se puedan apreciar algunas «ausencias»— supone una aportación del mayor interés a un tema que no por mucho que se haya estudiado (en los Estados Unidos, que no tanto en Europa) deja de suscitar tal intemporal interés como para estimularnos a volver periódicamente sobre el mismo.

⁴ Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 689-695.

⁵ CHRISTOPHER WOLFE, «John Marshall & Constitutional Law», en *Polity*, Vol. 15, No. 1, Autumn 1982, pp. 5 y ss.; en concreto, p. 21.