

nalmente en recursos de anulación. Del conjunto de casos se desprende, en opinión de la profesora Rodríguez-Izquierdo, que son tres los aspectos analizados por el TJUE: la base jurídica de la acción normativa de la UE; si las instituciones europeas han motivado convenientemente su intervención en relación con la subsidiariedad (en este punto, el control ejercido por el TJUE es un control de mínimos), y un análisis de las condiciones de fondo que justifican la intervención de la UE, examen que se revela muy superficial. Dejando al margen algunos casos que se salen de la norma, la autora muestra su insatisfacción con la superficialidad del control ejercido por el Tribunal de Luxemburgo sobre el respeto de este principio, que parece estar llamado a convertirse en nuclear del sistema.

El libro se cierra con la aportación de la investigadora de la Universidad de Deusto

Ariane Tapia Trueba, que versa sobre la interpretación expansionista llevada a cabo por el TJUE de los derechos derivados del estatuto de ciudadanía de la Unión. Tras un repaso a estos derechos, la autora analiza esa jurisprudencia como creadora de nuevos derechos no expresamente previstos o en cuanto que reconoce ciertos derechos de ciudadanía a nacionales de terceros países familiares de un ciudadano UE, todo ello como fruto de un cierto activismo judicial que estaría provocando reacciones adversas en algunos Estados miembros.

En definitiva, nos encontramos ante un libro multifacético, que nos aporta luz sobre algunos de los aspectos derivados de esas relaciones interordinamentales, tan fructíferas y tan problemáticas en este ámbito geográfico europeo, laboratorio de algunos aspectos de la globalización jurídica.

WILLIAM E. NELSON: *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 2000, 142 págs.

POR FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. El comentario del libro de la profesora italiana Benedetta Barbisan sobre *Marbury v. Madison* nos ha inducido a traer a esta sección otro libro, unos años anterior, sobre el mismo tema. La confrontación de los puntos de vista de uno y otro puede tener cierto interés. El autor de la obra en la que ahora nos centramos es un conocidísimo iuspublicista norteamericano, que ha trabajado particularmente en temas de historia constitucional, de lo que constituye un excelente testimonio su libro *The Roots of American Bureaucracy, 1830-1900*. William E. Nelson ha sido «the Joe and Anne Professor of Law» en la *New York University School of Law*. Especialmente destacable es asimismo su obra

*The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, que logró el «Littleton-Griswold Prize».

El libro, publicado en la antesala del bicentenario (en 2001) del nombramiento de John Marshall como *Chief Justice*, se enmarca en la colección «Landmark Law Cases & American Society», de la que aparecen como editores responsables Peter Charles Hoffer y N. E. H. Hull. En el prólogo del libro los editores comienzan diciendo que a primera vista uno podría sorprenderse de cómo un viejo castaño («an old chestnut») como *Marbury v. Madison* podía merecer su inclusión en una serie moderna de casos judiciales decisivos, más aún si se tiene en cuenta que la doctri-

na en él sentada ha sido confirmada en innumerables ocasiones. Siendo ello así, lo cierto es que el caso no produjo una revolución en el sistema jurídico o en la política de su tiempo, como muy bien habría podido acontecer. La razón de que ello fuera así es bastante clara: Marshall diseñó la sentencia con la finalidad de evitar un enfrentamiento directo entre los federalistas de la Corte Suprema y el presidente Jefferson y su nueva mayoría republicana en el Congreso. El hecho que todavía hoy permanece es que el caso es «una parte esencial de la adolescencia del republicanismo democrático de América», pues lo cierto y verdad es que la Corte apoyó el *rule of law* sin cuestionar la revolución electoral que había expulsado del poder a los federalistas y llevado al mismo a los republicanos. De esta forma, como bien apuntan los editores, el legado del caso no es tan solo su contribución doctrinal al constitucionalismo americano de la *judicial review*, sino la prueba de que la Corte podía permanecer, si no por encima de cualquier consideración política, al menos a salvo de un abierto partidismo. Esto no era una tarea fácil, como muy bien demuestra el autor del libro. Los editores dejan pues muy claro desde el mismo prólogo, que la *Marbury opinion*, al margen ya de sus aportaciones doctrinales, fue una obra que bien podríamos considerar como de auténtico «equilibrio político». Con ella Marshall soslayó dos graves peligros que le acechaban: el primero, la animosidad republicana contra un *judiciary* dominado por los federalistas; el segundo, la tentación de utilizar los tribunales para favorecer el programa político federalista.

II. El libro se estructura en nueve partes precedidas por una introducción. En él, el autor está lejos de circunscribir su estudio a la sentencia en cuestión; en realidad, a ella solo dedica una de esas partes, la cuarta. En la primera, Nelson intenta delinear las prácticas de gobierno de las colo-

nias a mediados del siglo XVIII, para inmediatamente después abordar lo que denomina la política del cambio constitucional, en la que muestra cómo la lucha revolucionaria que culmina en la Independencia transformó no solo la sociedad americana, sino también la política ideológicamente, lo que condujo a la división entre federalistas y republicanos, que no solo iban a enfrentarse por el poder, sino por imponer desde el mismo sus contrapuestas visiones políticas. La tercera parte la dedica el autor a John Marshall, mientras que en la cuarta, como se acaba de decir, aborda *Marbury v. Madison*, ubicándolo en el contexto de la crisis de los años 1801 a 1803. En la parte subsiguiente el libro se centra en el temprano impacto de *Marbury*. La sexta parte se dedica a las acusaciones políticas que con el devenir del tiempo van a recaer sobre la *judicial review*. Y como, en cierto modo, reverso de la moneda, la séptima parte la dedica el autor a contemplar el relevante rol posterior del *judiciary* como protector de las minorías. En la octava parte, el autor se detiene en la difusión mundial («the worldwide spread») de la *judicial review*. Y en fin, el libro se cierra con unas reflexiones sobre la relevancia de *Marbury* para la *judicial review* en nuestros días. Sigue por cierto un «ensayo bibliográfico» (así le llama el autor) de una extraordinaria amplitud. Basta con la enumeración de los temas tratados en las distintas partes o capítulos en que se vertebra el libro para apreciar la amplitud de miras del autor. La obra, como antes dijimos, no es ni mucho menos un estudio jurídico de la sentencia. Lejos de ello tiene un amplísimo ámbito y, como dicen los editores, una atrevida concepción.

Ya desde la introducción el profesor Nelson destaca lo que toda la doctrina admite: que *Marbury v. Madison* permanece desde hace mucho tiempo como un caso fundamental («a foundational case») para comprender el trabajo y la jurisprudencia de la *Supreme Court*. Al decidir Marshall

«explícitamente por primera vez», que la Corte poseía la facultad de revisión judicial («the power of judicial review»), esto es, la jurisdicción para examinar si la legislación promulgada por el Congreso estaba de acuerdo con la Constitución, *Marbury* se iba a convertir verdaderamente en un caso seminal que a la larga iba a conferir a la Corte Suprema un amplísimo poder. Para Nelson, lo que hace el caso aún más relevante es la ausencia de un plan nítido por parte de los *Framers* para otorgar a la Corte esta facultad.

Desde el primer momento, el autor se plantea una cuestión que consideramos de notable interés. Hoy, aunque quizá no en aquel momento histórico, todos tenemos plena consciencia de que cuando la Corte Suprema decide anular o no una ley de un cuerpo legislativo, inevitablemente, debe elegir entre opciones políticas muy posiblemente contrapuestas. Este principio de que las decisiones constitucionales de la *Supreme Court* conciernen a opciones políticas desencadenó notables críticas hacia la Corte en los inicios del siglo xx. Pero, dicho esto, debe precisarse con Nelson que pocos americanos, si es que hubo alguno, en las décadas inmediatamente anteriores y posteriores a 1800, pensaban que la opción política era un elemento inherente a las decisiones judiciales, pues no fue tal el entendimiento de los *Framers* que diseñaron la Constitución.

Historiadores de nuestro tiempo y constitucionalistas han ofrecido diversas ideas acerca de lo que la *Marshall Court* hacía. Nuestro autor se refiere de modo específico a tres autores. Especial utilidad tiene la obra de Charles Hobson, que ha trabajado durante muchos años en una edición en varios volúmenes de los papeles de Marshall, y que sitúa a *Marbury* y a la carrera de Marshall en ese momento crucial de cambio de la cultura política republicana clásica de la era revolucionaria, que ponía su énfasis en el bien de la comunidad en su conjunto, a una cultura

política liberal que enfatizaba los derechos individuales y la libertad, que se había consolidado hacia 1840.

También es del mayor interés la obra de Sylvia Snowiss, que ubica la *Marbury decision* en el contexto de finales del siglo xviii. Su argumentación traza una distinción entre el Derecho ordinario, que ella sostiene que era rutinariamente exigido por los tribunales, y el Derecho fundamental (*fundamental law*), como era el caso de una constitución, que, desde su punto de vista, no podía ser hecho respetar por los tribunales sino solo por la acción electoral u otra acción política. Snowiss quizá esté en lo cierto al reconocer que líderes tan relevantes como Jefferson entendieron que el propio pueblo, por sí mismo, podía exigir el respeto de ese Derecho fundamental. Su distinción puede ser asimismo de utilidad en la explicación de por qué la doctrina de la *judicial review* enunciada en *Marbury* iba a diferir sustancialmente de la *judicial review* practicada por los tribunales de nuestro tiempo, pero no identifica el elemento que en el sustrato finisecular del siglo xviii de *Marbury* iba a permitir a Marshall sostener, como hizo, la facultad de la Corte Suprema para hacer respetar el *fundamental law*.

En fin, Robert Lowry Clinton interpreta *Marbury* a la luz de los principios de la interpretación legal de Blackstone, el más relevante de los cuales permitía a los jueces ignorar una ley si su aplicación resultara absurda, contradictoria o de imposible cumplimiento, pero rechazaba al poder judicial la facultad de revisar o anular leyes con fundamentos políticos. Clinton sostiene que las ideas americanas acerca del poder judicial en tiempos de *Marbury* eran coherentes con los principios de Blackstone y que tales ideas cambiaron en el sentido de permitir la anulación judicial con fundamento en la política constitucional solo hacia fines del xix.

Nuestro autor, al igual que Snowiss, y lo mismo que Clinton y Hobson, aunque sus posiciones puedan diferir en otros ór-

denes de consideraciones, piensa que la *judicial review* en *Marbury*, que otorgaba a los jueces autoridad para decidir tan solo cuestiones de Derecho, dirigiéndoles a evitar las decisiones políticas, difería significativamente de la *judicial review* tal y como hoy se practica, cuando los jueces, frecuentemente, se decantan por opciones políticas.

III. En los capítulos que preceden al estudio de la sentencia, Nelson se detiene en la vida colonial y en el rol cumplido en esa etapa por los tribunales, que, como una parte vital del gobierno de las colonias, mantenían el orden y protegían la vida y la propiedad. Aunque la mayoría de los colonos americanos no formulaban claras distinciones entre el *judiciary* y las otras ramas del gobierno, ellos no entendían que los jueces poseyeran prerrogativas encaminadas a hacer política del tipo que hoy poseen el Congreso y el presidente. A este respecto, es significativo que Thomas Hutchinson, *Chief Justice* de Massachusetts, en 1769, informara a un gran jurado que quienes ejecutaban el Derecho no debían preguntar acerca de su razón de ser y de la política, sino que debían simplemente interrogarse acerca de lo que era Derecho. Destaca nuestro autor de modo especial, que a mediados del XVIII el hecho crucial en América fue que los funcionarios subalternos, tales como los *sheriffs*, *sheriffs* adjuntos y policías, los hombres con responsabilidad legal para hacer cumplir las decisiones judiciales, podían hacerlo solamente cuando las comunidades locales se hallaban dispuestas a permitir que aquellas decisiones fueran cumplidas. Por lo demás, las legislaturas coloniales se hallaban bajo control americano, pero no podían eficazmente promulgar una legislación que alterara de modo significativo la estructura de la sociedad colonial, pues tal legislación hubiera sido casi siempre vetada por el gobernador colonial o por Londres. De resultados de ello, la legislación general se cir-

cunscribió habitualmente a la mera administración.

La lucha revolucionaria y el logro de la Independencia transformaron ideológicamente tanto la sociedad como la política americanas. Al descartar las normas británicas y reconstituir sus gobiernos, los americanos proclamaban que todo el Derecho emanaba de la voluntad popular tal y como se codificaba en la legislación. Si el pueblo podía rehacer su gobierno, de ello se derivaba, según se declaraba en 1787 en el *Maryland Journal*, que el poder legislativo del pueblo debía ser «original, inherent, and unlimited by human authority».

En la segunda mitad de la última década del siglo, surgieron inequívocas divisiones partidistas. De un lado, los republicanos, haciendo suya la doctrina de que «mankind are capable of governing themselves». Frente a ellos los federalistas, postulando, según los términos del *New England Palladium*, «that virtue is the only permanent basis of a Republic».

En este marco contextual, en el curso de los debates pre-revolucionarios, el pronunciamiento de James Otis se repitió con creciente frecuencia, y en la segunda mitad de los años ochenta, aunque no sin ambigüedades, Nelson admite que el *Writs of Assistance Case* se contempló por algunos abogados americanos como una trompeta de llamada para la *judicial review* y como un claro desafío frente a la entonces dominante doctrina de la supremacía legislativa.

IV. La Convención de Filadelfia alcanzó un compromiso cuando diseñó la Constitución de 1787. Tal compromiso se manifestó particularmente en el diseño de una *Supreme Court*, a la que se dotó de un limitado poder para hacer cumplir el Derecho nacional o federal. El *First Congress* mantuvo esa política de compromiso, que en lo que ahora interesa se plasmó en la *Judiciary Act* de 1789. Sin embargo, la federalista *Judiciary Act* de 1801 quebró tal compromiso. En tal contexto se ha de ubicar

*Marbury v. Madison*, como también *Stuart v. Laird*, que posibilitaron una directa confrontación entre el *judiciary* federalista y el nuevo Congreso republicano. Sin embargo, para el autor, Marshall no estaba predispuesto a convertir *Marbury* y *Stuart* en dos casos de *judicial review* del tipo que los jeffersonianos temían.

Destaca con toda razón el profesor de Nueva York la distinción que Marshall y su Tribunal iban a hacer ya en este mismo caso entre cuestiones políticas, que debían resolver las ramas legislativa y ejecutiva conforme al principio democrático, y cuestiones jurídicas, que habrían de ser resueltas por el *judiciary*. De ahí que, siempre según el libro, la tarea central en *Marbury* fuera la de especificar cuándo el Derecho limitaba a las ramas políticas y cuándo no.

Es de destacar asimismo que, para Nelson, como ya antes avanzamos, Marshall no visualizó la *judicial review* como hoy la vemos. Para Marshall y sus colegas la *judicial review* ni exigía ni permitía a los jueces ejercer la discreción política. En la parte más conocida de la sentencia, en la que se sostiene la facultad de la revisión judicial, Marshall reiteró su creencia en que los principios fundamentales del Derecho eran concebidos para ser permanentes.

Reconoce el autor que el enfoque sustentado en esta sentencia distaba de ser nuevo. Ya Hamilton lo había sostenido en el n.º 78 del *Federalist*, y Hamilton, a su vez, siguió con ello ideas ya expuestas en la Convención de Filadelfia. Ello no obstante, la asunción de esa facultad de revisión judicial por la Corte estaba casi sin precedentes, apreciación esta harto discutible. En sintonía con la misma, el profesor Nelson, admitiendo que muchos historiadores discreparán de su opinión, manifiesta hallarse convencido de que la *judicial review* pudo echar raíces en los inicios del XIX tan solo porque Marshall y sus contemporáneos pensaban, en alguna medida, que los principios que servían de fundamento al gobierno constitucional no eran políticos, esto es, que

esos principios existían independientemente de la voluntad de los jueces que los aplicaban, al igual que la voluntad de los actores políticos que los burlaban.

V. En el capítulo quinto el autor analiza las razones del temprano impacto de *Marbury* y de su no controvertida recepción. En el siguiente, se ocupa de los ataques políticos que la misma doctrina y sentencia iban a recibir a partir de los inicios del XX, y en el séptimo, del nuevo cambio de percepción hacia la revisión judicial de resultados de convertirse el *judiciary* en el protector de las minorías. En cuanto al hecho de que *Marbury* generara muy poca controversia, Nelson cree posibles, al menos, cuatro explicaciones: 1) las decisiones de *Marbury* y *Stuart* fueron unas decisiones discretas que apartaron a los tribunales de la política en vez de insertarlos en el torbellino político; 2) la implícita apelación al consenso hecha en *Marbury* se demostró atractiva para la mayor parte de los americanos de principios del XIX; 3) la doctrina de la *judicial review* no era nueva; muchos tribunales estatales ya la habían adoptado, o pronto lo harían, y 4) la idea de convertir el Derecho en el protector de la propiedad privada, un auténtico ideal en el núcleo de la jurisprudencia de Marshall, hacía un llamamiento a los americanos políticamente activos, la mayoría de los cuales o poseía propiedades privadas o aspiraba a tenerlas en algún momento de su vida. Así las cosas, a mediados del siglo XIX la *judicial review* se había convertido en un rasgo aceptado del Derecho americano, y ello no obstante aplicarse muy raramente hasta mediados de la década de los sesenta. *Munn v. Illinois* (1877) y, sobre todo, *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* (1895) comenzaron a cambiar el estado de opinión. *Pollock* suscitó una crisis con el Congreso que no se resolvió hasta la definitiva aprobación de la XVI Enmienda. Hacia fines del XIX, escribe Nelson, la *judicial review* comenzó a adoptar un aspecto más moderno, ya que estaba comenzando a verse no como

un mecanismo para proteger al pueblo frente a su gobierno, sino como una protección de las minorías frente a las mayorías. Además, su utilización como un medio de proteger los derechos privados frente a los experimentos radicales de los reformistas sociales se consideró que entrañaba una opción política y, por lo mismo, una intrusión judicial en el ámbito de lo político. La visión de un siglo atrás hacia la *judicial review* se había transmutado por completo.

Ya en los años treinta del pasado siglo las cosas comenzaban a cambiar, pues si, como dice el autor, la tarea esencial de un gobierno justo es la de proteger la libertad y la igualdad de las minorías frente a una mayoría opresora, entonces los jueces no democráticos («undemocratic judges»), esto es, apostillaríamos por nuestra cuenta, los jueces que carecen de esa legitimidad democrática que caracteriza a los legisladores, tienen un rol especial que jugar y su ejercicio de la facultad de *judicial review of legislation* se convierte en un instrumento básico de un gobierno justo. Y eso es lo que iba a suceder en Norteamérica. Bastaría con mencionar *Brown v. Board of Education* (1954) para constatarlo.

VI. En el último capítulo el profesor de Nueva York dedica unas páginas a la expansión por todo el mundo del instituto de la *judicial review*. El autor hace un breve recorrido por diferentes países para mos-

trar esa difusión. No vamos a ocuparnos de ello, pero sí nos vamos a hacer eco de una de las apreciaciones finales del autor, para quien la última evidencia de la expansión global de la *judicial review* descansa en la adopción de *Bill of Rights* aun en naciones que han permanecido comprometidas con la doctrina de la supremacía legislativa. Y al efecto nos pone los ejemplos de Nueva Zelanda, que aprobó una Ley de Derechos en 1990 y de Gran Bretaña, cuyo Parlamento aprobó en 1998 el *Britain's Human Rights Act*. Ambas leyes abren la posibilidad de que los jueces puedan considerar pertinente declarar cierta legislación incompatible con esos *Bill of Rights*.

Como se puede apreciar por lo escrito en este comentario, y tal y como se dijo al inicio, este libro es mucho más que un libro sobre la *Marbury opinion*. En él se combinan con acierto disciplinas tan distintas como la historia política, la historia del Derecho, la teoría constitucional y la ciencia política. Con concisión no exenta de detalle, el autor, en una obra nada voluminosa, efectúa un recorrido histórico amplísimo por la historia norteamericana que inicia en plena etapa colonial y que concluye en la segunda mitad del pasado siglo. Pero, por supuesto, el libro es bastante más que un libro de historia jurídica, como se acaba de decir. Y desde luego, su claridad expositiva es digna de encomio.

JOAN OLIVER ARAUJO (dir.), MARIA BALLESTER CARDELL, VICENTE J. CALAFELL FERRÁ Y ALBERTO OEHLING DE LOS REYES (coords.): *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 791 págs.

POR IRENE ESPUEY SERVERA

I. A iniciativa del profesor Joan Oliver Araujo —Catedrático de Derecho Consti-

tucional de la Universidad de las Islas Baleares (UIB), Consejero del Consejo Con-