LARRY D. KRAMER

CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Traducción de
Paola Bergallo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

Pág.

AGRADECIMIENTOS 13

INTRODUCCIÓN. EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR 15

CAPÍTULO I. **LA CONSTITUCIÓN CONSUETUDINARIA. En sustancia, y en principio, la misma de ayer** 21

1. «Qué más que una utilización inmemorial» 22
2. «Y declaren nula dicha ley» 32
3. «Responsable frente a la comunidad» 40
4. Constitucionalismo popular, *circa* 1765 46

CAPÍTULO II. **LOS ORÍGENES DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Una regla obligatoria para todos los departamentos** 53

1. «Para apoyar su ley constitucional y fundamental» 54
2. «Sólo el pueblo mismo [...] puede declarar su significado verdadero» 58
3. El constitucionalismo popular, *circa* 1786 70
4. «Siendo jueces para beneficio de todo el pueblo» 80
5. «Un poder así en los tribunales implicaría la destrucción de la libertad» 89

CAPÍTULO III. **LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. El poder bajo la Constitución siempre residirá en el pueblo** 97

1. «La Ley Suprema de los Respectivos Estados» 97
2. El perro que no ladró – y el que sí lo hizo 104

Pág.

CAPÍTULO IV. **LA ACEPTACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Los tribunales, al igual que los otros *departamentos*, están obligados por ese instrumento** 123

1. «Una cuestión de gran gratificación para todo republicano y amigo de la libertad»..... 125
2. «Por favor, decidan a favor del pueblo»..... 130
3. El Constitucionalismo Popular, *circa* 1800..... 138
4. Marbury *v.* Madison 149

CAPÍTULO **V. RECHAZANDO LA SUPREMACÍA JUDICIAL. Aquello de lo que debe depender todo verdadero republicano**..... 165

1. «El guardián adecuado y deseado de nuestras constituciones limitadas»..... 168
2. «Defenderlos de sus peores enemigos, ellos mismos»..... 177

CAPÍTULO VI. **EL CAMBIANTE CONTEXTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Sin perjuicio de esta visión abstracta** 185

1. «Jamás olviden que lo que estamos exponiendo es una constitución... 188
2. «El derecho, caballeros, es una ciencia de gran dificultad»..... 198
3. Ganando la «confianza del pueblo» 208

CAPÍTULO VII. **LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA. Preservar la Constitución como perpetua prenda de unión**..... 215

1. «El fin de esto es la guerra, la guerra civil» 218
2. «Un árbitro supremo o la autoridad para interpretar»..... 231
3. «Estamos preparados para ser aconsejados e instruidos por el partido, por el pueblo mismo»..... 236
4. El Constitucionalismo Popular, *circa* 1840..... 245

CAPÍTULO VIII. **LA CONTINUA LUCHA POR EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR. El documento de un lego, no el contrato de un abogado** 257

1. «La acción presente saludable y beneficiosa de la opinión pública»... 259
2. «Los amos y no los siervos de la más alta Corte de esta Tierra»..... 264
3. «Desde Marbury»..... 271

CAPÍTULO IX. **CONSTITUCIONALISMO POPULAR, *CIRCA* 2004. Como un estadounidense**..... 279

1. «Dejando el cuidado de sus libertades a sus legisladores más sabios». 280
2. «El expositor más seguro de la Constitución» 286

Pág.

3. «Una cuestión de sensatez»..... 295
4. «Un respeto adecuado por la gente» 300

EPÍLOGO. **CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD SIN SUPREMACÍA JUDICIAL**..... 303

BIBLIOGRAFÍA..... 309

INTRODUCCIÓN
EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Algunas escenas de los comienzos de la República americana:

> Lunes 29 de julio de 1793. Un jurado absolvió a Gideon Henfield del cargo de violación del derecho de gentes al servir a bordo de un buque de guerra francés [1]. Los hechos del caso *Henfield* no fueron controvertidos, y su defensa giró en torno a una cuestión de derecho. Henfield argumentó que era inconstitucional juzgarlo porque sus acciones no habían sido proscritas por ninguna norma o legislación vigente de los Estados Unidos. El tribunal —integrado por los jueces de la Corte Suprema James Wilson y James Iredell y el juez del tribunal de distrito Richard Peters— instruyó a los jurados haciéndoles saber que la defensa de Henfield era jurídicamente espuria. Ha sido «opinión conjunta y unánime del tribunal», les informó Wilson, que las acciones de Henfield podrían ser ilegales por representar una ofensa del *common law* contra los Estados Unidos [2]. El jurado no estuvo de acuerdo, y su veredicto provocó celebraciones en todo el país. Relata John Marshall que la absolución de Henfield fue celebrada con «señales extravagantes de alegría y exultación» por un público que cuestionaba la posición de la administración [3]. Se encendieron hogueras y se celebraron fiestas en ciudades y pueblos de Maine a Georgia. En Charleston, Carolina del Sur, un «número de ciudadanos respetables» pasó una noche de «gran hilaridad y armonía» al brindar en honor a «(e)l patriótico jurado de Filadelfia que absolvió a Gideon Henfield, y defendió los derechos del hombre *(Tres brindis)*» [4]. La *National Gazette* elogió al jurado del caso *Henfield* por

---

[1] Las narraciones completas del caso *Henfield* pueden hallarse en JAY, 1997: 127-128, 138-142; CASTO, 1995: 130-136; y PRESSER, 1991: 68-76.

[2] Acusación del *Petit Jury*, en *United States v. Henfield,* II F. Cas. 1099, 119-20 (C.C.D. Pa. 1793) (No. 6360).

[3] MARSHALL, 1807: 273-274.

[4] Sociedad Republicana de Carolina del Norte, Brindis por una Victoria Francesa, 29 de agosto de 1793, citado en FONER, P. S., 1976: 380.

> defender la Constitución contra un tribunal y una Administración con visiones corrompidas por «motivaciones políticas»:
>
> Cuando los siete obispos (hombres buenos y célebres) fueron juzgados por demandar a Jacobo II, surgió una diferencia similar de opinión entre el tribunal y el jurado, entonces, como ahora, el pueblo estaba exultante por el veredicto de absolución; y nuestra posteridad venerará, probablemente, a este jurado como nosotros veneramos a aquél, por su contribución a asegurar los derechos y libertades de la humanidad[5].

* * *

Sábado 18 de julio de 1795. Al menos 5.000 personas se reunieron frente al *Federal Hall* en la Ciudad de Nueva York para protestar contra el *Jay Treaty*[6]. La manifestación había sido planeada durante semanas por los Republicanos ansiosos de lograr la declaración de nulidad del tratado. La multitud, en su mayoría integrada por comerciantes y trabajadores, se vio inesperadamente acompañada por algunos integrantes de la elite de la ciudad; reunidos a toda prisa por los comerciantes federalistas liderados por Alexander Hamilton. Los federalistas decididos trataron de tomar el control de la manifestación. Cuando el encuentro iba a comenzar, Hamilton subió a los escalones de un edificio cercano rodeado de sus seguidores y comenzó a hablar. Los líderes republicanos le solicitaron que se detuviera, a lo cual Hamilton rehusó con altanería. La muchedumbre reaccionó enfurecida, ahogando a Hamilton con «silbidos, escupitajos y abucheos»[7]. Hamilton ofreció una resolución escrita, que exigió fuese adoptada como reflejo de la verdadera voluntad de la ciudad. La muchedumbre se detuvo a escuchar, pero explotó furiosa al oír que era «innecesario dar una opinión sobre el tratado» porque el pueblo tenía «confianza total en la sabiduría y la virtud del Presidente de los Estados Unidos, a quien, junto con el Senado, le correspondía constitucionalmente la discusión de la cuestión»[8]. Hamilton y sus acompañantes fueron desalojados al grito de «no escucharemos más» y «rómpanlo»[9]. Se dijo que alguien en la multitud arrojó una piedra que golpeó a Hamilton en la cabeza. Escenas similares se repitieron por todo el país.

* * *

2 de julio de 1798. Durante un debate en el Congreso por la adopción de la *Alien Act* —que dio al Presidente poderes unilaterales para poner en prisión o deportar extranjeros, incluso en tiempos de paz— Edward Livingston de Nueva York reprochó a los defensores del proyecto. «Si estamos dispuestos a violar la constitución que hemos jurado defender», advirtió: «¿El pueblo se

---

[5] *National Gazette,* 3 de agosto de 1793, citado en Buel, Jr.: 1972, 25.

[6] El relato completo de este encuentro se encuentra disponible en Young, 1967: 449-454 y Freeman, 2001.

[7] *The Argus, or Greenleaf's New Daily Advertiser*, 20 de julio de 1795.

[8] Citado en Freeman, 2001: xiii, y Millar, 1959: 424.

[9] Young, 1967: 450.

someterá a nuestros actos desautorizados? ¿Los estados respetarán nuestros poderes usurpados? Señor, no deben someterse. Si no resisten, se merecerán las cadenas para las cuales han sido concebidas estas medidas» [10]. Las respuestas a las admoniciones de Livingston fueron inmediatas y extendidas. En encuentros públicos en Kentucky, Virginia, y los estados del Atlántico Medio fueron denunciadas la *Alien Act* y la *Sedition Act*, declaradas insubsanablemente nulas [11]. Una compañía militar en un condado de Virginia anunció que no colaboraría para hacer cumplir las leyes, al tiempo que un regimiento en el condado de Madison, Kentucky, resolvió que aquellas leyes «violaban la Constitución, y los derechos naturales, y que [...] No podemos ni aprobarlas ni someternos a ellas» [12]. Los federalistas respondieron a éstas y a declaraciones similares reclamando que los juicios de constitucionalidad quedaran al arbitrio de los tribunales, una posición que sus oponentes rechazaron con fuerza. Afirmar que «la decisión sobre la constitucionalidad de todos los actos legislativos reside sólo en el poder judicial», escribió un corresponsal en el *Albany Register*, «es remover la piedra fundamental sobre la que se asienta nuestro acuerdo federal; es sustraer al pueblo su soberanía suprema» [13].

* * *

En éstas y en incontables escenas del mismo tipo, los estadounidenses de la época de la fundación revelan la forma en la que comprendían su rol en el gobierno popular con un alcance que nosotros, que damos mucho por sentado, no podríamos comprender. Los Estados Unidos eran entonces el único país del mundo con un gobierno fundado explícitamente en el consentimiento del pueblo, manifestado en un acto distintivo e identificable, y quienes habían dado ese consentimiento eran intensa y profundamente conscientes de ello. Y estaban orgullosos. Este orgullo, esta percepción de la fragilidad e importancia de su proyecto de gobierno popular, estuvieron presentes en todo lo que hizo la generación de los fundadores. Fue, como ha señalado Gordon Wood, «el significado profundamente percibido de la Revolución» [14].

Los comentaristas modernos, especialmente los jurídicos, leen las cartas y los discursos de los Fundadores de forma anacrónica; otorgándole demasiado peso, o el tipo de peso equivocado, a las quejas sobre los «excesos de democracia» [15]. Presentamos a los hombres que concibieron y ratificaron la

---

[10] Discurso de Edward Livingston ante la Cámara de Diputados, citado en el *Washington Herald of Liberty*, 16 de agosto de 1789.

[11] CHURCHILL, 2000: 113.

[12] Resoluciones del Séptimo Regimiento y los Ciudadanos del Condado de Madison, Aurora, 4 de enero de 1799, citado en *ibid.*

[13] Citado en *ibid.*

[14] WOOD, 1969: 47; para un análisis detallado de la forma en la que los estadounidenses del momento entendían el tránsito de la monarquía a la república, véase BUSHMAN, 1985.

[15] FARRAND, 1937: 48 (comentarios de Elbridge Gerry) (Notas de Madison, 31 de mayo de 1787).

Constitución como luchando por crear un sistema autocorregible de frenos y contrapesos cuyas operaciones fundamentales podrían funcionar totalmente desde el interior del gobierno mismo, con una implicación o una interferencia mínima del pueblo. Nuestra gramática política está saturada de esta lectura de la fundación, que considera al movimiento por la redacción de una nueva Constitución casi exclusivamente en términos antidemocráticos. Según esta concepción —una visión que permea la producción académica tanto histórica como jurídica sobre el asunto—, nuestra Constitución fue adoptada primero y fundamentalmente para instaurar un control sobre el pueblo, para minimizar su rol en el gobierno, para empujar al pueblo tan fuera del escenario como fuera posible sin abandonar técnicamente el republicanismo.

En esta caracterización hay, por supuesto, un componente de verdad. Habiendo sobrevalorado la capacidad de un legislativo ilimitada para gobernar durante la ola de entusiasmo romántico que cubrió al país con la Declaración de la Independencia, en la década de 1780 el liderazgo estadounidense reaprendió dolorosamente el porqué de la necesidad de fragmentar y separar el poder dentro del gobierno. Sin embargo, debemos ser cautelosos, para no exagerar el alcance y la naturaleza de la reacción focalizándonos de forma muy restringida en esa dirección.

Igual de importante es no juzgar las palabras y las acciones de los hombres del siglo XVIII con nuestros estándares sobre lo que significa ser un «demócrata». Incluso las concepciones de los más «anti» de los antifederalistas serían reaccionarias hoy y en muchos sentidos se ubicarían muy lejos del *mainstream* político. En su época, sin embargo, y especialmente en el contexto del mundo en el Atlántico, los fundadores de los Estados Unidos estaban del otro lado del espectro político: eran fervientes radicales apostando arriesgadamente por un gobierno popular. El debate entre los federalistas y los antifederalistas fue, en efecto, una discusión entre facciones de una izquierda democrática; incluso los federalistas «de buen tono» eran populistas de acuerdo a las visiones imperantes, que excluían la opción de un gobierno estable que no tuviera un monarca o una aristocracia formal. La generación fundadora de los Estados Unidos, en audaz contraste, abrazó una ideología política que celebraba el rol central del «pueblo» en la provisión de energía y de dirección al gobierno, un ideal que permaneció en todo momento a la vanguardia de su pensamiento —tanto el de los federalistas como el de los antifederalistas—. La preservación de la libertad requería una constitución cuya arquitectura interna fuera diseñada con cuidado para controlar el poder, al tiempo que exigía líderes con suficiente «personalidad» y «virtud». Pero las innovaciones estructurales y un liderazgo virtuoso eran «dispositivos auxiliares» para canalizar y controlar la política popular; no para aislarla o eliminarla. El pueblo mismo seguía siendo responsable de hacer que las cosas funcionaran.

Esto era especialmente así en lo concerniente a la constitución, la expresión más directa de la voz del pueblo. Escuchemos a St. George Tucker, en el apéndice de su edición de los *Blackstone's Commentaries* de 1803:

> [L]a Revolución americana ha generado una nueva época en la historia de las instituciones civiles, al poner en práctica lo que, antes, se suponía que sólo podía existir en las especulaciones visionarias de los escritores teóricos [...] Por primera vez desde el comienzo de la historia de la vida humana, el mundo ha visto un contrato original escrito celebrado por las voces libres e intencionadas de individuos dispuestos a unirse con los mismos lazos sociales; exhibiendo de esta forma un fenómeno político desconocido en eras anteriores [...] [L]as facultades de los diversos poderes del gobierno están definidas, y sus excesos, tanto los del legislativo como los de *otros* poderes tienen límites, que no pueden ser transgredidos sin ofender al poder mayor del cual deriva toda autoridad entre nosotros; a saber, el PUEBLO [16].

Cuando Tucker y sus contemporáneos invocaban al «pueblo,» además, no estaban conjurando una abstracción hueca ni presentando una justificación filosófica mítica del gobierno. El «pueblo» que ellos conocían podía expresarse, y lo había hecho. El «pueblo» que ellos conocían había peleado una revolución, había expresado su insatisfacción con los primeros frutos de la independencia, y había debatido y adoptado una nueva carta para gobernarse a sí mismo. Los fundadores estaban ciertamente preocupados por los peligros del gobierno popular, algunos de ellos lo estaban con obsesión. Pero también habían sido cautivados por sus posibilidades y sentían un respeto reverencial por su importancia. La constitución seguía siendo fundamentalmente un acto de la voluntad popular: la carta del pueblo, hecha por el pueblo. Y, como veremos, era «el pueblo mismo» —trabajando a través de y respondiendo a sus agentes en el gobierno— el responsable de ver que la constitución fuera interpretada e implementada de forma adecuada. La idea de entregar esta responsabilidad a los jueces era simplemente impensable.

Es cierto que la práctica del control judicial de constitucionalidad surgió, y de forma temprana —mucho antes que *Marbury v. Madison*, que en su mayoría repetía los argumentos ya desarrollados por otros—. Elucidar la naturaleza de esta práctica inicial, que se parecía poco al control judicial de constitucionalidad de hoy, está entre los objetivos de este libro. Pero la historia que sigue es más que una historia revisionista (si bien también lo es, por cierto) de los orígenes del control judicial de constitucionalidad. Ello porque los esfuerzos por definir un rol para los tribunales han sido parte de una lucha mayor y más fundamental para mantener la autoridad de los ciudadanos comunes sobre la constitución. Una y otra vez, la generación de los fundadores y sus sucesores respondieron a las condiciones sociales, políticas y culturales en evolución improvisando soluciones institucionales e intelectuales para preservar el con-

[16] TUCKER, 1803.

trol popular sobre el decurso del derecho constitucional —un tipo de control que parece que hemos perdido o abandonado en la actualidad—.

En el siglo XXI tendemos a dividir el mundo en dos terrenos distintos: el ámbito de la política y el ámbito del derecho. En la política, el pueblo gobierna. Pero no lo hace en el derecho. El derecho queda al margen para la elite entrenada de jueces y abogados cuya tarea profesional es implementar las decisiones formales producidas en y por la política. La constitución, según este entendimiento moderno, es una especie del derecho —especial sólo en la medida en la que establece los límites dentro de los cuales discurre la política—. Como derecho, la constitución queda reservada a esta elite para que la maneje, con sujeción a la supervisión superior de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La política constitucional, en la cual el pueblo tiene un rol, es el proceso de producción del nuevo derecho constitucional. Se diferencia de la interpretación y la exigibilidad del derecho constitucional vigente —tareas éstas desarrolladas totalmente y con autoridad para nosotros en los tribunales y por los jueces—. Gerald Leonard lo describe de manera elegante al observar cómo nos inclinamos hoy «a ver a la política como *trabajando dentro* de un orden constitucional en lugar de *trabajando para* ese orden constitucional» [17].

Esta comprensión moderna es, como veremos, de cosecha sorprendentemente reciente. No refleja ni la concepción original del constitucionalismo ni su desenvolvimiento durante la mayor parte de la historia americana. Tanto en sus orígenes como durante la mayor parte de nuestra historia, el constitucionalismo estadounidense asignó un rol central y crucial a los ciudadanos para la implementación de su constitución. La autoridad interpretativa final residía en «el pueblo mismo», y los tribunales al igual que los representantes electos estaban subordinados a los juicios del pueblo. La historia de esta práctica de «constitucionalismo popular» es la que aparece a través de nuestro estudio del control judicial de constitucionalidad. Muchos, quizás la mayoría, de los académicos creen hoy que la «soberanía popular» sólo puede expresarse en momentos raros, creen que con la excepción de esos momentos «el pueblo» está ausente o presente sólo como abstracción. Ésa no era la creencia de los Padres Fundadores ni de sus hijos ni de los hijos de sus hijos, y al trazar el mapa de la forma en la que ellos construyeron la idea del control judicial de constitucionalidad también trazaremos el mapa de sus esfuerzos por explicar y preservar la soberanía activa del pueblo sobre la Constitución. Y en el camino, quizás, encontraremos algunas razones para redespertar nuestras propias sensibilidades adormecidas en ese sentido.

---

[17] LEONARD, 2002: 15.

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN CONSUETUDINARIA

En sustancia y en principio, la misma de ayer

La idea de una «constitución» no era nueva en 1787 ni en 1776. Los estadounidenses tenían un concepto del derecho constitucional e ideas bien desarrolladas sobre la naturaleza de una constitución mucho antes de sentarse a redactar cualquiera de sus constituciones. Desde la perspectiva del historiador, este concepto se remonta por lo menos a las luchas entre Jacobo I y el Parlamento [1], aunque a los hombres de los siglos XVII y XVIII les gustaba referirse a una «Constitución Ancestral» cuyas prácticas se seguían desde «tiempo inmemorial» [2]. Los estadounidenses de la Colonia se aferraban a los principios de esta constitución muy familiar en sus términos, y estaban convencidos de su esencia de corrección y sabiduría [3]. Naturalmente, las pautas de pensamiento y de acción marcadas por esta experiencia moldearon la comprensión de la tarea de redacción de nuevas constituciones tras la Revolución y proveyeron, por tanto, el punto de partida necesario para la recuperación de la Constitución original.

---

[1] GOUGH, 1955: 12-65, ha encontrado antecedentes del derecho fundamental en la Edad Media, pero ubica el inicio de su versión del derecho fundamental en los esfuerzos frustrados de Sir Edward Coke para desafiar la autoridad de la Corona y los reclamos de Jacobo I frente a las prerrogativas reales. Por otra parte, fue aproximadamente en esta época cuando el pueblo angloparlante comenzó a utilizar la palabra «constitución» para referirse a su ley fundamental y poner marco al gobierno (STOURZH, 1988: 35, 38). Existía una historia más antigua aún del constitucionalismo pero ésta tenía una relación apenas tangencial con la tradición iniciada en Europa en la Edad Media tardía. SARTORI, 1962: 853.

[2] POCOCK, 1987: 30-55; REID, 1993: 169-176, 211-222.

[3] BAYLIN, 1968: 52-54; GREY, T. C., 1978: 843, 849-850.

1. «QUÉ MÁS QUE UNA UTILIZACIÓN INMEMORIAL»

La palabra «constitución» tenía significados diferentes en los siglos XVII y XVIII, y no todos se correspondían con su comprensión moderna. Según uno de los usos, una «constitución» era simplemente el arreglo de leyes y prácticas existentes que, literalmente, constituían el gobierno, no era ni anterior ni superior al gobierno ni al derecho ordinario, por lo cual resultaba posible que una ley fuera considerada inconstitucional sin que ésta fuera además ilegal[4]. En el sentido opuesto, otro uso del concepto equiparaba la constitución al derecho ordinario y la constitucionalidad a la legalidad. Al escribir en 1788, William Paley describió la constitución como nada más que «una sección principal, un encabezamiento, sección, o título del código de derecho público»[5]. «Los términos *constitucional* o *inconstitucional* significan *legal* o *ilegal»,* explicaba, dado que el derecho constitucional «se funda en la misma autoridad que el derecho aplicable* sobre cualquier tema; y debe ser interpretado por los mismos métodos».

Incluso, un tercer significado, el más pertinente aquí por haber sido el que seguían los revolucionarios estadounidenses, asimilaba la constitución a la «ley fundamental». Sin embargo, la frase ley fundamental en sí no siempre se utilizaba con consistencia[6]. En algunas instancias, la expresión ley fundamental se empleaba de forma tal que resultaba intercambiable con las costumbres antiguas y valiosas, costumbres que podrían o no tener la capacidad de controlar al soberano. En otras instancias, describía las reglas que establecían los procedimientos para el funcionamiento del poder legislativo, tales como el requisito de que los tres estamentos —Rey, Lores y Comunes— dieran su consentimiento antes de que un proyecto se convirtiera en ley. Sin embargo, la expresión ley fundamental era utilizada de forma más común como sinónimo de lo que todavía hoy consideramos derecho constitucional: un cuerpo de principios inmutables más allá del alcance de cualquier institución gubernamental.

Para complicar nuestra confusión sobre el significado de la ley fundamental estaba (para los ojos modernos) su enmarañada relación con el *common law*, el cuerpo de reglas y principios consuetudinarios que gobernaban las cuestiones legales ordinarias en los tiempos que precedieron al funcionamiento de las legislaturas. La ley fundamental se basaba en el *common law* y compartía muchos de sus principios. Gran parte de la ley fundamental derivaba,

---

[4] REID, I. J. P.: 1968.

[5] PALEY, W., 1788, citado en WILSON, J., 1967: 310.

* *N. de T.: The law of the land* en inglés. Esta expresión es equivalente a la expresión latina *lex terrae* y se refiere al derecho vigente y de aplicación en un determinado país.

[6] GOUGH, 1955: 2; REID, 1968: 76.

de hecho, del *common law* —el derecho a un juicio por jurados ejemplifica de forma obvia e importante esa relación—. No obstante, no todo el *common law* era la ley fundamental, y mucho de lo que se reconocía como parte de la ley fundamental tampoco derivaba del *common law*. A pesar de la importante superposición, la ley fundamental conformaba entonces un cuerpo de principios y costumbres conceptualmente diferenciado. Es posible que sus límites precisos frente al *common law* fueran confusos, incluso para los escritores y comentaristas de entonces. Pero, no obstante, esos límites existían, y los participantes parecían capaces de distinguir uno de otro y detectar cuándo alguien quería invocar la ley fundamental en su sentido fuerte.

La relación entre la ley fundamental y el derecho natural era más compleja que la relación entre la ley fundamental y el *common law*. La existencia de una «ley de la naturaleza» (o, como preferían identificarla algunos en el siglo XVIII, una «ley de la razón») se consideraba un hecho, al igual que la trascendencia y superioridad del derecho natural frente al derecho positivo producto de las instituciones humanas [7]. Las declaraciones en este sentido eran lugar común en las obras contemporáneas de teoría jurídica y política. Incluso el propio Sir William Blackstone, el gran positivista, comenzaba sus *Commentaries* reconociendo un derecho natural que «por supuesto es superior a cualquier otro en la generación de obligaciones. Es obligatorio en todo el planeta, en todos los países, y en todos los tiempos: ninguna ley humana es de ninguna validez, si lo contradice; y todas las leyes válidas derivan de él toda su fuerza, y toda su autoridad, de forma mediata o inmediata» [8]. Pero la importancia de la preeminencia del derecho natural era menos clara en la práctica porque la ley humana siempre se las arreglaba de alguna forma para ofrecer una solución aceptable [9]. Como lo explicó un juez del siglo XVI:

> [N]o debemos creer que los fundadores de nuestro derecho fueron remisos en la búsqueda del derecho natural, o que lo ignoraban. Tampoco encontramos ninguna razón, en el derecho que ellos crearon, para concebir opinión tan pobre de ellos, ya que sus leyes indican lo contrario, y demuestran que ellos, quienes las hicieron, eran hombres del más grande y profundo juicio, y estaban familiarizados tanto con el derecho natural como con el derecho de la razón, y la ley de Dios. Ya que no hay nada que nuestras leyes ordenen que contradiga la naturaleza o la ley de Dios, nuestro derecho está más bien de acuerdo con aquéllas [10].

Deslizamientos interpretativos de este tipo eran comunes en relación con la ley fundamental. Si bien la ley fundamental y el derecho natural podían diferenciarse, la generalidad y la apertura de sus respectivos contenidos quitaba importancia práctica a la distinción. Los escritores podían (y

---

[7] HAINES, 1914: 21.
[8] BLACKSTONE, 1765: 41.
[9] GOUGH, 1955: 17-19.
[10] *Sharinston v. Strotten* (7 & 8 Elizabeth), I Plowden 298, 304.

de hecho lo hacían) presumir que la ley fundamental se adecuaba al derecho natural y en igual sentido podían (y de hecho lo hacían) basarse de forma intercambiable en ambos para la elaboración de argumentos. La ley fundamental era, en parte, la corporización o la expresión de la naturaleza y la razón en el derecho positivo. En palabras de un escritor anónimo de panfletos del siglo XVII, la ley fundamental era «una definición de las leyes de la naturaleza y el *common equity* (por consentimiento común) en una forma política y de gobierno que las hace administrables entre nosotros con honor y seguridad» [11].

La tradición del derecho constitucional del siglo XVIII colapsaba así argumentos del derecho natural con argumentos de moralidad, costumbre y el *common law* y el derecho legislativo de forma tal que difuminaba las distinciones que el abogado moderno asume deben articularse con precisión [12]. La preocupación persistente por la precisión sobre las jerarquías y las fuentes del derecho surgió más tarde para convertirse en el sello del pensamiento jurídico del siglo XIX —y el siglo XX—. Los abogados en el siglo XVIII estaban al tanto de estas distinciones, pero de forma raras veces formulada con exactitud porque un acuerdo de principios compartidos hacía innecesario enfatizar diferencias puramente conceptuales. Entonces, si bien los límites pueden haber sido borrosos, todavía existían, y una noción positiva de la ley fundamental proveía el núcleo en torno al cual se organizaba la discusión constitucional. En síntesis, antes y después de la Revolución, los *whigs* estadounidenses creían que existía una ley fundamental o constitucional cuyos términos «demarcaban y fijaban las principales líneas y límites entre la autoridad de los gobernantes, y las libertades y privilegios del pueblo» [13].

¿Cuáles eran las características o las propiedades de esta ley? Primero y principal, se basaba en el consentimiento: el consentimiento de los gobernados. La constitución británica corporizaba un contrato entre el pueblo y sus gobernantes, por el cual el pueblo confería ciertos poderes, se reservaba ciertos privilegios, y establecía en general los términos en los que acordaba ser gobernado [14]. Este acuerdo era «la esencia misma de [...] la Jurisdicción», dado que la autoridad para gobernar podía derivarse sólo a través de un «Pacto» cuyo comienzo «incluía en él [...] el Consentimiento de todas las Partes» [15]. Era, necesariamente, un acuerdo implícito, ya que ningún acto podía ser identificado como marca del comienzo formal del gobierno constitucional. Pero ello afectaba de forma alguna su origen popular, que reposaba en la prescripción.

---

[11] ANÓNIMO, 1643: 100, citado en GOUGH, 1955: 100.

[12] GREY, 1988: 151-152; DESAN, 1988: 1381, 1470-1471; GREY, 1978: 852-853. La práctica de confundir las leyes, la costumbre en evolución, y la razón era característica de ciertas vertientes de la jurisprudencia estadounidense durante el siglo XIX. SIEGEL, 1990: 1431.

[13] FISKE, 1774: 31.

[14] GOUGH, 1955: 175-176; GREY, 1978: 862-865; BUSHMAN: 1985: 4-5.

[15] WOODESON, 1766: 26-31, citado en GREENE, 1986: 85-86.

«Sin perjuicio del hecho histórico de un contrato social», explicaba Richard Wooddeson en 1792,

> el gobierno debe existir, y se *considera* generalmente fundado en el consentimiento, tácito o expreso, en un contrato real, o *cuasi* real. Esta teoría es la base material de los derechos políticos; y no es difícil sostenerla teóricamente. Si no, ¿qué es lo que otorga a una legislatura cualquiera un derecho a actuar, cuando no puede mostrarse un consentimiento expreso?; ¿qué, sino los usos inmemoriales? y, ¿cuál es la fuerza intrínseca de los usos inmemoriales, al establecer esta ley fundamental o cualquier otra ley, sino la evidencia de la aquiescencia y el consentimiento común [16].

La invocación de los «usos inmemoriales» de parte de Wooddeson es importante por otra razón, que apunta a un segundo aspecto relevante del constitucionalismo inglés. En lugar de residir en un texto único o identificarse con una sanción particular, el contenido y la autoridad de la constitución británica derivaban de principios extensamente arraigados en la cultura y la práctica jurídicas inglesas. En otras palabras, podemos caracterizar como una constitución consuetudinaria al cuerpo de la ley fundamental que ante los ojos de los ingleses del siglo XVIII formaba su constitución.

Deberíamos ser cuidadosos al utilizar el término «consuetudinaria», dado que como hemos visto, las fuentes de la autoridad constitucional no se limitaban a la costumbre. La convención de referirse a la constitución de Inglaterra como una constitución «no escrita», es, en este sentido, anacrónica, y refleja una necesidad distintivamente moderna de exaltar nuestros propios textos escritos con prolijidad. La costumbre y la práctica eran, por supuesto, fuentes centrales de la autoridad de la ley fundamental en los siglos XVII y XVIII. Pero también lo eran una variedad de materiales escritos —incluyendo la Carta Magna; la Biblia; leyes clave como la Declaración de Derechos de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701; tratados prominentes, en particular los de Vatel, Pufendorf y Grocio; y ciertas obras filosóficas, entre las cuales probablemente las más importantes fueran las de John Locke [17].

Estas fuentes textuales no conformaban en sí la ley fundamental, más de lo que la formaban los principios del derecho natural que los contendientes citaban con regularidad. La constitución consistía en los principios inmutables de la libertad inglesa que derivaban de la «costumbre inmemorial», un canon limitado y muy real cuyas raíces se decía se perdían en un pasado sajón distante. Las normas sancionadas con posterioridad, las prácticas desarrolladas más tarde, los tratados eruditos y los argumentos tomados del derecho natural se utilizaban todos para ayudar a iluminar, traducir y darle sentido a esos prin-

---

[16] WOODESON, 1792: 35.

[17] GOUGH, 1955: 160-202; STIMSON, 1990: 15-22; SCHWOERER, 1980: 224-237; GREY, 1978: 850, 860-865. En las colonias, las declaraciones también eran consideradas fuente del derecho constitucional.

cipios ancestrales. Los polemistas constitucionales empleaban estas fuentes diversas del derecho para articular y aplicar preceptos duraderos de la ley fundamental, a menudo al afirmar raíces góticas para las prácticas que resultaban implausibles, lo cual enloquecía tanto a los historiadores contemporáneos como a sus sucesores [18]. Pero luego, tal como lo ha demostrado de forma convincente John Reid, los abogados, los políticos y los escritores de panfletos que invocaban los principios de la constitución británica no estaban haciendo historia [19]. Estaban empleando una metodología que todavía hoy los abogados asocian de forma típica con el *common law*: la construcción de argumentos basados en la analogía, los principios, y lo que Reid denomina «la historia forense» (es decir, la historia escrita desde el escritorio de los abogados, es decir, nada de historia). La ley fundamental se diferenciaba del *common law*, en la medida en que sus reglas, sus principios, y sus fuentes diferían, aunque con algún solapamiento. Desde el punto de vista metodológico, sin embargo, la ley fundamental y el *common law* eran hermanos. A esto nos referimos cuando identificamos como una forma de derecho consuetudinario a la constitución británica. Era, como lo reclama Reid, un programa no fijo o identificable, sino más bien «un aparato constitucional de abogacía forense para propagar de manera novedosa formas tradicionales de restricción al soberano actual» [20]. Dicho de forma más sencilla, la constitución consuetudinaria era un marco para la argumentación, en el cual el rigor histórico era menos importante que la capacidad de persuasión por analogía para mantener en el tiempo un balance estable entre la libertad y el poder a pesar de la existencia de circunstancias nuevas o cambiantes.

Como en otros casos del derecho consuetudinario, el contenido de esta constitución era incierto y abierto. De hecho, los requerimientos de la ley fundamental eran considerablemente menos claros incluso que los del *common law*, que después del siglo XV habían sido centralizados en los tribunales reales, por lo cual se basaban en el precedente judicial formal y la opinión de los profesionales del derecho y no en la costumbre social y la práctica [21]. Ningún desarrollo de este tipo había ocurrido en torno a la ley fundamental, y los tribunales no desempeñaban ningún rol especial para resolver las disputas sobre el significado de la constitución [22]. Entre sus diversas fuentes, la naturaleza fluida, y la ausencia de un foro centralizado para resolver conflictos, la ley fundamental tendió a convertirse en «cualquier cosa que fuera argumentada

---

[18] Por supuesto, la cita clásica aquí es: POCOCK, 1987 y especialmente la «retrospectiva» incluida en las pp. 255-305 de la edición de 1987.

[19] REID, 1991: 17-33; REID, 1993: *passim*.

[20] REID, 1993: 156.

[21] PLUCKNETT, 1999: 157-169; BAKER, 1999: 4-9.

[22] SOSIN, 1989: 53-93. Los tribunales sí intervenían en cuestiones de derecho fundamental relacionadas con el procedimiento jurídico propiamente dicho. Véase, por ejemplo, el *Bushell Case*, 124 Eng. Rep. 1006, 1009 (C.P. 1670) (resolviendo que no se puede castigar a los jurados si dictan una declaración de inocencia enfrentándose a las instrucciones del juez); véase GREEN, 1985.

de forma plausible y sostenida con fuerza» [23]. Ello, sin embargo, no redujo en absoluto su estatus o importancia. «La ley fundamental incluía controversias sin resolución sobre interpretaciones legítimas en disputa, y a diferencia del derecho ordinario no necesitaba una resolución imperativa de esa controversia para mantener su eficacia. Frente a la ausencia de una determinación imperativa del significado de la ley fundamental, la acción gubernamental desafiada se mantenía, el debate continuaba y los principios constitucionales conservaban toda su vitalidad» [24].

Eso no implicaba que nada estuviera preestablecido. Por el contrario, había consenso sobre gran parte de la ley fundamental, en particular en el siglo XVIII, después de que sus aspectos más controvertidos (el alcance de la prerrogativa de la Corona y la relación entre la Iglesia y el Estado) habían sido definidos en la Gloriosa Revolución y sus postrimerías. Estos principios definidos incluían tanto la existencia de ciertos derechos inalienables, tales como el derecho a un jurado o a peticionar a las autoridades, como cuestiones procesales y de ejercicio de los poderes ejecutivos o legislativos, tales como el requerimiento de que el Parlamento diera su consentimiento a la legislación. Las disputas constitucionales podrían surgir en relación con el significado preciso o la aplicación de estos principios en contextos particulares, pero había un acuerdo general sobre su existencia e incluso sobre la aplicación en un espectro razonablemente amplio de circunstancias.

La constitución inglesa era, al igual que otras formas del derecho consuetudinario, inmutable y al mismo tiempo estaba en evolución, era la misma pero era siempre diferente. Si esto suena paradójico, pensemos en el aforismo atemporal de Coke «de los viejos campos debe surgir y crecer el nuevo maíz» [25]. Mejor aún reflejado en la famosa analogía sobre los argonautas de Matthew Hale: «La nave de los argonautas era la misma al retornar a casa que al partir, aunque en ese largo viaje sufrió reformas sucesivas, y difícilmente hubiera regresado con alguno de los materiales originales» [26]. Los detalles, las aplicaciones, incluso las instituciones podrían cambiar, pero la ley fundamental en sí permanecía constante y retenía su sustancia y esencia como una fortaleza que protege la libertad frente al poder. Esta capacidad de mejorar sin cambiar era señalada regularmente como una de las virtudes cardinales de la constitución inglesa. Al opinar a fines del siglo XVIII, el jurista John Reeves observaba:

> Que nuestra Constitución no es precisamente la misma que fue en el reinado de Jacobo I, sería el último hombre en negarlo; porque una de las convicciones más fuertes que tengo es la de su excelencia, que es capaz de, y está

[23] Reid, 1974: 1087.
[24] Snowiss, 1990.
[25] Coke, 1672.
[26] Hale, 1739: 40.

> recibiendo de forma continua, mejoras, ya sea mediante la inclusión de nuevos beneficios, o por el logro de nuevas garantías para la protección de los derechos originales. Muchos de éstos se han incrementado desde los tiempos de Jacobo I. La Petición de Derechos más que reconocer nuevos derechos aseguró los viejos; la abolición de la Cámara estrella fue un nuevo beneficio; el *Bill of Rights* fue más bien una nueva garantía para viejos Derechos [...] Todas éstas, sin enumerar otras, han representado mejoras de la Constitución, y nada resulta más claro, que la Constitución no es hoy, en todas sus circunstancias, aunque lo es en sustancia, y en principio, la misma de ayer» [27].

El cambio en la constitución consuetudinaria ocurrió fundamentalmente a través de dos mecanismos, que correspondían a los dos principios en los cuales se basaba su autoridad, el consentimiento y la prescripción. Según las teorías de los *whigs* que afirmaban el origen contractualista de la ley fundamental, la constitución podía ser reformada a través de expresiones claras y convulsivas de la voluntad popular. Los fundamentos teóricos de este tipo de reforma habían sido elaborados durante la crisis de exclusión de 1678-1681 [28]. y testados en la Revolución de 1668 —que en el siglo XVIII corporizaba el potencial de cambio constitucional a través de la acción popular—. Los historiadores que siguieron menospreciaron prácticamente toda reivindicación de la Gloriosa Revolución: su reflejo de la voluntad popular, las reformas radicales que trajo aparejadas; de hecho, menospreciaron su «definición» efectiva de algo que fuera importante en algún sentido. Pero los hombres y mujeres de su tiempo no dudaban del significado de lo que habían logrado [29]. Entendían que el pueblo de Inglaterra había convocado una convención, había removido a un monarca de su trono, lo había reemplazado por otro (de hecho, por otros dos), había redactado una Declaración de Derechos, y había optado por la sucesión de la línea protestante. Miremos unos pocos años más adelante, y este mismo pueblo lograría establecer elecciones cada tres años, asegurar la reunión anual de la legislatura, independizar al poder judicial y expulsar a los arribistas del Parlamento.

La importancia de estos desarrollos tampoco había pasado inadvertida en las colonias. Los estadounidenses, también, habían sufrido la opresión bajo los Estuardo, y el levantamiento en la madre patria había disparado rebeliones simultáneas en Nueva Inglaterra, Nueva York y Maryland [30]. Los colonos se consideraban a sí mismos igual de partícipes en un momento revolucionario, e interpretaron la Revolución de 1688 como la confirmación de sus títulos a los mismos derechos y libertades que sus compatriotas allende el Atlántico [31]. Sus esfuerzos para imitar la Gloriosa Revolución en el Nuevo Mundo, sin

---

[27] REEVES, 1799: 65-66.
[28] LASLETT, 1956: 40.
[29] MORGAN, 1988: 107-121.
[30] LOVEJOY, 1972: 235-270; SOSIN, 1982.
[31] LOVELOY, 1972: 271-293; DESAN, 1988: 1399-1400.

embargo, produjeron resultados encontrados. El dominio de Nueva Inglaterra desapareció, y se establecieron nuevos gobiernos (o se restablecieron viejos gobiernos) en Nueva York y Maryland. Pero los esfuerzos de varias legislaturas coloniales para aprobar medidas adicionales imitando aquellas adoptadas por el Parlamento fueron sofocados en Inglaterra. Notablemente, ello no pareció apagar el entusiasmo estadounidense por la Gloriosa Revolución ni alteró la creencia de los colonos de que 1688 representaba un triunfo de los ideales *whig* a ambos lados del Atlántico. Las colonias continuaron presionando por cambios y de forma gradual alcanzaron la mayor parte de sus metas en la práctica cuando no lo lograron a través de leyes formalmente aprobadas [32]. Más tarde, los estadounidenses aprenderían que ellos y los ingleses habían extraído lecciones muy diferentes de la Gloriosa Revolución, pero a ambos lados del Atlántico nadie jamás (ningún *whig*, al menos) dudó de que el contenido de la ley fundamental se había transformado en un sentido importante y legítimo.

El segundo método de cambio constitucional —la modificación a través de la prescripción— era más común. Precisamente porque la constitución británica se originaba en la costumbre, podía ser modificada por los usos: mediante la inauguración de nuevas prácticas que, una vez que alcanzaban un grado de aceptación, podían citarse como «precedentes». Preservar la constitución consuetudinaria demandaba su vigilancia, ya que todo podía cambiar en potencia. Mediante «un acuerdo tácito tal como éste de la prescripción», explicaba el teórico del derecho de Cambridge Thomas Rutherforth a mediados de 1750, «[l]as leyes podrían resultar revocadas, las costumbres podrían convertirse en leyes, la constitución civil del gobierno podría ser modificada, los individuos podrían extender sus privilegios, los gobernantes podrían extender sus prerrogativas» [33]. Nada era fijo, nada podía ser establecido de forma permanente. «[S]ea cual sea la constitución [...] que podría surgir del uso previo como establecida por cualquier sociedad civil», continuaba Rutherforth, «una vez producido, un uso diferente o contrario, representará la misma evidencia del mutuo acuerdo de los gobernantes y el pueblo para reformar la constitución». Este principio podría parecernos familiar: hoy los tribunales ponderan con frecuencia las prácticas establecidas. Pero las apariencias pueden confundir, dado que el entendimiento del siglo XVIII era diferente y más fuerte, y cada instancia de aquiescencia frente a una práctica antes inconstitucional tenía un peso aproximadamente similar al que hoy se otorga al precedente judicial de tribunales inferiores.

Como ejemplo consideremos el debate de la década de 1760 entre los colonos estadounidenses y las autoridades imperiales sobre la importancia de

---

[32] LOVELOY, 1972: 378; GREENE, 1986: 43-54. Sobre los esfuerzos exitosos de los colonos para liberar en general a sus gobiernos del control de las autoridades imperiales, GREENE, 1963; LEBAREE, 1930.

[33] RUTHERFORTH, 1754-1756, citado en GREENE, 1986: 39.

las leyes británicas de navegación. El Parlamento había aprobado muchísimas de esas leyes para regular el comercio colonial en el siglo anterior a la Revolución; algunas habían sido ignoradas pero por lo menos entre diez y quince no lo habían sido —éstas eran más que suficientes para respaldar un argumento constitucional bajo los estándares imperantes—[34]. Dada la aquiescencia estadounidense frente a estas leyes, el Abogado General de Massachusetts, Jonathan Sewall (partidario del régimen), alegaba que la autoridad de Inglaterra para ejercer la jurisdicción legislativa sobre las colonias no podía seguir cuestionándose. Ésa era una antigua demanda y se había «resuelto, de forma abierta y expresa, antes de la suscripción de la carta [en 1691], y [había] sido ejercido de forma unívoca por ellos y reconocido por nosotros» [35].

Éste no era un argumento a descartar con ligereza. Los líderes *whig* respondieron con el intento de distinguir las leyes de navegación a fin de confinar los efectos del precedente. John Adams arguyó que la primera ley de navegación «no fue ejecutada como una ley del parlamento, sino como una ley de la colonia, lo que había contado con el acuerdo el rey» [36]. Al restablecer la ley en sí misma, la asamblea de Massachusetts había privado al Parlamento de un precedente que justificaba la autoridad de éste para legislar sin el asentimiento del legislador colonial. Por supuesto, la respuesta de Adams no lograba explicar las numerosas leyes aprobadas con posterioridad, sin mencionar las necesidades de otras colonias cuyos legislativos habían aceptado la ley de Inglaterra. Una respuesta mejor —por lo menos desde el punto de vista de América— fue la ofrecida por John Dickinson en sus famosas *Letters from a Farmer in Pennsylvania*. Según Dickinson, todas las leyes de navegación «habían sido concebidas sólo como regulaciones del comercio», y no para generar recaudación o regular las cuestiones coloniales internas» [37]. Ellas establecían la autoridad del Parlamento para aprobar un esquema comprehensivo de regulación imperial del comercio, que los colonos estaban dispuestos a aceptar, pero no se las podía citar como precedentes para otras cuestiones. No podían justificar, por cierto, ni el poder para imponer tributos para generar recaudación sin consentimiento ni el poder para legislar en general sobre asuntos coloniales.

La ansiedad por establecer un precedente era un rasgo dominante de la práctica constitucional del siglo XVIII, que ayuda a explicar las reacciones extravagantes de los disidentes estadounidenses incluso frente a las más modestas intervenciones del Parlamento. Las *Townsend Acts* impusieron aranceles muy livianos sobre el vidrio, el papel, las pinturas y el té, pero los líderes

---

[34] Reid, 1991: 211-212; para un análisis general del papel del precedente en la configuración del derecho fundamental, véase Reid, 1976: 1109.

[35] Sewall, 1775, reimpreso en 20 *Magazine of History* 119, 130 (1922).

[36] Adams, 1972: 99, 207; Buschman, 1985: 12.

[37] Dickinson, 1768, reimpreso en *The Writings of John Dickinson: Political Writings, 1764-1774*: 305, 312-315 [Paul Leicester Ford (ed.), 1895].

coloniales entendieron que el objetivo real del Parlamento era generar un precedente que apoyara su reclamo para obligar a las colonias a través de la legislación interna. Entonces, los votantes en un pueblo de Rhode Island acusaron a los británicos de actuar con el «objetivo expreso» de promover «un poderío arbitrario y la esclavitud» [38], y al mismo tiempo la Asamblea de Connecticut protestó por la «forma en la cual y mediante la cual» se habían sancionado las leyes, alegó no sólo que ellas «privaban a los colonos de manera innegable de sus derechos esenciales como ingleses», sino también que, si no se oponían a ellas, las leyes amenazaban con «privarlos de todo lo que es bueno y valioso en la vida» [39]. Cuando Lord North ofreció revocar tres de las Leyes, dejando sólo el impuesto al té, los agentes coloniales se mofaron y afirmaron «ello no significará nada» [40]. Como lo explicó la Casa de los Burgueses de Virginia en su petición al rey, los estadounidenses no podían aceptar ni siquiera el impuesto sobre el té porque se lo mantenía «con el propósito declarado de establecer un precedente en nuestra contra» [41].

Una ilustración mejor del rol del precedente la ofrece la respuesta estadounidense a la *Tea Act* de 1773, que en realidad había reducido el precio del té, pero de forma tal que dejaba implícito el poder del Parlamento para imponer aranceles con el fin de recaudar y que por ello obligó a los colonos rebeldes a destruir el té en lugar de permitir su desembarco. Bajo las reglas del comercio existentes, el té era considerado «importado» una vez que llegaba a un puerto colonial. Si no se descargaba el té dentro de los veinte días, sería decomisado por los oficiales de la aduana que retendría una porción para satisfacer los aranceles de importación. Es más, una vez en la costa, una embarcación cargada de té no podía partir sin obtener un pase de los oficiales de la Corona y no podía retornar a Inglaterra sin violar las leyes contra la reexportación colonial. Por ello los colonos quedaron en un brete. Si un barco cargado de té había entrado en un puerto colonial, no se le permitiría partir sin descargar su carga. Si el barco descargaba, se debería abonar un arancel. Si no lo hacía, los oficiales de la aduana decomisarían el té y, una vez más, se debería abonar un arancel. De cualquier forma, Londres tendría su precedente. Sería un precedente fallido, pero desde la perspectiva estadounidense, se debía evitar inclusive un precedente deslucido. La mayoría de las colonias evadió el dilema avisando a los pilotos que anclaran sus barcos fuera de los límites legales de la costa. Pero el capitán del *Darmouth* ignoró los avisos y condujo igual varios barcos a la costa de Boston, lo cual provocó el *Boston Tea Party*. Los *whigs* de Boston no

---

[38] Resoluciones de New Shoreham (2 de marzo de 1774), en 7 *Records of the Colony of Rhode Island and Providence Plantations in New England* 277 (John Russell Bartlett, ed., 1856-1865).

[39] Carta del Gobernador William Pitkin a William Samuel Johnson (6 de junio de 1768), en 9 *The Trumbull Papers* 277, 282 (Mass. Hist. Soc'y, 5.ª serie 1885).

[40] Carta de William Samuel Johnson al Gobernador Jonathon Trumbull (3 de febrero de 1770), en *ibid.,* p. 406.

[41] Petición de la Casa de los Burgueses al Rey (27 de junio de 1770), en 2 *Documents of the American Revolution, 1770-1783*, página 129 (K. G. Davies, ed., 1972-1981).

habían querido destruir el té, y negociaron frenéticamente para encontrar otra solución. Pero el tiempo se esfumó, y al día decimonoveno de la llegada de los barcos a Boston —el día antes de que su carga fuera decomisada y entrara en los registros de la casa de aduanas— llegaron a la conclusión de que no tenían más alternativa que destruir los bienes [42].

2. «Y DECLAREN NULA DICHA LEY»

El consentimiento y la prescripción eran dispositivos para cambiar la constitución. Pero ¿qué sucedía con su cumplimiento cotidiano? ¿Cómo, o más bien, por quién, era interpretada e implementada la constitución consuetudinaria, con sus variadas fuentes y sus términos inciertos? La sabiduría convencional sostenía desde antaño que la constitución británica se basaba en y reconocía la supremacía del Parlamento. Pero la doctrina de la supremacía legislativa comenzó a ganar impulso sólo en la segunda década del siglo XVIII, después de que el Parlamento extendiera su mandato de tres a siete años en la *Septennial Act* de 1716 [43]. La supremacía parlamentaria no se estableció de forma total ni siquiera en Inglaterra antes del siglo XIX, y nunca alcanzó aceptación en las colonias estadounidenses [44]. Sin embargo, el concepto de constitución existía y en los siglos XVII y XVIII era tomado en serio y debatido a ambos lados del Atlántico. Las luchas sin cuartel entre la Corona y el Parlamento eran batallas *constitucionales*; es más, eran luchas sobre lo que la constitución requería u ordenaba, no sobre qué institución podía «crearla». En otras palabras, todos los involucrados tomaban como un hecho dado la existencia de un derecho constitucional o fundamental vigente vinculante para todo el gobierno, y no se creía en absoluto que su creación o interpretación fuese prerrogativa exclusiva legislativa.

La constitución consuetudinaria tampoco contenía nada ni remotamente parecido al concepto moderno de control judicial de constitucionalidad, es decir, la práctica de someter de forma regular disputas constitucionales a los jueces para su solución en el contexto del litigio ordinario. En efecto, es dudoso que la constitución consuetudinaria cediera espacio a alguna forma de control judicial de constitucionalidad de la legislación.

---

[42] REID, 1991: 293-299.

[43] GOUGH, 1955: 180-184.

[44] REID, 1991: 79-86; Nelson, 2000: 35-36; GREY, 1978: 867. En general, hoy se acepta que la soberanía del poder legislativo no era un asunto concluido en la época de la Gloriosa Revolución, sino que más bien fue una cuestión que surgió lentamente en el curso del siglo siguiente y comenzaba a convertirse en parte de una concepción ortodoxa en la Inglaterra de la década de 1760, a comienzos de la Revolución Estadounidense. CARTER, 1969: 39-40, 47, 55; GREENE, 1986: 57-58. Recientemente, Jeffrey GOLDSWORTHY ha argumentado que la soberanía parlamentaria había sido establecida ya en tiempos de la Reforma anglicana de 1530, pero GOLDSWORTHY utiliza una definición técnica de soberanía que por su idiosincrasia queda fuera de este debate. GOLDSWORTHY, 1999: 7, 9-21.