

MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA

¿MARBURY VS. MADISON?

**Mitos y realidades acerca de los orígenes
del control judicial de constitucionalidad**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2026

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	11
PALABRAS PREVIAS	15
INTRODUCCIÓN. ¿QUIÉN INVENTÓ EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD?	19
1. PLANTEO GENERAL	19
2. EL MITO DE <i>MARBURY</i>	25
CAPÍTULO I. ¿<i>MARBURY VS. MADISON</i>?	37
1. JOHN MARSHALL NO INVENTÓ LA <i>JUDICIAL REVIEW</i> ...	37
1.1. James Iredell	37
1.2. James Wilson	46
1.3. Alexander Hamilton	51
1.4. James Madison	54
1.5. Oliver Ellsworth.....	62
1.6. William Paterson.....	65
1.7. William Cushing	67
1.8. Las convenciones estatales de ratificación.....	70
2. LOS ANTIFEDERALISTAS Y LA <i>JUDICIAL REVIEW</i>	73
2.1. «Brutus»	75
2.2. «Centinel»	79
3. EL DEBATE LEGISLATIVO DE 1789	80
CAPÍTULO II. LOS JUECES NO SE AUTOASIGNARON LA <i>JUDICIAL REVIEW</i>	85
1. LAS NOVEDADES INSTITUCIONALES	86

	Pág.
1.1. La constitución escrita como norma fundamental	87
1.2. Las declaraciones de derechos.....	92
1.3. La constitución como límite al poder legislativo.....	98
1.4. La Constitución como expresión de la soberanía del pueblo	100
1.5. La separación de poderes.....	107
2. LA TRADICIÓN: LA FUNCIÓN JUDICIAL Y EL ROL DE LOS ABOGADOS.....	110
CAPÍTULO III. LA JUDICIAL REVIEW EN LOS ESTADOS.....	119
1. PERÍODO PRERREVOLUCIONARIO.....	119
2. DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN	121
2.1. <i>Holmes y Ketcham vs. Walton</i> (1780).....	122
2.2. <i>Commonwealth vs. Caton</i> (1782).....	127
2.3. <i>New Hampshire</i> y la <i>Ten Pound Act</i> (1786)	133
2.4. <i>The Case of the Judges</i> (1788)	138
2.5. <i>Gilman vs. McClary</i> (1791)	142
2.6. <i>Peter Kamper vs. Mary Hawkins</i> (1793).....	143
CAPÍTULO IV. MARBURY NO FUE EL PRIMERO (Y DRED SCOTT NO FUE EL SEGUNDO).....	159
1. LOS PRIMEROS CASOS DE CONTROL JUDICIAL DE LEYES FEDERALES	160
1.1. La <i>Invalid Pensions Act</i> y el caso <i>Hayburn</i> (1792)	162
1.2. <i>John Chandler vs. Secretary of War</i> y <i>United States vs. Yale Todd</i> (1794).....	169
1.3. <i>Hylton vs. United States</i> (1796).....	175
1.4. La duda de Chase	179
1.5. <i>Hollingsworth vs. Virginia</i> , <i>Brailsford vs. Georgia</i> y <i>Moultrie vs. Georgia</i> (1798)	181
1.6. El caso <i>Mossman</i> (1800)	183
1.7. <i>Marbury</i> no fue el primero.....	184
2. <i>DRED SCOTT VS. SANDFORD</i> NO FUE EL SEGUNDO.....	186
CAPÍTULO V. EL DEBATE LEGISLATIVO DE 1802	189
1. EL DEBATE EN EL SENADO.....	191
2. EL DEBATE EN LA CÁMARA DE REPRESENTANTES.....	200

	Pág.
CAPÍTULO VI. <i>MARBURY VS. CHASE</i>.....	215
1. EL CONFLICTO ENTRE REPUBLICANOS Y FEDERALISTAS	215
2. ¿CUÁN NOVEDOSOS FUERON LOS ARGUMENTOS DE <i>MARBURY VS. MADISON</i> ?.....	217
3. ¿QUÉ REPERCUSIÓN TUVO EL CASO EN LA ÉPOCA?.....	222
4. EL <i>IMPEACHMENT</i> AL <i>JUSTICE CHASE</i>	228
4.1. Preludio: El <i>impeachment</i> al juez Pickering.....	229
4.2. El proceso de remoción contra Chase.....	232
4.2.1. El caso Fries	232
4.2.2. El caso Callender	233
4.2.3. La arenga de contenido político a un <i>Grand Jury</i> en Baltimore.....	234
4.3. El fracaso de Jefferson y su impacto en la <i>judicial review</i> ..	240
CAPÍTULO VII. CONSTRUCCIÓN, REVISIÓN Y CORRECCIÓN DEL MITO	243
1. ¿HISTORIA O MITO OFICIAL?	243
2. LA REVISIÓN DEL MITO OFICIAL.....	251
3. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE CORREGIR EL MITO DE <i>MARBURY</i> ?.....	255
3.1. Las razones en general.....	255
3.2. ¿Otras razones?	262
CONCLUSIONES.....	273
ANEXO. LA PRIMERA DEFENSA ESCRITA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD	285
BIBLIOGRAFÍA	293

PRÓLOGO

Prologar una obra como esta es muy gratificante por varias razones. Por un lado, la deferencia de su autor la recibo con gratitud, orgullo y compromiso intelectual, pues el pedido proviene de uno de los juristas argentinos más destacados del presente, investigador incansable y estudioso profundo de la Constitución, de su texto y sus implicancias, de su contexto histórico y sus fuentes. Su capacidad, su erudición y su obstinada voluntad han dado a luz esta obra —su tesis doctoral— que dejará una huella indeleble en nuestra lengua.

Por otro lado, el tema en sí mismo es uno de los más importantes del Derecho constitucional. Como tradicionalmente se ha enseñado, una de las características más originales de la Constitución de los Estados Unidos, comparada con las normas fundamentales que para esa época regían en el mundo occidental, fue su efecto práctico inmediato, a saber: que los ciudadanos podían reclamar judicialmente la violación de los derechos inalienables que en ella se establecían cuando el gobierno, federal o de alguno de los estados, los infringiera. Es decir, los ciudadanos —ante una violación constitucional a un derecho en ella reconocido— podían actuar del mismo modo que podían hacerlo cuando el derecho avasallado se originaba en alguna ley ordinaria o en las reglas generales explícitas del derecho judicial, como denominaba el jurista argentino Carlos Cossio a aquel que debe su nacimiento a la jurisprudencia de los tribunales. Esta fue precisamente una de las novedades más destacadas que el constitucionalismo norteamericano introdujo en su tiempo.

De hecho, si en países que siguieron la tradición estadounidense, como es el caso de la Argentina, podemos emplear los derechos y garantías constitucionales del mismo modo, es debido, precisamente, a que así lo establecieron nuestros constituyentes al nutrirse, en proporción considerable, de las ideas, de algunos textos y de los mecanismos que la Constitución norteamericana había consagrado medio siglo antes¹. A todo ello deberíamos añadir también la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos que interpreta cláusulas semejantes, la que fue citada y empleada muchas veces desde las primeras sentencias de la Corte Suprema argentina.

¹ Sobre la Constitución norteamericana como fuente de la Constitución Argentina puede consultarse GARCÍA-MANSILLA, M. J., y RAMÍREZ CALVO, R., *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, con prólogo de F. N. BARRANCOS y VEDIA, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

Ahora bien, el origen mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes y de los actos de gobierno, la judicial review, como la llaman en el país del norte, ha sido repetidamente vinculado con la sentencia pronunciada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el famoso caso Marbury vs. Madison, del año 1803 y con el voto de su Chief Justice John Marshall. En esa creencia hemos sido educados la gran mayoría de quienes hemos estudiado Derecho en la Argentina y en muchos otros países de Hispanoamérica. Es más, muchos autores han sostenido (y algunos aún defienden) que ese poder, al no estar mencionado expresamente en la Constitución norteamericana, fue «creado» por el máximo tribunal estadounidense.

En esta profunda e inusual investigación que prologo, García-Mansilla nos enseña que ese fallo, más allá de su gran relevancia —y no obstante su limitado alcance normativo— no fue el primer pronunciamiento judicial en que esa atribución se ejerció en el país del norte. Esto es un mito, nos dirá y repetirá el autor junto con Michael Stokes Paulsen y otros juristas norteamericanos. El control de constitucionalidad, la judicial review, no fue «creada» judicialmente en aquel pronunciamiento, ni en ningún otro.

Esa atribución, agregará, tampoco implicó la introducción de una noción totalmente ajena al derecho norteamericano (como sí lo fue entre nosotros en la Argentina para el año 1853). De hecho, como se demuestra a lo largo de este libro, el poder de los jueces para declarar que una norma inferior que contradecía otra superior era, por tanto, inaplicable en un caso judicial, comenzó su desarrollo gradual primero en Inglaterra y luego se extendió y aplicó en Norteamérica desde la época de la colonia. Ocurrida la independencia y sancionadas las Constituciones de los Estados y la federal, la idea se mantuvo y se perfeccionó, adaptándola al nuevo sistema (capítulo II). Comprender esa adaptación es clave para desentrañar, en palabras del autor, el peculiar origen que tuvo el control judicial de constitucionalidad. Desde ya que una vez sancionadas esas Cartas el proceso de adaptación siguió su curso y así se llega a la sentencia del caso Marbury, donde no solo se acudirá al texto de la Constitución para sostener el poder de revisión constitucional sino que, como destaca el autor (capítulo VI.2, nota a pie de página 19 y texto al que acompaña), también se hará referencia explícita y reiterada a un precedente, v.gr., el caso Hayburn (1792), dato muchas veces omitido en las versiones editadas de algunos casebooks.

A los fines de solventar la idea del mito de Marbury, en los capítulos III y IV García-Mansilla nos pone frente a la opinión de notables estadistas y juristas del período revolucionario y posrevolucionario entre los cuales se encontrarán tanto aquellos que históricamente han merecido menciones especiales, como otros que no son tan conocidos como los anteriores, pero cuyas intervenciones son parejamente destacables. De estas transcripciones surge con claridad que la idea del control de constitucionalidad no fue una original ocurrencia del Chief Justice John Marshall, así como que tampoco fue el caso Marbury el que inauguró la judicial review. De hecho, para el momento en que la Suprema Corte falló Marbury, ella ejerció un poder que ya se había empleado en casos anteriores, tanto a nivel local como federal, y su existencia nunca había sido negada en una sentencia judicial previa. Además, ese poder era aceptado y defendido por

muchos ex convencionales constituyentes que aludieron a él en sus alocuciones públicas y por legisladores en el Congreso federal —v.gr., en los debates de la Judiciary Act de 1789 (capítulo i, in fine) y la de 1802 (capítulo v)—. Es importante también tomar nota de algo que al autor le ha interesado destacar, a saber: que en la mayoría de los casos previos a Marbury, esos planteos, mayoritariamente, provinieron, precisamente, de los abogados litigantes de entonces, a quienes se dedica uno de los apartados del capítulo ii y del capítulo iv.1 (vii) in fine. Fueron estos los que mayoritariamente plantearon judicialmente las cuestiones de constitucionalidad que luego resolvieron los tribunales.

Estas constataciones de la tesis central, que el autor aporta generosamente acudiendo, en muchos casos, a las fuentes originales —algunas inéditas—, no implican que esa potestad no tuviera detractores desde el campo de la política. Obviamente que existieron legisladores que combatían la idea de reconocer en el Poder Judicial la atribución en cuestión. Pero, como destaca García-Mansilla en la segunda parte del capítulo vi, esas contradicciones iban de la mano de encendidos debates sobre la independencia del poder judicial en general y de la Suprema Corte, en particular.

En efecto, como recordará el lector, John Marshall, secretario de Estado del presidente John Adams, fue designado Chief Justice de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el año 1801, pocos días antes de asumir el cargo de presidente de la Nación Thomas Jefferson, enemigo político del presidente saliente y, por tanto, de Marshall. Unos meses después de pronunciada la sentencia en el caso Marbury, el diputado Joseph H. Nicholson presentó un pedido de juicio político contra el juez de la Suprema Corte Samuel Chase instigado, nos informa el autor, por Jefferson. Era vox populi que si este proceso prosperaba el próximo en ser enjuiciado sería Marshall. La trama se desarrolla con detalles atrapantes y, como propone García-Mansilla, el caso no puede separarse de las implicancias que este juicio político tenía tanto para la judicial review como para la independencia del poder judicial. A tal punto es ello así, que mueve al asombro la propuesta que Marshall tendió al propio Chase, respecto de la posible revocación legislativa de las sentencias de la Suprema Corte sobre temas constitucionales, de modo de corregir los desatinos jurisdiccionales de esa manera y no a través del juicio político. Evidentemente, como nos recuerda el autor, otra habría sido la judicial review si hubiera prosperado la idea del Chief Justice.

El capítulo vii es particularmente atractivo porque en él se propone una explicación del mito de Marbury. En esta reconstrucción juega un rol decisivo, según como lo plantea García-Mansilla, las confrontaciones que se daban en la política norteamericana de fines del siglo xix y principios del xx y la naciente corriente filosófica conocida como realismo jurídico norteamericano. También expone cómo el debate académico en torno de esta cuestión se atizó en los últimos veinte años en Estados Unidos. Pero en la tarea de recuperar el pasado me interesa destacar que la sobrevaloración de este precedente, como se anticipa en el capítulo iv, reconoce como concausas a un conjunto de otros factores, algunos aleatorios, que contribuyeron a realzar aquella sentencia, al margen de sus razones y de sus méritos expositivos. Entre ellos, el autor menciona el

hecho que, desde sus inicios hasta por lo menos el año 1800, las decisiones escritas de la Corte eran la excepción, no la regla. Muchas sentencias eran expuestas de viva voz desde el estrado. Otras, se recogían por escrito, pero eran incompletas. En realidad, los primeros registros escritos de las sentencias se debieron a la tarea de un abogado, Alexander J. Dallas quien, como emprendimiento privado, reconstruyó parcialmente el período 1791–1800. Mas como la tarea no le resultó económicamente beneficiosa, la abandonó. Posteriormente una inundación y un incendio complicaron el rescate de antecedentes. Ante un cuadro semejante, que es descrito en detalle por el autor, es comprensible que — más allá de las razones políticas y filosóficas — existía un dato de la realidad ineludible: Marbury era una decisión de la Corte Suprema que se conservaba íntegramente por escrito, venía a resumir lo resuelto en esta materia en otros precedentes, extendiendo su alcance a un supuesto no considerado hasta ese momento, exponía tanto lo dispuesto en la Constitución como lo que era una convicción de gran parte del foro y lo hacía con claridad y potencia argumentativa. Así, sin desconocer los méritos de la sentencia recaída en esa causa, el autor demuestra su tesis y nos ofrece un impresionante recorrido histórico que explica una parte decisiva de los orígenes del control de constitucionalidad en los Estados Unidos.

Finalmente, el mismo capítulo expone didácticamente un resumen de las razones que justifican la necesidad de desmitificar este asunto para comprender de modo cabal cuál fue el sistema de control de constitucionalidad que adoptaron países que siguieron la tradición norteamericana como, por ejemplo, la Argentina. A ello añade cómo el llamado control de convencionalidad creado ex nihilo en época reciente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos — y abrazado entusiastamente por parte de la Doctrina — representa un intento de mutación radical que contradice frontalmente los sistemas de constitución rígida, así como el carácter subsidiario que tiene ese régimen. Este desarrollo final debiera persuadir del error en que se encuentran quienes propician ese control de convencionalidad, de falso linaje.

Como se puede apreciar, la profundidad de la excelente tarea desarrollada por García-Mansilla en el trabajo que prologo no podía menos que ser considerada por el jurado de tesis, integrado por el exprofesor Héctor A. Mairal, el actual juez de la Corte Suprema del República Argentina Carlos F. Rosenkrantz y el vicedecano de la Universidad de Virginia, en los Estados Unidos, Michael Gilbert, como merecedor de la distinción de summa cum laude.

Alberto F. GARAY

Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

PALABRAS PREVIAS

La idea de este libro surgió a fines de 2019, luego de la presentación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires de una excelente obra del profesor argentino Alberto B. Bianchi¹. Alberto tuvo la generosidad de invitarme a ser uno de los presentadores de su libro junto con los profesores Juan Carlos Cassagne, Alfonso Santiago y Pablo Garat. Durante esa presentación, me llamó la atención la sorpresa que mostraron muchos de los asistentes cuando hice una observación sobre una parte menor del capítulo 1 de ese libro. Allí dije lo siguiente:

Al igual que hacía gran parte de la comunidad académica estadounidense durante mucho tiempo, Alberto explica en el capítulo 1 que el control judicial de leyes y reglamentos del gobierno federal se ha ejercido en los Estados Unidos desde su inauguración en *Marbury vs. Madison* en 1803. Yo hubiera dicho lo mismo hasta que leí un libro que se publicó hace apenas un par de meses. Me refiero a *Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the present*, University Press of Kansas, Lawrence, 2019, del profesor Keith E. Whittington, en el que sorprendentemente se demuestra que el caso *Marbury* fue la sexta vez en que la Suprema Corte estadounidense revisó de forma sustantiva la constitucionalidad de una ley federal, y la tercera en que se dejó de aplicar una disposición legal federal por ser inconsistente con la Constitución. En un trabajo que le llevó más de diez años, Whittington no solo se refiere a un precedente no registrado del año 1794, sino que demostró también que es una leyenda que la Corte volviera a declarar la inconstitucionalidad de una ley federal recién en 1857, en el infame *Dred Scott v. Sanford*. Whittington revisó todos los fallos de la Suprema Corte estadounidense desde 1789 hasta 2019 y concluyó que ejerció la *judicial review* sobre leyes del Congreso en 1 308 casos. En 345 oportunidades, la Corte invalidó o limitó una ley federal por cuestiones de constitucionalidad. Y en 963 ocasiones convalidó numerosas leyes federales frente a diversos cuestionamientos de inconstitucionalidad. Ese libro demuestra también que, desde un punto de vista empírico, la famosa «dificultad contramayoritaria» denunciada por Alexander Bickel en la década de los sesenta es, como mínimo, una exageración. No me puedo detener en este tema,

¹ BIANCHI, A. B., *La Separación de Poderes. Un estudio desde el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019.

pero creo que sería fascinante que alguien que ha estudiado tanto y tan bien el control judicial de constitucionalidad como Alberto, analice los méritos de esa obra llamativa que, sin dudas, está llamada a convertirse en un clásico de la literatura constitucional estadounidense.

Este comentario no pretendía ser una observación crítica de carácter medular al libro que estaba presentando. Al contrario: intentaba ser un aporte y una invitación para explorar un tema que me parecía y me parece de enorme interés. Al ver esa reacción sorprendida de varios oyentes frente a un comentario ciertamente menor, me sentí en la obligación de profundizar el estudio del tema y dar a conocer algunos trabajos similares a los de Whittington, aunque de menor profundidad, que había venido leyendo en los últimos años. De ahí surgió primero un largo artículo publicado en la *Revista Jurídica Austral*: «*Marbury vs. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad», vol. 1, núm. 1, 2020, p. 9, que fue luego aumentado y corregido en varias oportunidades a lo largo de 2021 y buena parte del 2022 cuando decidí, finalmente, convertirlo en mi tesis doctoral.

Como parte de esas investigaciones adicionales que hice, publiqué un segundo artículo también en la *Revista Jurídica Austral*: «El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos», vol. 3, núm. 2, 2022, p. 473. Allí publiqué por primera vez una traducción de la primera defensa escrita que se conoce acerca del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos que, llamativamente, data del 31 de octubre de 1782. La investigación continuó su curso hasta el depósito de mi tesis doctoral en mayo de 2023, que defendí luego a fines de octubre de ese mismo año ante un distinguido jurado en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en Buenos Aires.

De aquella tesis doctoral nació este libro, que no es solo fruto de un esfuerzo de investigación individual. Es también el resultado de varias charlas personales e intercambios con colegas y amigos a quienes quiero agradecer especialmente: Alberto F. Garay, Alberto B. Bianchi, Antonio María Hernández, Carlos Laplacette, José Sebastián Elías, Alfonso Santiago, Ignacio Colombo Murúa, Pedro Caminos, Juan Bautista Etcheverry, Jerónimo Lau Alberdi, Iván Vigani, Agustín Mackinlay, Gregorio Uriburu y Ricardo Ramírez Calvo. Todos ellos leyeron distintos borradores de algunos de sus capítulos y me hicieron valiosos comentarios, críticas y sugerencias que ayudaron a mejorar sensiblemente el contenido del libro y su enfoque.

También agradezco las observaciones y críticas que me hicieron los integrantes del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto Segundo V. Linares Quintana de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Seminario Libre de Teoría Constitucional y Filosofía Política Anacharsis Cloots de la Universidad Nacional de Córdoba. Allí, en las sesiones del 21 de abril, 20 de mayo y 15 de octubre de 2020, res-

pectivamente, presenté el núcleo de las investigaciones y del argumento que desarrollo en las páginas que siguen. Las preguntas, observaciones y cuestionamientos que me hicieron en cada una de esas oportunidades me ayudaron también a abordar cuestiones importantes sobre el planteo de fondo que hago en esta obra.

Agradezco especialmente al evaluador anónimo que durante el proceso de publicación de este libro me hizo valiosas críticas y observaciones que me ayudaron a mejorarlo en varios puntos.

Doy las gracias también a la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que me brindó el ambiente y la tranquilidad necesarios para poder hacer las investigaciones para escribir, revisar y completar este trabajo. También a los tres integrantes del jurado de tesis, así como a mi director de tesis, quienes me ayudaron con sus comentarios, especialmente al momento de la defensa, para poder profundizar el análisis de algunos puntos de la tesis que defiendo. Ninguno de estos agradecimientos, por supuesto, implica que quienes me ayudaron de una u otra forma tengan responsabilidad alguna por cualquier error que el libro todavía pueda tener. Obviamente, soy el único responsable de todo lo que dice o calla.

Finalmente, quiero hacer un agradecimiento especial y dedicarle este libro a Dolores, mi mujer, mi compañera de aventuras, con quien comparto felizmente todos los avatares de la vida desde hace más de veinticinco años. A su manera, ella me alentó y convenció para que esta obra llegue a donde tenía que llegar.

Don Torcuato, febrero de 2024.

INTRODUCCIÓN

¿QUIÉN INVENTÓ EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD?

«A page of history is worth a volume of logic»
Oliver Wendell HOLMES¹

1. PLANTEO GENERAL

El 17 de enero de 2023, utilicé el entonces novedoso (y asombroso) ChatGPT para ver qué me podía decir la inteligencia artificial (AI) acerca de los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad². Para mi sorpresa, las respuestas que me dio la AI fueron más bien estándar y, en algunos casos, incorrectas. A la pregunta acerca de quién inventó el control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, la respuesta fue escueta y un tanto evasiva (aunque dentro de lo que constituye la historia oficial desde hace varias décadas):

— ¿Quién inventó el control judicial de constitucionalidad?

— Se le atribuye al *Chief Justice* John Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos la invención del concepto del control judicial de constitucionalidad en el histórico caso *Marbury vs. Madison* en 1803³.

A la pregunta acerca de cuál fue el primer caso en el que se aplicó el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos, la respuesta fue también la estándar y esperable bajo esa misma historia oficial:

¹ *New York Trust Co. vs. Eisner*, 256 U.S. 345, p. 349 (1921).

² Copia del intercambio en inglés en mi poder. Salvo que indique lo contrario, la traducción es propia, al igual que todas las que se incluyen en este libro.

³ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Aclaro que, en lo sucesivo, utilizaré la expresión «Corte Suprema» o «Suprema Corte» y no «Tribunal Supremo» para referirme al máximo tribunal judicial federal en los Estados Unidos. Haré lo propio con algunos tribunales locales que llevan la misma denominación. En primer lugar, entiendo que es la traducción correcta. Tan es así que la propia Real Academia Española reconoce que una de las acepciones de la palabra «corte» es, precisamente, «tribunal de justicia». En segundo lugar, creo que la expresión «Tribunal Supremo» no es técnicamente correcta ya que se refiere, usualmente, a tribunales de justicia que no tienen competencia en materia constitucional. En tercer y último lugar, son expresiones usuales en varias constituciones de Hispanoamérica. Así ocurre, por ejemplo, en países como la República Argentina, Uruguay, Chile, Perú o México.

— ¿Cuál fue el primer caso en el que se aplicó el control judicial de constitucionalidad?

— El primer caso en el que se aplicó el control judicial de constitucionalidad fue *Marbury vs. Madison* en 1803. El caso sentó el precedente de que los tribunales tienen el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes y decisiones del poder ejecutivo.

Finalmente, a la pregunta acerca de quién defendió por escrito y por primera vez el control judicial de constitucionalidad, la respuesta fue nuevamente la clásica (y sin reparar en la contradicción que existe entre esta respuesta y la primera):

— ¿Quién defendió por escrito y por primera vez el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos?

— Alexander Hamilton fue el primero en defender por escrito el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Abogó por el control judicial en su famoso ensayo *El Federalista*, núm. 78 en 1788.

Seguramente, todos hemos leído afirmaciones similares en innumerables libros y artículos. Yo mismo creía (y repetía) algo muy similar hasta hace unos pocos años. Sin embargo, esta historia es falsa y, por ende, debe ser corregida. Esto, que puede sorprender al lector, es lo que pretendo explicar y demostrar en este libro ⁴.

Para poder entender cabalmente el planteo que voy a hacer, hay que pensar, por un lado, el contexto en que se dio la Revolución Norteamericana. Por el otro, hay que tener en cuenta que ese proceso revolucionario obligó a los nuevos estados a decidir por sí solos qué forma de gobierno y organización iban a adoptar a partir de su separación de Gran Bretaña y definir para ello cuánto del andamiaje institucional heredado se mantenía o se modificaba. En ese contexto tan peculiar es que se producen una serie de novedades de enorme magnitud, cuyo impacto no siempre es debidamente considerado. Además, la guerra revolucionaria entre el reino de Gran Bretaña y las trece colonias que conformarían los nuevos Estados Unidos de Norteamérica se extendió por más de ocho años, más precisamente, entre el 19 de abril de 1775 y la firma del tratado de paz en París el 3 de septiembre de 1783. Como no podía ser de otra manera, esta guerra generó numerosos conflictos jurídicos de diversa índole. Muchos de esos conflictos tuvieron que dirimirse a través de reclamos judiciales en los tribunales de los nuevos estados creados después de la Declaración de Independencia, el 4 de julio de 1776.

Una parte importante de estos casos judiciales fue consecuencia directa de la inevitable crisis económica derivada de la guerra. Pero otra

⁴ No culpo a la AI por las respuestas que me dio. Debido a sus características, es muy probable que en un futuro muy cercano todas las herramientas de AI (sea ChatGPT o cualquier otra) den respuestas mucho más precisas y sofisticadas que las que recibí en sus comienzos. Es más, me animo a decir que, al igual que ocurrió con la supercomputadora Deep Blue y el ajedrecista Garry Kasparov, esas respuestas serán mejores que las que pueda dar cualquier persona por sí sola.

parte, no menor, se dio a raíz de la aplicación de varias leyes dictadas por las nuevas legislaturas estatales al calor de la guerra revolucionaria. Esas leyes regulaban diversas cuestiones en materia de traición, confiscación de bienes de personas que ayudaran de cualquier forma a Gran Bretaña en su lucha contra los colonos revolucionarios, la utilización de inmuebles forzosamente abandonados durante la guerra debido a la ocupación de tierras por las tropas británicas, etc. Varias de esas leyes fueron sancionadas por las legislaturas locales en medio del conflicto bélico o de la urgencia de la crisis económica posterior. En ese marco, los tribunales estatales se vieron obligados a decidir casos en los que se planteaba la contradicción entre esas leyes locales y las flamantes constituciones que la mayoría de los estados había sancionado a partir de la Declaración de Independencia. Sorpresivamente, fueron los abogados los que plantearon a los jueces la inconstitucionalidad de esas leyes en muchos de estos juicios. ¿Cómo fue que se les ocurrió a estos abogados hacer semejante planteo? ¿Cuál fue la respuesta de los jueces?

La revisión de esos antecedentes es importante. ¿Alguno de ustedes, lectores, escuchó hablar alguna vez de William Willcocks? Seguramente, no. Sin embargo, Willcocks intervino como abogado en el que tal vez sea el primero de los casos de declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley en los Estados Unidos. Me refiero al caso *Holmes & Ketcham vs. Walton* decidido por la Suprema Corte de Nueva Jersey el 7 de septiembre de 1780⁵.

El 8 de octubre de 1778, la legislatura de Nueva Jersey sancionó una ley para prevenir el intercambio de bienes entre los ciudadanos del nuevo estado y las tropas inglesas asentadas en Nueva York. Esa ley permitía que cualquier persona pudiera confiscar provisiones, bienes y mercaderías que se intentaran trasladar desde el estado a territorios vecinos con campamentos o en posesión de las fuerzas británicas. Tanto los bienes confiscados como las personas involucradas debían ser llevadas ante un juez de paz en el condado respectivo. La ley requería, además, que, a pedido de cualquiera de las partes, el conflicto derivado de la aplicación de la ley se decidiera en una única instancia por un jurado de seis miembros de acuerdo con una ley anterior sancionada en 1775. En caso de prevalecer, el reclamante confiscador podía quedarse con el producido de la venta de todos los bienes confiscados.

Elisha Walton, integrante de una milicia de Nueva Jersey, confiscó una importante cantidad de mercaderías de propiedad de los comerciantes John Holmes y Solomon Ketcham. Para ello, alegó que esa mercadería iba a ser vendida en beneficio de las tropas británicas. El valor de los bienes confiscados superaba las 29 000 libras esterlinas. El 24 de mayo de 1779, a través de un juicio llevado adelante con un jurado de tan solo seis miembros, un juez de paz dio la razón a Walton.

⁵ Dado que más adelante trataré este y otros casos a los que me refiero en esta introducción, no incluiré las citas correspondientes para facilitar así su lectura de corrido.

El 11 de noviembre de 1779, luego de apelada la sentencia del juez de paz, Willcocks presentó sus argumentos a la Suprema Corte estatal en defensa de sus clientes, los comerciantes cuyos bienes habían sido confiscados. Willcocks, que era un avezado abogado litigante, planteó que tanto la ley de 1778, como la sentencia apelada eran contrarias a la Constitución de Nueva Jersey. La base de su planteo era clara y concreta: que la Constitución local reconocía el derecho a ser juzgado a través de un juicio por un jurado no de seis personas como fijaba la ley, sino de doce miembros. En realidad, el artículo xxii de la Constitución de Nueva Jersey reconocía expresamente el «inestimable» derecho al juicio por jurados para siempre, en las mismas condiciones que en Inglaterra. Allí regía la regla de los juicios por jurados de doce miembros para reclamos judiciales superiores a los cuarenta chelines, es decir, a partir de una cifra notoriamente inferior al valor de los bienes confiscados.

Tal como explicaré más adelante, a instancias de Willcocks, la Suprema Corte de Nueva Jersey declaró la inconstitucionalidad no de una, sino de dos leyes estatales: las mismas leyes que restringían el derecho que sus clientes, John Holmes y Solomon Ketcham, tenían a ser juzgados mediante un jurado de doce ciudadanos.

¿Alguno de ustedes, lectores, escuchó hablar alguna vez de Andrew Roland? Seguramente, no. Sin embargo, Roland fue abogado de un grupo de presos condenados a muerte en un caso muy conocido, célebre en su época. Me refiero a *Commonwealth vs. Caton* del año 1782 en el estado de Virginia.

En el llamado «Caso de los Prisioneros», tres condenados a muerte cuestionaron la validez de una ley del estado de Virginia sancionada en 1776. Las condenas se habían dictado por el delito de traición en contra de tres ciudadanos que habían colaborado con las tropas británicas durante la guerra revolucionaria. Esas condenas a muerte habían sido dispuestas por la *General Court* de Virginia el 15 de junio de 1782 en contra de John Caton, James Lamb y Joshua Hopkins.

El cuestionamiento a la ley estatal fue un intento de impedir la ejecución de esas condenas a muerte. La ley disponía que las condenas judiciales por el delito de traición solo podían perdonarse con el consentimiento de ambas cámaras de la legislatura estatal. Caton, Lamb y Hopkins habían recibido el perdón de la Cámara de Representantes. El Senado estatal, en cambio, lo había rechazado. Aunque el texto de la Constitución de Virginia de 1776 generaba dudas en este punto, parecía haber delegado el poder de perdonar solamente a la Cámara de Representantes.

Camino al cadalso para morir ahorcados, los tres plantearon que la ejecución no podía llevarse a cabo porque habían obtenido un perdón válido desde el punto de vista constitucional. La ejecución se suspendió y se desató un escándalo público. En ese contexto, el 18 de julio de 1782, el entonces *Attorney General* del estado de Virginia, Edmund Randolph, envió una carta a James Madison, futuro «padre» de la Constitución

norteamericana, en la que le advertía que: «Es probable que un reciente incidente ponga a prueba la fortaleza de nuestro poder judicial que será llamado a decir si una ley contraria a la constitución es obligatoria».

Randolph se presentó ante la *General Court* para pedir que se ordenara ejecutar las condenas a muerte. Si bien reconoció expresamente ante el tribunal que toda ley contraria a la Constitución podía ser declarada inválida por los jueces, Randolph argumentó que la ley cuestionada era compatible con la Constitución estatal.

Andrew Roland, en cambio, como abogado de los tres acusados, se opuso argumentando que, bajo la Constitución estatal, el perdón emitido por la Cámara de Representantes era válido y suficiente. Además, planteó expresamente que la ley cuestionada era contraria a la letra de la Constitución y, por ende, nula.

El caso llegó finalmente al máximo tribunal estatal: la *Court of Appeals* de Virginia. Dada la repercusión del juicio, los jueces de la Corte de Apelaciones invitaron a los abogados del foro que tuvieran interés a que dieran su opinión acerca de la cuestión discutida en el caso. ¿Alguno de ustedes, lectores, escuchó hablar de St. George Tucker? Tal vez sí: St. George Tucker se convertiría años más tarde en uno de los juristas más importantes de la época. El 31 de octubre de 1782, Tucker se presentó ante la *Court of Appeals* e hizo una elaborada defensa escrita del control judicial de constitucionalidad de las leyes. La primera vez que la leí completa, no podía salir de mi asombro por el nivel de los argumentos desplegados en esta defensa de la *judicial review*. Entre muchos otros argumentos que expondré después, Tucker planteó que la legislatura estatal no podía alterar la Constitución sin destruir las bases mismas del gobierno. Además, sostuvo que la función judicial consistía en decidir los casos concretos aplicando la Constitución como la primera de las leyes y dejando de lado todas las que fueran contrarias a ella. Y también que cualquier ley contradictoria a la Constitución era nula y que, por ende, no podía ser considerada por los jueces como derecho vigente a la hora de resolver los casos. ¿Cómo es que a Tucker se le ocurrió hacer esos argumentos en 1782, más de veinte años antes de la célebre sentencia del juez Marshall?

Si bien el máximo tribunal de justicia de Virginia decidió por mayoría que la ley cuestionada era válida, varios jueces se manifestaron explícitamente en favor de la *judicial review*. A la hora de resolver el caso, el 2 de noviembre de 1782, más de veinte años antes del fallo *Marbury vs. Madison*, el juez George Wythe explicó que:

Si toda la legislatura, un evento que debe ser desaprobado, intentara sobrepasar los límites prescritos por el pueblo, Yo, al administrar la justicia pública del estado, asumiré los poderes unidos en mi sede en este tribunal; y, señalando a la constitución, les diré a ellos, aquí está el límite de su autoridad; y hasta aquí podrán ir, pero no más allá.

¿Alguno de ustedes, lectores, escuchó hablar alguna vez de Samuel Sheburne? Seguramente, no. Sin embargo, como explicaré en detalle más adelante, Sheburne sería protagonista como abogado de uno de los ejemplos más llamativos del ejercicio del control judicial de constitucionalidad anteriores a 1787. Aunque se trata de un episodio poco conocido y menos estudiado, lo cierto es que, a instancias de Sheburne, la *Inferior Court of Common Pleas* del condado de Rockingham en New Hampshire declaró inconstitucional una ley estatal de 1785 no una, sino varias veces. Esa ley también afectaba el derecho a un juicio por jurados de los clientes de Sheburne en el contexto de reclamos patrimoniales de menor cuantía. La ley cuestionada pretendía favorecer a los deudores al establecer un mecanismo para bajar los costos de condena en juicios de contenido patrimonial. Esos reclamos judiciales habían aumentado en cantidad debido a la crisis económica provocada por la guerra. El problema de la ley era que desconocía directamente a la Constitución estatal al ordenar que estos casos fueran resueltos por jueces de paz y no a través del juicio por jurados como correspondía.

Llama la atención que, en todos estos casos judiciales (y en otros que expondré en los capítulos que siguen), hayan sido los abogados de las partes los que hicieron los planteos de inconstitucionalidad e intentaran que las leyes que cuestionaban fueran dejadas sin efecto por los tribunales. Ninguna de las constituciones estatales escritas que invocaron como ley fundamental en cada uno de estos juicios establecía formalmente el control judicial de constitucionalidad de las leyes. ¿Cómo es que estos ignotos abogados hicieron esos planteos si, como nos enseñaron seguramente a todos, la *judicial review* nacería muchos años después en el caso *Marbury vs. Madison*, a instancias del genio del célebre *Chief Justice* John Marshall? ¿Cómo puede ser que abogados de distintos orígenes y formación pidieron a los jueces que declararan la inconstitucionalidad de leyes que contradecían la constitución de sus respectivos estados si la *judicial review* vería la luz recién en 1803 producto de una creación pretoriana de la Suprema Corte estadounidense? ¿Cuál es la razón que explica que varios de esos abogados tuvieron éxito en estos casos anteriores a *Marbury* y pudieron convencer a los jueces de ejercer una atribución que no tenían? ¿Cuál es la razón que explica que, en muchos casos, los jueces hicieron lugar a esos planteos de inconstitucionalidad? ¿Qué es lo que explica esta verdadera anomalía que contradice frontalmente la historia que se suele contar acerca del origen del control judicial de constitucionalidad? ¿Se trata de ejemplos aislados o, por el contrario, obedecen a un patrón que obliga a modificar lo que hasta ahora creíamos saber acerca de los orígenes de la *judicial review*?

El intento de dar respuesta a esos interrogantes me llevó a estudiar a fondo la discusión que existe acerca de los orígenes históricos del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. Después de esa investigación, que expondré en los capítulos que siguen, queda claro que los ejemplos de William Willcocks, Andrew Roland, St. George