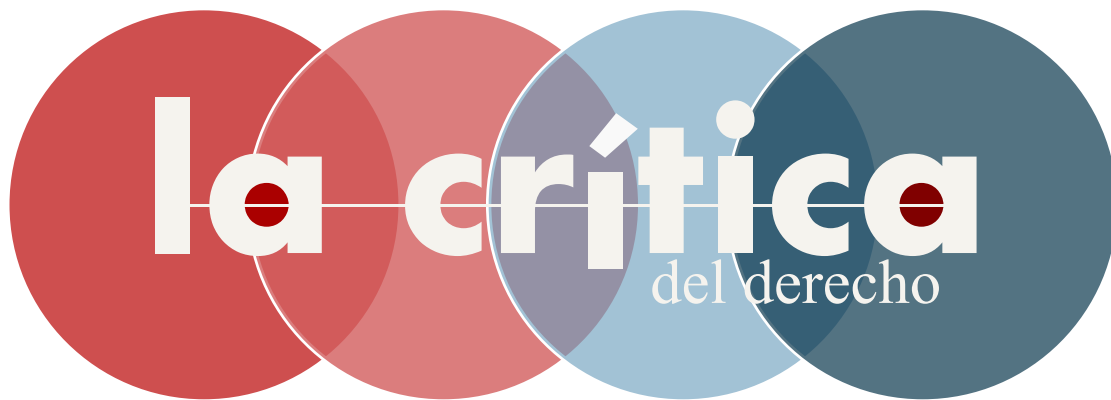




John Marshall y la trastienda de "Marbury v. Madison"

Gustavo Arballo

Doctor en Derecho (UN Cordoba).
Profesor Derecho Público Provincial
y Municipal (UNLPam)

@gustarballo

24 de febrero de 2026

Publicado originalmente en
Revista "El Derecho", diario del 24
de febrero de 2003.

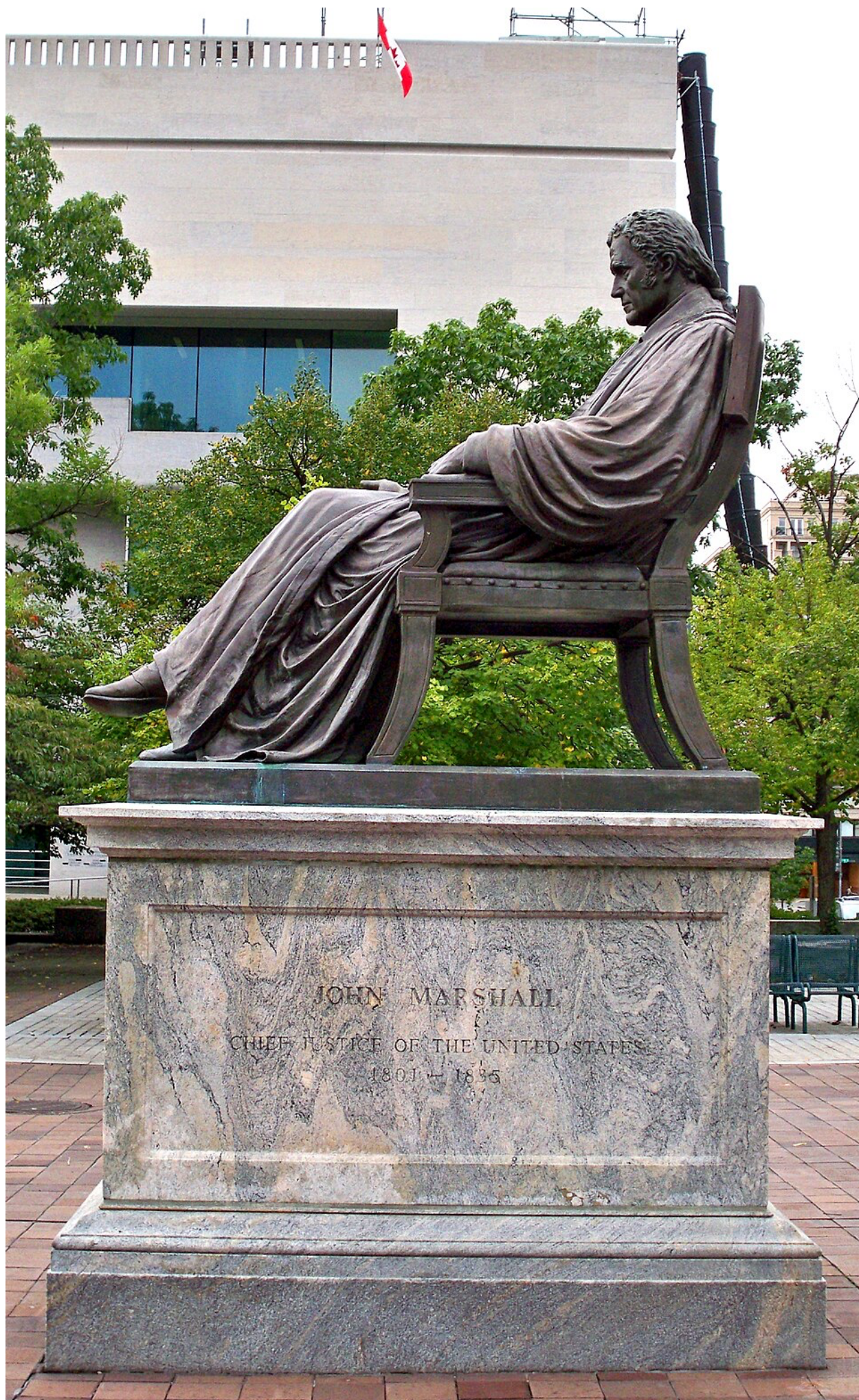


1. El plan Marshall

Hay una observación que Bernard Schwartz pone al principio de su *Historia de la Suprema Corte Norteamericana*, donde postula que los distintos sistemas legales pueden analizarse a partir de los caracteres personales de los grandes “hacedores de leyes”, *lawgivers*. En otros sistemas, han sido monarcas poderosos como Hammurabi y Justiniano, profetas de inspiración divina como Moisés, filósofos como Confucio, profesores como Hugo Grocio y William Blackstone; entre nosotros –dice Schwartz– la figura prominente es John Marshall. Ese detalle es altamente revelador del sistema legal norteamericano. ¹

Bernard Schwartz, *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993, p. 32. Los nombres que menciona corresponden a algunos de los dieciocho personajes representados en los frontispicios de las paredes norte y sur del edificio de la Corte Suprema. John Marshall es el único estadounidense entre todos esos célebres juristas.

Es que John Marshall (1755-1835) fue, sin duda, el gran juez de ese tribunal. A diferencia de Gorostiaga, que sería su paralelo argentino, no llegó a la Corte con un currículum impresionante, más allá de haber participado con cierto relieve en los debates de ratificación de la Constitución y ser un protegido político de George Washington (cuyos herederos le encargarían luego la biografía “oficial”, de la que Marshall –ya en la Corte– se encargó más que nada porque necesitaba el dinero, y que a pesar de constar de cinco tomos resultó bastante deficiente).



JOHN MARSHALL
CHIEF JUSTICE OF THE UNITED STATES
1801 - 1835

John Marshall statue at John Marshall Park (en Washington, frente a la Corte). Hay otra copia de esa estatua enfrente al Museo de Arte de Filadelfia (el lugar al que sube las escaleras Balboa en Rocky). El detalle: el escultor de esa estatua es William Wetmore Story, hijo de Joseph Story, compañero en la Corte de Marshall, autor del “Commentaries on the Constitution” y de ese bendito “Conflict of laws” que tantas veces citaba Vélez Sarsfield en sus notas del Código. FOTO: Matthew Bisanz (Wikicommons)

Era un veterano de la guerra de la independencia (luchó en varias batallas y llegó a ser capitán) que se volcó hacia el derecho a los 27 años. Y aunque los estudios de esos tiempos no deben evaluarse con parámetros actuales, ya que normalmente se limitaban a dos o tres años, la preparación académica de Marshall era pobre aún para los criterios de la época: había tomado cursos por tres meses. Lo cual, debe señalarse, no le impidió destacarse rápidamente en el foro.

Sin experiencia judicial previa, su nominación surgió sólo porque el presidente John Adams no tenía a mano candidatos mejores luego de algunas deserciones (se le ofreció volver a Jay a la Corte – había sido el primer presidente– pero éste lo rechazó). En varios sentidos fue algo accidental. Como se suponía que iba a pasar poco tiempo para que quedara vacante la silla del *Chief Justice* Ellsworth, el “presidenciable” Jefferson tenía entre sus planes el llevar a un partidario suyo, Spencer Roane, a presidir la Corte. Pero Ellsworth renunció el 16 de octubre de 1800 y Adams, ya jugando en tiempo de descuento (saldría tercero en las elecciones de noviembre y entregaría el poder al año siguiente), le ganó de mano nominado a Marshall. Este y otros episodios fueron generando una indisimulada inquina entre ellos, a tal punto que, según Albert Beveridge, autor de una biografía canónica de Marshall de cuatro tomos ²

Albert Jeremiah Beveridge, *The life of John Marshall*, Boston, Houghton Mifflin, 1916-1919. Otras biografías importantes son las de Leonard Baker (*John Marshall: A life in Law*, New York, Macmillan, 1974) y de Edward S. Corwin (*John Marshall and the Constitution: A chronicle of the Supreme Court*, New Haven, Yale University Press, 1919).

, Roane era uno de los dos hombres que lo odiaban personalmente. El otro “enemigo” que consigna era un célebre pariente de Marshall; se trata, desde luego, de Thomas Jefferson, que era su primo segundo y que le había dado la licencia de abogado cuando era gobernador de Virginia.

Adams diría luego que el acto que le daba más orgullo en toda su vida fue haberle obsequiado a John Marshall al pueblo de los Estados Unidos. Marshall iba a presidir la Corte durante treinta y cuatro años, en un tiempo donde en términos de doctrina constitucional casi todo estaba por hacerse. Su enérgica afirmación del *judicial review* iba a ser una revolución en la historia constitucional americana (y probablemente mundial). Ejerció un liderazgo monolítico sobre los más de quince jueces –de diferente extracción política– que en diferentes momentos integraron “su” corte, sin generar bloques partidarios o disidentes ideológicos, lo cual es considerado en los Estados Unidos como un indicador sensible de la eficacia de un Chief Justice. Intervino en 1.215 fallos, la mitad de los cuales escribió personalmente (para comprender la magnitud de la cifra, nótese que cuando llegó para presidirla, la Corte registraba nada mas que un centenar de fallos en sus anales) y sólo se encontró en minoría ocho veces.

La Corte tal como la conocemos fue una invención de Marshall (incluyendo la forma de votar con “voto de la corte”, y no en *seriatim*, cada uno por su voto, como se hacía hasta antes de su gestión, y que ahora está volviendo a suceder como norma en tribunales de todo el mundo, producto en parte de vocalías que aun llegando a la misma conclusión tienen el narcisismo de las pequeñas diferencias)., producto del malestar en la cultura jurídica)

2. Breve digresión sobre federalistas y republicanos

Nunca se insistirá demasiado en la vinculación entre las cuestiones judiciales con las políticas al nivel de los Tribunales Superiores. Y ello es clave para entender el papel de Marshall y de su doctrina, que respondía a las ideas de un sector político que paradójicamente se encontraba en retirada, aunque impuso sus ideas por medio de la judicatura –una visión que fue el correlato de un proceso en el cual los Estados Unidos triplicaron su territorio y su población y que permitió la construcción de un Estado central dotado de los poderes necesarios para cohesionar la Unión federal.

3

Una buena síntesis de ello es lo que diría Marshall en *Cohens v. Virginia* (19 U.S. 264, 1821): “Los Estados Unidos forman para muchos y los más importantes propósitos, una sola nación. En la guerra somos un solo pueblo; haciendo la paz somos un pueblo; regulando el comercio somos un solo y mismo pueblo. En muchos otros aspectos el pueblo americano es uno solo, y el gobierno, el cual es solo y capaz de controlar y dirigir sus intereses en todos sus aspectos, es el gobierno de la Unión. Este es su gobierno y en este carácter no tiene otro. América ha elegido ser, en muchos sentidos y en muchos propósitos, una Nación y para todos estos propósitos su gobierno es completo y para todos estos objetos es competente”.

Todo esto nos lleva a la necesidad de dar un apresurado panorama de las tendencias políticas que se presentaron en los Estados Unidos a partir de la presidencia de Washington. La controversia no era estrictamente ideológica y no puede describirse con propiedad en términos de izquierdas y derechas. Aunque acaso sea demasiado respetuoso describirla como una controversia “técnica”, la divisoria de aguas era un asunto de interpretación constitucional. Los “federalistas” (Hamilton, Adams, y el propio John Marshall) propugnaban un sistema centralista de “supremacía nacional”, que privilegiara los poderes del gobierno

nacional por sobre los estados. Los “republicanos” (Madison, Monroe, Jefferson) eran quienes buscaban la limitación más estricta a los poderes federales.⁴

Nótese cómo aplicando la terminología argentina resultaría que los “republicanos” serían “federales” y los “federalistas”, “unitarios”. Es todo muy confuso.

En términos de clase, los “federalistas” suscribían la máxima de Jay, “aquellos que son propietarios del país son los que deben gobernarlo”, principio aristocrático al que se oponían los republicanos de Jefferson, “el hombre del pueblo”, adherentes a los postulados revolucionarios que se proclamaban en Francia.⁵

Cabe aclarar que la nomenclatura de los partidos del s. XIX en los Estados Unidos es un tanto desconcertante y el reconocimiento de las filiaciones desafía el sentido común. Los “Republicanos” de Jefferson comenzaron a llamarse luego “Demócratas” en 1828; los “federalistas” se denominaron “Whigs” entre 1836 y 1856, y a la vuelta de los años se conocerían como “Republicanos”, es decir, de la misma forma que lo hacían sus antiguos oponentes.

Sería también impropio decir que eran “partidos” en el sentido moderno del término, pues funcionaban como un agregado de lealtades, consensos y favores personales sin una estructura permanente. Además, en la práctica debían coger gobernar: no se elegía una “fórmula”, porque la Constitución (luego enmendada en ese punto) disponía que el segundo más votado para presidente fuese el vicepresidente, dando lugar a la “cohabitación” que tuvo lugar en el término presidencial de John Adams (el último presidente “federalista”) que fue elegido presidente en 1797 y tuvo como su vicepresidente a Jefferson. Luego Jefferson lograría imponerse a Adams en las elecciones de 1801, y la derrota de los federalistas tuvo entre sus coletazos los hechos que derivaron en el caso *Marbury vs Madison*.

3. Regalos de despedida

La última cosa que hizo Marshall antes de ser elegido para la Corte iba a ser también la causal del caso que más familiar nos resulta. Adams lo había nombrado Secretario de Estado en 1800 y permaneció en ese cargo hasta que Jefferson asumió la presidencia el 4 de Marzo de 1801. En ese cargo fue el encargado de ejecutar una estrategia inédita –luego usual– dentro del sistema de sucesión democrática: los federalistas derrotados querían condicionar al electo gobierno por vía judicial. En febrero sancionaron la *Judiciary Act* de 1801. Una de sus provisiones era la de que la Corte Suprema se reduciría a cinco miembros cuando se produjese la próxima vacante.

Esa cláusula en realidad tenía nombre: los federalistas pensaban que por sus achaques y enfermedades el juez William Cushing iba a dejar enseguida el cargo y querían evitar que los republicanos pusieran un juez de su partido para cubrirlo (pero Cushing, que en verdad estaba muy viejo, dependía de su sueldo en la Corte y permanecería allí hasta su muerte, que ocurrió recién en 1810; en el ínterin, el número de la Corte no sólo no se redujo sino que fue aumentado a siete miembros en 1807). Y también hicieron una reforma drástica en el Poder Judicial federal que creó decenas de vacantes, todas cubiertas por adeptos a su partido. Fueron instituidos además unos “Juzgados de Paz” que eran una combinación de tribunales de pequeños reclamos y de oficinas de naturaleza notarial. Estos se crearon en un número largamente excesivo con respecto a las necesidades reales, lo cual explica que se reputaran con acierto como una suerte de recompensa o compensación para esforzados partidarios federalistas.

Como había poco tiempo para proceder con todos los

nombramientos, las designaciones se hicieron a todo vapor y se dice que Marshall estuvo firmando los poderes respectivos hasta la medianoche del 3 de marzo, cuando concluía la presidencia de Adams (se los conoció entonces como los “midnight judges”). En total, quedaron cuarenta y dos designaciones que debía completar el nuevo gobierno, cosa que no estaba dispuesto a hacer. Diecisiete de ellos fueron cajoneados por Jefferson, aunque sólo cuatro demandaron al gobierno federal, en la persona del Secretario de Estado Madison, para que les entregara los nombramientos. Los demandantes eran Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, William Harper y, por supuesto, William Marbury, designado juez de paz del Distrito de Columbia.

4. *Marbury v. Madison* ⁶

Los casos de la Corte de los EE.UU. se pueden citar de tres formas. Así se podrá encontrar citado a *Marbury*, por ejemplo, mediante la referencia al reporter de la Corte que lo registró – “1 Cranch 137, 1803”–, en forma mixta – “5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803”– o simplificada “5 U.S. 137, 1803”. **MUY IMPORTANTE:** la convención es que se escriba “v.” y no “vs.”, detalle que se aplica a todos los casos de la Corte EE.UU.

Marshall estaba frente a un dilema grave. No podía descalificar un nombramiento que él mismo había promovido, pero tampoco podía imponer a Marbury en su cargo porque tal decisión iba a encontrar una acogida nada simpática en la sociedad norteamericana, conciente de la maniobra de los federalistas. La necesidad de encontrar un atajo político entre estos dos caminos fue el prosaico y nada noble origen de la doctrina judicial americana sobre el control de constitucionalidad.

La cuestión había generado tanta irritación que el Congreso dominado por los republicanos ordenó que la Corte pospusiera su período de sesiones por un año, mientras preparaban los cargos

para los jueces nominados en el paquete. Y el resultado del caso no ofrecía a primera vista demasiadas alternativas: Marbury había sido nombrado en debida forma y la Ley Judicial (*Judiciary Act*) de 1789 autorizaba a la Corte a emitir mandamientos (*writ of mandamus*)⁷

El *mandamus* es un peculiar instituto del Common Law que no tiene equivalentes en el derecho continental. Conviene por ello aclarar cuál era su alcance. En el fallo se cita la definición de Blackstone (“Commentaries”, T. III, p. 110) que lo define como una orden dirigida en nombre del rey y dirigida a cualquier persona, corporación o corte inferior dentro de los dominios del rey, requiriéndoles hacer alguna cosa allí especificada que corresponda a sus funciones y deberes”. Y la Corte cita luego un precedente británico (*The King vs. Baker et al.*, 3 Burrows, 1266) que lo caracteriza con una amplitud que lo acerca a los perfiles del amparo moderno. Lord Mansfield dijo en ese caso que “Siempre que haya un derecho de ejercer una función, ejecutar un servicio o ejercitar una concesión (especialmente si es un asunto de beneficio o interés público) y una persona es excluida de la posesión o desposeída de ese derecho, y no haya ningún otro remedio legal específico, la corte debe asistirlo por medio del mandamus, en la forma en que la orden lo exprese sobre razones de política pública, para preservar la paz, orden y buen gobierno”.

a cualquier tribunal o persona designado en oficio bajo la autoridad de los Estados Unidos. Quizá fue por eso que Madison ni siquiera mandó un abogado que lo representara ante la Corte, y no puede descartarse que estuviera esperando ansiosamente que la Corte le diera la razón a Marbury granjeándose con ello el descrédito generalizado (lo cual le hubiera permitido un *impeachment* colectivo con ciertas posibilidades de éxito, y la subsiguiente posibilidad de formar un nuevo tribunal).

Las audiencias tuvieron lugar en los primeros días de febrero de 1803 y el abogado de Marbury fue el anterior procurador general Charles Lee, quien confiadamente planteó ante los jueces las mismas tres preguntas que Marshall retomó en el fallo: 1) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?; 2) si lo tiene,

y ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?; 3) si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?. Lee se concentró en las preguntas uno y dos, casi sin dedicarle espacio a la tercera, que era aparentemente trivial.

Pero la Corte no hizo lo que se esperaba que hiciese. Marshall consiguió un fallo unánime, que anunció el 24 de febrero de 1803, y que fue un magistral pase de muletas. El obstáculo que encontró era que la Corte no podía emitir la orden que Marbury le pedía, simplemente porque la disposición que habilitaba a la Corte a dar el mandamiento al Secretario de Estado era inconstitucional. Como lo hace nuestra Constitución, la americana limita la jurisdicción originaria de la Corte Suprema a los casos que involucran a embajadores, cónsules, y estados extranjeros; y es sólo en esos casos –según sostuvo Marshall– donde la Corte podía emitir válidamente el *mandamus*, porque “si el Congreso tiene la libertad de asignar a esta Corte competencia por apelación en los casos en los que la Constitución le asigna competencia originaria y fijarle competencia originaria en los casos en que corresponde ejercerla por apelación, la distribución hecha en la Constitución es forma carente de contenido”. Por ello, la demanda que solicitaba que se emitiese la orden sólo podía darse en el marco de una acción originaria expresamente mencionada en la constitución, que no era el caso de la petición de Marbury.

Aquí cabe detenerse para observar que la *judiciary act* había sido votada prácticamente por las mismas personas que dos años antes habían votado la Constitución, y en esa oportunidad no se formularon objeciones. 8

Insólitamente Marshall iba a reconocer ese principio de autoridad... claro que muchos años más tarde. En el caso *Cohens v. Virginia* (19 U.S. 264) de 1821

propugnaría el criterio de que las dudas en la constitución deben interpretarse a la luz de los documentos contemporáneos a ella, y en tal sentido señala en primer lugar a los ensayos de *El Federalista* escritos por Hamilton, Madison y Jay. Y a continuación, alude a la *Judiciary Act* de 1789 que había declarado inconstitucional en *Marbury v. Madison*, diciendo que es “Una exposición (...) ciertamente de no menos autoridad de la que acaba de citarse” y subrayando el hecho de que “en el Congreso que sancionó esa ley había muchos eminentes miembros de la Convención que formó la Constitución” y “ni uno de ellos” se opuso.

Marshall tuvo que aferrarse a una visión restrictiva para poder sostener la invalidación de la ley, y no podrá para ello invocar más razones que su afirmación dogmática al respecto. Este es el punto más débil de todo el desarrollo, y cuando Marshall más adelante cite un precedente de la Corte a propósito del alcance de su competencia, lo va a glosar sin mencionar el hecho de que la Corte había dado por buena la constitucionalidad de la ley ahora desahuciada.⁹

Marshall no era muy afecto a citar. Tres razones confluyeron para ello: primero, no había muchos precedentes sobre derecho constitucional, ni de la propia Corte ni del paradójico constitucionalismo sin constitución que tenían los británicos. Segundo, Marshall no tenía un conocimiento de jurisprudencia muy destacable. Finalmente, el no citar era indudablemente una cuestión estilística: en una saludable práctica, cada fallo de Marshall confronta los problemas y los resuelve sin escudarse en precedentes, de manera que el voto se explica y se basta a sí mismo. Pues bien, en *Marbury* se citan solo dos casos. Uno es del derecho inglés, *Rex v. Barker*, 3 Burr. 1265 (1762), en el que Lord Mansfield establecía un alcance muy amplio sobre el remedio del mandamus. El otro es un caso de pensiones, que Marshall cita deficientemente, no nombra a las partes ni al año (dice textual “en un caso decidido por esta Corte”) y que en realidad no existe de la forma en que lo relata. Susan Low Bloch y Maeva Marcus, de la Supreme Court Historical Association, han demostrado que es un collage de tres casos distintos en el cual Marshall habría tomado –en un “uso selectivo de la historia”– las partes que más se prestaban a su línea de argumentación.

Habiendo ya adelantado la retirada estratégica –finalmente,

Marbury no iba a recibir el *mandamus*– y acaso consciente de la fragilidad de sus argumentos, Marshall buscó sobrecompensar con una profusa justificación del control de constitucionalidad (que era, después de todo, lo que más le interesaba sostener). Eso dio pie a los famosos silogismos de *Marbury vs. Madison*.

La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los EEUU. pero, felizmente, su complicación no es proporcional a su interés. Para decidir esta cuestión parece necesario tan sólo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes.

(...) Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa,

entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

(...) Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez?. O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él.

Esas preguntas no son inocentes. Montesquieu –a todo evento, el ideólogo de la división de poderes– decía en *El espíritu de las leyes* (LIV, XI, Cap. VI) que los jueces eran *la bouche qui prononce les paroles de la loi*: “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza de ésta ni su rigor”. Marshall, en cambio, da vuelta el paradigma, inventa lo que hoy conocemos como “activismo” judicial y afirma enfáticamente que son los jueces los que deben decir qué cosa es la ley.

Definitivamente, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto

gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Debe resaltarse que, más allá de las distancias que imponen la época, la fragmentaria cita y la traducción, el estilo de estas frases es extraño, empalagoso, amanerado. Marshall claramente sobreargumenta: dice que va a decir algo; luego lo dice; y finalmente repite lo que ha dicho. Lo cual no sería nada si no fuera porque viene a dar automáticamente por sentado que es la Corte quien debe hacerse cargo del control de constitucionalidad, algo que la Convención Constituyente había negado tres veces durante los debates. [10](#)

Se suele aludir como precedente lejano al fallo del Juez Coke en el *Dr Bonham's case* (8 Co. Rep. 113b, 1610). Ocurrió cuando el Real Colegio de Médicos de Londres había sancionado a Thomas Bonham con arresto y multa por ejercer la profesión sin su autorización. Existía al respecto una ley del Parlamento que confería al Colegio las facultades para imponer esas sanciones a los efectos de regular el ejercicio profesional. Pero Bonham argumentó que esa norma violaba el postulado de que nadie podía ser al mismo tiempo juez y parte, porque una parte de la multa aplicada era retenida por el propio Colegio que la imponía. Coke admitió entonces que el *common law* establecía limitaciones implícitas sobre las normas de la Corona y del Parlamento, cuando estas violaran algún principio fundamental (“cuando sean contrarias al derecho y a la razón, o repugnantes, o imposibles de ejecutarse”, decía). Aunque el principio de Coke no tuvo mayor acogida en las Islas Británicas (porque finalmente se impuso la teoría de Blackstone que otorgaba al Parlamento una soberanía absoluta, tal como la presenta en sus famosos *Commentaries on the Laws of England*, publicados entre 1765 y 1769, que fueron los evangelios del common law), sí tuvo una fervorosa adhesión entre los revolucionarios americanos (“era nuestro coloso juvenil”, decía John Adams padre en 1816), que leyeron con devoción sus *Institutas*. Y en 1765, la Asamblea de Massachussets invocó los principios de Coke para invalidar en el territorio americano la aplicación de la *Stamp Act* (ley de sellos) votada por el Parlamento Inglés.

Doscientos años después seguimos discutiendo cosas que a Marshall le parecían totalmente fuera de discusión. No es este el lugar para detenernos en las profusas observaciones que la moderna teoría jurídica ha formulado sobre ello, pero sí cabe citar brevemente el corolario de las reflexiones de Nino: la “lógica de Marshall” no es tan lógica porque es perfectamente concebible que haya una Constitución que sea la ley suprema y defina qué otras normas son leyes, no pudiéndose derogar por procedimientos ordinarios; y que, sin embargo, si una ley que tiene “coloración de derecho” es dictada fuera de las condiciones que esa Constitución establece, su observancia sea obligatoria aún para los jueces mientras el Parlamento no la derogue.¹¹

Lo que es más, Marshall apoya su petición de principio en un despliegue razonativo que no aparece necesario ni pertinente para decidir el caso. Ello nos lleva a una conclusión: tanta insistencia en el poder de la Corte (que ésta, en verdad, se autoarrogaba) era en realidad una advertencia a los otros poderes que trascendía el asunto que se estaba decidiendo.

Esta doctrina le permitió a Marshall evitar respaldar al cuestionado nombramiento (como dice Nino, evitando generar un conflicto de poderes del que habría salido perdidosa), pero al mismo tiempo condicionar aún más intensamente al nuevo gobierno, que en lo sucesivo tendría pendiente sobre su cabeza la posibilidad de que la Corte Suprema declarare inconstitucionales las leyes del Congreso y sus propios actos. Puede decirse además que Marshall tiró la piedra y escondió la mano, porque pocos días después la Corte aceptó la constitucionalidad de la Ley Judicial de 1802, por la que la legislatura controlada por Jefferson revocó la reducción de miembros que se había dispuesto en el último período de la presidencia saliente de Adams, de manera que la Corte seguiría teniendo seis miembros.

5. Después de *Marbury*

En cualquier caso ese condicionamiento funcionó tan bien que no fue sino implícito (habría que esperar hasta 1857 para que la Corte decretara otra vez la inconstitucionalidad de una ley federal). De hecho, para muchos contemporáneos la doctrina pasó inadvertida, el episodio generalmente está ausente hoy en los libros de historia no jurídicos, y la propia Corte citó a *Marbury vs. Madison* sólo dos veces durante todo el siglo XIX. ¹²

Y la primera vez que lo citó fue en *Mugler v. Kansas*, (123 U.S. 623, 661, de 1887), que fue un despropósito –en un *obiter* dentro de la sentencia, se la refiere como

avalando la incipiente idea del “debido proceso sustantivo”, cuando en *Marbury* no hay ninguna mención que permita avalar la pertinencia del precedente.

Como tantos eventos históricos, la importancia magna es una construcción retrospectiva, y no una percepción ajustada a las impresiones de la época, ni siquiera en los ámbitos especializados.

Pero Jefferson comprendió enseguida la importancia del fallo, y estaba convencido que la doctrina del control judicial de constitucionalidad desquiciaba el equilibrio de poderes. En carta a Roane, decía que “según esta opinión, la Constitución habría dado a sólo uno de ellos el derecho a prescribir reglas para el gobierno de los otros, y justamente a aquel no elegido e independiente de la nación, cuando la experiencia ha mostrado que el impeachment no es ni siquiera un espantapájaros... La Constitución es según esta hipótesis un mero objeto de cera en manos de la judicatura, que puede retorcerla y darle forma a su gusto”. Como el principio de Marshall, la objeción contramayoritaria de Jefferson se sigue debatiendo todavía hoy.¹³

Ver, al respecto, el libro de Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, 1996.

Me permito cerrar estas líneas con una última advertencia, planteada en el terreno de las hipótesis como historia conjetural. He señalado todo el trasfondo político para que se comprendiese mejor el caso, pero es difícil sostener que el comportamiento de Marshall haya sido sola y puramente estratégico. Para ponerlo más claro: aunque *Marbury* y los otros tres designados sí hubieran tenido tiempo de recibir sus designaciones, y ese caso no hubiera tenido lugar, Marshall se las habría arreglado para encontrar un caso apropiado y terminar afirmando el *judicial review*. Todo lo que podemos observar en el comportamiento ulterior de Marshall como juez nos muestra un perfil netamente activista, que no

hubiera podido cabalmente protagonizar si se autorestringía a hablar de temas no constitucionales y de distribución de competencias. Si, como dijimos antes, la designación de Marshall pudo haber sido un accidente (como también lo fue, qué duda cabe, el hecho de que haya tenido la salud para presidir la Corte durante un tercio de siglo e imponer así sus criterios en muchísimos temas fundacionales)¹⁴

Por citar algunos ejemplos: en *Fletcher vs Peck* (10 U.S. 87, 1810) afirmó el derecho de propiedad declarando la inconstitucionalidad de las leyes estatales que venían a revisar los contratos; en *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316, 1819) admitió la constitucionalidad de un Banco Nacional sentando la doctrina de los “poderes implícitos” del gobierno federal para ejecutar los objetivos que le marca la Constitución; en *Sturges v. Crowninshield* (17 U.S. 122, 1819) declaró inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que favorecía a los deudores insolventes; en *Gibbons v. Ogden* (22 U.S. 1, 1824) afirmó una interpretación extensiva de la “cláusula comercial”, invalidando un monopolio concedido para el transporte de ferrys por el Estado de Nueva York y que fue la piedra fundamental para que el Estado Federal pudiera intervenir luego en muchos asuntos de la vida económica para “regular el comercio”. Todos ellos han sido tomados como precedentes por la Corte Suprema Argentina.

, el *judicial review* que este se encargó de imponer no fue para nada una contingencia histórica.

--

@ 2025-2026 La Crítica del Derecho



hosted on 

deployed by 