

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

Por qué no enseñó “Marbury” (excepto a europeos del Este) y por qué ustedes tampoco deberían*

SANFORD LEVINSON**

RESUMEN

...Generalmente no enseñó “Marbury v. Madison” (...) Entiendo que todos están de acuerdo en que el tema legal sustantivo de Marbury –v. gr., la habilidad del Congreso de ampliar a la jurisdicción original de la Corte Suprema– no es de real importancia, especialmente si aplicamos el siguiente test: ¿le quitaría esta cuestión el sueño a alguien cuando, por ejemplo, la suerte de un cliente depende de una rápida respuesta? Muchos estudiantes desean cursar Derecho Constitucional debido a que creen que la materia en verdad involucra asuntos importantes; es muy extraño que la mayoría de los cursos (y libros de casos) empiezan con un caso sobre un asunto realmente trivial (a menos, por supuesto, que uno lo contextualice)...

Generalmente no enseñó “Marbury v. Madison”.¹ Las excepciones, en los últimos diez años, han involucrado dictar un curso de cinco horas de Derecho Constitucional en la Universidad de Nueva York (NYU) y, más significativamente, una introducción de dos semanas al Derecho

* Este artículo fue originalmente escrito para generar una discusión en el Simposio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wake Forest aunque también lo presenté en una reunión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota, el 24 de febrero de 2003, en el 200° aniversario de “Marbury”. Un resultado de pensar lo que tenía que decir en el simposio por la celebración (o al menos conmemoración) del bicentenario de “Marbury” fue reforzar mi ánimo en contra del caso y, aún más, en contra de la centralidad que le asignamos en nuestros cursos (e imponemos en nuestros desafortunados alumnos). Traducción al español realizada por Leticia Vita, Abogada y Lic. en Ciencia Política, Universidad de Buenos Aires.

** Profesor, Universidad de Texas.

¹ 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Constitucional americano para un grupo de abogados de Europa del Este en la Universidad Central Europea en Budapest. En lo que respecta al curso en la NYU, decidí al terminarlo que regresaría a mi práctica habitual de borrar el caso del programa incluso si tuviera la oportunidad de dictar un curso de cinco unidades, lo que, por supuesto, sólo reforzó mi decisión de no enseñarlo en el curso introductorio de cuatro horas que dicto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas. Estaría, por lo tanto, extremadamente sorprendido si alguna vez vuelvo a enseñar “Marbury” en una facultad de Derecho americana, fuera de algún seminario especializado.

Supongo que debería mencionar que sí asigno a mis alumnos el clásico de Robert McCloskey, *The American Supreme Court*², que incluye lo que David Engdahl ha descripto como una “absurda [e] idealizada descripción de la opinión de Marshall como una ‘obra maestra del engaño’”.³ Ciertamente estoy de acuerdo en que es idealizada; no voy a admitir que sea absurda, especialmente después de leer el aún no publicado relato de Bruce Ackerman sobre la elección de 1800 y sus repercusiones⁴ o, respecto de eso, la excelente descripción de mi colega Scot Powe de la política de “Marbury” en su contribución a este simposio.⁵ De cualquier manera, ciertamente el libro de McCloskey da a los alumnos suficiente información sobre el caso para alfabetizarlos “culturalmente”, una de las funciones de lo “canónico” en el Derecho Constitucional,⁶ y así mi conciencia está limpia por no dedicarle tiempo al tema.

Explicaré luego por qué puedo imaginarme enseñándolo nuevamente a europeos del Este. El fuerte de la observación que sigue, sin embargo, apunta a por qué yo no enseño este caso a estudiantes americanos. Mi

² McCLOSKEY, Robert G., *The American Supreme Court*, revisado por Sanford Levinson, 3ª ed., 2000. Debería aclarar también que me he encargado de la responsabilidad de “actualizar” el libro de McCloskey, originalmente publicado en 1960, pero que he dejado el texto que él escribió, incluyendo el capítulo sobre “Marbury”, intacto.

³ ENGDahl, David E., “John Marshall’s, ‘Jeffersonian’”, en *Concept of Judicial Review*, 42 *Duke L. J.* 279, 1992, n. 146, 324.

⁴ ACKERMAN, Bruce, *America on the Brink* (manuscrito inédito, *on file with author*).

⁵ POWE, L. A. (Jr.), “The Politics of American Judicial Review: Reflections on the Marshall, Warren, and Rehnquist Courts”, en 38 *Wake Forest L. Rev.* 697, 2003.

⁶ Ver BALKIN, J. M. y Sanford LEVINSON, “The Canons of Constitutional Law”, en 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. 964, 975-76.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

propósito no es solamente autobiográfico. Sería poco honesto negar que también espero convencer a los lectores de que ellos –¡o ustedes!– deberían dejar de enseñarlo también. O, si no están dispuestos a seguirme en este camino aparentemente herético, entonces al menos espero convencerlos de que no lo enseñen al comienzo del curso introductorio al Derecho Constitucional. Una de las singularidades del caso, sin embargo, es que el único otro momento en el que tiene sentido enseñarlo, si uno siente que debe, es sobre el final del curso.

Entonces, déjenme trazar mis instrucciones de por qué “Marbury” debería perder su puesto de honor en la actual concepción de cómo enseñar (y organizar libros de casos prácticos sobre) Derecho Constitucional americano:

I. Entender la importancia de “Marbury” requiere de un profundo conocimiento histórico que casi ninguno de nuestros estudiantes posee y que nosotros no tenemos tiempo de enseñar.

La importancia misma del caso “Marbury v. Madison”, a diferencia del ícono que enseñamos en nuestros cursos, obviamente proviene de su lugar en el remarcable drama de cuatro años alrededor de la elección de Thomas Jefferson y el desplazamiento de los federalistas hegemónicos que veían el liderazgo nacional como su prerrogativa.⁷ Esos cuatro años incluyen, más precisamente, el fiasco inicial del Colegio Electoral que resultó en un empate entre Jefferson y Aaron Burr; el estancamiento en la Casa de Representantes que siguió, como resultado de la regla de “un hombre-un voto” para superar los empates en el Colegio Electoral; las amenazas cruzadas tanto para privar a Jefferson de su victoria electoral de facto y, deberían los federalistas sucumbir a esas tentaciones, para llamar a las milicias del Estado en auxilio; la anulación de la ley de los federalistas, aprobada por un Congreso incapaz y firmada por un presidente incapaz, estableciendo tribunales intermedios de circuito para apelar (todos cuyos nombramientos terminaron siendo sorpresa, federalistas asignados y confirmados por estos muy atareados incapa-

⁷ Ver WEISBERGER, Bernard A., *America Afire: Jefferson, Adams, and the Revolutionary Election of 1800*, 2000; ver también FREEMAN, Joanne B., “The Election of 1800: A Study in the Logic of Political Change”, en 108 *Yale L. J.*, 1959, pp. 1961-68, 1999.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

ces); la cancelación por parte del Congreso del período de sesiones de la Corte en 1802, y la adquisición de Louisiana.⁸ Vale la pena también mencionar la proposición y ratificación de la Doceava Enmienda que, entre otras cosas, reconocía implícitamente la legitimidad del sistema de partidos que la generación fundacional (tal vez correctamente) pensó era simplemente otro nombre para gobierno de “facción” y “de conspiradores”.⁹

Si tratáramos este drama político como el equivalente de Hamlet, entonces tendríamos que reconocer que “Marbury” (y John Marshall por febrero de 1803) es el equivalente de Rosencrantz y Guildenstern o, tal vez, para ser un poco más generosos, de Polonio: el caso está lleno de máximas portentosas y que merecen citarse –tales como la noción de que toda negación de un derecho conlleva la asistencia de un remedio legal efectivo–, que son negadas no sólo por el caso en cuestión sino por gran parte de la historia constitucional posterior. Como sabemos, sin embargo, la deformación profesional de los profesores de Derecho americanos consiste en que ellos están determinados a hacer de los jueces las estrellas del drama constitucional, tanto para bien (v. gr., Marshall y, para la mayoría de nosotros, Earl Warren) como para mal (v. gr., Roger Taney o, para muchos de nosotros, William Rehnquist). Poco, si algún, interés tiene en el cuadro del desarrollo del Derecho Constitucional americano pintado por Bruce Ackerman,¹⁰ Steven Griffin,¹¹ Keith Whittington¹² y otros que desplazan a la Corte a jugar el

⁸ Ver O’FALLON, James M., *The Politics of Marbury*, in *Marbury v. Madison: Documents and Commentary* 17, 2002; ver también EPSTEIN, Lee y Jack KNIGHT, *The Strategic John Marshall (and Thomas Jefferson)*, in *id.* at. 41. En efecto, *the Graber-Perhac reader* es una colección esencial de materiales para cualquiera que esté interesado en “Marbury”, su contexto circundante, y el debate, aún vigente, sobre su significado.

⁹ Ver LEVINSON, Sanford y Ernest A. YOUNG, “Who’s Afraid of the Twelfth Amendment?”, en 29 *Fla. St. U. L.*, Rev. 925, 2001, pp. 926-32.

¹⁰ Ver, v. gr., ACKERMAN, Bruce, *Higher Lawmaking*, in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* 63, 1995.

¹¹ Ver GRIFFIN, Stephen M., *Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics*, en *id.* at 37.

¹² WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, 1999.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

rol, como mucho, de un actor secundario del Congreso y del Ejecutivo (o, en efecto, del pueblo).

Es, creo yo, solamente esta deformación la que explica por qué nuestra reunión en Wake Forest es sólo la primera de un número de –en efecto, muchos– simposios sobre “Marbury” y la revisión judicial, mientras menos atención se da en la mayoría de las facultades de Derecho –jobviando a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas!– a lo que fue realmente el más importante suceso constitucional no sólo de 1803, sino, en efecto, de todo el período comprendido entre la ratificación constitucional y el estallido de la guerra en 1861. Estoy hablando, por supuesto, de la compra de Louisiana.¹³ La mayoría de los estudiantes no tienen literalmente idea del hecho de que los Estados Unidos en 1789 no se extendían más allá del río Mississippi y, por supuesto, no incluían ni a Florida ni a Nueva Orleans (en efecto, no comprenden el hecho –y potencial importancia [meta]constitucional– de que ni Carolina del Norte ni Rhode Island eran parte de los Estados Unidos de América cuando George Washington fue nombrado el primer presidente el 30 de abril de 1789).

Incluso si creemos que el período de 1803 de sesiones de la Corte fue especialmente importante, empero, he sido persuadido por Bruce Ackerman¹⁴ de que “Marbury” es por lejos menos significativo que el caso sustanciado sólo una semana más tarde, “Stuart v. Laird”,¹⁵ que involucró una mucho más importante capitulación de la mayoría federalista a la determinación de los jeffersonianos de escapar de las esposas judiciales tramadas por Adams y sus asociados en los últimos días de su desacreditada administración. Los argumentos constitucionales en contra de la revocación de la Ley de creación de los Tribunales de Circuito son apenas frívolos, especialmente si uno toma “Marbury” seriamente con relación a la importancia de mantener la independencia de la Corte

¹³ Ver LEVINSON, Sanford, “The Louisiana Purchase as Seminal Constitutional Event”, en KASTOR, Peter J., *The Louisiana Purchase: Emergence of an American Nation* 105, 2002.

¹⁴ Estoy muy agradecido al profesor Ackerman por compartir conmigo su manuscrito inédito sobre la elección de 1800 y sus repercusiones. Cuando sea publicado, ocupará mercedamente un lugar como el más destacado análisis de la elección en relación con sus implicaciones constitucionales. El capítulo cinco, *Marbury v. Stuart*, demuestra la enorme importancia de Stuart.

¹⁵ 5 U. S. (1 Cranch) 299, 299, 303, 306 (1803) (*upholding* Act of March 8, 1802).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Suprema y sus miembros a partir de ceñirlos con agregados impropios al tipo de casos que ellos podían aceptar en jurisdicción originaria.¹⁶ Consideren las implicancias para la conveniencia de aceptar los nombramientos judiciales (y vivir hasta una edad madura) y ¡viajar por los Circuitos en los medios de transporte disponibles a principios del siglo XIX!

En el mejor de los casos, uno puede posiblemente entender “Marbury” sin situarlo en el contexto de “Laird”, lo que raramente sucede. Consideren sólo el tratamiento del precedente en los dos libros de casos editados por los participantes del Simposio de Wake Forest. Mark Tushnet y sus distinguidos colaboradores mencionan la revocación de la Ley de Tribunales de Circuito y luego agregan: “Una nota al pie: Seis días después de que se decidiera ‘Marbury’, la Corte confirmó la revocación. ‘Stuart v. Laird’...”¹⁷ Paul Brest *et al.* –yo soy uno de los “*et al.*”, debería confesar– dice: “En 1802, el Congreso republicano revocó la Ley de Tribunales de Circuito (...), por consiguiente eliminando los puestos de los llamados jueces de medianoche...”¹⁸ Ni siquiera citamos, me avergüenza decir, “Stuart v. Laird” (¡pueden estar seguros de que la próxima edición rectificará este error!). Nosotros dos, debería resaltar, damos más información que Dean Sullivan y el último Gerald Gunther, quienes no hacen ninguna mención de la Ley de Tribunales de Circuito (o de Laird) en su muy influyente libro de casos.¹⁹

Casi nunca se da el hecho de que nuestros alumnos no necesiten el apoyo que una mayor cobertura podría brindar. No tengo razón para creer que la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas es única, aun entre facultades “elite” de Derecho, en el número de sus estudiantes que llegan sin saber mucho de historia americana, especialmente la historia de la temprana república. Lo que esto necesariamente significa es

¹⁶ Como es vigorosamente defendido en el próximo artículo a publicar de mi colega Louise WEINBERG, “Our Marbury”, en 89 *Va. L. Rev.* (forthcoming 2003) (manuscript on file with the University of Virginia Law Review). El artículo de la profesora Weinberg, por cierto, es por lejos la defensa más hábil de “Marbury” que yo conozca, aunque debo decir que no me convencen sus valientes intentos por defender a Marshall y su decisión.

¹⁷ STONE, Geoffrey R. *et al.*, *Constitutional Law* 32, 3ª ed., 1996.

¹⁸ BREST, Paul *et al.*, *Processes of Constitutional Decisionmaking* 82, 4ª ed., 2000.

¹⁹ SULLIVAN, Dean y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, 14ª ed., 2001.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

que muy pocos tienen una idea mínima del contexto dentro del cual “Marbury” fue planteado y decidido. Por desgracia, dudo seriamente de que tengamos el tiempo para llenar todos los huecos relevantes. Sólo consideren el tiempo que tomaría poner al tanto a los alumnos de por qué exactamente los jeffersonianos desconfiaban tanto de John Marshall. Es sencillo señalar el visible conflicto de intereses creado por haber sido él el secretario de Estado que estropeó la entrega de la comisión de Marbury; pero ésa es sólo una parte de la historia. Es ciertamente interesante el hecho de que algunos federalistas en 1801 hayan jugado con tomar ventaja de la (aún hoy incorrecta) “estupidez constitucional”²⁰ existente en la manera en que la Casa de Representantes rompe con el empate en el Colegio Electoral –el anteriormente mencionado requisito de que una mayoría de delegaciones de estados, votando en base a “un estado/un voto”, acuerda con uno de los contendientes–, dilatándolo y así manipulando la Ley de sucesión presidencial para hacer al secretario de Estado John Marshall presidente.²¹

Para que esto no sea visto como una fantasía paranoide, aconsejo que sólo se examinen los argumentos dados en las repercusiones de la elección de noviembre del 2000. Muy distinguidos abogados –todos ellos identificados con el partido republicano– aprobaron la habilidad legal de la rabiosamente partidaria legislatura de Florida para dejar a un lado lo que podría ser considerado como el resultado inaceptable de un recuento en el que Al Gore efectivamente había ganado el estado “soleado”, y en su lugar los comprometidos electores republicanos nombraron al hermano favorito de Florida, George W. Bush. La posibilidad, por supuesto, fue anticipada por las acciones de la mayoría republicana de la Corte Suprema en el infame caso de “Bush v. Gore”²² que clausuró el recuento y, por lo tanto, dejó a Bush con un derecho presuntivo a los votos de Florida. Pregúntense ustedes si los jeffersonianos tenían menos razones para ser suspicaces de los federalistas (y de Marshall) que Al Gore para confiar en William Rehnquist y sus colegas republicanos en la Corte.

²⁰ Ver LEVINSON, Sanford, “Presidential Elections and Constitutional Stupidities”, en *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies* 61, 1998.

²¹ Ackerman se refiere a esta posibilidad en el capítulo dos, *The Legitimacy Gap*, de su manuscrito *America on the Brink*, nota 4 *supra*.

²² 531 U. S. 98, 100, 110-11, 2000.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Estoy, por supuesto, asumiendo que uno debe estudiar el contexto histórico de “Marbury” (o de “Dred Scott”,²³ “Lochner”,²⁴ “Korematsu”²⁵ o “Bush v. Gore”, etc.) a fin de entender el caso. Otra forma de expresarlo sería decir que entiendo a los jueces como actores históricamente localizados en un proceso político complejo, o afirmar que uno no puede entender un caso de cualquier importancia o, en ese sentido, a su autor/juez, sin situar tanto el caso como al juez en contexto. Sería parecido a tratar de entender a Lincoln, Churchill o James Buchanan (quien tuvo tal vez el currículo más espectacular de todos los presidentes americanos al tiempo de su elección), sin prestar atención a las circunstancias que enfrentaron. Oliver Wendell Holmes una vez dijo estupendamente (o, para algunos, notoriamente) que mucho del porqué de la “grandeza” de John Marshall fue su suerte de haber estado en el lugar correcto en el momento adecuado.²⁶ Algunos, por supuesto, han sugerido que lo mismo se aplica con respecto a la exagerada reputación de Holmes.²⁷ En cualquier caso, uno no puede entender ni a Marshall ni a Holmes, ni a ningún otro, sin tener consciencia sobre el contexto en el cual actuaron, que es precisamente lo que queremos significar con historia.

II. Si uno va a invertir tiempo en enseñar a los alumnos historia americana, debe hacerlo sobre algo que sea realmente importante.

Entiendo que todos están de acuerdo en que el tema legal sustantivo de “Marbury” –v. gr., la habilidad del Congreso de ampliar la jurisdicción original de la Corte Suprema– no es de real importancia, especialmente si aplicamos el siguiente test: ¿le quitaría esta cuestión el sueño a alguien cuando, por ejemplo, la suerte de un cliente depende de una rápida respuesta? Muchos estudiantes desean cursar Derecho Constitucional debido a que creen que la materia en verdad involucra asuntos importantes; es muy extraño que la mayoría de los cursos (y libros de casos) empiezan con un caso sobre un asunto realmente trivial (a menos,

²³ “Dred Scott v. Sandford”, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857).

²⁴ “Lochner v. New York”, 198 U. S. 45 (1905).

²⁵ “Korematsu v. United States”, 323 U. S. 214 (1944).

²⁶ HOLMES, Oliver Wendell y John MARSHALL, “From the Bench, February 4, 1901”, en *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 266, 267-68.

²⁷ Para una minuciosa crítica de Holmes, ver WEINBERG, Louise, “Holmes’ Failure”, en 96 *Mich. L. Rev.*, 1997, pp. 691, 691-723.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

por supuesto, que uno lo contextualice). Un curso de Derecho Constitucional debería ser, primero y principal, sobre asuntos que realmente interesen, tanto a nuestros alumnos como a nosotros. Parte de lo que deberíamos estar haciendo como docentes es educar a nuestros alumnos sobre las maneras en que asuntos de importancia fundamental para personas comunes (y adultos serios) son tratados cuando son legalizados.

Ni siquiera William Marbury creyó que su nombramiento era de “importancia fundamental” como se evidencia por el hecho de que no hizo aparentemente ningún esfuerzo por llevar el litigio más allá. Tal vez esto se debió a que su nombramiento por cinco años podría casi seguramente haberse acabado para el tiempo en que el litigio hubiera sido terminado; tal vez, como han sugerido mis colegas Scot Powe y Ernest Young, quienes son mucho más entendidos sobre estos asuntos que lo que soy yo, es porque no había en efecto ningún tribunal en ese tiempo que fuera una sede atractiva para tal litigio.²⁸ El Tribunal Federal de Distrito no tenía cuestión federal en ese momento –eso no aparecería sino hasta 1871– y los tribunales de los estados bien podrían verse a sí mismos como sin jurisdicción para dictar mandamientos a los ministros federales. O, también podría Marbury haber aceptado el consejo de sus colegas federalistas de que ya habían obtenido todo lo que podían razonablemente esperar (más que desear) en la denuncia gratuita de Marshall a Jefferson y que era hora de regresar a su vida privada, junto con las demás víctimas de la Ley de Tribunales de Circuito, quienes de hecho perdieron mucho más (la estabilidad de por vida, para empezar) que lo que perdió Marbury, no fuera que tentara a los jeffersonianos a hacer más daños. Si él no dio ninguna prueba auténtica de estar preocupado por convertirse en juez de paz, ¿por qué nosotros deberíamos? La respuesta es que no lo hacemos, y tampoco lo harán (o deberían hacer) ninguno de nuestros alumnos.

Como ya he sugerido, el hecho de que demasiados estudiantes son deplorablemente ignorantes de la historia americana, no me lleva a enseñar ahistóricamente o a rendirme y focalizarme sólo en causas recientes,

²⁸ Este punto de vista fue compartido por Scot Powe y Ernest Young en una conversación con el autor.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

aunque ellos preferirían pasar su tiempo estudiando detenidamente causas recientes en vez de las viejas causas que yo tiendo a asignarles. En efecto, invierto bastante tiempo en casos como “Prigg v. Pennsylvania”²⁹ y “Dred Scott”, que son apenas menos complicados que “Marbury” o que llevan menos tiempo para ubicarlos en contexto. Pero la diferencia entre estos primeros dos casos y “Marbury” debería ser obvia. Es difícil pensar en una sola cuestión que sea más importante para el constitucionalismo americano que la esclavitud. Y, aún más, si contribuimos a la ignorancia de nuestros alumnos acerca de la esclavitud y de cómo fue completamente enredada dentro de las doctrinas operantes del Derecho Constitucional, nos arriesgamos a consecuencias que son completamente distintas de las consecuencias de ser igualmente ignorantes de la importancia de la elección de 1800 y sus repercusiones.

Me focalizo en dos consecuencias: Dado que la mayoría de los alumnos, al igual que muchos otros americanos, de hecho nunca han sido alentados a pensar qué es lo que constituye exactamente el complejo social y fenómeno legal de la “esclavitud”, ellos (y, me temo, muchos de sus docentes) son, en el mejor de los casos, incapaces de pensar qué es necesario para vencerla. Esta ineptitud se refleja en la vergonzosa disposición de la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos para seguir citando casos tales como “United States v. Harris”³⁰ y los casos de derechos civiles³¹ como buen derecho,³² no prestando atención para nada al hecho de que estas construcciones de la Decimocuarta Enmienda –agregadas a la Constitución, con cualquier procedencia, como parte de la reconstrucción de la Unión que recién se había comprometido en una guerra épica y brutal que mató al dos por ciento de la población americana total por la esclavitud– traicionaban la promesa de proteger realmente a los afro-americanos como parte de la ciudadanía americana. No tengo problema, por ejemplo, en sostener que los casos de derechos civiles son de hecho peores que “Dred Scott”, una decisión con la que tengo cada vez menos problema “defendiendo” como un posible y meticuloso análisis de la Constitución (“no reformada”) anterior

²⁹ 41 U. S. (16 Pet.) 539 (1842).

³⁰ 106 U. S. 629 (1883).

³¹ 109 U. S. 3 (1883).

³² Ver “United States v. Morrison”, 529 U. S. 598, 599, 2000.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

a 1868.³³ Encuentro desagradablemente fascinante que “Dred Scott” y, en cuanto a eso, “Lochner”, sigan siendo “no citables” al mismo tiempo que esos espantosos casos como “Harris” y los casos de derechos civiles retienen su vitalidad.

Sin embargo, entender mis argumentos en este punto requiere impregnarse de la historia de la esclavitud (y también del significado de la guerra de 1861-1865 y sus repercusiones). Creo que la actual mayoría de la Corte tiene conocimientos inadecuados de historia americana –por su pretensión de ser “originalista” en sus interpretaciones– y esto al menos ayuda a explicar muchas de sus decisiones recientes que están basadas en una visión antibélica de la ontología constitucional. ¡Tenemos el deber de educar a nuestros alumnos mejor que lo que estos jueces fueron educados en las facultades de Derecho de Harvard, Stanford, y Yale!

Una segunda consecuencia de invertir el escaso tiempo de clase para enseñar “Marbury” y, por lo tanto, ignorar los casos de esclavitud, es que se promueve un optimismo injustificado en los estudiantes de que el sistema constitucional americano –incluyendo las decisiones judiciales– tiene finales felices, que nunca sirve como mecanismo para legitimar el mal. Después de todo, una de las razones por las que ningún adulto serio podría preocuparse por William Marbury y su nombramiento, o su habilidad para recibir un mandamiento de la Corte, es que ninguna cuestión moral de gravedad se relaciona con nada de esto, a menos, supongo, que uno asemeje el reclamo de Marbury a un fuerte derecho de propiedad sobre su nombramiento y luego acuse a Madison de ser comunista por rechazar la entrega de su propiedad (Y lo que sigue ya lo sabemos, ¡él estará confiscando la granja de Marbury sin pagar indemnización! Pero me voy por las ramas).

Considero que la significación moral de la esclavitud es obvia. Encuentro pedagógicamente útil preguntar a los estudiantes, en relación con “Prigg”, si ellos hubieran apoyado la “ley de libertad” de Pennsyl-

³³ Ver GRABER, Mark A., “Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil” (manuscrito inédito, *on file with author*), que convincentemente demuestra que “Dred Scott” es defendible en términos de cualquiera de los actuales enfoques del análisis constitucional. Ver también GRABER, Mark A., *Desperately Ducking Slavery: Dred Scott and Contemporary Constitutional Theory*, 14 *Const. Comment.* 271, 280-82, 1997.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

vanía aun si eso implicara una amenaza al mantenimiento de la Unión, cosa que Story aparentemente pensó que se daba en ese caso. ¿O hubiesen apoyado un resultado contrario en “Dred Scott” significando eso que la secesión hubiera llegado dos años antes, durante la administración de James Buchanan, con la probable consecuencia de que el sur hubiera sido dejado libre de separarse en paz, sin importar las lamentaciones que Buchanan expresara sobre la disolución de la Unión? ¿O qué debería hacer una persona “honrada” si se la obligara a obedecer la Ley del Esclavo Fugitivo? ¿Estuvo tal vez en lo correcto Garrison en creer que ninguna persona moral podría aceptar servir como juez, tal como recientemente sugirió Antonin Scalia diciendo que cualquier juez que verdaderamente crea que la pena de muerte es inmoral debería renunciar antes de, o convertirse en parte de la maquinaria de muerte, o, desde el punto de vista de Scalia, mentir sobre lo que la Constitución quiere decir (v. gr., sostener falsamente que la Constitución prohíbe la pena capital)?³⁴

El derecho a veces sirve como vehículo para hacer el mundo mejor. Eso es, probablemente, lo que mantiene a la mayoría de nosotros funcionando como miembros de una institución verdaderamente peculiar dedicada a formar abogados y a otros actores legales. De hecho, nuestra necesidad de creer en la bondad del derecho (y de la abogacía) hace aún más imperativo que nos recordemos –y enseñemos a nuestros alumnos– que el derecho, incluyendo esa rama llamada Derecho Constitucional americano, también sirve como vehículo para racionalizar el mal. “Marbury” no enseña absolutamente nada acerca de la capacidad del derecho de incrementar tanto el bien como el mal, a menos, por supuesto, que uno trate el caso desde el punto de vista político y demuestre por qué Thomas Jefferson en efecto fue tanto una figura benigna como maligna en la vida pública americana. No me opongo a hacer esto, pero incluso eso puede llevar una cantidad sorprendente de tiempo. Consideren las implicaciones, por ejemplo, del hecho de que Jefferson debía su elección al desproporcionado poder electoral dado a los estados esclavistas por la cláusula de los tres quintos.³⁵ Es bastante posible que la

³⁴ Ver SCALIA, Antonin, *God's Justice and Ours, First Things*, mayo de 2002, pp. 17-18.

³⁵ Ver, v. gr., FINKELMAN, Paul, “The Proslavery Origins of the Electoral College”, en *23 Cardozo L. Rev.*, nro. 5, 2002, pp. 1145, 1146.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

población negra hubiera logrado con facilidad que el neoyorquino Aaron Burr se convirtiera en presidente, aunque, por supuesto, el país podría no haber sobrevivido, lo cual es o no algo bueno según uno esté interesado en la suerte de los esclavos americanos. Resulta entonces que un razonamiento “prudente” no es ciertamente más sencillo, ni consume menos tiempo de clase, que otras modalidades de análisis legal.

III. ¿Por qué enseñar un caso que es tan mezquino en su razonamiento a menos que uno quiera desacreditar la tarea misma del análisis legal? E incluso si uno quiere lograr eso, ¿no hay mejores casos que “Marbury” para realizarlo?

Confieso que una de las razones por las que dejé de enseñar “Marbury” es que me ponía furioso, cada año, cuando leía la mutilación hecha por Marshall de la sección 13 de la Ley de Organización de la Justicia³⁶ y luego el art. III de la Constitución.³⁷ Empecemos por el hecho de que su cita de la sección 13 es, en el mejor de los casos, limitada; en el peor, un completo intento por engañar al lector. Marshall escribe, “la ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los EE. UU. autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE. UU.”,³⁸ y continúa, sorprendentemente, para decir que la concesión de la jurisdicción originaria para emitir tales mandamientos es inconstitucional por el art. III. El texto real de la sección 13, por supuesto, es considerablemente más turbio:

La Corte Suprema tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un estado fuere parte, salvo entre un estado y sus ciudadanos; y salvo también entre un estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, u otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme al derecho internacional; y

³⁶ Judiciary Act of 1789, 13, 1 Stat. 73 (1994).

³⁷ U. S. Const. art. III.

³⁸ “Marbury v. Madison”, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 173 (1803).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas, u otros ministros públicos, o aquellas en las que un cónsul, o vicecónsul, fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Corte Suprema en todas las causas contra ciudadanos de los EE. UU. se llevará a cabo por jurados. La Corte Suprema también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrá el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE. UU.³⁹

No hay, por supuesto, razones convincentes para interpretar esto como autorizando a la Corte para ejercitar la jurisdicción originaria para emitir mandamientos y hay al menos una buena razón –en efecto, primordial– para leerlo en relación con lo que la Corte puede hacer en casos de apelación: la norma que hace ambiguos estatutos no debería ser interpretada de manera que los vuelva inconstitucionales (asumiendo, por supuesto, que uno acepta esa parte de los argumentos de Marshall, la cual, como debo señalar ahora, es igualmente dudosa).

La cita que hace Marshall del art. III es incluso tal vez más confusa: “La Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria en todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que algún estado fuese parte. En todos los demás casos antes mencionados, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción por apelación”.⁴⁰ Algunos abogados, por supuesto, podrían creer que es relevante seguir el texto hasta que concluya: “con las excepciones y bajo la reglamentación que el Congreso estableciere”.⁴¹ Es, de seguro, más fácil prevalecer en argumentos si uno puede reescribir los textos según su propia conveniencia. En todo caso, confío que si un alumno de primer año en un trabajo escrito cita los textos de la manera en que Marshall cita la sección 13 y el art. III, pacientemente le explicaríamos que ésta no es la manera honesta de practicar la abogacía. Si un estudiante de tercer año hiciera eso en un trabajo de seminario, dudo de que seríamos tan caritativos. E imaginen

³⁹ Judiciary Act of 1789, 13, 1 Stat. 73.

⁴⁰ “Marbury”, 5 U. S. at 174.

⁴¹ Ver U. S. Const. art. III, 2.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

escribir una crítica para un artículo en el cual un joven inteligente profesor auxiliar siguiera las normas “marshallianas” de citación. Es posible, por supuesto, que el criterio de honestidad intelectual haya cambiado durante los años, una cuestión interesante por sí sola, pero si eso “justifica” a Marshall, entonces, al final, deberíamos explicar a nuestros estudiantes que no deberían ciertamente verlo como un modelo para la defensa judicial, no sea que se encuentren a ellos mismos enfrentando cargos disciplinarios o perdiendo brillantes oportunidades de éxito académico.

Pero esto explica sólo parte de mi enojo. El artificio interpretativo más “brillante” de Marshall en “Marbury” es pretender que las interpretaciones de la sección 13 y el art. III pueden hacerse por entero sin referirse mutuamente. Es como si uno tratara de analizar el Acto V de *King Lear* sin prestar atención a los eventos del Acto I, por ejemplo, la “Kordelia” que reaparece al final de la obra es vista como una persona totalmente diferente de la “Cordelia” cuya enfermiza y predestinada tenacidad hace estallar la tragedia que sigue. Esto probablemente podría llevar a extrañas hermenéuticas, especialmente si uno llega a tan radicalmente contradictorias interpretaciones del Acto I y Acto V que hagan imposible creer que son realmente parte de una misma obra. “Marbury” es sólo un ejemplo de una extraña, incluso extravagante, práctica hermenéutica.

Déjenme ofrecer los siguientes sencillos –espero no simplistas– principios hermenéuticos para alguien que se enfrente a la tarea de tener que interpretar dos textos:

Primero, determinar si cada uno, aisladamente, es “claro” (de acuerdo a cualquiera que sea nuestra metodología de interpretación preferida). Si ambos son “claros” y no están en tensión entre sí, se supone que no hay problema. Si están en tensión y, especialmente, si parecen contradecirse entre sí, entonces uno debe moverse a una etapa posterior en la cual se ofrecen reglas de prioridad para preferir un texto sobre el otro. El preferir la Constitución sobre una ley no es una mala regla de prioridad; notarán que no llego a criticar “Marbury” por su afirmación de la supremacía constitucional. El problema, por supuesto, es que ninguna persona honesta podría sostener que tanto la sección 13 como el art. III son “claros” en su significado, por eso debemos continuar.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Si un texto es “claro” y el otro “oscuro”, entonces se debe interpretar el último para coincidir con el primero. Entonces, si alguno cree que es la sección 13 la que es “clara” (y que quería decir lo que Marshall dijo que quería decir) y que el art. III es ambiguo, entonces, obviamente, asume que los miembros del alardeado primer Congreso, incluyendo los muchos Padres Fundadores que estaban allí para apoyar el trámite de la Ley de Organización de la Justicia, creían que la cláusula de reglamentaciones y excepciones del art. III respaldaba el otorgamiento de jurisdicción originaria para emitir mandamientos en casos como el de “Marbury”. Evidentemente, si uno cree que Marshall estuvo en lo cierto en considerar claro el significado del art. III y no la sección 13, entonces se debe interpretar que permite mandamientos sólo en casos apelados adecuadamente ante la Corte y no, por consiguiente, al caso en realidad ante ella. Uno podría sencillamente asumir que el primer Congreso colocó la cláusula del mandamiento al final de la oración de jurisdicción por apelación porque reconocía que sería constitucionalmente inapropiado incluirla como parte de la jurisdicción originaria. No puedo entender que se interprete el pasaje ambiguo de manera tal que entre en conflicto con el “claro”.

Si los dos pasajes no son claros, entonces, evidentemente, se debe interpretar ambos de manera que se los haga consistentes entre ellos. Una vez más, no puedo concebir bases que permitan interpretarlos como si fueran totalmente independientes uno del otro, aún más, se corre el riesgo (realizado en “Marbury”) de que se contradigan entre sí.

Debo confesar que es el empeño de Marshall en no seguir estas simples normas lo que me hace imposible tomar con alguna seriedad las versiones “internalistas” de “Marbury”. Uno podría incluso reconocer que William Nelson está en lo cierto en su insistencia de que Marshall vivió en un mundo que tomaba más seriamente que nosotros la distinción entre “política” y “derecho”⁴² sin aceptar que “Marbury” es, en cualquier otro nivel que el retórico superestructural, un ejemplo de esta distinción. La única explicación que puedo dar para su literalmente increíble desempeño al concluir que el mal escrito y poco claro texto de la sección 13

⁴² NELSON, William E., *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, 2000.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

y el art. III se contradicen entre sí es “externalista”, basado en su deseo político de ser capaz de: (1) castigar a Thomas Jefferson; (2) demostrar que el poder judicial de invalidar la sección 13 fue pensado para la Corte, y (3) evitar cualquier riesgo de una crisis constitucional, incluyendo el juicio político, requiriendo una acción de Madison, el apoderado de Jefferson, que él sin duda rechazaría.

Incluso si uno quiere tomarse el tiempo para desarrollar el argumento hermenéutico bosquejado arriba, que tomaría casi seguro más de una clase para alumnos novatos en la tarea del análisis del derecho, e incluso si uno quiere invertir tiempo en contextualizar “Marbury” a fin de entender por qué Marshall hizo todo lo necesario para evitar ordenar a Madison que entregara los nombramientos, ¿por qué hacerlo?, ¿por qué debería ser la primera experiencia de los alumnos con el análisis constitucional un caso que podría ser comprendido con tan sólo aplicar una versión bastante vulgar del Realismo Jurídico demostrando que un juez hará todo lo necesario para lograr sus objetivos políticos?

Una respuesta, por supuesto, es que el Realismo Jurídico vulgar es correcto, una visión que a veces yo utilizo, especialmente en la era de “Bush v. Gore” y del fanatismo de la mayoría de la actual Corte Suprema para proteger a los estados de la posibilidad de ser demandados por ciudadanos agraviados.⁴³ Pero incluso el deseo de demostrar esto ciertamente no justifica el énfasis que se le da a “Marbury”. Hay muchísimos casos más importantes que podrían ser utilizados para demostrar la interacción entre derecho y política. De los casos más “viejos”, mi “favorito” es el ya mencionado “Prigg v. Pennsylvania” en el cual el juez Story, que fue también Dane Professor de Derecho Constitucional en Harvard y autor en 1833 del tratado de Derecho más influyente de su tiempo, admitió en efecto que no hay mejor manera de defender los notables resultados de ese caso que apuntando a la posible amenaza de la Unión que se podría haber dado si la Corte reconocía a los esclavos fugitivos como titulares de derecho, esto es, no volver a la esclavitud sin la garantía de una audiencia judicial que reconociera que ellos eran los fugitivos que se decía que eran.⁴⁴ Así, los propietarios de esclavos logran un de-

⁴³ Ver, v. gr., “Univ. of Ala. v. Garrett”, 531 U. S. 356, 360, 373-74 (2001); “Alden v. Maine”, 527 U. S. 706, 730, 755-57 (1999).

⁴⁴ Ver “Prigg v. Pennsylvania”, 41 U. S. (16 Pet.) 539, 608-09, 625-26, 673-74 (1842).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

recho constitucional a contratar “servicios particulares” para recuperar a sus esclavos.⁴⁵ O un más reciente caso que ciertamente es el foco de muchas de las discusiones contemporáneas, “Ex parte Quirin”⁴⁶ en el que la Corte Suprema se sometió a las presiones del presidente de los Estados Unidos para dar el visto bueno al proceso sumario y ejecución de saboteadores alemanes.⁴⁷ Y se podría seguir citando casos que demuestran la interacción entre derecho y política. Por qué alguien podría preferir “Marbury” a cualquiera de los otros casos si sólo se quiere enseñar a los alumnos una manera realista de analizar el derecho, no lo entiendo. Personas con miradas más conservadoras que la mía podrían tener sus propios candidatos, incluyendo, tal vez, “Blaisdell”,⁴⁸ “Baker v. Carr”⁴⁹ o “Casey”,⁵⁰ pero la objeción todavía subsiste. Todos éstos, por más que podemos imaginar, son mucho más significativos que “Marbury”.

Incluso si uno utiliza a “Marbury” para plantear el caso del control judicial, por cierto un asunto importante, basta con dar a leer a nuestros alumnos el Federalista nro. 78 y luego explicar que los argumentos de Hamilton fueron substancialmente aceptados en un muy oscuro caso de 1803.⁵¹ Además, los argumentos importantes a partir de entonces fueron sobre las ocasiones reales para, y el alcance para, la revisión más que la existencia teórica del poder en tales casos inexistentes como, por ejemplo, el Congreso que declara que un testigo era suficiente para condenar por traición.

No se necesita ser un realista jurídico hecho y derecho para creer que los tribunales son especialmente “políticos” durante tiempos de transformación política (esto es, después de todo, la distinción entre ciencia “normal” y lo que ocurre durante los cambios de paradigma). Entonces,

⁴⁵ Ver *id.* at 613.

⁴⁶ 317 U. S. 1 (1942)

⁴⁷ Ver FALLON, Richard H. Jr., “Marbury and the Constitutional Mind: A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension”, en 91 *Cal. L. Rev.* 1, 30-31 & nro. 150, 2003.

⁴⁸ “Home Bldg. & Loan Ass’n v. Blaisdell”, 290 U. S. 398 (1934).

⁴⁹ 369 U. S. 186 (1962); ver PUSHAW, Robert J. (Jr.), “Bush v. Gore: Looking at Baker v. Carr in a Conservative Mirror”, en 18 *Const. Comment.* 359, 2001.

⁵⁰ “Planned Parenthood v. Casey”, 505 U. S. 833 (1992).

⁵¹ “Marbury v. Madison”, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

si uno comparte mi interés en ver cómo los tribunales responden a las “transiciones” políticas o a los “momentos constitucionales”, entonces, por supuesto, debo sostener que los acontecimientos entre 1860 y 1877 son de infinita mayor importancia que aquellos entre 1800 y 1804 en términos de las consecuencias duraderas para nuestro presente político. Otros podrían elegir la revolución del New Deal o, de hecho, el mismo momento constitucional presente, que llama la atención sobre aspectos importantes de lo que ha sido hasta este momento percibido como el New Deal “settlement”, para no mencionar, en días más recientes, el potencial viraje hacia una versión parecida a 1984 del “constitucionalismo” en la cual la rama ejecutiva puede restringir derechos a su voluntad mientras etiqueta a alguien como “terrorista” o un “combatiente enemigo”, sin la necesidad de presentar evidencia probatoria.

Si uno es un realista hecho y derecho, no obstante, otras cuestiones aparecen en el centro de la escena. Para empezar, ¿por qué invertir el tiempo de los alumnos en cuarenta y dos horas de “estudio” de análisis constitucional? Más bien, sencillamente decir (algo como) que lo que se aprende de “Marbury” es que los jueces harán cualquier cosa que sea necesaria, incluso manipular textos y crear dudosos argumentos, a fin de alcanzar sus fines políticos (incluyendo apoyar los objetivos políticos de aquellos a quienes deben sus nombramientos). Pasaremos el resto del semestre estudiando diversas opiniones logrando lo mismo, y concluyendo con “Bush v. Gore”, un caso que cuadra completamente en la tradición de “Marbury”.⁵²

Tengo la firme sospecha de que muchos de mis lectores se opondrían a que esto es el mensaje de “Marbury”, precisamente porque ellos se ven a sí mismos como quienes toman el análisis del derecho muy seriamente y pretenden rechazar las enseñanzas del Realismo Jurídico o de los Critical Legal Studies.

Pero si ése es el caso, entonces encuentro aún más misterioso el porqué ellos (o ustedes) empiezan con “Marbury” (o por qué lo enseñan), tal como ustedes podrían sorprenderse de que alguien con mi parecer no se entusiasme con la oportunidad de usar “Marbury” simplemente para

⁵² Ver LEVINSON, Sanford, “Bush v. Gore and the French Revolution: A Tentative List of Some Early Lessons”, en 65 *Law & Contemp. Probs.* 7, pp. 20-23, 2002.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

mostrar las semillas de una minuciosa hermenéutica de la sospecha. Por eso, permítanme hacer una confesión embarazosa: a pesar de mi interés personal –en efecto, compromiso intelectual– con el Realismo Jurídico, sin embargo creo que hay opiniones de la Corte Suprema (o de otros intérpretes constitucionales a quienes también otorgo autoridad) que son sinceramente inspiradoras y que podrían alguna vez, al menos en parte, justificar que enseñemos a nuestros alumnos cómo ser abogados constitucionalistas, (y, algunos de ellos, jueces). Esto es sólo una opinión, desde luego, que autoriza a los realistas en realidad a expresar más que escándalo político con respecto a las decisiones que ellos desprecian.⁵³

He hablado en otras ocasiones del hecho de que la opinión del juez Jackson en el caso “Steel Seizure”⁵⁴ nunca deja de inspirarme.⁵⁵ Aunque me he vuelto bastante “sofisticado” para ver muchos de los problemas que hay con la opinión de Jackson en “West Virginia State Board of Education v. Barnette”,⁵⁶ puedo no obstante entender por qué Charles Alan Wright lo eligió como su caso favorito.⁵⁷ No estoy de acuerdo con el argumento de Paul Carrington de que uno debe “creer en” el derecho para enseñarlo,⁵⁸ pero sí creo que es en sumo grado deprimente pasarse la vida enseñando a nuestros alumnos cómo ser abogados si uno cree que “Marbury” es el caso paradigmático de “análisis”.

Es posible, por supuesto, como Jack Balkin y yo hemos sostenido en otra ocasión,⁵⁹ que podríamos sencillamente aceptar el hecho de que nuestra tarea es nada más (ni nada menos) que enseñar a nuestros alumnos

⁵³ Para una discusión sobre el tema, ver BALKIN, Jack M. y Sanford LEVINSON, “Legal Historicism and Legal Academics: The Roles of Law Professors in the Wake of Bush v. Gore”, en 90 *Geo. L. J.* 173, 193-96, 2001.

⁵⁴ “Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer”, 343 U. S. 579, 634-55 (1952) (Jackson, J., *concurring*).

⁵⁵ Ver LEVINSON, Sanford, “Introduction: Why Select a Favorite Case?”, en 74 *Tex. L. Rev.*, 1195, 1195-2000, 1996.

⁵⁶ 319 U. S. 624, 625-42 (1943).

⁵⁷ Ver WRIGHT, Charles Alan, “My Favorite Opinion. The Second Flag-Salute Case”, en 74 *Tex. L. Rev.*, 1297, 1297, 1996.

⁵⁸ CARRINGTON, Paul D., “Of Law and the River”, en 34 *J. Legal Educ.*, 222, 226-28, 1984.

⁵⁹ BALKIN, J. M. y Sanford LEVINSON, “Constitutional Grammar”, en 72 *Tex. L. Rev.*, 1771, 1994; ver también BALKIN, J. M. y Sanford LEVINSON, “Getting Serious About ‘Taking Legal Reasoning Seriously’”, en 74 *Chi. Kent L. Rev.* 543, 1999.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

la gramática retórica de la “jerga jurídica”. Aquellos estudiantes que luego vivan éticamente argumentarán sirviendo a causas y clientes buenos aun cuando nos demos cuenta de que otros alumnos utilizan las habilidades retóricas enseñadas para servir a causas y clientes que despreciamos. Es como estudiar inglés o francés. Ningún profesor de lenguas se deprime profesionalmente porque algunos de sus alumnos aprendan cómo escribir propaganda nazi, mientras otros escriben mensajes más aceptables. Así que, tal vez, pasa eso con la enseñanza del derecho.

Tal vez deberíamos compartir estas preocupaciones con nuestros alumnos y decirles que sus almas están en juego al convertirse en abogados. De hecho, enseño responsabilidad profesional, y pienso que es importante para los alumnos leer el *Gorgias* de Platón y sus ataques a la “mera” retórica divorciada del conocimiento de la justicia.⁶⁰ Pero “Marbury”, como ya se ha sugerido, es poco útil para estos propósitos dado que no tiene nada que ver con la justicia, sin mencionar que tales búsquedas nos introducen dentro del más complicado terreno jurisprudencial (empezando, por supuesto, con qué queremos decir con “justicia”). Si queremos desandar ese camino, como de hecho yo lo hago, es mucho mejor para estos propósitos la opinión de Marshall en “The Antelope”,⁶¹ en donde cuidadosamente distingue entre los deberes del “jurista” y del “moralista” antes de enarbolar, en gran medida, los derechos de los propietarios de esclavos.⁶²

IV. Enseñar “Marbury” refuerza la noción de supremacía judicial en vez de la de supremacía constitucional.

Finalmente, creo que dar énfasis a “Marbury” refuerza el único aspecto más pernicioso de la educación legal americana que es el de infundir en nuestros desafortunados alumnos la más vulgar de todas las nociones del Realismo Jurídico resumida en la identificación de Charles Evans Hughes de “la Constitución” con lo que “los jueces dicen que es”.⁶³ Esto

⁶⁰ PLATÓN, *Gorgias* 52-54 (Terence Irwin trans., 1979).

⁶¹ 23 U. S. (10 Wheat.) 66 (1825).

⁶² *Id.* at 121-22, 131-32.

⁶³ *The Oxford Dictionary of American Legal Quotations* 216, Fred R. Shapiro ed., 1993 (quoting Charles Evans HUGHES, “Speech Before the Elmira Chamber of Commerce” [May 3, 1903], en *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes: Governor of New York 1906-1908*, at 133, 139 [1908]).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US-TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

es inaceptable desde una mirada tanto normativa como descriptiva del constitucionalismo americano. Normativamente, convierte a la Constitución en el terreno exclusivo de una muy estrecha elite profesional y aniquila el sentido de lo que he llamado en otro lugar “protestantismo constitucional”⁶⁴ y lo que Larry Kramer ha poderosamente defendido como “constitucionalismo popular”.⁶⁵ Pero también me opongo a Hughes cuando me pongo mi sombrero de politólogo: una forma mucho más convincente de realismo es el reconocimiento de que “la Constitución” es, al menos –esto es, incluso si uno rechaza el “constitucionalismo popular”–, lo que una variedad de actores institucionales dice que es, incluyendo legisladores, presidentes, burócratas y policía local.

Felizmente concederé que la adhesión a la supremacía judicial y no meramente constitucional puede no ser el resultado de las características intrínsecas de “Marbury”; un número de atentos análisis han descripto convincentemente a “Marbury” como mucho más modesto en sus pretensiones que, por decir alguno, “Cooper v. Aaron”.⁶⁶ Atribuyo la influencia de “Marbury” más al hecho de que la mayoría de las personas que enseñan el caso le dan preeminencia al presentarlo al principio de sus cursos, tal como muchos libros de casos, incluso si esperan algunas

⁶⁴ LEVINSON, Sanford, *Constitutional Faith*, 27-52, 1988.

⁶⁵ Ver KRAMER, Larry D., “Foreword: We the Court”, en 115 *Harv. L. Rev.* 4, 16-74, 2001. Kramer desarrolla más a fondo su noción de “constitucionalismo popular” en su libro próximo a publicarse, KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (forthcoming 2004) (manuscript on file with author).

⁶⁶ 358 U. S. 1 (1958). Fue allí donde la Corte citó “Marbury” por el “principio básico de que el Poder Judicial federal es el supremo intérprete de la Constitución, y ese principio ha sido respetado desde entonces por esta Corte y el país como una característica permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional”. *Id.* at 18. Como he escrito en otra parte, la afirmación de la Corte es realmente algo absurda en su descripción de la historia americana. Si un alumno escribiera tal afirmación en un examen final, recibiría una D como mucho, en cuanto que para su validez requiere que uno ignore, para empezar, el pensamiento de Madison, Jefferson, Andrew Jackson, John Calhoun, Lincoln y Franklin Roosevelt, para nombrar sólo a los más conocidos críticos de la sobre-exagerada reivindicación de la supremacía McCloskey, nota 2 *supra*, at 241. Algunos libros que articulan una modesta noción del significado de “Marbury”: CLINTON, Robert, *Lowry Marbury v. Madison and Judicial review* 1989; SNOWISS, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, 1990. Ver también ENGDAHL, nota 3 *supra*.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

páginas antes de introducirlo, se refieren a él como el que provee un “marco básico” del análisis constitucional.⁶⁷

Como he dicho en muchas ocasiones previas, la característica más importante del libro de casos con el que estoy asociado es que empieza, siguiendo un breve capítulo introductorio, con el discurso que dio James Madison ante el Congreso de 1791 sobre por qué el proyecto de ley propuesto para crear el Banco de los Estados Unidos era inconstitucional,⁶⁸ y a continuación se encuentra el memorando enviado a George Washington por los tres miembros de su gabinete, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton y Edmund Randolph,⁶⁹ seguido por la opinión de Marshall en “*McCulloch v. Maryland*”⁷⁰ y luego el veto de Andrew Jackson en 1832 del proyecto de renovación del Banco Nacional.⁷¹ El punto, evidentemente, es que todos estos dirigentes (sin mencionar a quienes participaron, como John Marshall y otros, en vigorosos debates periódicos después de “*McCulloch*”)⁷² son intérpretes constitucionales de envergadura. Sólo John Marshall se tomó en serio la idea de que “por este tribunal solamente”⁷³ podían ser resueltos los asuntos vitales presentados por la incorporación federal de bancos. ¡Probablemente valga la pena mencionar que Marshall ni se molesta en citar “*Marbury*” aun cuando hace esa extraordinaria afirmación!

Sin duda, uno puede usar “*Marbury*” para criticar “*McCulloch*”, pero ¿para qué molestarse?, ¿podrá, por ejemplo, la actual Corte Suprema, adicta a una teoría de supremacía judicial que podría incluso hacer ruborizar a Marshall, ser persuadida de que ha malinterpretado “*Marbury*” y, por consiguiente, que no es la función del Poder Judicial ofrecer “interpretaciones finales” de la Constitución?, ¿o nos tomarán seriamente

⁶⁷ STONE, Geoffrey R. *et al.*, *Constitutional Law* 23, 3ª ed., 1996.

⁶⁸ Ver BREST *et al.*, nota 18 *supra*, at 8.

⁶⁹ *Id.* at 11-16.

⁷⁰ *Id.* at 17-30, 44-49.

⁷¹ *Id.* at 51-55. En efecto, el veto de Jackson es seguido de un memorando de Walter Dellinger, en aquel entonces la cabeza de Office of Legal Counsel in the Department of Justice, a Abner Mikva, Counsel to President Clinton, on “Presidential Authority to Decline to Execute Unconstitutional Statutes”, *id.* at 56-58.

⁷² Ver *id.* at 50-53.

⁷³ “*McCulloch v. Maryland*”, 17 U. S. (4 Wheat.) 316, 401 (1819).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

nuestros alumnos si decimos que es “McCulloch” el que es extravagante en sus análisis y no “Marbury”?, ¿no procesarán eso (correctamente) como una verdad “escolástica” y creerán que estamos atacando molinos de viento?, ¿o tal vez la Corte simplemente empezará a citar “McCulloch” en lugar de “Marbury”?

En cualquier caso, confío en que todo asunto importante de interpretación constitucional y poder institucional es ejemplificado en el debate de casi cuarenta años sobre la constitucionalidad del Banco. En tanto que uno de estos asuntos es el rol a ser jugado por la Corte misma como intérprete constitucional, “McCulloch” ofrece más que suficiente molien-
da para cualquiera de nuestros molinos. “Marbury” no ofrece nada de real importancia.

V. Entonces, ¿por qué enseñar “Marbury” a europeos del Este?

Tal vez debo comenzar mi respuesta a esta pregunta diciendo que no estoy seguro del todo de que valga la pena enseñar “Marbury” a alguien, incluyendo a europeos del Este. Pero, si alguna vez lo enseño de nuevo como parte de un curso introductorio, puedo imaginarme que lo enseñaría por una simple razón: aunque saben incluso menos historia americana que la que saben nuestros alumnos, están mucho más directamente familiarizados con los problemas que enfrentan los regímenes “de transición”.⁷⁴

Una manera de concebir la historia americana entre 1775 y 1803 es como sigue: de 1775 a 1783 se libra una lucha por la liberación, en la cual una variedad de movimientos políticos, todos ellos, siguiendo la memorable frase de Benedict Anderson⁷⁵ capaces de “imaginarse” a ellos mismos como americanos en vez de como súbditos del rey que vivían en diversas colonias norteamericanas, se unen a fin de desterrar a los que ahora son concebidos como opresores coloniales. Las diferencias políticas entre Jefferson, Adams, Hamilton y muchos otros son dejadas de lado y atacan al enemigo común, los soldados británicos y sus partidarios, incluyendo a “traidores” como Benedict Arnold. El país recientemente

⁷⁴ Ver LEVINSON, Sanford, “Transitions”, en 108 *Yale L. J.* 2215, 1999.

⁷⁵ ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, 1991.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

creado establece una constitución, llamada Artículos de la Confederación, en 1781,⁷⁶ aunque para 1787 hay suficiente acuerdo entre las elites políticas y éste ya no es más suficiente, especialmente ante la preocupación por crear un gobierno nacional suficientemente fuerte para proteger a los nuevos Estados Unidos de un número de potenciales (y probables) enemigos, desde los británicos, que desean revertir su derrota humillante, a tribus indígenas que comparten el territorio, pero nada más, con los Estados Unidos. Evidentemente hay una fuerte polémica sobre la prudencia de esta nueva Constitución, pero la “coalición del ’76” continúa sosteniendo a Madison y Hamilton aunando fuerzas para hacer propaganda para el nuevo documento y a Jefferson y Adams, desde su posición ventajosa externa, acordando en su total conveniencia. El primer presidente es, por supuesto, el líder del movimiento de liberación nacional, el “padre de nuestro país”, y es capaz de reunir a Jefferson y a Hamilton en su primer gabinete. Cada uno, sin embargo, representa a una parte característicamente distinta del orden político y social. Para adoptar una terminología europea (del Este), Hamilton es el líder de la facción “nacionalista”, dominada por el equivalente americano del comercio mundial, interesada en convertirse en parte de lo que podríamos llamar hoy la “economía global”. Thomas Jefferson, por su parte, es el líder del movimiento “country” o “liberal”, desconfiado del fenómeno de la globalización, incluso de atraer inmigración de ciudades extranjeras, como Seattle o Génova.

Para 1800, la anterior coalición entre nacionalistas y localistas, forjada por el objetivo común de derrocar la hegemonía colonizadora, se rompe. El “padre” simbólico del país ha muerto y sus hijos ahora pelean por su herencia, incluyendo el derecho de reclamar el máximo “título de nobleza”, el ser “verdaderos americanos”. Los localistas jeffersonianos evidentemente derrocaron a los nacionalistas para la total consternación de éste, quien promete hacer todo lo que pueda, excepto una revolución armada, para frenar el triunfo de los bárbaros. Esto es, ellos ven a los vencedores jeffersonianos de 1800 precisamente como (elijan el que quieran) los anti-comunistas ven a los partidos comunistas reorganizados que están siendo restablecidos en el poder en varios países de Eu-

⁷⁶ Articles of Confederation, I U. S. C., p. XLVII, n. 1 (U. S. 1781).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

ropa del Este, o como aquellos favorables a al menos algunos aspectos del viejo orden (tales como el Estado de Bienestar) ven a los “modernizadores” thatcherianos que dejarían a los más pobres con casi nada con tal de conformar los dictados del FMI. Resulta que la última vez que enseñé “Marbury” en Budapest, el entonces presidente del cuasi-estado serbio que había sido formado en Bosnia, relativamente moderado (v. gr., menos fascista que su predecesor), se había enfrentado con una orden de la Corte Suprema entonces dominada por hombres del realmente furioso líder fascista Radan Karadic. La respuesta del presidente fue la de ignorar lo que la Corte había dicho, tal como Jefferson podría (¿apropiadamente?) haber ignorado un mandamiento de una rabiosa Corte federalista determinada a ejercer un control total sobre el Poder Judicial (uno supone que “Stuart v. Laird” podría haberse perfilado de otra manera, haber sido igualmente ignorado y Marshall amenazado con un juicio político). Así, Marshall se enfrentó a un verdadero dilema: ¿cómo denunciar a los nuevos bárbaros sin, al mismo tiempo, correr el riesgo de su propia salida vía juicio político? La respuesta, como todos saben, es “Marbury”.

Así que el tema de discusión es si en efecto “Marbury” presenta un modelo deseable para el funcionamiento judicial en regímenes de transición.⁷⁷ ¿Debería Marshall haberse comportado de una manera más “basada en principios”, incluso a riesgo de su propio futuro político o de la supervivencia institucional de la Corte Suprema? ¿Debería haber mantenido su boca cerrada acerca de los usurpadores jeffersonianos y simplemente decir, “No tenemos jurisdicción, fin de la discusión”? ¿O hizo lo correcto al denunciar primero la usurpación y luego no hacer nada? Los abogados europeos del Este (y, sin duda, algunos otros igualmente situados) fácilmente pueden entender estos dilemas y ofrecer jugosos argumentos. Los estudiantes americanos, por el otro lado, son por fortuna existencialmente ignorantes de los problemas que se presentan al

⁷⁷ El excelente artículo de Richard Fallon trata las “tres caras” de “Marbury”, una de ellas el decoro del ejercicio de prudencia de la Corte en decidir en qué luchas comprometerse. Ver FALLON, nota 47 *supra*, at 27-33. Como Fallon señala, esta cara está en tensión con las otras dos, el rol de la Corte en adjudicar derechos individuales y un rol bastante diferente como responsable de la articulación de valores públicos.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

enfrentar a un régimen de transición y a aquellos que pretenden liderarlo.⁷⁸ Esta falta de consciencia, para ser franco, vuelve la mayoría de sus comentarios de muy poco interés, lo que significa, una vez más, que no hay razón para abarrotar el programa –y el valioso tiempo de clase– con “Marbury v. Madison”.

VI. Conclusión. Consideren el hecho de que muy pocos profesores de Derecho Constitucional se molestan por enseñar el tema de las inmunidades fiscales intergubernamentales, aunque, como Robert Post ha demostrado recientemente en su análisis de la Corte Taft,⁷⁹ el tema es de interés fundamental para cualquiera interesado en la lógica del federalismo y el rol de los tribunales federales. Para mejor y, tal vez, para peor, muchos de nosotros hemos llegado a la conclusión de que el tema es ahora de un interés fundamentalmente esotérico; aún más, sospecho que creemos que hay cosas simplemente más importantes que enseñar a nuestros alumnos que las complejidades de “Collector v. Day”⁸⁰ y “Graves v. New York ex. rel. O’Keefe”.⁸¹ Al menos en lo que respecta a los cursos introductorios al Derecho Constitucional, han sido candidatos adecuados para lo que Leon Trotsky tan memorablemente llamó el “tacho de la historia”;⁸² “Marbury” debería unirse a ellos en una bien merecida oscuridad. El tiempo es demasiado corto y otras cuestiones son demasiado importantes. Es momento de seguir adelante.

⁷⁸ Me pregunto, sin embargo, si no estamos actualmente en una situación “de transición” a una “leve” clase de Estado policial bajo los auspicios de la “guerra contra el terrorismo”. No está ciertamente claro hasta qué punto la Corte Suprema confirmará lo que se ha convertido en libertades civiles “tradicionales” en contra del ataque conducido (e, incluso, previsto) por la Administración Bush y el Departamento de Justicia.

⁷⁹ POST, Robert, “Federalism in the Taft Court Era: Can It Be ‘Revived’?”, en 51 *Duke L. J.*, 1513, 2002.

⁸⁰ 78 U. S. (11 Wall.) 113, 128 (1870) (limitando la capacidad del gobierno nacional para gravar a los empleados estatales), anulado por “Graves v. New York”, 306 U. S. 466 (1939).

⁸¹ 306 U. S. 466, 486 (1939) (anulando Collector v. Day, 78 U. S. [11 Wall.] 113 (1870)).

⁸² MARCUS, Greil, *The Dustbin of History* 4 (1995) (quoting Leon Trotsky, Address at the Second All-Russian Congress of the Soviets [Oct. 25, 1917]).

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Lo que sigue son dos textos ligeramente editados de correos electrónicos recibidos de dos profesores eminentes de Derecho Constitucional en respuesta a los argumentos propuestos arriba:

Jack Balkin,⁸³ asintiendo y discrepando:

Debo confesar que cuando leí los argumentos de por qué vale la pena enseñar “Marbury” a europeos del Este, me encontré a mí mismo sumamente tentado de incluirlos en nuestro libro de casos para que los estudiantes comprendan la naturaleza del contexto político de transición en el cual “Marbury” fue decidido. Es por esa razón difícil para mí aceptar que uno debe renunciar a enseñar el caso. Desde mi punto de vista, no se deben tomar sus artilugios doctrinarios seriamente como argumentos jurídicos sino que en su lugar se debe mostrar cómo se ve en ellos la cuestión política del acuerdo constitucional presentado por la Revolución de 1800.

Tal vez podemos evidenciar el desacuerdo entre nuestras visiones como sigue: pienso que uno no debería enseñar “Marbury” por lo que dice sino por lo que hace políticamente: es decir, es importante enseñar “Marbury” por la forma en que (y tal vez de manera más trascendente “Stuart v. Laird”) logra el arreglo constitucional de un problema que no había sido adecuadamente previsto por la generación fundacional. Podemos pensar a la Constitución como una serie de sucesivos acuerdos (o regímenes), añadiendo continuamente cosas nuevas a la Constitución bajo la ficción de que estuvieron siempre allí. Si es así, entonces los sucesos de 1800 necesitan ser enseñados, por ser ellos el ejemplo de un acuerdo que tenía que ser hecho cuando la tinta estaba apenas seca en las páginas de la Constitución. Este acuerdo, hecho muy pronto después de la convención de Philadelphia, desmiente uno de los mitos intelectualmente más autodestructivos sobre la Constitución, el mito de que los Padres Fundadores habían previsto sabiamente todos los problemas políticos del futuro y creado soluciones impecables cuya sabiduría sólo podemos descubrir si nos arrojamos servilmente a la tarea de analizar sus palabras y actos cada vez más literalmente.

También debo confesar que encuentro un cierto tipo de justicia poética en el hecho de que el momento justo en el que la Corte Suprema anuncia

⁸³ Correo electrónico de Jack Balkin, Professor of Law, Yale Law School, a Sanford Levinson (*on file with author*).

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

por primera vez la doctrina de la revisión judicial, el momento preciso en que, para nuestras mentes contemporáneas, simboliza las virtudes de un Poder Judicial independiente devoto al Imperio de la Ley, es un momento político que demuestra la falta de independencia que tiene la Corte de la política. Es totalmente conveniente que en “Marbury”, la Corte hable con un lenguaje de completa independencia judicial de la política, todo el tiempo jugando este rol como un actor político, una ficción y dualidad que la Corte habría de demostrar una y otra vez en nuestra historia nacional. Como hizo en el principio, como ha hecho desde siempre. Para tomar prestada una frase de Freud, “Marbury v. Madison”, la escena fundamental de la revisión judicial americana, es una mixtura de mal gusto entre política y derecho que no se atreve a decir su nombre, y que debe ser siempre negada por los jueces, pero que siempre forjó la práctica de la interpretación constitucional en nuestro país.

Estoy completamente de acuerdo con el motivo de por qué la gente que ha enseñado “Marbury” de formas tradicionales en el pasado ha estado perdiendo su tiempo. Pero encuentro que estos argumentos dan también una razón convincente para enseñarlo de nuevas maneras. Creo que esto es característico de lo que los críticos literarios llamarían un “clásico”, v. gr., algo que nos puede hablar siempre de nuevas maneras no importa cuáles sean nuestras preocupaciones teóricas del momento. Una manera de reinterpretar sus argumentos es que las preocupaciones teóricas de la enseñanza del Derecho Constitucional han cambiado o deberían cambiar, y que el caso clásico “Marbury v. Madison”, que, en su mente, representa la manera antigua de pensar, debe ser descartado. Todavía, yo insistiría en enseñarlo precisamente porque “Marbury” es un clásico, y puede ser reconfigurado para servir a los fines de una nueva manera de pensar el Derecho Constitucional. Esto es, “Marbury” puede ser visto en nuestros días como un ejemplar del constitucionalismo protestantista, o del constitucionalismo popular, o del afianzamiento partidario a un momento constitucional, o un acuerdo constitucional o lo que sea. Esa flexibilidad, esa habilidad para reconceptualizar y teorizar siempre de nuevas maneras y direcciones a medida que cambian los tiempos, es precisamente lo que es más característico de un clásico y de la función que tiene el texto como clásico.

POR QUÉ NO ENSEÑO “MARBURY” (EXCEPTO A EUROPEOS DEL ESTE) Y POR QUÉ US- TEDES TAMPOCO DEBERÍAN

SANFORD LEVINSON

Evan Caminker,⁸⁴ discrepando:

He enseñado siempre “Marbury”, y no creo que sea simplemente para respetar el canon tradicional. Lo utilizo para tratar de enseñarles a mis alumnos algunas pocas cosas como iniciación:

- (1) Cómo utilizar el análisis textual. Pongo a mis alumnos a trabajar tanto con la sección 13 de la Ley y el OJ/AJ Allocation Clause para ver las distintas posibles lecturas de ambos, y luego introducir el punto que usted discute sobre si en materia de roles, los tribunales deben tratar de leer textos ambiguos para cumplir más que para discrepar.
- (2) Aprender a cuestionar la validez del “razonamiento jurídico”. He comprobado (como muchos de nosotros) que los estudiantes de primer año están predispuestos a asumir que todo lo que un juez dice es correcto. Este caso es perfecto porque permite mostrar cómo un juez resuelve ciertas dificultades, trata con desatención el texto, etc.
- (3) Aprender a “cuestionar lo obvio”. Sí recorro algo de la historia previa al caso, principalmente para indicar que normas bien establecidas sobre la independencia judicial fueron aparentemente ya sea (a) no establecidas o (b) no consideradas. No sólo el rechazo de la Ley de los jueces de medianoche, sino también la suspensión del período de sesiones de la Corte, y la manipulación del número de los jueces de la Corte para privar al próximo presidente de un nombramiento [Hago mucho menos de esto en Derecho Constitucional más que en tribunales federales].

Entonces la gran pregunta que usted hace es: dado que uno puede aprender cada una de estas lecciones a través de otros casos en los cuales el derecho sustantivo o las consecuencias pesan más (ya sea “Prigg” o “McCulloch” o cualquiera), ¿por qué enseñarlos a través de “Marbury”? Y mi respuesta es 10% tradición (entonces ellos pueden hablar el canon con otros abogados) y 90% precisamente porque ¡los estudiantes rara vez apuestan a ninguna de las doctrinas o interpretaciones de “Marbury”! Por ejemplo, preferiría ponerlos a pensar sobre su habilidad para analizar

⁸⁴ Correo electrónico de Evan Caminker, Professor of Law, University of Michigan Law School, a Sanford Levinson (*on file with author*).

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 7, NÚMERO 13, 2009, ISSN 1667-4154, PÁGS. 137-167

textos de manera diferente (o mejor que) un juez, donde sus visiones no van a ser orientadas por sus valores, como puede pasar con casos sobre esclavitud o sobre aborto, etc. Mi experiencia es que, si la primera vez ellos enfrentan un problema de interpretación textual o *stare decisis*, etc., un contexto que realmente les interese, frecuentemente se dejan llevar por sus intuiciones y no pueden pensar la pregunta interpretativa en abstracto. Es por esto que durante mis días en UCLA Julián Eule solía exhortarme a enseñar la *dormant commerce clause* antes de la *equal protection clause* para que uno pudiera recorrer todas las cuestiones concernientes, cómo se calculan resoluciones o efectos medidos, etc., cuando los alumnos no se preocupan por las ventajas (v. gr., un subsidio para los productores de leche, etc.), antes de que enfrenten los mismos asuntos en el mismo contexto de protección donde las ventajas tienden a llevarlos a querer dar respuestas metodológicas certeras.

Diré que dedico mucho menos tiempo a “Marbury” de lo que hacía cuando empecé a enseñar pero no estoy todavía preparado para abandonarlo del todo.